Direito Público
Econômico Supranacional

Lumen Juris Editora

www.lumenjuris.com.br

EDITORES
João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Adriano Pilatti
Alexandre Freitas Câmara
Alexandre Morais da Rosa
Cezar Roberto Bitencourt
Cristiano Chaves de Farias
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Cláudio Carneiro
Cristiano Rodrigues
Elpídio Donizetti
Emerson Garcia
Fauzi Hassan Choukr
Felippe Borring Rocha
Firly Nascimento Filho
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
João Carlos Souto
José dos Santos Carvalho Filho
Lúcio Antônio Chamon Junior
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcos Chut
Marcos Juruena Villela Souto
Mônica Gusmão
Nelson Rosenvald
Nilo Batista
Paulo de Bessa Antunes
Paulo Rangel
Rodrigo Klippel
Salo de Carvalho
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Amilton Bueno de Carvalho
Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza
Caio de Oliveira Lima
Cesar Flores
Firly Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Francisco de Assis M. Tavares
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Sergio Demoro Hamilton
Társis Nametala Sarlo Jorge
Victor Gameiro Drummond

Rio de Janeiro
Centro – Rua da Assembléia, 10 Loja G/H
CEP 20011-000 – Centro
Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

Barra – Avenida das Américas, 4200 Loja E
Universidade Estácio de Sá
Campus Tom Jobim – CEP 22630-011
Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

São Paulo
Rua Correia Vasques, 48 – CEP: 04038-010
Vila Clementino - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772

Brasília
SCLS quadra, 402 bloco B Loja 35
CEP 70235-520 Asa Sul - Brasília - DF
Tel. (61)3225-8569

Minas Gerais
Rua Tenente Brito Mello, 1.233
CEP 30180-070 – Barro Preto
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 3309-4937 / 4934-4931

Bahia
Rua Dr. José Peroba, 349 – Sls 505/506
CEP 41770-235 - Costa Azul
Salvador - BA - Tel. (71) 3341-3646

Rio Grande do Sul
Rua Riachuelo, 1335 - Centro
CEP 90010-271 – Porto Alegre - RS
Tel. (51) 3211-0700

Espírito Santo
Rua Constante Sodré, 322 – Térreo
CEP: 29055-420 – Santa Lúcia
Vitória - ES.
Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659

A. SADDY (*Coordenador*)
Doutorando em "Problemas actuales de Derecho Administrativo" pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España
Mestrando em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com apoio do Programa Alßan, Programa de bolsas de alto nível da União Européia para América Latina
Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Personal Docente e Investigador en Formación no Departamento de Direito Administrativo da Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid
Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

DIREITO PÚBLICO ECONÔMICO SUPRANACIONAL

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2009

Copyright © 2009 *by* Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Categoria: Direito Administrativo

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

A MethoIus Consultoría Jurídica Internacional.

Sumário

Breve Apresentação dos Autores xi

Prólogo xv

Apresentação xvii
A. Saddy

PRIMEIRA PARTE
UNIÃO EUROPÉIA: AVANÇOS E PERSPECTIVAS

De la Administración Soberana del Estado Nacional a la Administración del Marco Supraestatal Difuso 3
Julio V. González García (Espanha)
I. Planteamiento general. II. La interdependencia como característica del funcionamiento de los entes encargados de asuntos públicos. III. La creación de una Administración supranacional para los asuntos públicos. IV. El desarrollo de las instituciones regionales de integración económica. V. Las manifestaciones del debilitamiento de las Administraciones públicas de los Estados nacionales.

Principio Democratico e Giustizia Nell'amministrazione 19
Francesco Paolo Volpe (Itália)
1. Partecipazione diretta del cittadino alle funzioni amministrative e complessità del modello costituzionale di Amministrazione, nei lavori preparatori e nel dibattito in Assemblea costituente. Procedimentalizzazione dell'azione e qualità plurale e dialettica dell'interesse pubblico. Imparzialità obiettivata e regole del sistema democratico. 2. La omogeneità del modello costituzionale di Amministrazione. Il difetto metodologico della lettura disaggregata delle disposizioni. Il superamento del monismo istituzionale ricevuto: dalla gerarchia all'autonomia. Il modello costituzionale del rapporto tra politica ed amministrazione L'imparzialità organizzativa, quale direttiva democratica d'integrazione dei livelli decisionali. 3. Giustizia nell'amministrazione e principio democratico. Discontinuità e rivoluzione nel sistema costituzionale. La sintesi dell'imparzialità funzionale e strutturale nel principio di giustizia nell'amministrazione, inteso alla non arbitrarietà dell'azione. 4. Funzione, procedimento e discrezionalità. La scelta di valore nella ponderazione comparativa degli interessi: contenuti di politicità dell'agire discrezionale. Il giudizio di opportunità. Principio democratico e forza propulsiva della discrezionalità: contenuti partecipativi e di responsabilità dell'interesse legittimo. La funzione di riequilibrio nella rappresentazione degli interessi e la funzione educativa e persuasiva del diritto. Legittimazione e consenso. 5. Funzione conoscitiva e partecipazione democratica: il superamento della prodromicità servente dell'istruttoria. Diffusione della decisione nel continuum procedimentale. Adeguatezza dell'istruttoria e qualità relazionale del principio inquisitorio, nella logica di spettanza del

bene della vita. Redistribuzione dell'onere probatorio. Il valore dialettico dell'acquisizione del dato e la partecipazione in contraddittorio. 6. La comunicazione di avvio del procedimento e la sua omissione. Dequotazione giurisprudenziale del vizio. Critica. L'art. 21 octies, II co., secondo alinea, della legge proc.. Randomizzazione dell'istituto e probatio diabolica dell'Amministrazione. La disposizione connessa dell'art. 10 bis: la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. Il patteggiamento del diniego e la soluzione dell'autolimite.

O Princípio da Participação na União Europeia: O Direito Administrativo Comunitário em Busca de uma Legitimidade Renovada 67
Rafael Carvalho Rezende Oliveira (Brasil)
Introdução. 1. Evolução e transformações do Direito Administrativo: da imposição ao consenso administrativo. 2. Estrutura político-administrativa da União Europeia: o nascimento do Direito Administrativo Comunitário. 3. Constitucionalização do Direito Administrativo e a normatividade dos princípios constitucionais. 3.1. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do ordenamento jurídico. 3.2. A constitucionalização do Direito Administrativo. 4. Princípio da participação administrativa no Estado Democrático de Direito: fundamentos filosóficos e jurídicos. 4.1. Contornos filosóficos da participação na administração pública. 4.2. Contornos jurídicos da participação na Administração Pública. 4.3. A participação administrativa no ordenamento jurídico brasileiro e no MERCOSUL. 5. A participação administrativa na União Europeia. Conclusão.

La Aplicación del Derecho Económico Supranacional y el Principio de Separación de Poderes 91
Daniela Urosa Maggi e *José Ignacio Hernández G.* (Venezuela)
I. Los problemas en torno a la vigencia del derecho supranacional en el ordenamiento interno venezolano. II. La directa aplicación de la decisión 486 de la comisión de la comunidad andina y las dudas que genera su aplicación interna. III. La interpretación de la sala constitucional en la sentencia número 4223/2005.

La Constitucionalización de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: de la Integración Económica a la Integración en Derechos a través de la Jurisprudencia Comunitaria..... 99
Eduardo Luna Cervantes (Perú)
I. Introducción. II. Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea. 2.1. Su avance progresivo. 2.2. Las tensiones. 2.3. Derechos fundamentales vs. libertades económicas. III. La lograda confluencia de tres sistemas de protección de derechos en Europa. 3.1. La confluencia de los sistemas de protección interno y comunitario. 3.2. La confluencia de los sistemas de protección comunitario y convencional. Conclusiones.

El Parlamento Europeo y el Futuro de la Política Exterior Europea: ¿Es Posible Conjugar Eficacia y Control Parlamentario en la Política Exterior Europea?..... 123
Nicola Scotto Di Vettimo (Itália)
Introducción. 1. La tradicional marginalidad del Parlamento Europeo respecto a la política exterior y de seguridad común (PESC). 2. Los instrumentos de control directo a disposición del Parlamento Europeo. 2.1. El derecho a ser regularmente informado. 2.2. El derecho a ser consultado. 3. El instrumento de control indirecto: la herramienta presupuestaria. 4. El Parlamento Europeo y la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD). 4.1. La falta de

instrumentos de control sobre la PESD. 4.2. El mecanismo de financiación "ATHENA" y las críticas del Parlamento Europeo. 4.3. El derecho a ser informado sobre la PESD: tímidos avances para el Parlamento Europeo. 4.4. La dimensión interparlamentaria del control de la PESD: ¿Es un cauce suficiente para un adecuado control parlamentario? 5. Instrumentos, propuestas y razones para alcanzar una mayor implicación del Parlamento Europeo en la futura Política Exterior Europea. 5.1. Las razones de la escasa legitimidad democrática de la PESC. 5.2. La importancia de los Acuerdos Interinstitucionales para fortalecer el papel del Parlamento Europeo en el ámbito PESC. 5.3. Las propuestas del Parlamento Europeo para fortalecer su papel en la PESC. 5.4. Las razones para impulsar un nuevo protagonismo del Parlamento Europeo en la política exterior europea. Conclusiones: los pasos a seguir para conjugar eficacia y control parlamentario en la futura política exterior europea.

Tratado de Lisboa (Algumas Notas)..... 159
João Nuno Calvão da Silva (Portugal)
I. Breve referência histórica. a) Génese e evolução do projecto europeu. b) Tratado de Nice e "Constituição Europeia". II. Tratado de Lisboa. a) Notas gerais. b) Uma Europa mais social? c) Direito Institucional: novidades. c.1) Parlamento Europeu. c.2) Conselho Europeu. c.3) Conselho. c.4) Comissão. c.5) Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança. c.6) Tribunal de Justiça da União Europeia. d) Reconhecimento do papel dos Parlamentos nacionais. e) Nota final.

O Tratado de Lisboa: Ser ou não Ser... Reformador (Eis a Questão)..... 177
Carla Amado Gomes (Portugal)
Introdução. 1. O que o Tratado de Lisboa não é. 2. O que é o Tratado de Lisboa? I. No plano formal. II. No plano material, o Tratado de Lisboa. 2.1. As inovações. 2.2. As reformas. 3. Notas breves sobre o balanço possível.

SEGUNDA PARTE
DESAFIOS DA INTEGRAÇÃO REGIONAL E SUBREGIONAL NA AMÉRICA LATINA: SEU PROCESSO DE INTEGRAÇÃO E SEUS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS

Un Paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su Reflejo en los Sistemas Suramericanos de Integración..... 211
Ricardo Alonso García (Espanha)
1. Aclaraciones previas: supranacionalidad *vs.* intergubernamentalidad. 2. El Tribunal de Justicia como motor del mercado común. 3. Las vicisitudes del Tribunal de Justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia. 4. La experiencia europea en los sistemas suramericanos de integración regional, y las posibilidades de una inspiración inversa.

Lo Clásico y lo Novedoso en las Américas. Reflexiones en torno al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos..... 243
Laurence Burgorgue-Larsen (França)
I. El oficio excepcional de Juez interamericano. A. Una competencia material extensa. B. Poderes judiciales excepcionales. 1. Los poderes con respecto a los Estados. 2. Los poderes con respecto a sus resoluciones. II. La profunda metamorfosis de los ordenamientos nacionales. A. La metamorfosis legislativa. 1. La obligación de aprobación normativa. 2. La obligación de supresión normativa. B. La metamorfosis judicial.

Consideraciones en torno a la llamada Integración Latinoamericana y su Jurisdiccionalidad 263
Álvaro Enrique Mora Espinoza (Costa Rica)
1. Perspectivas del proceso de integración. 2. Condiciones para la integración regional. 3. Diversidad regional. 4. La institucionalidad y jurisdiccionalidad de la integración. 5. Efectos de la integración centroamericana. 6. Una reflexión sobre la consecuencia del proceso de integración y la educación superior. 7. A modo de conclusión.

El Principio Democrático y los Esquemas Regionales. Gobierno, Ciudadanía y Legitimidad en los Procesos de Integración 281
Christian Alberto Cao (Argentina)
Introducción. 1. La democracia procedimental y la democracia sustancial. 2. La democracia y la integración regional. Nuevos planteos para antiguos problemas de legitimidad. 3. La democracia como presupuesto de la integración regional. 4. La democracia y la forma de construir la integración regional. 5. La democracia y el esquema de gobierno del bloque de integración.

De la Efectividad de la Previsión de un Tribunal Supranacional Independiente como Órgano Determinante para la Consecución de los Objetivos de los Acuerdos de Integración Económica: Caso Venezolano 295
Marisol Sarria Pietri (Venezuela)
Introducción. I. La necesidad, viabilidad y efectividad de la creación de tribunales supranacionales en acuerdos de integración económica. II. La experiencia del hoy denominado Sistema Andino de Integración. III. La experiencia venezolana en el Sistema Andino de Integración (SAI). Conclusión.

El Largo Camino para la Consolidación de las Bases Constitucionales de la Integración Regional Andina y su Abandono por el Régimen Autoritario de Venezuela.. 319
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
I. Algo de historia sobre el proceso de integración en América Latina y el Acuerdo de Cartagena de 1968. II. La carencia de bases constitucionales para el inicio del proceso de integración andina, la excepción de Colombia y las discusiones ante las jurisdicciones constitucionales. III. La cuestión constitucional pendiente en 1999 y la propuesta para establecer las bases constitucionales para la integración regional que se acogió en la Constitución de 1999. 1. La integración económica y las exigencias constitucionales. 2. La consecuencia de la integración: el derecho comunitario. 3. Los principios rectores del derecho comunitario y su solución constitucional. 4. La Constitución de 1961: su insuficiencia, y la propuesta de Reforma Constitucional de 1992. 5. El contenido en materia de integración del Proyecto de Constitución Bolivariana propuesto por el Presidente Chávez: sus insuficiencias y contradicciones. 6. Propuesta de norma constitucional para el nuevo texto. IV. El abandono de la integración andina por Venezuela y la solicitud de adhesión al MERCOSUR.

El Derecho Administrativo Global y las Limitaciones, de Derecho Interno, para la Ejecución de los Fallos de Condena al Pago de Sumas de Dinero dictados contra la República: Juicio Crítico sobre los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la Nación a la luz de los Tratados Bilaterales de Inversión (Bits)..... 353
José Antonio Muci Borjas (Venezuela)
Introducción. I. La ejecución de los fallos de condena contra la República. Consideraciones generales. II. La ejecución de los fallos de condena contra la República. La jurisprudencia

anterior al Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 2001. III. La ejecución de los fallos de condena contra la República. El Decreto-Ley del 2001. IV. La ejecución de los fallos de condena contra la República. La jurisprudencia posterior al Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 2001. V. El régimen de Derecho interno para la ejecución de los fallos de condena contra la República y su incompatibilidad con los Tratados Bilaterales de Inversión (Bits). Conclusiones.

TERCEIRA PARTE
POLÍTICAS ECONÔMICAS DA UNIÃO EUROPEIA E DAS INTEGRAÇÕES LATINO-AMERICANAS

Relações Político-Econômicas da União Europeia: Parcerias com a América Latina e Caribetina e Caribe 383
Fernando Estevam Bravin Ruy (Brasil)
Introdução. 1. Objetivos socioeconômicos da União Europeia diante da economia globalizada. 1.1. Estratégia de Lisboa e a política para o crescimento e o emprego. 1.2. Desafio da estratégia de Lisboa para o crescimento e o emprego. 1.3. Espaço econômico e social comunitário. 1.4. Assistência macrofinanceira a países terceiros. 2. Políticas socioeconômica e comercial da União Europeia para a América Latina e o Caribe. 2.1. Inovação nas negociações. 3. Diálogos sub-regionais da União Europeia junto à América Latina e Caribe. 3.1. União Europeia e Mercosul. 3.2. União Europeia e Comunidade Andina. 3.3. União Europeia e América Central: o diálogo de San José. 3.4. União Europeia e Caribe. 4. Diálogos bilaterais da União Europeia junto a países da América Latina. 4.1. União Europeia e México. 4.2. União Europeia e Chile. 4.3. União Europeia e Brasil. Conclusão.

Elementos Constituyentes de la Incompatibilidad de las Ayudas de Estado en la Unión Europea 407
A. Saddy (Brasil)
Introducción. 1. Ayudas de Estado y sus elementos constitutivos. 1.1 Primera condición de incompatibilidad: la ayuda. 1.1.1 Ventaja o beneficio. 1.1.2. Selectividad. 1.1.3. Utilización de recursos o de fondos públicos. 1.2. Segunda condición de incompatibilidad: la afectación a la competencia y a los intercambios. 1.3. Tercera condición de incompatibilidad: trascendencia comunitaria. 2. Ayudas de Estado compatibles con el Mercado Común. Conclusiones.

El Contrato de Concesión de Obra Pública como Instrumento de Colaboración Público Privada en la Unión Europea, la Experiencia en España y su Exportación hacia Latinoamérica..... 437
Carlos Gasnell Acuña (Panamá)
I. La Unión Europea y su Concepción del Contrato de Concesión de obra Pública. II. La Indeterminación de la Unión Europea sobre el Riesgo en la Concesión. III. La Regulación del Riesgo Concesional en la Ley Española de Contratos del Sector Público. 1. ¿Una Nueva Concepción de la Concesión de Obra Pública? 2. La Mutación de los Elementos Tradicionales del Contrato de Concesión de Obra Pública en la Ley 13 de 2003. 3. La Concesión en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30 de 30 de octubre de 2007. IV. Una Breve Referencia hacia Latinoamérica.

Influencia del Derecho Comunitario en la Configuración de los Mecanismos Nacionales de Control de las Actividades de Preparación y Adjudicación de los Contratos del Sector Público: el Caso de España 459
Pablo Silvan (Espanha)
Introducción. I. La influencia del derecho comunitario en la configuración, por las legislaciones nacionales, de los procedimientos de recurso frente a la actividad de preparación y adjudicación de los contratos públicos. 1. El Derecho comunitario, motor de los cambios de la legislación reguladora de la contratación pública en los Estados Miembros de la Unión Europea. 2. La directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras. 3. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00, Comisión c. España). 4. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/06, Comisión c. España). II. Mecanismos de control de la actividad de preparación y adjudicación de los contratos que deban adjudicarse con arreglo a la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de contratos del sector público. 1. La actividad de preparación y adjudicación de los contratos del sector público. 2. Mecanismos de control en vía administrativa de las actividades de preparación y adjudicación de los contratos que deban adjudicarse con arreglo a la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público. a) El recurso especial en materia de contratación. b) Adopción de medidas provisionales. 3. Control, por la jurisdicción contencioso-administrativa, de las actividades de preparación y adjudicación de los contratos que deban adjudicarse con arreglo a lo previsto en la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

La Empresa Multinacional y el Pacto de la Sumisión Expresa en el Comercio Europeo y Latinoamericano: un Reto de la Globalización en el Marco del Derecho Procesal Comunitario 485
María Flor Sequera (Venezuela)
Introducción. I. El comercio entre la UE y Latinoamérica en el ámbito del derecho privado. A. Antecedentes. B. Perspectiva actual de las negociaciones. C. El tráfico jurídico contractual en materia de derecho privado. II. La aplicación del Reglamento 44/2001 en materia de Competencia Judicial Internacional de cara a la intervención de terceros Estados. A. Consideraciones preliminares. B. El Reglamento 44/2001. C. Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001. c.1. Ámbito de aplicación territorial. c.2. Ámbito de aplicación personal. c.3. Ámbito de aplicación temporal. c.4. Ámbito de aplicación material. III. Noción del domicilio de las personas jurídicas: conveniencia de la "triple identidad del domicilio" para las relaciones comerciales birregionales. IV. Foros de Competencia Judicial Internacional. V. Los foros de CJI como presupuestos de la litigación entre multinacionales europeas y latinoamericanas: La sumisión expresa como foro de autonomía de la voluntad. A. La sumisión expresa o prorrogatio fori. B. Relevancia del foro de sumisión expresa ante una potencial controversia entre las partes en cuestión. Conclusión.

Las Políticas de Solidaridad en la Unión Europea y su Incidencia en la Economía Española 505
José Manuel Bocanegra Requena (Espanha)
I. El nacimiento de las ideas de cohesión y convergencia. II. Los instrumentos para la política de cohesión. II.a Los Fondos Estructurales. II.b Los Fondos de Cohesión. 1. Desde su crea-

ción hasta 2004. 2. El periodo 2004 – 2006. 3. El periodo 2007 – 2013. 4. Las perspectivas para España. III. La política de cohesión Europea y España.

La Función del Ombudsman en un Pacto Económico y el Tratado de Cooperación Amazónico y los Derechos de los Pueblos Amazónicos y el Desarrollo Sostenible..... 527
Román J. Duque Corredor (Venezuela)
1. Las tareas pendientes de los pactos económicos. 2. Los pactos económicos y la democracia social. 3. Los efectos de la ingobernabilidad de la democracia en los pactos integracionistas y las funciones de las Defensorías del Pueblo. 4. La normativa comunitaria de derechos humanos y su aplicación directa en los Estados de economías integradas. 5. La legitimidad internacional de las Defensorías de Pueblos nacionales y la participación ciudadana en los procesos de integración. 6. El derecho a la identidad cultural en los pactos económicos y el papel de las Defensorías del Pueblo. 7. La incorporación de los mecanismos de promoción y protección de los derechos ciudadanos en las estructuras comunitarias de los Estados y la legitimidad del ejercicio del Poder Público como presupuesto de los procesos de integración. 8. La Amazonía herencia común de la Humanidad. El derecho amazónico. 9. El avance de la cooperación internacional hacia la institucionalidad supranacional, en el tratamiento de la Amazonía. 10. Los derechos de los pueblos amazónicos: su naturaleza colectiva o solidaria. El derecho al desarrollo y el desarrollo sostenible. 11. La defensoría de la Amazonía como institución de la organización internacional del Tratado de Cooperación Amazónica para consolidar el derecho amazónico transnacional. A manera de conclusión.

Integración Eléctrica en Centroamérica y en Europa..... 541
Jorge Rivera Staff (Panamá)
Introducción. 1. Aspectos generales. I. Elementos específicos del sistema eléctrico. II. Regulación, competencia y mercado. III. Un vistazo a los procesos de integración regional. IV. Noción de supranacionalidad. 2. Integración eléctrica en centroamérica. I. Antecedentes. II. Normativa. A. Tratado Marco del Mercado Eléctrico Regional. B. Normas Complementarias. III. Características. A. Mercado Mayorista. B. Carácter de Servicio Público. C. Instituciones Regionales. D. Infraestructuras. E. Estructura Empresarial. 3. Integración eléctrica en la Unión Europea. I. Antecedentes. II. Normativa. A. Tratado de Niza. B. Tratado de Lisboa. C. Normas complementarias. D. Tratado por el que se establece la Comunidad de la Energía. III. Características. A. Estructura de mercado. B. Carácter de servicio público. C. Instituciones regionales. D. Infraestructuras. E. Estructura empresarial. Conclusiones finales.

Evolución y Perspectivas de las Agencias Independientes en el Sector Eléctrico 575
Pedro Antonio Blanco Peralta (República Dominicana)
1. Génesis de las agencias reguladoras. 2. Crisis del Estado nación y nueva visión del mercado eléctrico. 3. El nuevo modelo energético. 3.1. Servicio eléctrico. 3.2. Características del modelo. 3.3. Modelo de competencia regulada. 3.4. Libertad para fijar precios. 3.5. Regulación para la competencia. 4. Estructura que deben poseer las agencias independientes. 4.1. Sistemas que se deben adoptar Centralización y Descentralización. 4.1.1. Centralización. 4.1.2. Descentralización. 5. Una Agencia Única o Múltiples Agencias Independientes. 5.1. Los Costes de la Regulación y las Fallas del Mercado. 5.2. La autonomía de las Agencias Reguladoras independientes. 5.2.1. Coherencia. 5.2.2. Independencia. 5.2.3. Responsabilidad del Regulador. 5.2.4. Transparencia. 5.2.5. Previsibilidad. 5.2.6. Capacidad. 5.2.7. ¿Quien controla a quien? 6. Elección de los miembros del órgano regulador. 6.1. Forma de elección. 6.2. Obligaciones y funciones de las agencias independientes. 6.3. Capacidad Técnica. 6.4. Re-

muneración. 7. Control judicial de las instituciones reguladas. 7.1. Alcance de las facultades jurisdiccionales de los Entes Reguladores. 7.2. Tribunal de la competencia como garante de la no captura del regulador. 7.3. La defensa de la competencia: Una prioridad pública. 7.4. Funciones de los tribunales de defensa de la competencia. 7.4.1. Función resolutiva. 7.4.2. Función consultiva. 7.4.3. Función tutelar. 7.5. Conductas prohibidas acuerdos, decisiones o recomendaciones. 7.5.1. Abuso de posición dominante. 7.5.2. Actos desleales. 7.6. El procedimiento en conductas prohibidas. 7.7. El control de las concentraciones empresariales.

Perspectivas da União Europeia no Novo Quadro Regulatório para as Comunicações Electrónicas 613
Miguel Azevedo Nunes (Portugal)
Introdução. 1. O actual quadro regulatório como a evolução numa conquista da liberalização do sector. a) O quadro comunitário – as Directivas. b) O quadro regulatório português. c) Conclusão. 2. Necessidade de reformulação das actuais regras – procedimentos a seguir. 3. Quais as propostas – nova Autoridade para o mercado. 4. Sistema regulatório mais eficiente. 5. Menos regulação, melhor regulação. 6. Maior concorrência. Conclusão.

A Competitividade no Setor Portuário e o Transporte de Cargas de Terceiros nos Terminais de uso Privativo Misto 637
Marcos Juruena Villela Souto (Brasil)
I. Apresentação. II. Desenvolvimento, 1. O domínio da lei e o domínio da regulação. 2. A Reforma do Estado e a consequente mudança de política pública. 3. A missão da ANTAQ e das Companhias Docas na execução das atividades portuárias. 4. Os objetivos e a metodologia regulatória. 5. O exercício da competência normativa e as exigências trazidas pela norma. 6. A proposta de inovação legislativa. 7. O Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008. III. Conclusões.

Hacia una Regulación del Turismo Sostenible 661
Víctor Rafael Hernández-Mendible (Venezuela)
Introducción. I. El régimen jurídico del Turismo. II. La naturaleza jurídica de la actividad turística. III. El marco institucional de la actividad turística. 3.1. El Ministerio de Turismo. 3.2. El Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística. 3.3. Los fondos mixtos de promoción y capacitación turística. 3.4. El Consejo Nacional de Turismo. 3.5. La Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles. 3.6. Las autoridades estadales y municipales. 3.7. Otras autoridades administrativas. IV. El estatuto de los usuarios de los servicios turísticos. 4.1. Los derechos de los turistas. 4.2. Los deberes de los turistas. 4.3. Los medios de protección de los derechos. V. Los operadores de la actividad turística. 5.1. Las obligaciones de los operadores. 5.2. Los derechos de los operadores. VI. La actividad turística sustentable. Consideraciones finales.

La Evaluación y Autorización de Comercialización de los Medicamentos de uso Humano: Legislación Aplicable y Papel Desempeñado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) y la Agencia de Medicamentos Europea (EMEA) 683
Mariella Pérez Serrano (Porto Rico / Estados Unidos da América)
Introducción. I. Aspectos básicos sobre los modelos de evaluación de medicamentos en España y la Unión Europea. A. Creación de la agencia europea dentro de un marco histórico europeo preciso. B. Creación de la agencia española: génesis y actualidad. C. Razones y bases para la creación de sendas agencias: cambio de modelo, importancia de uniformar el procedimiento de evaluación de me-

dicamentos. 1. Libre circulación de medicamentos: mercado interior. D. Pérdida de autonomía y de soberanía nacional en el ámbito de la evaluación de los medicamentos. II. Agencia Española de Medicamentos y de Productos Sanitarios (AEMPS) y la Agencia de Medicamentos Europea (EMEA). A. Disposiciones generales, competencias, bases comunitarias y marco legal dentro de la Unión Europea. 1. La EMEA como órgano regulador de las agencias de medicamentos en los países que componen la Unión Europea: revocación de autorizaciones. III. Relación entre los dos órganos destinados a la evaluación de medicamentos de uso humano a nivel europeo y a nivel nacional. A. Coordinación y armonización en la evaluación de medicamentos entre la EMEA y AEMPS. a. Modelo de procedimiento centralizado de aprobación de medicamentos: legislación aplicable. i. Procedimiento descentralizado o de reconocimiento mutuo. Apuntes finales.

La Mitigación de las Emisiones de Gases de Efecto Invernadero en los "Sectores no Directiva" de La Unión Europea y la Equidad en el Reparto del Esfuerzo..... 701
Ana Yábar Sterling (Espanha)
Introducción. 1. Elementos principales de la propuesta de reparto del esfuerzo de mitigación en los sectores no directiva, en la UE-27. 2. Evaluación sobre la aplicación de los criterios de equidad en el reparto del esfuerzo de mitigación de los "sectores no directiva", en la UE-27. 2.1. Datos básicos del escenario comunitario de referencia para el reparto. 2.2. La distribución del esfuerzo entre dos grupos de Estados miembros de la UE. Conclusiones.

Los Proyectos Forestales del Mecanismo de Desarrollo Limpio: una Opción para la Mitigación del Cambio Climático. Especial Aplicación a las Iniciativas Conjuntas de Brasil y España..... 719
Valéria I. Duarte Pessoa (Brasil)
Introducción. Objetivo del estudio. 1. El régimen multilateral del cambio climático. 2. La Convención Marco de las de Naciones Unidas sobre el cambio climático (CMNUCC), de 9 de mayo de 1992. 2.1. Objetivo y principios de la Convención Marco. 2.2. Obligaciones resultantes de la Convención. 2.3. Órganos de la Convención. 3. El Protocolo de Kioto. 3.1. Elementos comunes a los tres mecanismos de Kioto. 3.2. Aspectos diferenciados de los mecanismos de Kioto. 4. El régimen internacional del mecanismo de desarrollo limpio. 5. Los proyectos forestales MDL y su contribución para la mitigación del cambio climático. 5.1. Marco legal del MDL forestal. 5.2. Características de los créditos de carbono de los proyectos forestales. 5.3. Los bosques como sumideros de carbono. 5.3.1. Influencia de los bosques en el clima. 6. Aplicación del MDL en la Unión Europea. 7. Aplicación del MDL en España. 8. Aplicación del MDL en Brasil. 9. Perspectivas del MDL forestal en el período Post-Kioto. Conclusión.

QUARTA PARTE
ANALISES JURISPRUDENCIAIS DE
ASSUNTOS PÚBLICOS ECONÔMICOS

La Libre Circulación de Mercancías en el Mercado Interior Europeo. A Propósito de la Evolución de la Jurisprudencia del TJCE 757
Aurilivi Linares Martínez (Venezuela)
Introducción. I. Evolución jurisprudencial del concepto de MEE y de las excepciones a su prohibición. 1. Primer período (1970-1979): de "Dassonville" a "Cassis de Dijon". 2. Segundo período (1979-1985): de "Cassis de Dijon" a "Cinèthèque". 3. Tercer período (1989-1993): de "Torfaen" a "Keck y Mithovard". II. El papel de las causas de justificación de las MEE contenidas en el artículo 30 del TCE y de las "exigencias imperativas". III. La protección de los

derechos fundamentales: una nueva excepción de la prohibición de MEE admitida por la jurisprudencia del TJCE. A modo de conclusión.

Libertad Religiosa, Construcción de Templos y Exigencias Urbanísticas: Precisiones de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 793
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (Espanha)
Introducción: opciones y respuestas del ordenamiento jurídico ante la libertad religiosa. 1. El establecimiento de lugares de culto como una de alternativas de la libertad religiosa. 2. Viejas modalidades de control, hoy injustificables. 3. En concreto, lo urbanístico y la libertad religiosa: algunos antecedentes interesantes. 4. Enfrentamientos religiosos a consecuencia del cambio de calendario. 5. Control de la legalidad urbanística y ejercicio de la libertad religiosa. 6. La postura de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre "las leyes aparentemente neutrales". 7. La aspiración de Nikolaos Vergos de costruir un templo. 8. La fase de tramitación administrativa. 9. La línea argumental del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 10. El retraso en la tramitación. 11. Una ocasión fallida para que el Estado recalcara a Comunidades Autónomas y a Ayuntamientos la obligación de responder adecuadamente a los compromisos públicos derivados de la libertad religiosa. 12. Significado del dato sociológico del número de creyentes a la hora de las respuestas públicas.

Breve Apresentação dos Autores

Allan R. Brewer-Carías
Professor da Universidad Central de Venezuela e da Columbia Law School

Álvaro Enrique Mora Espinoza
Professor da Faculdade de Direito da Universidad de Costa Rica e da Faculdade de Educação da Universidad Nacional de Costa Rica

Ana Yábar Sterling
Professora Catedrática de Economia Aplicada e Diretora do Instituto de Ciencias Ambientales da Universidad Complutense de Madrid

A. Saddy
Pessoal Docente e Investigador em Formação da Universidad Complutense de Madrid, Doutorando em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid e Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

Aurilivi Linares Martínez
Professora da Universidad Central de Venezuela, Doutoranda em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid e Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

Carla Amado Gomes
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Carlos Gasnell Acuña
Professor de Direito Administrativo da Universidad Santa María la Antigua, Doutorando em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid e Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

Christian Alberto Cao
Professor da Faculdade de Direito da Universidad de Buenos Aires. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidad Complutense de Madrid e Universidade de Buenos Aires e Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

Daniela Urosa Maggi
Professora da Universidad Monteávila

Eduardo Luna Cervantes
Diplomado pelo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid e Doutorando em Direitos Fundamentais pela Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Estevam Bravin Ruy
Professor da Universidade Federal do Espírito Santo e da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo e Doutorando em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Lisboa

Francesco Paolo Volpe
Professore Agregado de Direito Administrativo da Faculdade de Ciência Política da Università degli Studi di Salerno

João Nuno Calvão da Silva
Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Ciências Jurídico-Comunitárias

Jorge Rivera Staff
Doutorando em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid e Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

José Antonio Muci Borjas
Professor de Direito Administrativo da Universidad Católica Andrés Bello

José Ignacio Hernández G.
Professor da Universidad Central de Venezuela

José Manuel Bocanegra Requena
Pessoal Docente e Investigador em Formação da Universidad Complutense de Madrid, Doutorando em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid e Mestre em Analise Econômica pela Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Julio V. González García
Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad Complutense de Madrid

Laurence Burgorgue-Larsen
Professora Catedrática de Direito Público da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
Professor Catedrático de Direito Administrativo da Universidad Complutense de Madrid

Marcos Juruena Villela Souto
Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes e Professor Visitante da Université de Poitiers

María Flor Sequera
Doutoranda em Direito Processual da Universidad Complutense de Madrid

Mariella Pérez Serrano
Doutoranda em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid

Marisol Sarria Pietri
Professora da Universidad Metropolitana e Especialista em Direito Mercantil pela Universidad Católica Andrés Bello

Miguel Azevedo Nunes
Pós-graduado em Direito da Comunicação e em Regulação Pública e Concorrência pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Nicola Scotto Di Vettimo
Doutorando em Direito Comunitário pela Universidad de Castilla-La Mancha e Diplomado pelo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid

Pablo Silvan
Doutorando em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid e Mestre em Comunidades Europeias e União Europeia pelo Real Instituto de Estudios Europeos de Zaragoza

Pedro Antonio Blanco Peralta
Doutorando em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid, Mestre em Direito Administrativo e Tributário pela Universidade Complutense de Madrid, Mestre em Negócios e Direito da Energia pela Fundación Repsol e Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV, PUC-RJ e Cândido Mendes, Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ e Especialista em Direito do Estado pela UERJ

Ricardo Alonso García
Professor Catedrático de Direito Administrativo e Comunitário da Universidad Complutense de Madrid

Román J. Duque Corredor
Professor de Direito Constitucional da Universidad Católica Andrés Bello

Valéria I. Duarte Pessoa
Procuradora do Distrito Federal do Brasil, Doutoranda em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid e Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

Víctor Rafael Hernández-Mendible
Professor de Direito da Regulação Econômica da Universidad Católica Andrés Bello e Professor Visitante da Universidad Externado de Colombia e da Universidad de La Sabana

Prólogo

O livro que o leitor tem em suas mãos – *Direito Público Econômico Supranacional* – é o primeiro resultado de um pretensioso projeto acadêmico da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional (www.methoius.com) que inaugura uma coleção de estudos jurídicos graças à importante colaboração de seus membros e dos demais co-autores.

Definindo-se como uma consultoria técnico-jurídica, MethoIus atua por meio de padrões orientados pelo método científico na busca de soluções jurídicas. Fruto do impulso que cada membro realiza e com o objetivo de promover e difundir as transformações que vem sofrendo o Direito Público, pretende-se gerar, por meio de publicações anuais orientadas ao conhecimento e melhor compreensão de temas jurídicos de distintos ordenamento jurídicos, um espaço de participação para profissionais, professores e estudantes de Direito, colaboradores e diretivos de empresas, e referências de organizações da sociedade civil e governamental de distintos países.

O Direito Público Econômico, antes circunscrito às fronteiras de cada Estado, esgotou-se em seu âmbito interno para estender-se e cruzar as fronteiras da nacionalidade. Por isso, nada mais justo e atual que um estudo de normas de sistemas jurídicos supranacionais, realizadas por operadores do Direito de diversos países.

Atendendo, portanto, sua trajetória acadêmica e profissional, brinda-se com muito orgulho todos os leitores brasileiros com uma obra que realiza essa interligação entre o Direito Público e o Direito Econômico no âmbito supranacional; afinal, é inegável supor que as transformações operadas no mundo econômico, na ordem jurídica e nas relações entre os países exigem que se repense o Direito Público Econômico.

Já chegou a hora da sociedade privada – e, principalmente, organizações com alta experiência técnica em determinada área – assumir o papel de representar uma elite intelectual, promovendo projetos estratégicos para as classes políticas dirigentes. É por meio dessa crença que agradecemos a honra de poder ofertar a todos a quem possa interessar a obra que ora segue, agradecendo, desde já, a leitura e disponibilidade de tempo cedido a esse projeto. Muito obrigado!

MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

Apresentação

Muito se tem estudado sobre as transformações, mutações ou evoluções de diferentes ramos do Direito. Tais estudos são e serão cada vez mais importantes para que, pouco a pouco, possibilitem a superação do acaso e do desenvolvimento crítico da Ciência Jurídica.

Com a progressão do tempo, a sociedade muda sua visão do mundo, seus valores básicos, sua estrutura política e social... É por mais uma dessas fases que se atravessa, porém com uma peculiaridade evidente aos olhos de qualquer cidadão: são as transformações mais intensas e globais que jamais se vivenciou na humanidade.

A busca de um Estado eficiente, com menores custos e melhores resultados, e a nova configuração contemporânea – o derrubamento dos Estados comunistas; a crise do Estado do bem-estar e os problemas de competitividade e desempenho na maioria dos países com tradição industrial; as constantes guerras; a aparição de um novo terrorismo; a mudança do protagonista político; as experiências mundiais de integração e cooperação; a busca de um Direito Universal; a importância da sociedade de conhecimento e de informação; a menor importância dos recursos naturais, o caráter imprescindível das infraestruturas; a revolução econômica [microeletrônica, informática, telecomunicações, ciência dos materiais, robótica, biotecnologia]; os novos modelos de produção; o capital humano; o desmoronamento de diversos Estado que gerou a multiplicação de autênticas emergências humanísticas; a infração galopante; o belicismo; a corrupção endêmica; a globalização; o crescimento da competitividade e da mobilidade financeira; e outras –, culminaram com o fim do chamado Estado Moderno, engendrando o Estado pós-moderno propulsor de uma nova estrutura global dividida em cinco níveis ou tipos de entidades, com capacidades distintas de regulação, gestão e atividade.

No primeiro nível aparecem os acordos multilaterais dos países desenvolvidos, que possuem de maneira ampla a função de modelação das políticas econômicas mundiais, por meio, por exemplo, do controle do câmbio, coordenação de políticas fiscais, coordenação de políticas monetárias e estabelecimento de regras sobre as transações financeiras. Em seguida, têm-se as agências internacionais constituídas por um número considerável de Estados, que podem tanto ter uma vertente de administração e gestão de conhecimentos técnicos ou de instituições de gestão econômica global. Depois, têm-se os sistemas de integração econômica, que detêm uma dupla função, tanto de desenvolvimento das políticas em todos seus aspectos, como de influência nas agências internacionais antes mencionadas. No quarto nível, ter-se-ia as Administrações Públicas ou os Estados-Nação. Seu principal papel é a implantação de políticas desenvolvidas pelo terceiro nível e a configuração global das políticas sociais. Por fim, têm-se os sistemas regionais e locais, que possuem a função básica de prestação dos serviços públicos e a provisão de estruturas e infraestruturas para que este resulte possível.

No meio de todas estas transformações está o homem, imerso em sociedades cada vez mais complexas, como um grão de areia em uma praia, um micro-organismo dentro de um

macro-organismo rodeado de transformações, à busca de realizações de seus objetivos pessoais, que mais e mais se defrontam e se entrecruzam com finalidades externas e adversas que se expandem e ameaçam seu espaço pessoal de liberdade. Este se vê cada vez mais limitado, na complexidade da vida social contemporânea, recluso, preso, contido em meio de transformações que fogem de seu controle.

É no enfoque dessas transformações e, principalmente, dos diferentes níveis de governo hoje existentes, que se configura a presente obra. Nessa nova ordem, observa-se a existência da criação de uma estrutura política própria, que se desenvolve mediante normas de funcionamento que escapam ao controle individual e, portanto, soberano, dos Estados criadores, condicionadas por uma estrutura jurisdicional também própria, onde suas decisões são obrigatórias para quem delas participar, tendo, ainda, suas normas eficácia direta e primazia frente às dos Estados criadores.

Essa estrutura, assim configurada, possui a forma do que se entende como supranacional, conceito estritamente relacionado ao fenômeno da cessão da soberania em favor de uma organização.

Deseja-se pensar e refletir as influências que o Direito Econômico dessas organizações exerce sobre o Direito Público e, em especial, sobre o Direito Administrativo. Essa ligação, hoje inseparável, entre Direito e Economia provoca a identificação do Direito Público da Economia, ou preferindo do Direito Público Econômico, agora desbravado no âmbito supranacional.

O Direito Público Econômico supranacional, para existir, depende da aceitação pela ordem constitucional interna da criação de órgãos supranacionais, aos quais se podem atribuir competência que a constituição atribui aos órgãos do Poder Público; e de que as normas ditadas pelos órgãos supranacionais não só tenham aplicação direta e imediata no Direito interno, como também se considerem parte integrante do ordenamento legal vigente e sendo aplicável preferentemente em relação à Lei nacional que lhes oponham.

O livro que se oferece ao leitor é fruto do esforço de destacados juristas de distintos países Europeus e Latino-Americanos que prestaram sua generosa colaboração a fim de lograr um material que seja útil a estudiosos e aplicadores do Direito no Brasil e no mundo. A todos nosso sincero agradecimento. Destaca-se não só o conteúdo dos artigos, mas também a riqueza que significa contar com o aporte de juristas de tão elevado grau acadêmico e profissional.

Esse livro é o primeiro da coleção de estudos jurídicos da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional por meio da qual busca a mesma dar conhecimento de estudos e debates de extrema importância jurídica.

Encontrar-se-á no Direito Público Econômico Supranacional úteis análises sobre matérias de interesse atual, com uma perspectiva crítica, diversa e promocional das transformações que o Direito Público vem sofrendo. Alerta-se que o livro não foi pensado para compartir num mesmo volume certas semelhanças de caráter sistemático, de maneira que o leitor pode encontrar enfoques e concepções diferentes, de modo explícito ou implícito. Entende-se que essa opção é melhor que a de tentar oferecer uma visão mais linear e pretensiosamente mais coerente do Direito Público Econômico supranacional numa etapa confusa como a que vivemos.

Em suas páginas apresentam-se estudos de reconhecidos profissionais, professores e estudantes de doutorado divididos em quatro partes: I – União Europeia: avanços e perspectivas; II – Desafios da integração regional e sub-regional na América Latina: seu processo de integração e seus órgãos jurisdicionais; III – Políticas Econômicas da União Européia e das integrações latino-americanas; e IV – Análises jurisprudenciais de assuntos públicos econômicos.

A primeira parte consagra aspectos da União Europeia iniciando-se com um artigo que enfoca a criação da Administração supranacional e o desenvolvimento das instituições de caráter soberano supraestatal difuso, além de registrar a debilidade das Administrações estatais nacionais. Seguem-se a ele artigos relacionados aos princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito e suas relações com a Administração Pública e o Direito Econômico supranacional. Ademais, tem-se um artigo sobre a constitucionalização dos direitos fundamentais na União Européia e outro sobre o parlamento europeu e o futuro da política exterior europeia. E, por fim, observam-se alguns apontamentos sobre o recente Tratado de Lisboa.

A segunda parte inicia-se com um passeio pela jurisprudência supranacional europeia e seus reflexos e desafios nos sistemas sul-americanos de integração, passando por considerações a cerca das integrações latino-americanas e retornando ao princípio democrático, agora como desafio das instituições do Mercosul. Trata-se da necessidade, viabilidade e efetividade da criação de um tribunal supranacional e realiza-se uma análise dos processos de integração na América Latina, evidenciando a dificuldade da consolidação das bases constitucionais para tanto. Por fim, questionam-se os privilégios e prerrogativas processuais em Tratados Bilaterais de Investimento nas execuções das falhas de condenação.

Quanto à terceira parte, tem-se uma introdução das relações político-econômicas da União Europeia para com a América Latina, em seguida estuda-se os elementos constituinte para a declaração de uma incompatibilidade das ajudas de Estado na União Europeia. Trata-se, também, dos contratos de concessão de obras públicas como instrumento de colaboração público-privada na União Europeia e sua exportação para América Latina, passando ainda pela influência do direito comunitário na configuração de mecanismos de controles nacionais no que diz respeitos a contratos do setor público. Depois, aborda-se aspectos processuais do comércio europeu e latino-americano, além de tratar da política de solidariedade da União Europeia e da função do *ombudsman* nos pactos econômicos. Por fim, estuda-se aspectos relacionados à regulação, como a integração elétrica e seus órgãos reguladores, as perspectivas do novo quadro das comunicações eletrônicas, a competitividade no setor portuário, a regulação de medicamentos e do turismo sustentável, terminando com análises jurídicas da mitigação das mudanças climáticas.

Terminando, a parte quatro do livro faz uma reflexão de algumas jurisprudências relacionadas à livre circulação de mercadoria no mercado interno europeu e a liberdade religiosa.

Como nota de esclarecimento, deve-se ressaltar que em benefício da autenticidade da produção acadêmica de cada autor mantiveram-se os textos em suas versões originais. Também ofertou-se aos articulistas uma total liberdade científica, além de ter deixando ao critério de cada co-autor o modo de realizar a referência bibliográfica dos autores citados, uma vez que diferencia de país para país a norma a ser utilizada.

Ficaria incompleta essa breve apresentação se omitisse um agradecimento a todos os co-autores desde obra coletiva, que apostaram em nosso ambicioso projeto. Em especial, não poderia deixar de fazer uma menção a Aurilivi Linares Martínez, amiga e sócia que aportou sua ajuda em todas as etapas do projeto, além de agradecer à editora Lumen Juris e a MethoIus Consultoria Jurídica Internacional. Por fim, destaca-se a alegria em apresentar ao público tão importante trabalho, esperando que essa publicação constitua um novo aporte ao conhecimento do Direito Público e, ao mesmo tempo, fomente a preparação de outros livros semelhantes.

A. Saddy
MMVIII, outubro, Madri, Espanha

Primeira Parte

União Européia: Avanços e Perspectivas

De la Administración Soberana del Estado Nacional a la Administración del Marco Supraestatal Difuso

*Julio V. González García**

I. Planteamiento general. II. La interdependencia como característica del funcionamiento de los entes encargados de asuntos públicos. III. La creación de una Administración supranacional para los asuntos públicos. IV. El desarrollo de las instituciones regionales de integración económica. V. Las manifestaciones del debilitamiento de las Administraciones públicas de los Estados nacionales.

I. Planteamiento general

El proceso de globalización económica está conduciendo a cambios significativos en el funcionamiento administrativo. Por un lado, alguno de los aspectos como los vinculados a la aparición del ciber espacio –que está dando lugar a nuevos modos de plantear las relaciones económicos, a las personales y a la aparición de nuevas modalidades delictivas– o los elementos vinculados a la información, socavan el poder estatal. Pero si se analiza de forma comparativa sobre el poder de la Administración estatal en relación con las entidades con las que ha de convivir, vemos una tendencia creciente a la pérdida de influencia de la Administración del Estado nación, que ha sido la básica para el desarrollo y ejercicio de las funciones públicas. Hoy ha de compartir en la actualidad su poder con otras entidades, tanto del ámbito del Estado de referencia –unos de ámbito territorial, como son las entidades regionales y locales, las cuales disponen cada vez de mayor poder– y otras que han sido configuradas por el propio Estado –como son las agencias administrativas–.

Al mismo tiempo, se encuentra con que la Administración supranacional ha ido desarrollándose de tal manera que en la actualidad ha asumido numerosos poderes que tenía con anterioridad el Estado, y ello como consecuencia de cesiones directas como de propia asunción de poderes implícitos por parte de las entidades supranacionales.

Obviamente, se trata de cuestiones que tienen una notable trascendencia para el estudio del funcionamiento administrativo, dado que condiciona la propia capacidad de intervención de los poderes públicos en las actividades económicas y sociales –ya sea a través de la regulación ya sea a través de los propios actos administrativos–. De hecho, se ha llegado a señalar que nos encontramos en una época definible, como ha señalado PEDRIERI, por la ósmosis entre estado y mercado, "el aparato estatal se ha cambiado: las instituciones para el mercado se estructuran en una recíproca integración con el mercado y con el mercado de las regulaciones del mercado, que se difunden en todo el aparato estatal, no sólo en la tradicional relación con el parlamento y con el gobierno, sino también con la

* *Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.*

administración estatal, regional, local, fragmentada en subsistemas de organización, con los entes independientes, instituidos como nódulos reguladores de los subsistemas y de los centros dotados de poderes autoritarios, pero también centros de negociación: la banca central, institución predominante de los Estados y de los mercados de nuestros tiempos es el ejemplo conspicuo. El Estado, instalado sobre un sistema electoral representativo articulado en partidos, se ha modificado hacia un Estado que conoce otro círculo representativo, sin elecciones, articulado sobre grupos de interés".[1]

II. La interdependencia como característica del funcionamiento de los entes encargados de asuntos públicos

El funcionamiento de las Administraciones públicas y, en general su propia configuración, ha sufrido una transformación de extraordinaria intensidad como consecuencia de la globalización, en un sentido más cualitativo que cuantitativo. Es cierto, desde este último punto de vista, que el número de entes encargados de los asuntos públicos ha experimentado un gran crecimiento, en la medida en que a los entes de carácter nacional ha de añadirse todos aquellos que tienen un origen internacional, debiendo distinguirse dentro de ellos los que tienen un origen público y los que lo tienen privado. Ahora bien, por importante que sea este dato del aumento de entes encargados de asuntos públicos no termina de explicar la intensidad de los cambios que se han producido en los últimos años.

En efecto, el aumento o la disminución de entes públicos se transforma, en definitiva, en un problema de la división de competencias entre ellas para lograr los objetivos que se producen con la reorganización. Ahora bien, en el sistema contemporáneo la palabra clave para explicar cómo funcionan los entes encargados de asuntos públicos es *interrelación,* que no se aplica sólo a funcionamiento interno, sino, sobre todo, a las relaciones entre entes internos y externos y dentro de estos últimos entre sí. En efecto, en la actualidad, su desenvolvimiento es la consecuencia de "redes de interconexión, producidas por fuerzas, supranacionales, intergubernamentales y transnacionales, que son incapaces de determinar su propio destino".[2] Y dentro de ellos no se puede olvidar el papel importantísimo que desempeñan entidades de carácter privado, que complementan el sistema, en la medida en que impulsan y se benefician de la mayor parte de las actividades que realizan las entidades totalmente públicas. Y de hecho, existen foros internacionales en los que las propias corporaciones privadas tienen la posibilidad de intervenir en la toma de decisión.

Tanto es así, que es posible percibir la presencia de cinco niveles de gobierno en las relaciones nacidas de la globalización, cada una de ellas imprescindible y que desempeñan una función básica tanto en su ámbito respectivo como para dotar de efectividad total al sistema. De hecho, en esta línea se ha afirmado que "las actividades económicas requieren

1 PEDRIERI, A. Estado y mercado: la ósmosis como elemento cualificador y legitimante, en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* nº 17 (enero-abril 1994), p. 43.

2 HELD, D. Democracy, the nation-state and the global system, publicado en *Economy and society,* nº 20-2 (1991), p. 148.

que existan mecanismos de interrelación en los cinco niveles, aunque los tipos y medios de regulación sean diferentes en cada uno de ellos".[3] Concretando los cinco niveles antes aludidos, se debe diferenciar entre:

1. Gobierno a través de los acuerdos multilaterales que se producen entre las grandes naciones desarrolladas, tales como el G-7. Su objeto fundamental es estabilizar los tipos de cambio, coordinar la política fiscal y monetaria, así como cierta normativa referida a las transacciones financieras.
2. Gobierno, en segundo lugar, a través de agencias constituidas por un conjunto considerable de Estados encargadas de la gestión de ámbitos específicos: así, nos encontramos con la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, etc. Ellos son los más importantes, dado que de forma interrelacionada asumen la función de determinar la política económica mundial. Junto a ellas, y con un ámbito también de gestión de aspectos concretos, aparecen las organizaciones encargados de administrar los conocimientos técnicos y de adoptar disposiciones de normalización entre diversos sistemas, como pueden ser la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la Unión Postal Internacional o la Organización Mundial de Meteorología.
3. Sistemas regionales de integración económica, como pueden ser la Unión Europea o el área comprendida dentro del Tratado de Libre Cambio. Se trata de ámbitos económicos suficientemente grandes que tienen objetivos comunes en ámbitos más generales, lo que les permite, además, participar con fuerza suplementaria en los ámbitos referidos en el punto dos, esto es, en las organizaciones con capacidad directiva de política económica. Ni que decir tiene que la fuerza de todos estos sistemas regionales de integración es variable, y depende su capacidad económica y la intensidad de la integración, lo que impide comparar los antes citados, con el SICA, por tomar un ejemplo.
4. En cuarto lugar, la Administración pública de los Estados nacionales, que tiene dos funciones básicas: por un lado, proveer la solución de los problemas de carácter social de cada uno de los países y, en segundo lugar, implementar las políticas aprobadas en 1, 2 y 3 para que la competencia resulte posible y las posibilidades de actuación de las corporaciones transnacionales resulte factible. De hecho, como se verá con posterioridad, juegan un papel de tranquilidad de los agentes económicos.
5. Y en quinto y último lugar, los sistemas intranacionales de carácter regional y local, cuya misión es la provisión de servicios colectivos tanto a la población como a los distritos comerciales. Normalmente, aspectos concretos de la competencia entre ordenamientos se producen a través de la labor de estos entes subestatales, ya que son ellos los que otorgan subvenciones, dan suelo para el establecimiento, efectúan excenciones impositivas, etc.

3 Tomo esta clasificación de HIRST, P y THOMPSON, G. Globalisation in question: the international economy and the possibilities of governance. Cambridge: Polity Press, pp. 121 y 122.

La *materia administrativa* (entendida como referida a la gestión de intereses generales) relacionada con la globalización abarca, como se puede apreciar, a la totalidad de los entes mencionados en la sistematización anterior cada uno en su ámbito respectivo de competencias; aunque con una participación cualitativamente distinta. Dentro de este diferente papel, sí se debe constatar que por regla general nos encontramos ante mecanismos de toma de decisión en los que adoptan una función preponderante los partícipes que están ubicados en los apartados 1, 2, y 3 del cuadro anterior; salvo, claro es, cuando aparecen problemas *de especial sensibilidad* para los organismos inferiores, en cuyo caso se efectúa una considerable presión hacia arriba para que esta reivindicación sea atendida, algo que no siempre resulta posible ya que los partícipes más amplios deben analizar la totalidad del sistema antes de tomar una decisión, para lo cual los resultados no siempre son totalmente satisfactorios.[4]

III. La creación de una Administración supranacional para los asuntos públicos

La globalización económica es un proceso que no se puede entender sin el conjunto de organismos internacionales que, en los últimos años, han alcanzado un papel preponderante tanto en la función de dictar las reglas básicas de la política económica como en la regulación de los intercambios internacionales de bienes y servicios; puntos que constituyen elementos imprescindibles para que aquélla pueda tener lugar. Naturalmente, este proceso de acrecentamiento de lo supranacional se efectúa a costa de ocasionar un debilitamiento equivalente de la Administración de los Estados nacionales, tanto desde el punto de vista normativo (las competencias de los entes supranacionales surgen por transferencias desde el interior) como sociológico (en aquellas materias en que la Administración pública nacional retiene las competencias desde un punto de vista formal, siguen fielmente las directrices impartidas desde los elementos 1, 2 y 3 del cuadro anterior).

Ciertamente, este fenómeno de creación de una Administración pública supranacional surge con independencia de lo que hoy se define como globalización, en la medida en que tiene un origen anterior,[5] aunque ha tenido una enorme progresión en los últimos años, tanto en la intensidad de la integración como en la creación de nuevos instrumen-

4 Posiblemente el caso donde mejor se materialicen estas presiones de abajo hacia arriba –con resultados desiguales– lo ofrece la agricultura, como se puede apreciar con la ordenación del olivar. Por necesidades reales o futuras de la organización mundial del comercio, junto con los requerimientos de productores de otras oleaginosas junto con problemas de carácter presupuestario resulta preciso, en opinión de uno de los elementos superiores del sistema, reducir la producción de aceite. No obstante, dada la presión de los componentes inferiores del sistema, se entra en una especie de negociación desigual (dado que una de las partes es la que toma la decisión) entre el nivel cuatro (el Estado español, que actúa como correa de transmisión del cinco, Ayuntamientos y Comunidades Autónomas implicadas) y el nivel tres, que a su vez está condicionado por los acuerdos tomados o por tomar en el nivel dos (en particular dentro de la Organización Mundial del Comercio). Ejemplo este del aceite que se puede extender a multitud de ámbitos.

5 No obstante, dependiendo de los autores se han señalado fechas muy diferentes que pueden alcanzar hasta el siglo XV. Sobre esta cuestión, puede verse BECK, U. ¿Qué es la globalización? *Falacias del globalismo, respuestas a la globalización.* Barcelona: Paidós, 1998, p. 41.

tos al servicio del mercado global, normalmente por derivación de los ámbitos materiales transferidos originariamente a la organización supranacional que ha ido asumiendo nuevas competencias como consecuencia de los nuevos problemas que fueron apareciendo.

Si intentamos buscar los orígenes de la Administración supranacional hemos de desligarlo por completo de la globalización tal y como hoy la entendemos. Más concretamente, sus primeros e incipientes pasos se produjeron durante el período de entreguerras, aunque se trató de un proceso no demasiado fructífero desde una perspectiva cualitativa. Más recientemente, su configuración actual es la consecuencia directa de los acuerdos adoptados por las potencias vencedoras de la segunda guerra mundial cuando en la conferencia celebrada en la localidad estadounidense de Bretton Woods, en 1944, determinan las instituciones económicas que van a gestionar la victoria que ya era absolutamente previsible. En dicha conferencia tuvo lugar otro hito significativo, consistente en la fijación de un sistema uniforme de control de cambios de divisas que se mantuvo prácticamente inalterado hasta los años setenta cuando Canadá, Suiza, Alemania y Estados Unidos abandonaron los controles a la circulación de capital, en un proceso incesante hasta la actualidad y que ha motivado algunos de los problemas derivados de la globalización, como la crisis del peso mexicano, la salida de la libra del Sistema Monetario Europeo o la más reciente crisis del rublo.

Ahora bien, con independencia de ambos fenómenos, desde los primeros años de la segunda postguerra, empezó a intuirse que el papel que se les había encomendado a las referidas organizaciones iba a quedar superado por el devenir de los acontecimientos. Primero bajo el auspicio directo de la Organización de las Naciones Unidas y con independencia de ella, ya desde 1947 comienzan a desarrollarse los instrumentos bilaterales y plurilaterales que tenían el objetivo de potenciar el comercio internacional y fomentar la integración económica, comenzando por el propio Acuerdo General de Aranceles y Comercio, más conocido por su acrónimo inglés, GATT, de 1947. Y en un momento aún más reciente, tiene lugar la gran eclosión cualitativa de estas organizaciones supranacionales, que les condujo a su papel actual de grandes actores de intervención en las Administraciones nacionales,[6] teniendo en cuenta que marcan las pautas de la política económica de los Estados nacionales, ya sea por una conexión directa entre los organismos internacionales y los gobiernos, ya fuera como consecuencia de obligaciones que se imponen desde dichas entidades a los Estados si quieren participar de los beneficios del sistema.

Por regla general, en el análisis de esta Administración supranacional hay que mencionar necesariamente a entidades de carácter público, pero, no se puede olvidar que tiene una característica desconocida hasta ahora: está constituida tanto por organizaciones de carácter públicos como por entidades de carácter privado que han ido asumiendo un papel tan importante que son capaces de determinar cuál es, por ejemplo, el tipo de interés que ha de aplicarse a los créditos que solicita cada Estado en el comercio internacional, dependiendo de cuáles sean las orientaciones de su política económica, de la evolución del gasto público, de la onerosidad del sistema de protección social, de la inflación, o, incluso, de la

6 Sobre estas cuestiones debe consultarse HELD, D. Democracy, the nation-state…. *Op. cit.*, en particular, pp. 150 y ss.

evolución reciente de las variables macroeconómicas.[7] Su relevancia proviene de que son los que marcan las orientaciones generales de la política económica mundial, que se debe vertebrar sobre el monetarismo, la desregulación, el libre cambio comercial, el flujo de capitales sin trabas y la privatización de las empresas públicas.

Ahora bien, más allá de su configuración institucional, hay un dato que merece ser recordado: los órganos estatales que actúan en ellos adoptan en multitud de ocasiones el papel de correa de transmisión de las grandes corporaciones económicas con el fin del mantenimiento del *status quo* y, en particular, que se cree un Derecho ad hoc para ellas, en la medida en que, si no fuese así, acudirían a otros puntos del mercado jurídico mundial donde obtendrían mayores beneficios. Y esas controversias entre grandes corporaciones y Estados y, por otra parte de Estados entre sí, hace que, como han señalado FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, en estas organizaciones supranacionales "se pone de manifiesto no sólo un marco internacional de desenvolvimiento del comercio internacional, sino también los intereses internacionales inseparables de esa actividad "privada" que enfrentan a distintos grupos de estados".[8] Para entender esta nueva realidad ha de tenerse en cuenta que, como ha señalado ESTEFANÍA, desde los años ochenta, la internacionalización de la economía se ha producido sobre la base de las grandes empresas multinacionales; elemento que ha de tener una traslación desde el punto de vista institucional ya sea de forma directa o indirecta.[9]

Concretando el entramado institucional que está desarrollando los instrumentos que posibilitan la globalización económica, entre ellas hay que citar un grupo de organismos (dispongan o no de personalidad jurídica) que tienen el papel vertebrador y que funcionan en una situación de total interrelación: el denominado G8,[10] el Banco Mundial,[11] el

---

7 Conviene resaltar que en el coste real de los créditos tiene una gran importancia la valoración efectuada por unas agencias anónimas, privadas, dentro de las cuales la más importante es Moody's Investors Service, que dispone de una calificación de los Estados en función de su solvencia financiera lo que determina, el coste real de los créditos en el mercado mundial. Así por ejemplo, dado que Argentina tiene una calificación, según Moody's de B tiene que pagar una media de un 4% más que Alemania que tiene la máxima calificación, AAA. Ha de tenerse en cuenta que la calificación que otorga esta agencia depende de la información que proporcionan los diversos Estados a través de la apertura de todos sus secretos económicos reales, aunque en la valoración final no sólo cuenta la situación actual sino también cual ha sido su trayectoria anterior, lo que perjudica mucho a algunos países, como el caso antes reseñado de Argentina.
Aunque formalmente el juicio que emita Moody's sea sobre la solvencia económica, en el fondo también es político, en la medida en que determina qué ha de hacer una determinada economía para paliar una mala calificación, lo que condiciona la normativa administrativa económico-social que vaya a aprobar, así como las orientaciones globales de política económica.

8 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. El Derecho del comercio internacional, dentro de la obra colectiva cuyo editor es el propio FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. Derecho del comercio internacional. Madrid: EUROLEX, 1996, p. 47.

9 ESTEFANÍA, J. La nueva economía. La globalización. Madrid: Temas de Debate, 1996, p. 13.

10 Se trata de la conferencia del grupo de los siete países más industrializados, o sea Alemania, Canadá, EE.UU., Francia, Italia, Japón y el Reino Unido, que a veces se reúne a cinco, sin los dos que tienen menor importancia e ellos –Italia y Canadá- y otras veces a ocho, con la presencia del otrora enemigo y hoy rendido y gran deudor de todos ellos, Rusia.

11 El Banco Mundial es el heredero del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento surgido de la conferencia de Bretton Wood, en 1944, que fue reconocido como agencia especializada de la ONU en 1947 y que cambió su denominación en 1955. Su finalidad declarada está constituida por el desarrollo y la recons-

Fondo Monetario Internacional[12] y el entramado GATT-Organización Mundial del Comercio;[13] a las que hay que unir aquellas dependientes de éstas constituyendo una verdadera administración especializada. En mayor o menor medida, todas ellas necesitan, evidentemente, un entramado administrativo que por un lado, apruebe los proyectos de normativa y, por el otro, tome medidas necesarias para su ejecución y para reprimir las contravenciones por parte de los estados parte de las diferentes convenciones. Y todo ello imponiéndose a las autoridades nacionales dado que ellas han delegado parte de sus funciones en estas organizaciones de carácter supranacional.

Ahora bien, ha de notarse que cada una de ellas, forma algo parecido a un sistema global, en el que, para cada ámbito transferido a la organización internacional son ellas las únicas responsables, tanto en la adopción de las reglas de funcionamiento, de su ejecución e incluso del control de su ejecución a través de un sistema de resolución de conflictos; imponiendo un proceso de *feudalización* del Derecho y de la Administración pública. Con ello estoy haciendo referencia a la absoluta independencia que tiene cada uno de estos instrumentos con respecto de la Administración pública nacional, de manera que cada organismo supranacional es soberano en su ámbito material y dispone de todos los mecanismos necesarios para producción y ejecución del Derecho en sus diversos tipos, con exclusión total de la Administración pública de los Estados nacionales, ya que ésta no participa directamente en ese Derecho derivado de la organización supranacional.

Un ejemplo ilustrará perfectamente lo que estoy señalando: en los años sesenta se produjo un movimiento con el fin de establecer una normativa de las inversiones en el extranjero que pudiera proporcionar seguridad jurídica a los inversores, fijando la responsabilidad de la Administración nacional en el caso de producción de daño y fijando unos mecanismos para hacer efectiva dicha responsabilidad. Después de una serie de avatares esta misión es encomendada al Banco Mundial, en cuyo seno se adopta el denominado Convenio de Washington que entró en vigor en 1966. Este convenio crea un organismo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones,[14] cuya misión

trucción de los territorios de los Estados miembros, facilitando las inversiones con fines productivos y promoviendo las inversiones extranjeras privadas.

12 Surgido también de la conferencia de Bretton Wood, tiene como objetivo declarado de ocuparse del buen funcionamiento del sistema monetario internacional, y dentro de ellos facilitar el funcionamiento armonioso del comercio mundial y la estabilidad del sistema monetario internacional, ayudando al establecimiento de un sistema multilateral de pagos bajo ciertas condiciones y ayudar a los estados miembros mediante créditos bajo la obligación de introducir medidas de ajuste en las respectivas economías nacionales que suelen tener un patrón común de supresión de ayudas al consumo, disminución de importaciones, congelación de salarios y gastos sociales.
Suele actuar de forma coaligada con el denominado "Club de París", donde se reúnen los que realmente conceden los préstamos a los Estados, ya que en multitud de ocasiones el FMI adopta meramente el papel de intermediario financiero.

13 Como es conocido, la Organización Mundial de Comercio surgió en la Conferencia de Marraquech de 1994 como derivación de los acuerdos adoptados en la Ronda Uruguay del GATT (Acuerdo General de Aranceles y Comercio, en su traducción al castellano) y hereda todo el entramado organizativo creado para la adopción de los acuerdos sobre el comercio. A través de sus consejos dispone de un importante papel a la hora de regular las intervenciones estatales en los intercambios internacionales, instituyéndose, asimismo, un sistema para la resolución de controversias.

14 Sobre este organismo, su funcionamiento y las relaciones con los Estados, véase VIVES CHILLIDA, J. A. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Madrid: McGraw-Hill, 1998.

es precisamente facilitar los medios de conciliación y arbitraje para resolver las discrepancias que existan con los Estados receptores de las inversiones, que cumple sus funciones con independencia de cuál sea la *calidad* de la jurisdicción encargada del control de la Administración pública.

Más aún, en el propio seno del Banco Mundial se creó, en 1985, un organismo específicamente encargado del control de las inversiones extranjeras, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, relacionado naturalmente con el CIADI y cumpliendo una función complementaria a la de éste. En el convenio de Seúl, por el que se crea, se le encomiendan funciones de arreglo de diferencias entre inversores y países receptores, de impulsión de los acuerdos con los países en vías de desarrollo, teniendo presente, de nuevo garantizar las inversiones extranjeras. Y, en la misma línea, ha sido dicho organismo el que la aprobado un documento donde se fijan las "líneas directrices sobre el tratamiento de la inversión extranjera directa". Como se puede apreciar, en el *feudo* de las inversiones extranjeras, es soberano el Banco Mundial, que a su vez, en manifestación clara de su propia soberanía, ha desarrollado el entramado organizativo necesario para que todos los elementos jurídicos a que dé lugar tenga que pasar obligatoriamente ante ella.

Si analizamos todo el entramado organizativo de la Administración supranacional de carácter económico, tomamos conciencia de la coincidencia de objetivos de todos ellos, en la medida en que gestionan aspectos diferentes pero interrelacionados los unos con los otros, y añadimos la presencia fundamental –sin la cual la globalización no se entendería– de las compañías transnacionales[15] entenderíamos la calificación que le ha proporcionado CAPELLA, que lo ha denominado *soberano supraestatal difuso*,[16] que está constituido por el poder estratégico conjunto de las grandes compañías transnacionales y los conglomerados financieros y que tiene su fuerza a través de la penetración en los agentes del poder que tienen acceso directo a las organizaciones antes mencionadas. Y, de hecho, las compañías transnacionales se han transformado en uno de los principales agentes de poder en las últimas décadas, ya sea utilizando al Estado, ya sea paralelamente a la labor de los poderes públicos.[17]

Este soberano supraestatal difuso dispone de tres características que resultan de extraordinaria importancia a nuestros efectos: por un lado, su propio carácter difuso, en la medida en que no está concentrado en una única sede ni en unas únicas manos sino que una pluralidad de agentes ubicados en diversos lugares y de naturaleza también diferente contribuyen a su creación.[18] En segundo lugar, tiene capacidad suficiente para insertarse

15 Sobre la importancia de las compañías transnacionales en la globalización, tanto en la función de empuje como en la de principal beneficiario de sus réditos, véase BARRY JONES, R. J. Globalisation and interdependence in the in the international political economy. Rhetoric and reality. London & New York: Pinter publishers, 1995, en particular, pp. 165 y ss.

16 CAPELLA J. R. Fruta prohibida. *Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado.* Madrid: Trotta. Madrid, 1997, p. 260

17 Sobre estas cuestiones, véase STRANGE, S. The retreat of the state. The diffusion of power in the world economy. Cambridge: Universit Press, 1996, pp. 44 y ss.

18 De hecho, CASTELLS señala sobre este punto, que "el estado-nación cada vez está más sometido a la competencia más sutil y más preocupante de fuentes de poder que no están definidas y, a veces, son indefinibles. Son redes de capital, producción, comunicación, crimen, instituciones internacionales, aparatos mili-

dentro del entramado organizativo nacional, condicionando su toma de decisiones en aras de materializar el pensamiento único económico dada su propia fortaleza; condicionando la toma de decisiones en los Estados nacionales, obligando a estos a actuar para el cumplimiento de tales compromisos e imponiendo asimismo sanciones que provendrán de alguno de los agentes de este soberano supraestatal.[19]

Pero, en tercer lugar, lo más relevante en cuanto al funcionamiento de las Administraciones públicas consiste en que tiene un carácter privado, en la medida en que vela por la satisfacción de los intereses de las corporaciones que actúan en la economía globalizada, algo por otra parte que se corresponde con el papel preponderante que han adoptado las grandes corporaciones transnacionales en el desarrollo de la mundialización económica. De hecho, como ha señalado CAPELLA, este dato se ha hecho realidad debido al traspaso de "de decisiones capitales de la esfera pública a la esfera privada".[20] Y este último dato con independencia de que este Derecho (que en su mayor parte es Derecho administrativo) se cree y se mantenga al servicio de los grandes agentes económicos (como se verá con posterioridad) se presente como beneficioso para la humanidad en su conjunto.

De hecho, esta administración del poder supraestatal difuso tiene, como ha señalado CAPELLA,[21] una legitimación diferente, con un discurso que, en absoluto, coincide con el que resulta para las Administraciones públicas del texto constitucional. En efecto, la legitimidad que se predica de estos entes públicos o privados que marcan las pautas del Derecho de la globalización se puede medir sólo en términos de eficacia o, más concretamente, de eficacia técnico-productiva. Y dentro de este tipo de legitimación, sólo se admite aquella política económica que permita el máximo grado de desarrollo de las grandes empresas multinacionales. Ahora bien, desde su óptica exclusivista no existe otro planteamiento, no hay, de hecho, otro política económica que esa, algo, por lo demás, consustancial en estos tiempos promoción del pensamiento único, en feliz expresión de RAMONET,[22] que considera cualquier desviación en su línea ideológica como irracional científicamente hablando. Este tipo de legitimación de la administración de la globalización está impidiendo cualquier forma de planteamiento normativo que intente introducir otra clase de valores que pudiera perjudicar a estas corporaciones, como se puede apreciar de manera palmaria en materia de política energética, donde no se plantea siquiera la utilización

tares supranacionales, organizaciones no gubernamentales, religiones transnacionales y movimientos de opinión pública. (…) Así que, aunque los estados-nación continúan existiendo, y seguirán haciéndolo en el futuro previsible, son, y cada vez lo serán más, nodos de una red de poder más amplia". CASTELLS, M., La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol. 2. *El poder de la identidad*. Madrid: Alianza, 1998, p. 334.

19 De hecho, como han señalado HIRST y THOMPSON, "las formas emergentes de gobierno de los mercados internacionales y otros procesos económicos incluyen a los principales gobiernos nacionales, pero en un nuevo papel: los estados funcionan menos como entidades soberanas y más como componentes de un sistema de gobierno internacional. Las funciones centrales del estado-nación serán proporcionar legitimidad y asegurar la responsabilidad de los mecanismos de gobierno supranacionales y subnacionales". HIRST, P. y THOMPSON, G. Globalisation in question: the international economy and the possibilities of governance. Cambridge: Polity Press, p. 171.

20 CAPELLA, J. R. Fruta prohibida…. *Op. cit.,* p. 260.

21 CAPELLA, J. R. Fruta prohibida…. *Op. cit.,* pp. 265 y ss.

22 RAMONET, I. El pensamiento único, que está traducido al castellano en la revista *Mientras tanto,* nº 61 (1995), pp. 17 y ss.

generalizada de energías alternativas renovables y no contaminantes, ya que la única que resulta admisible es la efectuada por las grandes instalaciones centralizadas. No se trata más que de un ejemplo entre otros muchos que se podrían traer a colación.

IV. El desarrollo de las instituciones regionales de integración económica

Paralelamente a la creación de estas organizaciones condicionantes de la política económica y reguladoras de la actividad pública de intervención económica; se ha producido otro fenómeno que, de igual manera, se proyecta sobre la extensión y funciones de la Administración nacional, en el sentido tradicional: la aparición de los denominados sistemas regionales de integración, que no suponen sino una potenciación de los elementos de la globalización, en la medida en que la toma de decisiones por parte de las Administraciones nacionales padecen un proceso mucho mayor de minusvaloración en aras del sistema general.[23]

Se trata de instituciones que han surgido en diversas áreas del planeta que pretenden hacer frente o, por ser más correctos, intentan moverse mejor dentro de ella[24]) a la globalización total mediante medidas integradoras más intensas que las que surgen en las instituciones antes vistas. Con ellas se crean instituciones que, dependiendo del grado de intervención del sistema, condicionan la actividad de la administración nacional en campos muy amplios de la actividad de intervención; como fácilmente se puede apreciar si se analiza la actividad de las instituciones comunitarias con respecto a la administración nacional, que, en multitud de campos (política monetaria, pesca, agricultura, ganadería…) prácticamente ha perdido toda relevancia.

Ahora bien, existe otra perspectiva de los sistemas regionales de integración económica que no puede ser olvidada y que refuerza su protagonismo actual: su participación directa en las organizaciones económicas internacionales, interviniendo en los asuntos sobre los que dispongan de competencias. Con ello se refuerza el papel en la globalización, en la medida en que contribuyen a la toma de decisión y disponen de su poder coactivo (siempre mucho más drástico) para imponer esas soluciones en su ámbito geográfico. Más aún, en sus Tratados constitutivos, se pueden imponer cláusulas de salvaguardia del sistema para evitar desviaciones en la política que hoy se considera correcta.[25]

---

23 Así, se deben mencionar la Unión Europea, el Tratado de Libre Cambio (NAFTA) firmado entre Canadá, EE.UU. y México; el Mercado Común del Sur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), la Asociación Europea de Libre Comercio, el Sistema de Integración Centroamericana (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá), el Pacto Andino (Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela), ASEAN (Brunei, Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam), APEC (ASEAN, NAFTA, Australia, Chile, China, Hong Kong, Japón, Nueva Zelanda, Papua Nueva Guinea, Corea del Sur y Taiwan).

24 CASTELLS, M. La era de la información... *Op. cit.,* p. 296.

25 Así, por tomar el ejemplo de la Unión Europea, el art. 4 del Tratado dispone que "para alcanzar los fines enunciados en el art. 2, la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y *que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*" (el subrayado es mío).

V. Las manifestaciones del debilitamiento de las Administraciones públicas de los Estados nacionales

Si desde fuera se crea un entramado administrativo que diseña las orientaciones básicas del Derecho económico nacional; en el interior se producen modificaciones en los organismos encargados la creación y aplicación de esos principios y de su concreción a la realidad de cada ordenamiento jurídico. Ahora bien, conviene resaltar un dato: partiendo de que las grandes líneas de actuación están ya adoptadas en los eslabones superiores, de forma que son inmodificables (ya que, si no fuera así, las corporaciones económicas perderían la sensación de seguridad); la actividad de la Administración pública nacional se mueve dentro de la *neutralidad* (que por cierto, no es más que el mecanismo ideológico para el mantenimiento y no cuestionamiento de las notas básicas del sistema), que incluso se pretende reforzar mediante la separación de ciertas actividad del control directo de los órganos de dirección política.

El mecanismo al que se recurre es doble: en cuanto a la creación del Derecho, se le dan orientaciones claras de carácter supuestamente técnico-científico –que tienen la consideración de las únicas científicamente posibles- como se verá con posterioridad. Pero, al mismo tiempo, el fenómeno tiene transcendencia en cuanto a la propia configuración de la Administración pública y a los modos en que se materializa su participación en las relaciones sociales y económicas, como se apreciará inmediatamente y que condicionan la percepción de la Administración pública como el ente que "personifica el poder del Estado, es, por ello, una *potentior persona*, un personaje poderoso".[26]

La operación de aplicación y creación del derecho aparece como de puesta en funcionamiento de principios de carácter técnico, lo que le hace aparecer como una operación ideológicamente *neutra* e irreversible científicamente, pese a la falsedad que ello supone, ya que la decisión política ha sido adoptada en los eslabones superiores y esta actividad no es más que ejecución de ella. Los entes públicos tienen, desde este punto de vista, su marco de actuación delimitado. Ahora bien, en los sectores sensibles para las operaciones de globalización, en aquellas donde operan las grandes corporaciones económicas o tienen transcendencia para su desenvolvimiento, la desconfianza hacia la labor de los políticos aparece exteriorizada en grado sumo, no se toleraría, por ejemplo, que la política monetaria esté sometida a los avatares de los resultados electorales; por lo que la sensación de neutralidad interesada se refuerza externamente a través de órganos *ad hoc* separados de la dirección política del Gobierno.

Organizada de modo tradicional la Administración pública, estructurado su funcionamiento a través, entre otros, del principio de jerarquía, esta separación absoluta sería materialmente imposible. Los principios tradicionales del derecho de organización administrativo harían que la posibilidad de dictar órdenes de obligado cumplimiento por parte de los titulares de órganos o de los antiguos organismos autónomos, sería absolutamente

26 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. Curso de Derecho Administrativo I. 8. Ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 43.

factible, con lo que las posibilidades de cumplir con los principios tecnocráticos podrían desaparecer si hubiera un resultado electoral contrario a dichos principios, algo factible aunque complicado de producirse en la actualidad. Precisamente por ello, se van desgajando del seno de la Administración pública aquellos organismos de regulación, necesarios, pero que deben quedar como garantes del nuevo orden: las agencias administrativas independientes.

En este sentido, es característico de este período de globalización económica la aparición en todos los países[27] de las denominadas *agencias independientes* creadas según el modelo de los EE.UU.[28] Mediante ellas, se pretende que "neutralizando su función, el sector sobre el que se proyecta no se vea contaminado políticamente, o sea, se neutralice políticamente un sector de la actividad social".[29] Con ello se está substrayendo un ámbito cada vez mayor de la política económica a la decisión de los poderes políticos, algo que, por otra parte, resulta consecuente con los planteamientos de carácter filosófico del fin de la historia: dado que es la única solución no cabe discusión sobre los principios. Y los campos en los que se manifiesta la presencia de estos organismos presuntamente independientes son de extraordinaria importancia económica: política monetaria, telecomunicaciones, energía, bolsa, etc.

Este de las agencias administrativas independientes es un caso paradójico. Su incorporación ha venido por el Derecho estadounidense, que tienen un régimen administrativo muy diferente del continental europeo y por ello su inclusión se ha realizado con ciertas dificultades. Pero ello, su justificación se entiende todavía menos. Podría estar justificado en las situaciones en las que el Estado sigue teniendo un papel de productor de bienes y servicios, ya que ahí se produciría una posible situación de incompatibilidad. Fuera de ello, no parece razonable. Las mismas obligaciones que tienen las agencias las tiene la Administración territorial, y además sin algunos de los perjuicios, como son el de la percepción limitada de los intereses generales, el de la especial relación con los operadores, el de sustraerse de la dirección por parte del Gobierno o incluso los mismos problemas que existen en relación con la potestad normativa que ejercitan, que son un foco continuo de problemas.

Se trata de una nueva manifestación de la *feudalización*de la Administración pública a que se ha hecho referencia antes, aunque ahora aparezca referido a su ámbito nacional. Tal como aparecen recogidos en las normas son los únicos soberanos en sus ámbitos materiales, ya sea desde el punto de vista organizativo, normativo, presupuestario o incluso de resolución de los conflictos que puedan surgir, salvo, claro está el posterior control por parte de los Tribunales contencioso-administrativos. Aunque, teniendo presente el atasco de dicha jurisdicción en multitud de ocasiones no se suele recurrir a sus servicios, dado el coste temporal y económico que tiene. Por su parte, la aparición de los modos convencionales de conclusión de los procedimientos administrativos a que se hará referencia

27 Una visión general de las agencias administrativas en el derecho comparado se puede consultar en BETANCOR RODRÍGUEZ, A. Las administraciones independientes. Madrid: Tecnos, 1994, pp. 31 y ss.

28 Sobre este modelo estadounidense de las agencias, véase mi estudio El alcance del control judicial de las Administraciones públicas en los EE.UU. de América. McGraw-Hill (1996), pp. 9 y ss.

29 BETANCOR RODRÍGUEZ, A., Las administraciones…, *op. cit.,* p. 27.

con posterioridad, hace en muchas ocasiones innecesaria dicha jurisdicción, dad que la *feudalización* de la Administración pública es el primer paso antes de la *feudalización* del derecho a que me referiré con posterioridad.

No obstante, resulta conocido que las consecuencias de la partición de la Administración pública en compartimentos estancos con escasa o nula comunicación (de ahí la tan alegada *independencia*) no se limitan ni mucho menos a sustraer a la acción política ámbitos de la actividad social, por importantes que puedan ser en la medida en que por un progresivo desapoderamiento del poder en sectores sensibles, se termina por carecer de capacidad de intervención en el resto del campo público, sobre todo debido a la falta de recursos. En EE.UU., dónde existe una gran experiencia con la actividad de estos tipos de entes públicos, se constató ya en los años 60 y 70 que la independencia para cumplimiento de funciones técnicas había conducido al sometimiento de los reguladores al dictado de los agentes económicos que tenían que estar regulados como consecuencia de la relación tan estrecha que tenían gobernado y gobernante.[30]

Paralelamente a la creación de entes neutrales en la creación y aplicación del Derecho de la globalización, el debilitamiento de la Administración pública nacional viene dado por un segundo proceso: la privatización;[31] en su doble vertiente de enajenación de empresas públicas con mantenimiento de la titularidad de la actividad y, en su vertiente más radical (y por ello deseada desde estos ámbitos propensos a la ampliación de los ámbitos de actividad económica para los particulares, con paralela desaparición de las empresas públicas), de *despublicatio* de la actividad, que también se encomienda a los agentes económicos. Se trata de un proceso que, de una u otra forma ha alcanzado a todos los países[32] y que, en los planteamientos de los promotores del Estado mínimo debería conducir a que sólo las corporaciones económicas fueran las productoras de bienes y servicios, que se podrían obtener libremente en el marco de la economía globalizada. En efecto, resulta incompatible con el Estado neutral que se está creando la pervivencia de grupos industriales públicos, en la medida en que resulta contrario a los principios de partida: la presencia de la empresa pública supone la socialización de los beneficios e impide, paralelamente, la creación de nuevos espacios económicos o mercados para la actividad económica privada.[33]

---

30 De hecho, existe toda una "teoría del secuestro" de las agencias independientes por parte de las empresas, que se exterioriza en el dicho de que estas deben "care and feedind of regulator" (cuidad y echar de comer a los miembros de las comisiones), tarea que realizan con esmero. Sobre esta cuestión, por todos, véase FREEDMAN P. Crisis and legitmacy. The administrative process and American Government, (1982).

31 Entre nosotros, por todos, véase ARIÑO ORTIZ, G. Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993.

32 Sobre la evolución de este proceso de privatizaciones, por todos véase ARIÑO ORTIZ, G. Economía y Estado... *op. cit.*, pp. 215 y ss. En todo caso, sobre la privatización en el marco de la Unión Europea, se puede consultar MARTIN, S. y PARKER, D. The impact of privatisation. *Ownership and corporate performance in the UK.* Industrial Economics Strategies For Europe, London (1997); GERONIMO CARDIA, C. Profili giuridici della privatizzazione, Torino (1994).

33 A este fenómeno de naturaleza orgánica habría que añadir la otra vertiente de la privatización, la que no se exterioriza tanto: la de la socialización de costes y privatización de beneficios, que constituyen una constante desde los años setenta. Desde el primer punto de vista, ello supone asignar a la sociedad costes de producción de las empresas, dándoles el carácter de costes ajenos, sufragados por la sociedad en su conjunto a través de los impuestos (así, los costes medioambientales que son limitadísimamente pagados por las empre-

A este fenómeno, que no tiene otra justificación real que el olvido de las posiciones *keynesianas* y la recuperación de los principios de liberalismo y el de la privatización total de los beneficios económicos y sociales; se pretende justificar desde diverso tipo de argumentos: la presunta falta de eficiencia de las empresas públicas, consecuencia de que el Estado, por su propia naturaleza, esté incapacitado para el desarrollo de actividades económicas; razones de carácter presupuestario que permitirán eliminar los continuos déficits de muchas de las empresas en pérdidas (si se pueden vender, claro es) y beneficios a corto plazo con la enajenación de las rentables, permitiendo, paralelamente una reducción de impuestos que afecta cualitativamente a las rentas más altas y a las no derivadas del trabajo, y, por último, un tercer grupo de razones serían de tipo político, de liberalización del sociedad.

La debilidad de la Administración nacional deriva de una tercera razón: la competencia entre Administraciones públicas[34] (ya sea dentro del mismo Estado o en ámbitos territoriales pertenecientes a Estados diferentes) para participar en los *beneficios* de la globalización, lo que a veces se transforma en padecer el perjuicio menor. En efecto, la fácil traslación de los centros de producción ha provocado una carrera incesante para ver dónde se puede ubicar cada uno de ellos. La Administración pública del Estado nacional tendrá la posibilidad de utilizar un amplio abanico de técnicas para lograr que sea en el marco de su territorio donde se establezca un determinado centro productivo, dados la mejora económica y social que, teóricamente proporciona.

Es la Administración pública la que dispone de un papel fundamental a la hora de lograr la competitividad económica del Derecho administrativo nacional que ha de aplicar, teniendo en cuenta el nuevo papel de la ley, que incide básicamente en la programación de la actividad administrativa y no en la regulación de los aspectos sustantivos. Este amplio margen de discrecionalidad con que cuenta es lo que permite *rebajarse* (presentando como un acuerdo adoptado de forma paccionada, claro es) ante las exigencias de los operadores jurídicos de diverso modo: por un lado, dispone de margen jurídico para modular la aplicación del Derecho con el fin de evitar represalias de las propias empresas que pueden ser proporcionalmente superiores a los beneficios puntuales de la aplicación de la norma,[35] creando las condiciones materiales para el establecimiento empresarial,

sas contaminantes, o, por tomar un ejemplo concreto, el coste de las centrales nucleares que estamos abonando a través del recibo de la electricidad). Desde el segundo punto de vista, se atribuyen beneficios a empresas que no han arriesgado capital ni han participado en su generación; como son los continuos convenios que se realizan con empresas hospitalarias o los educativos. Sobre esta cuestión, véase CAPELLA, J. R. Los ciudadanos siervos. Madrid: Trotta, 1993, en particular, pp. 99 y ss.

34 Sobre esta cuestión, véase lo que señalé en "Globalización económica y Derecho público interno: entre uniformidad jurídica y competencia de ordenamientos", en Pacis Artes, Obra Homenaje al Prof. Julio González Campos, Madrid (2005), pp. 1993 – 2015.

35 Un ejemplo lo proporciona el Dresdner Bank y su comportamiento después de una inspección fiscal en 1996. Para evitar que la revisión fiscal llegara hasta sus últimas consecuencias amenazó a la hacienda alemana con una reducción de 377 millones de marcos en la cantidad que pagó el año siguiente al fisco a pesar de haber aumentado los beneficios; y declarando al mismo tiempo que la inspección fiscal no era un procedimiento adecuado para elevar la moral fiscal, suponiendo meramente un daño a Alemania como plaza financiera. Tomo los datos de MARTIN, H. P. y SCHUMANN, H. La trampa de la globalización. *El ataque contra la democracia y el bienestar*. Madrid: Taurus, 1998, p. 84.

dentro del cual ocupa un puesto fundamental la labor de proporcionar suelo de forma gratuita; asimismo, se pueden reducir las exigencias administrativas para la creación de centros de trabajo;[36] modificando la norma para facilitar el establecimiento de industrias en su territorio, otorgando subvenciones directas (tanto para conseguir la implantación de un nuevo dentro de producción como para evitar el cierre de uno ya existente, como ocurrió en el caso de la factoría de la empresa alemana SEAT en Martorell) y reduciendo paralelamente los impuestos que han de ser abonados por ellas,[37] etc. Y a estos casos se añaden los supuestos de creación de normas para el mantenimiento del *status quo*. Aunque estos elementos son importantes, tanto o más lo constituye la configuración de la regulación de las actividades económicas casi como una oferta al particular para que él se cree su Derecho administrativo particular.

En efecto, el Estado, como entidad básica de producción de normas, ha de compartir su estatus con las entidades locales, que tienen un poder emergente y cuyas regulaciones responden a percepciones diferentes de los intereses generales, que habitualmente no entiende de las grandes orientaciones de la economía mundial y que pretende proporcionar soluciones a problemas muy completos, que son los que resultan más cercanos al ciudadano. Paralelamente, el papel creciente que están adoptando lo ejercitan con una sensibilidad totalmente diferente a la de las entidades regionales y supranacionales encargadas de la gestión de asuntos públicos y que constituían los grupos segundo y tercero del cuadro general del gobierno mundial. Estos tienen una visión general de los asuntos que, normalmente, está despreocupada de los problemas concretos, que normalmente se encuentran a muchos kilómetros de distancia.

Y en una dirección similar, se hallan las entidades regionales o federadas, que también han experimentado un auge en los últimos tiempos con carácter general, afectando a Estados que tradicionalmente han sido muy centralistas, como Francia, y que cumplen un papel, en ocasiones, de disminuir la actividad de las entidades locales, aunque para ello haya de desapoderarse también al Estado.

Ahora bien, no podemos olvidar que no todos los Estados disponen de la misma capacidad de incidir para configurar el Derecho global, sino que por el contrario existen asimetrías entre los países desarrollados y los del tercer mundo e incluso dentro de los desa-

36 Estos elementos de reducción de exigencias se suelen plantear más comúnmente en luchas entre distintos Estados para atraer el establecimiento industrial. El ejemplo más claro lo proporciona la huida de empresas de California y su reinstalación en el norte de México donde las exigencias administrativas de todo tipo son muchísimo menores.

37 Un ejemplo desde el Derecho español se puede observar en la Disposición Adicional Octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Dicho precepto disponía que "Los residentes en la Unión Europea, que no lo sean en España y que, por su condición de tales, deban someterse a la legislación tributaria del Estado, sin que, por esa circunstancia, puedan acogerse a la de la Comunidad Autónoma o Territorio Histórico del País Vasco o Navarra en el que operen, tendrán derecho, en el marco de la normativa comunitaria, al reembolso por la Administración Tributaria del Estado de las cantidades que hubieran pagado efectivamente en exceso con respecto al supuesto de haberse podido acoger a la legislación propia de dichas Comunidades Autónomas o Territorios Históricos, en los términos que reglamentariamente se establezcan". En general, sobre las discriminaciones inversas, véase SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D. "Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española", en la Revista Española de Derecho Europeo, nº 15 (2005), pp. 375 y ss.

rrollados. Conviene recordar aquí una de las situaciones más paradójicas que se están dando en estos momentos, consistente en que el proceso global ha ido acompañado de un hipernacionalismo, básicamente en países con un alto grado de desarrollo y que, obviamente, las partes resultantes de la desagregación han sido Estados con mucho menor capacidad de incidencia en las relaciones globales.

Esto habría de extenderse, de igual manera, a la capacidad de configurar políticas de forma autónoma, sin las presiones de las organizaciones internacionales de naturaleza económica para realizar los ajustes estructurales habituales a que han sido obligados los países periféricos y semiperiféricos (liberalización del comercio internacional, privatizaciones, desregulaciones del mercado de capitales, desregulación del mercado de trabajo, reducción de las prestaciones sociales…) que en muchas ocasiones tantos problemas socioeconómicos han provocado, como ocurrió en la crisis del sudeste asiático o en la mexicana después de la intervención del Fondo Monetario Internacional. Y de igual manera, los países centrales disponen de mayor capacidad para regular de forma más autónoma un determinado ámbito material que los países periféricos, que ceden de forma habitual a las presiones de las corporaciones transnacionales.

Principio Democratico e Giustizia Nell'amministrazione

*Francesco Paolo Volpe**

1. Partecipazione diretta del cittadino alle funzioni amministrative e complessità del modello costituzionale di Amministrazione, nei lavori preparatori e nel dibattito in Assemblea costituente. Procedimentalizzazione dell'azione e qualità plurale e dialettica dell'interesse pubblico. Imparzialità obiettivata e regole del sistema democratico. 2. La omogeneità del modello costituzionale di Amministrazione. Il difetto metodologico della lettura disaggregata delle disposizioni. Il superamento del monismo istituzionale ricevuto: dalla gerarchia all'autonomia. Il modello costituzionale del rapporto tra politica ed amministrazione L'imparzialità organizzativa, quale direttiva democratica d'integrazione dei livelli decisionali. 3. Giustizia nell'amministrazione e principio democratico. Discontinuità e rivoluzione nel sistema costituzionale. La sintesi dell'imparzialità funzionale e strutturale nel principio di giustizia nell'amministrazione, inteso alla non arbitrarietà dell'azione. 4. Funzione, procedimento e discrezionalità. La scelta di valore nella ponderazione comparativa degli interessi: contenuti di politicità dell'agire discrezionale. Il giudizio di opportunità. Principio democratico e forza propulsiva della discrezionalità: contenuti partecipativi e di responsabilità dell'interesse legittimo. La funzione di riequilibrio nella rappresentazione degli interessi e la funzione educativa e persuasiva del diritto. Legittimazione e consenso. 5. Funzione conoscitiva e partecipazione democratica: il superamento della prodromicità servente dell'istruttoria. Diffusione della decisione nel continuum procedimentale. Adeguatezza dell'istruttoria e qualità relazionale del principio inquisitorio, nella logica di spettanza del bene della vita. Redistribuzione dell'onere probatorio. Il valore dialettico dell'acquisizione del dato e la partecipazione in contraddittorio. 6. La comunicazione di avvio del procedimento e la sua omissione. Dequotazione giurisprudenziale del vizio. Critica. L'art. 21 octies, II co., secondo alinea, della legge proc.. Randomizzazione dell'istituto e probatio diabolica dell'Amministrazione. La disposizione connessa dell'art. 10 bis: la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. Il patteggiamento del diniego e la soluzione dell'autolimite.

1. Partecipazione diretta del cittadino alle funzioni amministrative e complessità del modello costituzionale di Amministrazione, nei lavori preparatori e nel dibattito in Assemblea costituente. Procedimentalizzazione dell'azione e qualità plurale e dialettica dell'interesse pubblico. Imparzialità obiettivata e regole del sistema democratico.

Nel disegno del Costituente, la disciplina della Pubblica amministrazione non venne affidata ad un progetto di riforma integrale ed immediata, nella consapevolezza non solo

* Professore aggregato di Diritto Amministrativo dell' Facoltà di Scienze Politiche (Corso di laurea in Scienze Politiche e Relazioni internazionali) dell'Università degli Studi di Salerno.

della necessità di assicurare un'adeguata continuità funzionale, ma anche dei possibili guasti, che avrebbe potuto causare un processo troppo repentino di trasformazione.[1]

Si optò, invece per una soluzione di prudente gradualità, assegnando alla legge, nel quadro di un modello, definito da principi costituzionali, il compito di realizzarne la progressiva democratizzazione.[2]

---

1 Il saggio è tratto dalla stesura provvisoria dei primi due capitoli di un lavoro monografico, in via di ultimazione, avente il medesimo titolo. La convinzione di fondo della discontinuità rivoluzionaria, rispetto all'ordinamento ricevuto, ed, al tempo stesso, della vitalità ed attualità della Costituzione, che anima queste riflessioni e che si tenta, in questo scritto, sommessamente, di argomentare, è *idea debole*, priva del conforto nella Dottrina più autorevole. Secondo GIANNINI e PIRAS, *Giurisdizione amministrativa* voce in *Enc. Dir.* XIX, 231, *il complesso dei precetti costituzionali non ha... contenuto innovativo, rispetto al sistema, che era in vigore prima della Costituzione, ma ha, invece, un contenuto conformativo.* Del resto, GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli Anni '80*, Milano 1985, 44, afferma che la Costituzione *ha finito per consacrare quanto esisteva.* E, del medesimo avviso, è SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 27 ss., ed, ancora, CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano* Bologna, 1983, 58, che imputa alla Costituzione di passare *sugli apparati amministrativi senza toccarli (in altri termini, non incide sul loro assetto)*, posto che...*non si trovano disposizioni intese a ridisegnarne o almeno a definirne i confini e l'organizzazione*. Sul piano metodologico, tuttavia, l'approccio costituzionale a talune tematiche generali del diritto amministrativo è senza dubbio corretto e doveroso, oltre tutto, giustificato dall'attualità del fenomeno della sua *costituzionalizzazione*, su scala europea. Le ragioni di questa sua *espansione* sono molteplici. Il diritto amministrativo è costituito da un *corpo di norme molto più ampio* del diritto costituzionale ed, in misura maggiore, *determina l'identità del diritto pubblico di un ordinamento*, ha una *più lunga tradizione e ricchezza di tecniche di limitazione del potere* e ad esso è affidata, in misura crescente, *la garanzia dei diritti individuali*. La *interpenetrazione dei due diritti* comporta che *il diritto amministrativo... deve accettare, accanto alla legalità "ordinaria" anche quella costituzionale*, sicché *uno dei suoi principali riferimenti, dunque, il principio di legalità, si sdoppia* e *diviene più complesso individuare il parametro della legge, che va interpretata alla stregua della Costituzione.* CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2004, 4, 901. MACRI', *La Carta europea dei diritti fondamentali dell'uomo nell'ambito dell'ordinamento comunitario* in *Scienze Politiche* (Riv. Facoltà Scienze Politiche Salerno) 2000, 2.

2 BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura* in De Siervo (a cura di) *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna 1980, 225, sopratutto per ciò che concerne i lavori della *Commissione per la Riorganizzazione dello Stato*, presieduta dal prof. Ugo Forti, nella quale era confluita la *Commissione per la riforma dell'amministrazione,* costituita nel 1944 dal Ministero per la Costituente. I contributi di questa *Commissione* ebbero ad oggetto tutto l'arco dei problemi che la Costituente avrebbe, poi, affrontato. Nel dibattito in Assemblea, è raro che vi si faccia rinvio, ma essi vi esercitarono una rilevante influenza, come dimostrano le frequenti coincidenze di impostazione e linguaggio. Alcune scelte fondamentali del futura assetto della P.A. vennero dibattute e, di fatto, operate in questa sede, prima fra tutte, la previsione della riserva di legge, in materia di organizzazione, che, già presente nell'Ordinamento liberale, era stata travolta dal regime fascista, con la legge 31.1.1926 n. 100. In proposito, è significativo che dal dibattito la riserva di legge emerga in una formulazione pressoché coincidente con quella dell'art. 97 Cost., laddove Emanuele Piga, magistrato della Corte di Cassazione, rileva che, *per il buon ordine amministrativo e per l'imparzialità dell'amministrazione,* se non può escludersi un sindacato politico sui profili organizzativi, tuttavia è necessario che tale ingerenza abbia limiti ben precisi. RIZZO, *I lavori preparatori della Costituente* in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente* Firenze 1969, I, 747*;* D'ALESSIO, *Alle origini della Costituzione italiana,* Bologna 1979, 237ss.; NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale* in *Studi Bachelet*, II, 387, Milano 1987.I fondamentali interventi di Mortati alla Costituente sono raccolti in MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato,* Milano 1972; *IDEM*, *La Costituente* Roma 1946; GROSSI, *Assemblea costituente* voce in *Enc. Dir.* III, 377. Per i lavori della Seconda Sottocommissione (I Sez.), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente,* Ed. Camera dei Deputati, Roma 1970, 1860 ss.

Il dibattito, sin dai lavori preparatori, non rispecchia, del resto, soltanto questa esigenza, ma, altresì, i dubbi e le perplessità, diffusi e più volte manifestati, intorno al problema dell'astratta rilevanza costituzionale delle disposizioni da inserire nella Carta ed, ancor più, del grado di duttilità da assegnarvi, onde consentire, nel tempo, al futuro Legislatore di *adeguare l'ordinamento ai processi evolutivi della vita politica e sociale*.[3]

Per altro, l'utilizzazione di questa tecnica normativa di rinvio fu, in larga misura, determinata dallo stesso *clima costituente*,[4] che consentì soltanto ad alcune delle *istanze di profondo rinnovamento dell'intero assetto della società statale*, presenti in Assemblea, di esplicarsi in *una nuova disciplina, immediatamente e direttamente operativa*, sicché la più parte venne, piuttosto, accolta *in principio* e differita ad attuazione e sviluppo successivi.[5]

Il tema della *partecipazione diretta del cittadino alle funzioni amministrative* – atteso che essa *viene ad integrare l'organizzazione dello Stato*, in attuazione del principio democratico – formò oggetto di specifico esame, in seno alla *Commissione Forti* in ragione di una riflessione, affatto autonoma ed originale, sull'*abituale disinteresse per tutto quello che riguarda la vita collettiva* e sul *carattere burocratico dominante dei nostri ordinamenti amministrativi*.

Questa sensibilità agli strumenti di partecipazione democratica all'esercizio della potestà, che pure appare, già di per sè, significativa, per la modernità stessa dell'intuizione, non sortì, tuttavia, altro effetto, se non una generica raccomandazione, rivolta

---

3 Nella norma costituzionale, è frequente il ricorso a *concetti valvola*, concetti giuridici indeterminati, che funzionano come *valvole regolatrici dell'afflusso di correnti vitali del diritto – buon costume, funzione sociale, equi rapporti sociali* – cui mi sembra possa ricondursi anche il binomio di coesistenza ponderata *buon andamento/ imparzialità*. Sui *Ventilbegriffe* e sulla *teoria della proiezione* in WURZEL, *Das juristische Denken,* Wien 1904, PARESCE, *Interpretazione (filosofia)* voce in *Enc. Dir.* XXII, 235 ss.; ZAGREBELSKY*, Manuale di diritto costituzionale*, Torino 1987, 104 ss.

4 L'espressione è di AMORTH, *La Costituzione italiana* Milano 1948.

5 CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 30ss.: *la Costituzione...nata dall'esperienza unitaria della lotta antifascista, per l'indipendenza nazionale e per la libertà...rispecchia un punto di equilibrio tra le diverse forze politiche e le rispettive tendenze programmatiche.* Le critiche all'impianto *compromissorio* del testo emersero sin dalle prime battute della discussione in Aula, ove si disse (cfr. Calamandrei e Lucifero, seduta del 4.3.1947; Nitti, seduta del 8.3.1947) di una *costituzione, elaborata in tante piccole officine, in tanti piccoli laboratori, tripartitica, di compromesso tra la parte socialista e comunista e la parte cattolica.* Tuttavia, dirimente è l'intervento di Togliatti, alla seduta dell'11.3.1947 – per altro su posizioni condivise da Basso, seduta 6.3.1947, e da Ruini, seduta 12.3.1947 – che afferma: *se questa confluenza di due diverse concezioni, su un terreno ad esse comune, volete qualificarla come compromesso, fatelo pure. Per me si tratta, invece, di qualcosa di molto più nobile ed elevato, della ricerca di quella unità che è necessaria, per poter fare la costituzione non dell'uno o dell'altro partito, non dell'una o dell'altra ideologia, ma la costituzione di tutti i lavoratori italiani, di tutta la Nazione.* CHELI, *Il problema storico della Costituente* in *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia,* Bologna 1978, 15 ss.; UNGARI, *Lo Stato moderno: per la storia di un'ipotesi sulla democrazia* in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze 1969, I, 846; Invece, CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano,* Bologna 1983, 58 ss. rileva che l'assenza, nella Costituzione, di disposizioni, intese a ridisegnare o, almeno, definire gli apparati amministrativi, dipende dalla scarsa percezione dei *rilevanti fenomeni amministrativi che si erano verificati, durante il ventennio* da parte della classe dirigente dell'Italia postfascista, che *lasciarono immutata l'organizzazione pubblica, credendo nella sua immunità politica*...in un modello ottocentesco di *netta separazione tra Stato e società civile*, affidato soltanto a *principi a sfondo rigidamente (e riduttivamente) garantista*.

all'Assemblea, di valutare, quale elemento qualificante del nuovo Stato, una posizione, *in funzione di stimolo e di controllo,* dei cittadini, nei confronti dell'amministrazione.

La soluzione minimale risentì, verosimilmente, della stessa originalità dello spunto ricostruttivo, che, in difetto di un'adeguata elaborazione teorica nella Dottrina dell'epoca, stentò ad individuare concrete forme e modalità d'esercizio di una facoltà, che, per quanto non sconosciuta, nell'Ordinamento prefascista, era ancora intesa, nella sostanza, quale evento, di natura sua, eccezionale e sussidiario, nel dispiegamento dell'azione amministrativa.[6]

Del resto, il dibattito non riuscì, comunque, a superare le perplessità di chi, negando rilevanza costituzionale al tema della partecipazione, ne auspicava, al più, la previsione in una disposizione di principio, che affidasse la definizione e la disciplina degli strumenti di esplicazione ad una futura *legge generale sulla Pubblica amministrazione.*

Cionondimeno, la *Commissione* tracciò, con chiarezza, le linee di fondo del rapporto tra il cittadino e la pubblica amministrazione, sia pure nel più ampio contesto del dibattito sui *diritti individuali*, che offre spunti decisivi, per ciò che concerne i contenuti dialettici della funzione.

Costantino Mortati definisce il principio democratico – accolto nel suo significato intrinseco ed essenziale di controllo attivo e diretto dei cittadini sull'esercizio del potere[7]

---

6 L'eterogeneità delle proposte emerse in *Commissione* – ampliamento delle cariche onorarie, accentuazione dei controlli dei privati sull'attività degli Enti locali, mediante referendum, azione popolare – sembra giustificare l'ipotesi, che si avanza. Invero, non può dirsi che il principio dell'*audi et alteram partem* non fosse già fortemente radicato nella cultura giuridica liberale. La legge abolitiva del contenzioso amministrativo, 20.3.1865 n. 2248, All. E, all'art. 3 prevedeva che, negli affari non inerenti a diritti soggettivi, ai sensi del precedente art. 2, le autorità amministrative *ammesse le deduzioni e le osservazioni, in iscritto, delle parti interessate...provvederanno con decreto motivato*. Secondo CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.d., 512, la disposizione deve interpretarsi *nel senso di ammettere gli interessati a partecipare ad una preventiva istruttoria* ed una lettura siffatta è condivisa da GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa,* Padova 1954 104 e da ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano 1958. Più di recente, questa opinione è stata ripresa da GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo* Padova 1971, 64 ss. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico* in *Foro it.* 1984, 205. VITALE, *Diritto pubblico* Milano 2005, 326.

7 In tal senso, BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 1984, 16: *l'unica garanzia del rispetto dei diritti di libertà sta nel diritto di controllare il potere cui spetta questa garanzia*; CARLASSARE, *Sovranità popolare e Stato di diritto* in *www.costituzionalismo.it*, 2005, 27 ss..; MORTATI, *Art. 1* in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Art. 1-12,* Bologna 1982, 1; ROMAGNOLI, *Art. 3*, ivi, 162; ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione* in *La Costituzione italiana, Saggi* Padova 1954, 10. La nostra Costituzione – afferma Mortati – sicuramente, non ha inteso dar vita a una forma *meramente rappresentativa*. Significativo è il dibattito ampio e serrato che si svolse, già in Prima Sottocommissione e, quindi, in Aula, sulla formulazione dell'art. 1. La proposizione, la *sovranità emana dal popolo*, non fu ritenuta soddisfacente dai Costituenti, in quanto *sovrano è il popolo e tale resta permanentemente*, anche quando ha *eletto coloro che eserciteranno la sovranità in suo nome*. Orbene se *appartenenza della sovranità* è concetto esorbitante dalla mera rappresentanza politica e quello di *democrazia* si dispiega nel controllo democratico sul potere, allora *effettività della partecipazione* è accesso a tutti i processi decisionali sociali, economici e politici del Paese. Come afferma, acutamente e con lungimiranza, ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 della Costituzione* in *Strutture di potere democrazia e partecipazione*, Napoli 1974, 23 ss., il *Costituente non ha voluto individuare un regime politico nuovo per abbattere il regime rappresentativo...(ma, piuttosto) si pone il problema di colmare il distacco fra rappresentanti e rappresentati, attraverso una effettiva partecipazione...per rendere i processi decisionali sempre più vicini ed aperti alla volontà dei consociati*, ciò che preconizza null'altro se non un sistema, conformato al

– quale *principio guida* dell'Ordinamento, cui deve essere assicurata, pertanto, la massima valorizzazione in concreti spazi di attuazione, mediante il pieno riconoscimento dei diritti soggettivi politici del singolo e delle formazioni sociali.[8]

Egli, significativamente, definisce questi diritti *funzionali*, evidenziandone, in tal modo, la natura intrinseca di strumenti di *partecipazione alla formazione della società statale.* [9]

Ed è in coerenza con questa impostazione, che Antonio Sorrentino, nella sua relazione, individua i contenuti della tutela del singolo, nei confronti dell'amministrazione, nella motivazione dell'atto, nei diritti di accesso, di petizione, di gravare ogni atto, di

principio di sussidiarietà. ZAMPETTI, *L'art. 3 della Costituzione e il nuovo assetto di democrazia partecipativa* in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente,* Firenze 1969 vol. 2º, 513; ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale,* Napoli 1966; PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza,* Milano 1965; CRISAFULLI, *Costituzione e imponibile in agricoltura* in *Giur. cost.* 1958, 1208; ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia* in *La Costituzione italiana, Saggi* Padova 1954, 17. *Libero non è colui che ha un diritto in astratto...ma colui che... ha anche il potere di esercitarlo*, così, nelle parole di Norberto Bobbio, il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, che, nell'assegnare alla Repubblica questo compito di promozione e di impulso, disegna, altresì, l'identità ed il ruolo democratico del *cittadino*, nei contenuti di attiva consapevolezza civile delle *libertà nello Stato*, che postulano il superamento di una relazione d'appartenenza passiva e di solo *status* alla Comunità Nazionale. La disposizione – come già il precedente art. 2 – ribadisce l'assoluta centralità della *persona umana* non solo nella dinamica esistenziale di crescita e di sviluppo individuale, ma, altresì, nell'indefettibile dinamica relazionale della partecipazione alla vicenda della Collettività tutta, cogliendo il cittadino non già in una veste di destinatarietà passiva della decisione, bensì in quella di attore della decisione, quale soggetto di imputazione e di legittimo azionamento di interessi riconosciuti e tutelati ad un bene della vita e, dunque, di parte qualificata di rapporti politici, economici e sociali. Ed, in questo senso, può dirsi si configuri un *cittadino politico*, un *cittadino economico,* un *cittadino sociale*, che concorre attivamente, ponendosi al centro e nel vivo della vita nazionale – e, dunque, anche dell'azione amministrativa – alla concreta realizzazione del principio democratico, principio unificatore di ogni istanza della Società costituzionale. L'interesse legittimo, cui gli artt. 24 e 113 Cost. assegnano la qualità di situazione giuridica soggettiva sostanziale, al pari del diritto, è parte costitutiva integrante del processo dialettico di democratica composizione dell'interesse pubblico, non soltanto pretesa di legittimità formale dell'atto, sul piano estrinseco d'una passiva aspettativa, bensì una posizione giuridica attiva, che vede il destinatario dell'azione titolare di facoltà idonee ad influire sul corretto ed efficace esercizio del potere. L'interesse legittimo abilita il cittadino ad entrare nel vivo del dispiegamento del potere amministrativo, orientandone e correggendone lo svolgimento, sin dalle fasi iniziali del procedimento e si affranca del tutto dalla mera dimensione processuale o accidentale, soltanto in un Ordinamento che preveda, per il fine della democratizzazione degli apparati amministrativi, concreti strumenti che rendano l'azione trasparente ed aperta al contraddittorio.

8 D'ALESSIO, *Alle origini* cit., 237. Mortati curò la redazione della parte generale, *Sulla dichiarazione dei diritti* e, nella sua relazione, individua quali *diritti subbiettivi politici*, il diritto di partecipazione alle elezioni, il diritto di associazione, i diritti soggettivi degli enti pubblici, il diritto di petizione, il diritto di accesso alle cariche pubbliche, i diritti dei cittadini nei confronti della P.A..; Astuti curò la relazione concernente *I diritti di libertà* e Sorrentino quella concernente *I diritti del cittadino verso la pubblica amministrazione.*

9 *Tutte le libertà garantite dalla presente costituzione devono essere esercitate per il perfezionamento integrale della persona umana, in armonia con le esigenze della solidarietà sociale ed in modo da permettere l'incremento del regime democratico, mediante la sempre più attiva e cosciente partecipazione di tutti alla gestione della cosa pubblica.* Così, La Pira, alla seduta del 2.10.1946 – già relatore con Basso, alla seduta del 9.9.1946, nella prima formulazione del principio di eguaglianza sostanziale – propone il tema centrale della *funzionalizzazione* del Catalogo delle libertà civili e, dunque, della partecipazione all'attuazione del sistema democratico. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori* cit. (Prima Sottocommissione), 315 e 470; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984.

indennizzo – in conseguenza di atti limitativi ed ablatori – di conoscere il motivo della convocazione da parte dell'autorità.[10]

Nella norma costituzionale, i profili partecipativi dell'esercizio della funzione non pervennero all'enunciazione espressa di un canone comportamentale di trasparenza – in termini di *partecipazione conoscibilità* dell'azione – né di un canone procedimentale dialettico – in termini di *partecipazione intervento*, in contraddittorio.

Tuttavia, se ne può affermare, con sicurezza, il rapporto di stretta inerenza e di indefettibile derivazione dai chiari contenuti democratici del rapporto tra il cittadino e la Pubblica amministrazione.

In proposito, rivelatrice dello spirito dei Costituenti, intorno a questi temi, è la discussione sull'emendamento La Rocca – Togliatti, che ebbe ad oggetto l'aggiunzione di un ulteriore comma all'art. 97, che demandasse alla legge la determinazione dei *modi e delle forme in cui si esercita il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni.* [11]

L'emendamento – per altro, sommariamente elaborato e non trattato col necessario approfondimento – venne disatteso, ma Tosato, chiamato ad esprimere il parere della Seconda Sottocommissione, affermò che, *a prescindere dall'esistenza di un'apposita disposizione costituzionale, che appare superflua*, doveva ritenersi, in ogni caso, affidato alla legge il compito di predisporre strumenti idonei a questo fine.

Emblematica mi sembra questa vicenda, che, al di là dei profili di contenuto, mostra, con l'evidenza e l'ovvietà apparente delle verità indiscutibili, che *chi voglia sapere come è disciplinata l'amministrazione nella nostra Costituzione, non deve leggere due soli articoli, ma l'intera Costituzione.*[12]

E, per tal via, nelle disposizioni costituzionali, a partire dalla enunciazione del principio democratico, è agevole rinvenire profili inequivocabili di un mutamento rivoluzionario del concetto stesso di amministrazione, con il superamento della contrapposizione tra Stato e Società, propria dell'Ordinamento liberale, e la socializzazione della politica e dell'amministrazione, erogatrice di servizi.

---

10 Per altro, nel dibattito che ne seguì, questi profili non riscossero – eccezion fatta per il carattere integrale della tutela giurisdizionale e per l'indennizzo da atto ablatorio – maggiori consensi, sicché, infine, prevalse l'indirizzo di rinvio alla legge. La previsione del diritto d'accesso risultò preclusa dall'impossibilità, oltre che dalla non opportunità, di determinare, preventivamente, atti da sottrarsi ad esso; il diritto di petizione – a parte la constatazione dell'esistenza di strumenti per ottenere l'adozione dell'atto dovuto – si scontrò con la preoccupazione di non esporre la P. A. *alle petulanze degli intemperanti*; l'obbligo di motivazione trovò ostacolo insormontabile nel rilievo che vi sono *campi di attività in cui non si può negare all'amministrazione il diritto di esercitare il suo potere con certe garanzie di riservatezza e segretezza*.

11 Seduta 24.10.1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori* cit., 3563.

12 ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini* in *La Costituzione italiana, Saggi* Padova 1954, 248. La ricostruzione della funzione amministrativa, in primo luogo, alla luce degli artt. 2 e 3 Cost. e, quindi, delle disposizioni successive in materia di rapporti civili, etico-sociali, economici e politici, mostra chiaramente che *non è più la coppia potere – soggezione che caratterizza l'agire amministrativo, ma, piuttosto, la coppia funzione- diritti della persona.* NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale,* cit. 387: *tutta la Costituzione, in pratica, si occupa, direttamente o mediatamente, dell'amministrazione*; BISCARETTI DI RUFFIA, *La pubblica amministrazione e l'ordinamento politico-costituzionale* in *Problemi della P. A.*, Bologna, 1958, I; LESSONA, *La posizione costituzionale della Pubblica amministrazione* in *Problemi della P. A.*, Bologna, 1960, III.

L'amministrazione non risulta più costruita intorno all'idea unilaterale di potere, che esaurisce il fine, nella sua proiezione autoritativa, e definisce, nella soggezione, la sua relazione sociale.

Essa è, piuttosto, costruita intorno alla diversa idea di funzione, preordinata, *oggettivamente*,[13] a fini sociali, attraverso la quale si esplica l'esercizio democratico della sovranità popolare – nel suo inscindibile legame col principio d'eguaglianza sostanziale – per l'affermazione dei valori pluralistici, egalitari e solidaristici della società costituzionale.[14]

I diritti, sui quali incide la funzione amministrativa, sono i medesimi, che, in ragione della sua finalizzazione sociale, ne costituiscono oggetto necessario di promozione e tutela, sicché essi non si pongono in posizione antagonista, bensì ne integrano un elemento interno e coessenziale, in un rapporto, nel quale la posizione statica e dominante del potere trasmuta nella dinamica dialettica di una posizione tendenzialmente paritaria.

Nell'esercizio unilaterale del potere, il giudizio di sintesi di valori del provvedere, è effetto che, in una qualità – per così dire – *circolare* della decisione, tutto si conchiude e resta circoscritto, nell'intervento autoritativo di puntualizzazione del rapporto.

Di contro, il medesimo effetto si produce, con l'esercizio democratico della funzione, colto nella sua tensione verso il conseguimento dei fini sociali, nella dinamica di una proiezione *lineare* della decisione, una processualità dialogica e compositiva, indotta dalla stessa funzionalizzazione, in ragione della qualità plurale dell'oggetto,[15] che esprime i conflitti e le contraddizioni del gruppo sociale.[16]

Per tal via, il modello liberale di supremazia, che esprime un rapporto antitetico autorità/libertà – in quella che è stata efficacemente descritta come la *dialettica imposta con la forza del dominio di classe* – evolve, nella nostra Costituzione, in un modello a forte con-

---

13 BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello in Riv. Trim. Scienza amministrazione* 1978, 227 afferma che *nel momento in cui l'amministrazione si concepisce essenzialmente come funzione, e funzione democratica, la necessità della presenza, alle sue spalle, del soggetto pubblico svanisce e non si vede perchè debba esserci questa interposizione tra popolo sovrano, titolare delle funzioni (e dei poteri) e la funzione amministrativa*.

14 In tal senso, ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico* cit., secondo l'opinione del quale, la Costituzione ha operato una *traslazione dal potere alla funzione.*

15 La democrazia è necessariamente pluralistica e ciò comporta, di per sé, la protezione del dissenso, con esclusione di *ogni monopolio di verità* MARTINEZ, *La democrazia pluralista* in *Opere,* Milano 2000, I, 242; ANGIOLINI, *Il pluralismo nella Costituzione e la Costituzione per il pluralismo* in Bin e Pinelli (a cura di) *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1996; BARTOLE, *Democrazia maggioritaria* voce in *Enc. Dir. Agg. V*, 349; BOBBIO, *Il futuro della democrazia,* Torino 1984, 54: *la libertà del dissenso ha bisogno di una società pluralistica, una società pluralistica consente una maggiore distribuzione del potere,una maggiore distribuzione del potere apre le porte alla democratizzazione della società civile e, infine, la democratizzazione della società civile allarga ed integra la democrazia politica.*

16 Afferma ESPOSITO, op. cit., 257, che *in ossequio al principio di imparzialità si dovrebbe stabilire, in generale, che l'attività dell'amministrazione deve svolgersi sempre in un ideale contraddittorio con tutti gli interessati.. in modo che possa*(no) *avere cognizione degli elementi influenti sulla decisione ed abbia*(no) *modo di contrapporre in tempo argomento ad argomento*, e che *le mura degli uffici dovrebbero essere di vetro.*

notazione democratica e pluralistica, che oppone, alla soggezione, la partecipazione, in un rapporto dialettico di *libertà/legalità* e di *dignità/responsabilità*, che oggettivizza l'agire amministrativo nella funzione di soddisfacimento dei bisogni della Collettività.[17]

Le regole della decisione, per la disciplina concreta di ciascuna singola fattispecie, in cui una molteplicità di interessi concorrenti s'atteggia in mutevoli ed imprevedibili interazioni, non possono trovare fonte esaustiva, in un'astratta e generale statuizione normativa previa, ma, di necessità, si compongono in un processo ulteriore di ponderazione comparativa, esterno al precetto, che ricerca, autonomamente, i valori della scelta.

L'attuazione, in via di amministrazione, del precetto normativo, non più oggetto di pedissequa esecuzione, s'arricchisce, pertanto, dei contenuti valutativi, propri di un giudizio, che attinge, di volta in volta, dal caso concreto, il fondamento e le ragioni della soluzione maggiormente rispondente all'interesse pubblico.

Alla graduale dilatazione degli spazi della discrezionalità amministrativa, consegue una profonda modificazione del concetto stesso di imparzialità, che, da mera qualificazione dell'azione, nel senso soggettivo dell'agire disinteressato, diviene qualificazione dell'azione, in senso oggettivo e procedimentale, il principio, cui la Pubblica amministrazione deve informare la scelta delle regole della decisione.[18]

---

17 CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione,* Pisa 1977, definisce la *"Repubblica democratica" come una democrazia partecipativa,* evidenziando che *la qualificazione partecipativa non sia uno dei corollari più importanti che derivano dall'accoglimento dell'idea democratica, ma un suo modo di essere deliberatamente scelto, come tale, e coessenziale alla comprensione e al dispiegarsi del principio maggiore*. ATRIPALDI, *Il concetto di partecipazione nella dinamica della relazione stato-società* in *Scritti Giannini*, III, 77, Milano 1988; PANEBIANCO, *I rapporti di partecipazione tra la famiglia e le altre comunità sociali* in *Strutture di potere, democrazia e partecipazione* Napoli, 1974, 91, specie 111 ss.

18 Nell'ordinamento giuridico liberale, ove i caratteri di *generalità ed astrattezza della legge*, somma garanzia della sfera privata d'autonomia, rivestono rilievo fondante e d'assoluta centralità, si affianca, simmetricamente, il corollario della *neutralità dell'azione amministrativa*, espresso da un'applicazione pedissequa del precetto normativo. Per sottrarre l'azione ad ogni influenza, perturbatrice dell'obiettività, si ritiene, pertanto, sufficiente, la predeterminazione normativa delle regole di disciplina e composizione degli interessi (*integrale tipizzazione della funzione*) e la separazione giuridica delle attività del privato, in quanto tale, da quelle svolte dal medesimo, in qualità di titolare di pubbliche potestà (*ineleggibilità; astensione obbligatoria per conflitto di interesse; ricusazione*). Questa costruzione, affatto formale, del rapporto *autorità/libertà*, che affida l'imparzialità alla rigida osservanza della legalità, in senso sostanziale, è fondata, per un verso, sul convincimento che un Parlamento, liberamente eletto, sia, di per sé, sede d'appagante garanzia dagli abusi e dal prepotere dell'Amministrazione. Ma è, soprattutto, giustificata da un'idea d'*interesse generale*, astratta e trascendente dal rapporto tra amministrato e P. A., dalla quale scaturisce, con l'affievolimento della posizione giuridica soggettiva, una tutela solo indiretta dell'istanza individuale, in ragione dell'occasionale sua coincidenza con l'interesse medesimo. Nel modello liberale delle origini, nel contesto di questa relazione, che si dispiega tra unilateralità e soggezione, l'interesse generale è, del resto, omogeneo e coincide, incontrastato, con i valori di civiltà ed i *principi di vita associativa*, di cui è portatrice la classe borghese dominante, sicché ogni atto dello Stato vi si deve adeguare. Null'altro si richiede all'azione, perché sia imparziale, se non il puntuale soddisfacimento dell'interesse medesimo, mediante una fedele ed *asettica* esecuzione del precetto normativo, che – tra l'altro, in un sistema a costituzione flessibile – reca ed esaurisce, in sé, questa esigenza. Tuttavia, la progressiva *emersione degli interessi delle classi subalterne* e, quindi, la crescente assegnazione, alla P.A. di compiti ulteriori, imposti dalle *nuove dinamiche economiche e sociali* di fine Ottocento, pongono in discussione il modello di un'attività amministrativa regolata integralmente dalla legge. PASTORI, *La pubblica amministrazione* in Amato e Barbera (a cura di) *Manuale di diritto pubblico,* Bologna 1986, 521; ROTELLI,

L'agire imparziale, negli spazi in cui il principio di legalità non può operare, in via diretta, si realizza, dunque, in termini di corretto uso della discrezionalità, in un *ambito deontologico*, ulteriore al vincolo di soggezione alla legge, in quanto informato, altresì, all'osservanza di canoni di logicità e coerenza, nella completa acquisizione e ragionevole ponderazione degli interessi, e di non arbitrarietà, nella motivata individuazione di quelli maggiormente meritevoli di tutela.

Questa diversa prospettiva di analisi dei contenuti dell'imparzialità va, in buona misura, ricondotta all'evoluzione, in senso pluralista, della società, che trasforma, in radice, l'astrazione concettuale dell'*interesse generale* – intangibile stratificazione di valori dati e di privilegi acquisiti – nel costrutto immanente della volontà popolare, dialetticamente formata, fra le varie componenti della società stessa.

Laddove una pluralità di soggetti, privati e pubblici, liberamente concorre, in condizione di conflitto potenziale, in vista dell'affermazione degli interessi, di cui ciascuno è portatore, l'interesse pubblico, in via tendenziale, dismette il carattere suo di statica omogeneità.

Esso acquista una qualità dinamica e plurale, nel mutevole divenire della dialettica democratica, affermandosi non già come ricognizione assiomatica di priorità assolute, che meglio giovano alla stabilizzazione ed al più ordinato svolgimento del potere dominante, bensì nel continuo divenire di una sintesi bilanciata di istanze contrapposte, dotate di pari dignità.

Il referente dell'imparzialità va, dunque, reperito nella concreta osservanza delle regole del sistema democratico, che impongono alla P.A. di procedere, senza indebite discriminazioni pregiudiziali, all'individuazione ed alla ponderazione attendibile di *tutti* gli interessi, legislativamente tutelati e coinvolti dall'azione, favorendone l'emersione e la compiuta rappresentazione in contraddittorio.

Ne consegue che il grado di diffusione e di effettiva funzionalità degli istituti di partecipazione procedimentale e dei moduli organizzativi di coordinamento dell'azione, risulta, in larga parte, determinante, nella precisazione dei contenuti imparziali del comportamento.

Il principio di imparzialità, così inteso, nei termini dell'esercizio procedimentalizzato della facoltà di scelta, assegnata all'Amministrazione, della soluzione maggiormente conforme all'interesse pubblico, costituisce, pertanto, il fondamento logico giuridico della potestà discrezionale, che ne condivide, in una con i profili sostanziali, la vicenda evolutiva.

Ciò è come dire che l'imparzialità costituisce *il modo essenziale di esercizio del potere discrezionale, il canone inderogabile di condotta*.[19]

Costituzione e amministrazione dell'Italia unita, Bologna, 1981; CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia,* Bologna 1978; GIANNINI, *Parlamento e amministrazione* in *Amministrazione civile,* 1961, 145.

19 BARILE, *Il dovere di imparzialità*, cit. 29.

2. La omogeneità del modello costituzionale di Amministrazione. Il difetto metodologico della lettura disaggregata delle disposizioni. Il superamento del monismo istituzionale ricevuto: dalla gerarchia all'autonomia. Il modello costituzionale del rapporto tra politica ed amministrazione L'imparzialità organizzativa, quale direttiva democratica d'integrazione dei livelli decisionali.

Il principio democratico, *principio guida* dell'Ordinamento e, dunque, valore e norma di sistema, investe, altresì, del suo effetto ordinativo unificante l'organizzazione amministrativa, sul versante della omogeneizzazione del modello, presente nella Costituzione.[20]

Talora, si è affermato che la Costituzione non disegnerebbe un modello univoco di Pubblica amministrazione ma accoglierebbe, piuttosto, *istanze dissimili o addirittura divergenti*.

Invero, il contrasto è soltanto apparente, ed è certamente riduttivo imputare le scelte operate ad un'esigenza di compromesso tra opposte istanze o all'incapacità culturale di elaborare un modello univoco e compiuto, se non, persino, alla volontà cosciente di *una sorta di restaurazione.* [21]

Intanto, discutibile è la stessa prospettazione di una molteplicità di modelli coesistenti, dotati di mutua esclusività e, tra loro, incompatibili, in quanto discutibile è la scelta aprioristica di un metodo di lettura disaggregata del sistema ed avulsa delle disposizioni, che evochi, poi, con acritico esercizio di riconduzione, modelli ordinamentali previgenti.[22]

In tal modo, se, da una parte, s'assegna, indebitamente, a ciascuna delle articolazioni, la separatezza delle sfere incomunicabili, ciò che impedisce una visione d'insieme, dall'altra si svalutano i contenuti di profonda innovazione del testo, riscontrando contrad-

---

20 Per CARLASSARE, op. ult. cit., 12 ss., *le condizioni per potersi parlare di democrazia si collocano...su due versanti: alle garanzie legate all'assetto organizzativo delle istituzioni si accompagnano le garanzie assicurate alle posizioni individuali, del resto, condizionate dalle prime e, a loro volta, condizionanti.* L'A., quindi, sottolinea, con le parole di Mortati, *il collegamento, diretto o indiretto, di tutti gli organi costituzionali con il popolo, considerato quale fonte di tutti i poteri.* ESPOSITO, *Commento art. 1* cit., 6, *la dichiarazione che la Repubblica italiana è democratica...ci dice quale sia lo spirito informatore delle singole disposizioni*, che si compongono in unità e tendono tutte a realizzare il principio fondamentale della democraticità del sistema costituzionale. PRIMICERIO, *Forma di governo parlamentare e modelli di democrazia rappresentativa* Torino, 2002.

21 NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione*, cit., 393, rileva *l'intrecciarsi di due dialettiche:... dipendenza politica – autocefala... accentramento – decentramento*, sicché l'interprete *non può negare il conflitto o ritenerlo componibile...senza fraintendere...e alterare il contenuto* della costituzione formale; CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano* cit., 59 ss.

22 ARCIDIACONO, *L'organizzazione amministrativa nel disegno costituzionale e nella giurisprudenza della Corte* in *Pol. dir.* 1983, 451, evidenzia che, per il fine di una corretta ricostruzione del rapporto tra Governo ed Amministrazione, gli artt. 28, 95 e 97 Cost. non possono prescindere da una lettura combinata e sistematica. L'opinione è condivisa da CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova 1974, 120 ss. PRIMICERIO, *L'architettura delle istituzioni politiche in Assemblea costituente: la forma di governo* in *Diritto e cultura* 1997, 27.

dizioni e *contrasti drammatici*, laddove la coerenza, svincolata dal sistema ricevuto, dovrebbe, per contro, commisurarsi alle linee direttrici del disegno originale di un sistema a farsi, dettate dalla saggezza di una scelta elastica e progressiva.[23]

E solo in questi termini – ma non già nel senso di un'enunciazione irrisolta – può, senza meno, convenirsi con l'opinione che le disposizioni in esame esprimono dialetticamente la tensione che si manifesta, nelle società contemporanee, nel processo di organizzazione dei pubblici poteri, fra due spinte antagoniste, l'una, di semplificazione ed accentramento, in un'ottica efficientistica della struttura, l'altra, di articolazione organizzativa, sempre più complessa ed autosufficiente.[24]

Ma è pur vero che le singole disposizioni costituzionali – come si diceva – nella composizione dell'assetto organizzativo e funzionale della Pubblica amministrazione, trovano momento di armonizzazione, nell'univoca e condivisa funzione di attuazione del principio democratico, cui, indistintamente, risultano, di necessità, conformate.[25]

Il principio democratico non opera, qui, come principio unificatore meramente estrinseco e formale,[26] bensì, quale concreta disciplina, come del rapporto del cittadino con la Pubblica amministrazione, così anche del rapporto tra Governo ed Amministrazione, e, dalla combinazione delle disposizioni dell'art. 95 Cost. con la riserva di legge dell'art. 97, si delinea il modello costituzionale della relazione tra politica ed amministrazione.

---

23 ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione,* Padova 1996, 68 ss.: *...potrebbe sembrare che gli aspetti di tradizionalismo sono, nella Costituzione, in qualche modo, più pesanti di quelli di innovazione. Ma ciò non è vero, soprattutto se ci riferiamo ai principi fondamentali, perchè, allora, in qualche modo, la democrazia, la sovranità popolare, il principio di eguaglianza debbono entrare anche nell'amministrazione, se almeno la forma di stato dev'essere coerente...il compito di produrre un modello adeguato a questi principi è messo nelle nostre mani...una costituzionalizzazione maggiore avrebbe dato come prodotto una consacrazione anche maggiore della cultura di allora.* Secondo BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione* in *Scritti giuridici*, Milano, 1981, 452, le linee ispiratrici della pubblica amministrazione, presenti in Costituzione, sono diverse, ma non necessariamente contraddittorie ed incoerenti, in quanto, benché non se ne indichi espressamente il collegamento, esse risultano coesistenti e del pari doverose. La medesima opinione è espressa da GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano 2003, 52, che definisce i modelli costituzionali *tendenziali e non totalizzanti, ossia indicazioni programmatiche che il legislatore dovrebbe saper cogliere e dosate equilibratamente, per dare vita as un impianto amministrativo moderno, che contemperi e realizzi, in sè, ciascuno di questi diversi caratteri.*

24 NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali* in Amato e Barbera (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, 1986, 704.

25 ESPOSITO, *La Costituzione italiana,* Padova, 1954, 245; BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture* cit., 452; ROEHRSSEN, *Pubblica amministrazione e Costituzione* in *Nuova Rass.* 1985, 5/6, 470; ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione* cit., 205; ONIDA, *I principi fondamentali della Costituzione italiana* in Amato e Barbera (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1986, 111; BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario* in *Studi Guicciardi*, Padova, 1975; *IDEM, Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico* in *Jus,* 1987, 277; NIGRO, *Giustizia amministrativa,* Bologna 1983, 115; MARRAMA, *La rinuncia all'impugnazione del provvedimento amministrativo,* Napoli, 1979, 75; CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo,* Torino 1988, 124; LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti* in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1969, 764.

26 NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione,* cit., 392, oppone alla tesi di Esposito, che si segue, la considerazione che *i principi unificatori (se esistono) sono estremamente generici e, quindi, inutili.*

Il modello dell'*apparato servente*, di cui all'art. 95 Cost., che, in una logica assai dubbia di ineluttabile continuità, si vuole assiomaticamente, ispirato alla previgente strutturazione centralistica ed autoritativa dell'organizzazione e della funzione, in realtà, esaurisce la sua apparente (e data) divergenza, sulla soglia della contestualizzazione e della giustapposizione nella norma costituzionale.

Sistematicamente, esso, in fatto, si combina in un modello complessivo, omogeneo e *culturalmente diverso*, che ripudia il monismo istituzionale e si conforma al pluralismo amministrativo e politico degli art. 5 Cost. e 114 ss. e, dunque, oltre che alla diffusione della *scelta politica*,[27] con imputazione a soggetti altri dallo Stato – persona, ed al principio partecipativo di *prossimità* della decisione, anche al *superamento dello stretto sistema di burocrazia gerarchizzata,* sul quale era costruita l'Amministrazione dello Stato liberale.[28]

E non sembra che di ciò si possa dubitare, atteso che l'Amministrazione democratica, disegnata dai Costituenti,[29] è costruita, per contro, intorno ad un principio espresso di autonomia, valore giuridico, che qualifica, in termini di indirizzo e non di gerarchia, il rapporto tra politica e amministrazione e sottrae gli apparati amministrativi, in termini di coordinamento e responsabilità, alla relazione di sovraordinazione e sottordinazione, conosciuta nella sua più intensa e rigida accezione.[30]

Per altro verso, il medesimo modello – che, desunto dell'art. 95 Cost., si pretende divergente – integrato, che sia, nella trama complessiva del sistema costituzionale, mani-

---

27 CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano* cit., 59 ss. ravvisa nel policentrismo un segno inequivocabile della sfiducia nell'amministrazione, in quanto apparato servente del Governo ed uno dei rimedi adottati per neutralizzare la politicità indotta, benché inefficace per la riproduzione, in sede locale, del medesimo problema.

28 Osserva, in proposito, ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione* cit., 26, che, nella nozione di potere esecutivo, *l'indistinzione tra l'esecuzione amministrativa e l'esecuzione-potere continuo e direttivo (governo), enunciate, con estrema trasparenza, negli artt 5 e 6 dello Statuto albertino, non sono l'effetto di un'oscurità intellettuale o di un'incapacità di analisi culturale, bensì di un'assenza del bisogno storico pratico di distinguere ed, anzi, di un preciso interesse a mantenere uniti i distinti (o distinguibili)...l'interesse della borghesia di disporre dell'amministrazione, come uno dei suoi poteri più gelosi, perchè il più idoneo a realizzare in concreto – e proprio anche nella sua naturale unione alla potestà direttiva del governo – il suo dominio sulla società.*

29 BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo* in *Jus*, 1987, 277. *La burocrazia è un sistema sociale, che si inserisce nel più vasto sistema sociale, che è lo Stato. Un'amministrazione di uno Stato democratico deve essere anch'essa...democratica e cioè gli uffici devono avere una loro autonomia decisionale...essere ordinati come cellule autosufficienti e autodecidenti, capaci di assumere responsabilità proprie, ciò che è il vero fondamento di una struttura per competenza. L'amministrazione dello Stato democratico, fondandosi su principio di partecipazione...non può che essere...parte di un ordinamento paritario, che vede anche il cittadino, posto con pari dignità e pari valori, sullo stesso piano di collaborazione e compartecipazione ai destini comuni.*

30 BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione* in *Scritti Mortati*, Milano 1977, II, 375; MARONGIU, *Vittorio Bachelet: una nuova idea dell'amministrazione* in AA.VV. *L'Amministrazione in cammino*, Milano 1984, 1. In tal senso, ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965, 323 ss.. Il rapporto di gerarchia *non risponde in pieno ai principi dell'amministrazione imparziale...*perchè *l'eccessiva uniformità, imposta al comportamento degli organi subordinati,...impedisce la reale adeguazione della funzione all'ordine dei fatti e valori specifici delle fattispecie individuali.* Ne risulta, per altro, vulnerato anche l'art. 97, II co., in quanto la gerarchia *contrasta in linea di partenza con la natura stessa dei principi di competenza e attribuzione* e *la subordinazione...si pone in diretto contrasto con la nota dell'esclusività.* A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1966, 760.

festa, oggettivamente ed in piena coerenza, non solo la riferita qualità, ma, altresì, i modi dell'interazione dell'attività politica con l'attività amministrativa.

Il profilo democratico dell'amministrazione – *apparato servente*, bensì, ma *della Collettività*, ai sensi dell'art. 98, I co.[31] – che, intesa come funzione autonoma, oggettivata dal fine, è qualificata dalla previsione[32] e dai contenuti stessi della riserva rinforzata dell'art. 97,[33] per certo esercita, sul rapporto in esame, un effetto di conformazione, cui non residua spazio alcuno per la ritenuta omologazione al modello evocato.

---

31 CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano* cit., 62.

32 La disposizione rimuove la tradizionale competenza esclusiva dell'esecutivo, in materia di organizzazione dei pubblici uffici, della quale la stessa legge n. 100/ 1926 cit. era rinnovata espressione, mediante una riserva di legge – comunemente ritenuta relativa – che assolve la funzione di assicurare, con la generalità e la stabilità della normazione, la democraticità delle scelte di indirizzo, individuandone, nel Parlamento, la sede primaria di formulazione e, nella Corte costituzionale, la sede potenziale, del sindacato di conformità alla Costituzione. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico* Padova, 1969, I, 557; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano 1984, II, 129; ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1987, I, 56; LABRIOLA, *Il governo della Repubblica. Organi e poteri. Commento alla legge 23 agosto 1988 n. 400*, Rimini 1989. Sul carattere immediatamente precettivo della disposizione: CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano 2002, 102; BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione* in *Scritti Calamandrei*, Padova 1958, 34ss.; FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione* Milano 1954, 122 ss.; CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo* Padova 1956, 225 (nota).

33 In seno alla Seconda Sottocommissione (I Sez.), la disposizione, che sarà accolta al primo comma dell'art. 97 Cost., formò oggetto di un rapido esame, nella seduta del 14.1.1947, e la sua definitiva stesura va, piuttosto, attribuita al Comitato di Redazione, che licenziò, per la discussione in Aula, l'art. 91 del Progetto, così formulato: *I pubblici uffici sono organizzati in base a disposizioni di legge, in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto pubblico si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge. I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione. I pubblici impiegati membri del Parlamento non possono conseguire promozioni se non per anzianità.* La disposizione fu esaminata dell'Assemblea, nella seduta del 24.10.1947 e, benché fossero stati presentati numerosi emendamenti, la discussione fu piuttosto rapida e non caratterizzata da particolari approfondimenti. Vi fu chi ne propose la soppressione completa, ritenendolo superfluo ed, in parte, da accorpare alle disposizioni in tema di incompatibilità con l'ufficio di senatore e deputato (Corbino, *op. cit*., 3561), chi ne propose un'estrema semplificazione (Colitto, *op. cit.*, 3562: *L'organizzazione dell'amministrazione centrale è regolata dalla legge*) ed, infine, chi, senza che sia dato desumere, al riguardo, le relative argomentazioni, propose la soppressione del primo comma e dell'espressione *in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità* e la introduzione nel terzo comma dell'inciso *esercitano le loro funzioni* (Numeroso e Bettiol *op. cit*., 3562). Un certo consenso riscosse l'emendamento, volto alla soppressione dell'ultimo comma (Romano, *op. cit*., 3562), ove si ravvisava *una vera e propria sanzione contro i funzionari dello Stato, colpevoli unicamente di essere membri del Parlamento.* Tosato (*op. cit.*, 3563) a nome della Commissione, ribadì che le disposizioni dell'art. 91 contenevano *principi di carattere fondamentale* e di indiscutibile rilievo costituzionale ed, in particolare, che, con la disposizione dell'ultimo comma, *la Commissione ha seguito una linea intermedia*, non escludendo qualsiasi possibilità di promozione e mantenendo fermo ogni altro diritto dell'impiegato eletto. La funzione della riserva dell'art. 97 Cost. è stata prospettata, oltre che nei termini di *legalità/garanzia,* a destinatarietà individuale – *volta a preservare dall'arbitrio la libertà e le aspettative dei cittadini – anche* di *legalità/indirizzo* ordinativa, volta a *limitare e incanalare l'attività dello Stato nell'interesse dello Stato medesimo.* NIGRO, *Giustizia amministrativa,* Bologna 1976 27 ss.; MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della Pubblica amministrazione,* Milano, 1982, 20.

Ciò è come dire che la diversità di fondamento ed operatività del principio di legalità,[34] la qualità dialettica ed imparziale del processo di sintesi, in cui s'invera l'interesse

34 Nella Costituzione, non si riscontra enunciazione espressa del principio di legalità, tuttavia, la sua costituzionalizzazione risulta evidente da talune disposizioni (arts. 13 ss., 23, 41 ss., 51 Cost.), ove, in una con la *riserva di legge*, si distingue tra il momento del *disporre in astratto*, proprio della legge, e quello del *provvedere in concreto*, proprio dell'atto amministrativo, con implicita enunciazione di un *indissolubile legame di conformità* dell'atto amministrativo alle prescrizioni di legge. Ciò che più rileva è che la Costituzione sicuramente non accoglie, *in via generale*, il principio di legalità, nella sua accezione sostanziale, in quanto, ciò renderebbe inspiegabile la contemporanea previsione di una serie di specifiche riserve di legge. Pertanto, eccettuate le fattispecie, in cui il principio, tradotto in riserva, opera di fatto in via sostanziale, in ogni altro caso di esplicazione della potestà, ne è pacifica la vigenza, come obbligo di conformità formale o direttiva di mera compatibilità. Del resto, una vigenza, in senso sostanziale, può essere giustificata, come limite di garanzia, solo quando la Pubblica amministrazione, nella puntualizzazione del rapporto autorità/libertà, incida direttamente nella sfera dei diritti. CRISAFULLI, *Lezioni* cit., 55 ss.; ZAGREBELSKY, *Manuale* cit., 53 ss.; SATTA, *Principio di legalità e amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 113 ss.; LEVI, *Legittimità* in *Enc. Dir. (voce)* XXIV, 124; FOIS, *Legalità (principio di)* in *Enc. Dir. (voce)*, XXIII, 659, che deduce il principio dall'art. 101 Cost.; AMATO, *Rapporto fra norme primarie e secondarie*, Milano 1962, 128, che deduce il principio dall'art. 76 Cost.; MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1976, 1355; CAIANIELLO, *La legalità* in *Cons. Stato* 1996, II, 771. Per altro, elementi ulteriori di contestualizzazione del principio, nella norma costituzionale, mi sembra possano trarsi, nel mutato quadro organizzativo e funzionale dell'Amministrazione, anche evidenziandone la stretta correlazione attuativa con l'art. 5 Cost., nel preminente *valore d'unitarietà dell'Ordinamento*, coessenziale al sistema complessivo, a forte e crescente connotazione pluralista e decentrata. Si offrirebbe, per tal via, all'interprete, un potente argomento *a contrario* al diffuso, quanto incondivisibile, convincimento dell'inarrestabile declino del principio stesso, quasi si trattasse uno scomodo ed ingombrante arnese d'altri tempi. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce) in *Enc. Dir. Agg. VI*, Milano 2002; COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano 1993. Invero l'*intreccio* del principio di legalità, nel suo fondamentale profilo sostanziale, con l'istituto della riserva di legge, già di per sé, vale non solo a conferire, nelle materie coperte da *riserva assoluta* – a Costituzione immutata, come, in materia, è auspicabile – stabilità al principio stesso, ma a rendere il medesimo insensibile all'intervento di *delegificazione*, che, in queste fattispecie è, per espressa previsione legislativa, affatto precluso. Del resto, in ogni altro caso, non si vede come il principio di legalità possa risultare ridimensionato dalla utilizzazione di uno strumento, che, preordinato al fine della razionalizzazione della produzione normativa, per certo, non importa rinuncia di disciplina (*deregolamentazione*). L'operazione di delegificazione, disposta con legge ordinaria, non produce una nuova fonte primaria o una diversa distribuzione della competenza normativa primaria – ciò che, per la diretta incidenza sulla stessa forma di governo, richiederebbe un'apposita norma di revisione costituzionale – bensì dà luogo soltanto ad una diversa ripartizione di competenza tra fonte primaria e secondaria, tant'è che il regolamento delegificante è sottratto al sindacato di costituzionalità e la previgente fonte (*statale*) primaria risulta abrogata, *sub condicione* d'emanazione della fonte secondaria delegificante, anche in mancanza d'espressa previsione. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare* in *Quad. cost.* 1990, 61-2. Sotto altro aspetto, non sembra possa parlarsi di crisi del principio, in ragione dell'*alto grado d'indeterminatezza* del precetto, richiesto alla legge, nel sistema di decentramento amministrativo, informato a criteri di *sussidiarietà*, dagli ampi spazi di differenziazione e specificità della scelta discrezionale. Per tal via, in tutta evidenza, ciò che muta è, piuttosto, la qualità della legge e non già il principio di legalità e la sua operatività. D'altro canto, la stessa qualificazione dell'attività amministrativa, sul versante del *risultato,* e la diffusione dei *moduli convenzionali* sembra – al contrario di quanto s'asserisce – conferire nuova vigoria al principio, accentuandone i contenuti propri d'indirizzo democratico e di fissazione di concetti e valori, generali ed astratti. La rilevanza assegnata al *risultato* non va, difatti, disgiunta dal limite dell'osservanza della legge, in quanto è da questa stessa che – lungi da qualsivoglia ridimensionamento – scaturisce, in via esclusiva e diretta, la stessa obbligatorietà della finalizzazione dell'azione alla valorizzazione dei diritti fondamentali e degli interessi delle Comunità di riferimento. E ciò vale a dire, come si è efficacemente affermato, che

pubblico, e, sopratutto, l'evidenza strutturale[35] – e non solo comportamentale – dell'imparzialità, giusta l'intreccio testuale coi profili d'*organizzazione*, dispiegano tutte, univocamente – nel *comune denominatore* democratico – un effetto rescindente sulla relazione ricevuta di stretta continuità verticale, tra politica ed amministrazione.[36]

---

requisito ineludibile dell'amministrazione di risultato è, in ogni caso, l'inammissibilità di baratti fra la legalità e l'efficienza considerato che, pur nel mutato quadro ordinamentale, non può affermarsi l'avvento di una Amministrazione, che trovi legittimazione in se stessa. LEDDA *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione* in *Foro amm.* 1997, 11-12- 3303; SALVATORE, *I nuovi orizzonti del principio di legalità* in *Cons. Stato* 2005. II. 1619. Quanto, poi, all'utilizzazione di strumenti consensuali alternativi, non sembra sussistano dubbi sul fatto che l'Amministrazione vi acceda, nell'esercizio di una *potestà funzionalizzata* che, in quanto tale, non è, in alcun modo, riconducibile ad una sfera di autonomia negoziale. Inequivocabile è la disposizione dell'art. 1, I co., della L. 7.8.1990 n. 241, con la quale il Legislatore ha ritenuto ribadire, in modo espresso e con norma che ascrive al novero dei *principi generali*, che *l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge*. Ed, ancora, in coerenza alla premessa sistematica, il successivo art. 11, I co., in tema di accordi procedimentali, prescrive che la predisposizione del programma comune di disciplina del rapporto e lo scambio del consenso operano, *in ogni caso, nel perseguimento del pubblico interesse.* La cura dell'interesse pubblico informa a sé l'azione amministrativa, *nel suo complesso*, a prescindere dal regime giuridico degli atti, attraverso i quali si manifesta e, dunque, anche quando, per il suo migliore perseguimento, si richiede un'operazione di *bilanciamento*, in relazione agli interessi concorrenti, e l'acquisizione previa del *consenso* sul conseguente assetto del rapporto. Pertanto, è la stessa funzionalizzazione generale dell'azione, espressione del principio di legalità, ad attrarre, nell'alveo del principio medesimo anche il rapporto bilaterale. Ciò posto, non sembra condivisibile argomentare crisi o attenuazione del principio di legalità, con la considerazione che, nel caso, il consenso ne surrogherebbe la funzione di garanzia e di legittimazione della potestà, posto che il soddisfacimento dei contenuti di *legalità/garanzia* del principio si attua, in ogni caso, nella dimensione di generale destinatarietà dell'agire e non nella sola sfera individuale della controparte. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici* in *Dir. amm.* 1999, 114; CANGELLI, *La dimensione attuale del vincolo teleologico nell'attività amministrativa consensuale* in *Cons. Stato* 2002, II, 111; *IDEM*, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati* in *Dir. amm.* 2000, 2, 277.

35 In tal senso, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1970, I, 85. *Il testo della nostra Costituzione contiene, però, accanto alla norma enunciativa del principio, una seconda norma: nell'organizzazione degli uffici pubblici, debbono essere seguiti criteri tali da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Questa è una norma che si rivolge al legislatore, in primo luogo. Si rivolge all'amministrazione, ma non in quanto svolga la sua attività istituzionale, bensì in quanto svolga attività di organizzazione di se stessa, con atti generali o particolari.* NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della P.A.* Milano 1966. Secondo GARDINI, *L'imparzialità amministrativa* cit., 69 ss., le ragioni dell'arricchimento dei contenuti dell'imparzialità vanno ricercate nella rapida espansione della funzione e nella sua trasformazione da attività autoritativa, in attività di prestazione (attività materiale unilaterale), per la quale la legalità non può più costituire l'unico parametro di valutazione ed il consenso sociale non si rapporta più a criteri di legalità e razionalità, ma alla capacità di dare soluzione ai bisogni collettivi. Per i profili inerenti al fondamento costituzionale, ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati,* CAIA, *I servizi pubblici* in Mazzarolli e Pericu e aa. (a cura di) *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, 136 ss.; CABIDDU, *I servizi pubblici tra organizzazione amministrativa e principi costituzionali* in Ammannati, Cabiddu, De Carli (a cura di) *Servizi pubblici, concorrenza, diritti* Milano 2001*;* PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio* in *Quad. pluralismo* 1998, 175. Sul concetto di *prestazione di utilità ai cittadini:* CATTANEO, *Servizi pubblici* voce in *Enc. Dir.* XLII, 361 ss.; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo* cit., 586; BARETTONI ARLERI *Obbligazioni pubbliche* in *Enc. Dir.* XXXV, 383. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo fra essere e il divenire* in *Dir. amm.* 1996, 579; IDEM, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni* in *Dir. amm.* 1999, 299.

36 A. M. SANDULLI, *Governo e amministrazione* cit., 758: *la realizzazione del buon andamento e della imparzialità dell'Amministrazione passa necessariamente, oltre che attraverso il decentramento di funzioni sta-*

Il principio democratico, difatti, prescrivendo il paradigma vincolante dell'imparzialità – *laddove il principio di legalità perde consistenza e presta il fianco ad ingerenze indebite*[37] – diversamente, conforma un *rapporto complementare* di limite reciproco,[38] ove a detta *complementarità* resta implicita e sottesa una qualificazione di simmetria paritaria, ciò che, per altro verso, importa la procedimentalizzazione, altresì, della scelta politica di indirizzo.

L'indirizzo politico informa, così, l'imparzialità alla osservanza dei criteri di uniformità, democraticamente elaborati, ed, al tempo stesso, l'imparzialità informa a sè e, dunque, all'osservanza delle regole del sistema democratico, l'indirizzo politico, perché non divenga strumento diretto o indiretto di pressione sulle opinioni e sulle libertà delle minoranze.[39]

L'imparzialità, dunque, nella sua latitudine integrale di regola non solo procedimentale, ma anche di regola dell'*impianto costituzionale del potere amministrativo, nel quadro di una democrazia pluralista,*[40] postula la *predisposizione di un ordine organizzativo* di integrazione tra i diversi livelli decisionali,[41] ove l'unità/continuità non si realizza nella

---

tali, anche attraverso lo svincolo, al centro, dell'amministrazione dal Governo. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione* in *Amm. civ.*, 1961 (numero spec. le per centenario unità Italia), 158: *la costituzione repubblicana ha introdotto, per la prima volta, in modo consapevole, nella nostra storia giuridica, il problema della separazione dell'amministrazione dal Governo e della tutela di essa contro l'azione del Governo, quale organo politico.* TOZZI, *I processi decisionali della burocrazia: rassegna critica della letteratura* in *Politica e dir.* 1972, 115; GUARNIERI, *La politicizzazione delle burocrazie pubbliche* in *Riv. Trim Sc. Amm.* 1977, 435.

37 CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 101 precisa, in proposito, che la fattispecie patologica è l'*ingerenza indebita* e non già, in sé, l'*azione amministrativa debitamente orientata in senso politico governativo*, giacché l'indissolubile collegamento tra indirizzo e gestione è affatto indiscutibile. CASSESE, *Maggioranza e minoranza. Il problema della democrazia in Italia,* Milano 1995.

38 ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione* cit., 125: *l'amministrazione non può essere neutrale, cioè indifferente, rispetto alla politica, poiché ha...un'immanente carica di politicità, il problema non è tirare una frontiera esterna tra politica e amministrazione, ma far convivere dentro l'amministrazione la sua carica politica con l'imparzialità o l'oggettività e la giustizia. E', cioè, un problema di complementarità...* L'A., cit., 302, disegna, dunque, il rapporto politica amministrazione, in termini di complementarità, mediante la composizione funzionale – nello svolgimento dello stesso procedimento o di procedimenti collegati – della struttura politica – cui è assegnato il ruolo di indirizzo e decidente – con la struttura tecnico professionale, cui è assegnato il ruolo istruttorio, propositivo delle decisioni, esecutivo e gestionale.

39 In tal senso, CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico* Padova 1973, in particolare, 184 ss. e 237 ss.; SAPORITO, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione* in *Cons. Stato* 1984, II, 1277; MITTONE, *Principio di imparzialità e indirizzo politico* in *Amm. società*, 1978, 1349; MANCIERI, *Il nuovo modello dei rapporti fra politica e amministrazione* in *Nuova rass. legisl., dottrina e giuris.*, 2000, 99.

40 La definizione è tratta dalla sentenza della Corte cost. 15.10.1990 n. 453, in *Foro amm.* 1991, 2235, ove si ferma l'operatività del principio di imparzialità *anche sulla composizione delle commissioni giudicatrici dei concorsi pubblici.*

41 GARDINI, *L'imparzialità amministrativa* cit., 67 ss., trae, altresì, dall'*apertura al piano strutturale,* sicuri elementi di armonizzazione della dicotomia imparzialità e buon andamento. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione* in *Dig. disc. pubbl.* VII, Torino, 1993, 131; ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione,* Padova 1979; CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica* in *Studi Bachelet* I, 157, Milano 1987; SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa* Milano 1975.

posizione dipendente di un'amministrazione subalterna, bensì nel *sodalizio virtuoso tra indirizzo programmatico e gestione puntuale*.[42]

3. Giustizia nell'amministrazione e principio democratico. Discontinuità e rivoluzione nel sistema costituzionale. La sintesi dell'imparzialità funzionale e strutturale nel principio di giustizia nell'amministrazione, inteso alla non arbitrarietà dell'azione.

Le riflessioni, che precedono, mi sembra offrano, di già, elementi certi e concordanti, per concludere, oltre ogni dubbio, che il principio democratico operi, nel valore dell'imparzialità, quale indirizzo unificante – quanto alla supposta aporia del modello costituzionale di amministrazione – ed, altresì, quale solido fondamento vincolante della partecipazione all'esercizio della funzione.

Per altro, la funzione dell'agire imparziale, strumentale alla integrazione dei caratteri di democraticità dell'amministrazione, trova ulteriore momento positivo di sintesi dei suoi contenuti funzionale e strutturale, nell'enunciazione del valore di *giustizia nell'amministrazione*, che l'art. 100, I co., Cost. assegna alla tutela del Giudice amministrativo.

L'espressione, che fu titolo e motto del famoso discorso, pronunciato, il 7 marzo 1880, da Silvio Spaventa, all'Associazione costituzionale di Bergamo,[43] è accolta dalla norma costituzionale, nella sua originaria formulazione, a condividere quella fondamentale intuizione di Spaventa, sull'assoluta centralità della Giustizia amministrativa, come tutela integrale del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione, che prelude alla istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, con la *legge Crispi* del 31 marzo 1889 n. 5992.[44]

---

42 ARCIDIACONO, *L'organizzazione amministrativa* cit., 451. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione* cit., 125: *Il modo di rendere complementari politicità ed imparzialità va...ricercato con la composizione di strutture politiche e...tecnico professionali e con l'attribuzione a ciascuna di un suo ruolo nello svolgimento della funzione.*

43 *Io, quindi, credo che sulla bandiera della nostra opposizione dev'essere scritto solamente il motto: Giustizia nell'amministrazione*. Il discorso, successivamente, fu raccolto da Benedetto Croce, nel volume *Silvio Spaventa. La politica della Destra. Scritti e discorsi* Bari 1910*;* ALATRI (a cura di) *Silvio Spaventa. La giustizia nell'Amministrazione,* Torino, 1949, 102. L'A., nella *Introduzione,* evidenzia che *Silvio Spaventa è, probabilmente, l'uomo della Destra, che ci ha lasciato il corpo di scritti e discorsi più completo per delineare il carattere dell'ideologia liberale*.; TESSITORE, *Crisi e trasformazione dello Stato*, Napoli 1963; FAROLFI, *Il concetto di Stato in Silvio Spaventa* Bologna 1946.

44 Il tema centrale del discorso di Bergamo è la necessità di integrare la disciplina della tutela della legge n. 2248/1965, che aveva assegnato al Giudice ordinario soltanto la cognizione delle controversie in materia di diritti civili e politici, escludendo dalla tutela giurisdizionale numerose e rilevanti controversie con l'amministrazione – gli *affari non compresi* nell'art. 2 – tuttora giustiziabili solo con ricorso amministrativo. La legge, a*bolendo radicalmente la giurisdizione amministrativa, privò molti interessi di qualsiasi garentia di giustizia e lasciò molti diritti senza più giudice, in balia dell'amministrazione... Il ministro non deve essere giudice: ecco il mio principio direttivo...date alle istanze superiori forma, procedimento e indipendenza di vera magistratura sopra le controversie di diritto pubblico, in cui oggi non emettono che pareri. Finché mai non avremo fatto ciò, il nostro diritto pubblico rimarrà, per gran parte senza nessuna garentia.* ALATRI (a cura di) *Silvio Spaventa. La giustizia nell'Amministrazione*, cit., 97. BERTI, *La giustizia nell'amministrazione pubblica* in *Jus* 2003, 2, 247, osserva che, *quando nel 1889 si fece il primo passo verso*

Ma è palese, sin dall'oggetto di tutela, la profonda discontinuità ideologica della disposizione, rispetto alla giustizia di Spaventa, che non appartiene alla Società civile, bensì allo Stato e si risolve nello Stato stesso, *lo Stato, cioè la giustizia e l'uguaglianza giuridica*.

Come la volontà individuale si identifica nella volontà dello Stato, così, simmetricamente, la tutela dell'interesse individuale è data, solo se coincide con la tutela dell'interesse generale, *in quanto la legge non protegge direttamente altro che l'interesse generale, di cui l'amministrazione, o meglio lo Stato, è il vero soggetto.*[45]

E tale discontinuità, anche e sopratutto, s'appunta sulla profonda divergenza intorno al concetto sotteso di *amministrazione giusta*, sol che s'integri la disposizione in esame nel complessivo sistema democratico della Costituzione, ciò che ne evidenzia, a tutta prima, il contenuto profondamente rivoluzionario.

Spaventa afferma, invero, la necessità della *distinzione tra governo e amministrazione,*[46] ma disegna – per altro, disattendendo il principio di separazione rigida dei poteri dello *Stato di diritto*, cui pure mostra di ispirarsi – un modello, che sottopone al Parlamento, in via diretta, il governo[47] e, per il tramite della legge, l'amministrazione, cui nega ogni autonomia.

Tale distinzione, benché sia, in sé, democratica e costituisca il fondamento stesso della giustizia amministrativa, dà luogo, tuttavia, in quel sistema di oligarchia censitaria, soltanto ad una nuova figura di accentramento del potere, l'*autoritarismo nella forma del dispotismo della maggioranza, tanto più grave quanto più questa è di fatto una minoranza sociale*.[48]

---

la costruzione di un sistema speciale di tutela giurisdizionale amministrativa, contrapposto a quello del giudice ordinario, si intese, in primo luogo purificare l'amministrazione...distaccandola dalle troppo pesanti e frequenti ingerenze politiche e dal controllo dei partiti.

45 *Per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato* in ALATRI (a cura di) *Silvio Spaventa. La giustizia nell'amministrazione* cit., 228 e 232. Spaventa assegna, alla posizione soggettiva, diversa dall'*interesse protetto* (diritto soggettivo), una tutela riflessa e derivata da quella accordata all'interesse pubblico, facendo propria quella teorica dell'*interesse occasionalmente protetto,* che l'art. 24 Cost. denega, equiparando al diritto soggettivo, sul piano sostanziale e della tutela, l'interesse legittimo, inteso, piuttosto, quale situazione di conflitto potenziale con l'interesse pubblico.

46 *...come è possibile che un partito al governo non abusi del potere, che ha nelle mani, in danno e offesa degli altri e che l'interesse di un partito, di una classe o di un individuo non predomini ingiustamente sopra l'interesse degli altri...la soluzione sta nel fare un'essenziale distinzione tra governo e amministrazione. Silvio Spaventa. La politica della destra*, Bari 1910, 59.

47 *...il potere esecutivo non è un organismo, che sta da sé; esso è compreso in un organismo superiore, nell'organismo dello Stato, dove non è tanto coordinato, quanto subordinato al potere legislativo Silvio Spaventa. La politica della destra*, cit., 83.

48 *Amministrazione significa...organizzare, regolare e disporre... e quando il Parlamento, e, per mezzo suo, il paese, prende parte all'organizzazione delle amministrazioni...esso prende parte alla sua amministrazione. In questo modo, solo la libertà costituzionale diventa concreta, diventa quello che deve essere, cioè non semplice partecipazione alla formazione delle leggi, ma...alla loro esecuzione. La ricostituzione del ministero di Agricoltura, Industria e Commercio in Silvio Spaventa. La politica della destra, cit, 272.* CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa* Bari 1969, 120 ss., osserva che il Paese, cui si riferisce Spaventa, è *soltanto una minima cerchia di se stesso, è la rappresentanza auto investitasi di se stessa...il solo paese legale*.

Allo stesso modo, Spaventa ravvisa, bensì, nell'imparzialità *l'idea suprema di giustizia*,[49] ma, nel suo pensiero, lo Stato è affatto separato dalla Società, e, *come un grande individuo, distinto dai piccoli individui*, che lo compongono, esprime ed impone la sua volontà, nella quale essi identificano la propria volontà e ne diventano esecutori.

La libertà è, pertanto, un'astrazione formale, molto lontana dall'ideale di partecipazione democratica, è *nelle leggi e delle leggi*, cala, cioè, dall'alto, così come, dall'alto, calano solidarietà ed eguaglianza e,[50] pericolosamente, giacché *da questo sentimento di eguaglianza sorge un'esigenza terribile, nella coscienza delle moltitudini, alle quali non basta essere eguali davanti alla legge, poiché esse intendono di sollevarsi…di partecipare ai beni della vita.*[51]

Ciò posto – tornando al testo costituzionale ed ai termini dell'iniziale opzione ricostruttiva – l'art. 100, I co., Cost., in tutta evidenza, reca due disposizioni, che, distinte, ma, nella *ratio*, convergenti, ineriscono, l'una, alla *tutela*, nel suo profilo teleologico – e, dunque, all'esercizio della giurisdizione – l'altra, all'esercizio della potestà, nel suo profilo sostanziale.[52]

La norma indica, così, in prima istanza, i contenuti di democraticità del rapporto tra sindacato giurisdizionale ed azione, laddove, assegnando la qualità di *organo di tutela della giustizia nell'amministrazione* al Giudice amministrativo, ne afferma il ruolo di strumento della sovranità popolare.

Per il tramite della giurisdizione, s'appunta, per tal via, in capo alla Comunità tutta, l'esercizio di una funzione di controllo sull'Amministrazione, che il carattere integrale della tutela, di cui al successivo art. 113 Cost., significativamente sottrae ad un sistema di cognizione, suscettibile d'essere limitata a discrezione del Legislatore, ossia ad un sistema ove, in fatto, non avrebbe modo d'esprimersi.[53]

---

49 In tal senso, Spaventa ritiene che l'imparzialità sia un canone comportamentale indefettibile di *tutta l'attività di una amministrazione*, che, nell'*osservanza assoluta della legge, come tale*, *deve avere per iscopo l'interesse generale*, ma provvedere, al tempo stesso, alla salvaguardia dei diritti del privato, il sacrificio dei quali non deve essere maggiore di quanto richieda il perseguimento dell'interesse pubblico medesimo. *Silvio Spaventa. La politica della destra* cit., 453.

50 *La libertà oggi deve cercarsi non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative Silvio Spaventa. La politica della destra cit., 78.* In proposito, CHIODI, *La giustizia amministrativa*, cit. 116, osserva che *la sua è libertà negativa, a livello politico, perchè libera la classe politica dallo Stato, facendo coincidere lo stato solo con essa e libertà positiva, a livello amministrativo, perchè attribuisce allo stato la funzione di promuovere l'elevamento sociale ed economico del paese, ma senza renderlo partecipe del potere e considerandolo letteralmente sotto tutela.*

51 *Discorso sulle convenzioni ferroviarie*, *21.6.1876* in *Silvio Spaventa. Discorsi parlamentari* Roma, 1913, 419.

52 Nella *Premessa* a *La giustizia amministrativa,* Padova 1954, 1, GUICCIARDI scriveva che la *nozione di giustizia amministrativa* – benché, talora, si faccia *rientrare nei confini della materia soltanto il sistema dei ricorsi amministrativi e contenziosi, contro gli atti dell'Amministrazione* – designa *l'insieme delle guarentigie, predisposte per assicurare la legalità ed il buon uso dei suoi poteri da parte dell'Amministrazione pubblica,* sicché *qui l'espressione è assunta nella sua significazione più generale e più ampia…il complesso degli istituti, di qualunque natura, diretti ad assicurare l'osservanza da parte dell'Amministrazione dei limiti imposti all'esercizio della sua attività.*

53 SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino 2003; MIELE, *La giustizia amministrativa* (*Relazione generale)* in Miele (a cura di) *La giustizia amministrativa* (Atti Congresso Leggi Unificazione) Vicenza 1968; ROEHRSSEN, *La giustizia amministrativa nella Costituzione* Milano 1988; BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana* Milano 1966; SATTA *Principi di giustizia amministrativa* Padova 1978; LEDDA *Principi costituzionali di giustizia amministrativa* in *Jus* 1997, 177; PAJNO, *Le norme costituzionali sulla*

La norma reca, quindi, ulteriore disposizione, laddove, in ragione dell'intrinseca rilevanza prescrittiva del valore, che vuole assicurato con la tutela, detta una regola fondamentale di condotta, la *giustizia nell'amministrazione*, cui è dato assegnare, con sicurezza, contenuti concreti, ricercandone il parametro esplicativo nella norma costituzionale.

Un'*amministrazione giusta* ne risulta, pertanto, conformata alla *giustizia* dei valori costituzionali, che attengono allo sviluppo della persona umana – libertà, dignità, eguaglianza, partecipazione, affidamento – ed alle regole del sistema democratico – legalità, trasparenza, funzionalizzazione a fini sociali – cioè ad un canone generale ed oggettivo di *non arbitrarietà dell'azione*, valido ed operante tanto nella dimensione verticale del rapporto tra i diversi livelli decisionali, che in quella orizzontale del rapporto procedimentale.[54]

4. Funzione, procedimento e discrezionalità. La scelta di valore nella ponderazione comparativa degli interessi: contenuti di politicità dell'agire discrezionale. Il giudizio di opportunità. Principio democratico e forza propulsiva della discrezionalità: contenuti partecipativi e di responsabilità dell'interesse legittimo. La funzione di riequilibrio nella rappresentazione degli interessi e la funzione educativa e persuasiva del diritto. Legittimazione e consenso.

Nell'organizzazione politica del gruppo sociale – *mediante un sistema di norme ed un sistema di poteri, che, legittimato dal primo, ne assicura la coercibilità, per fini comuni* – la genesi ed i contenuti della *funzione* si definiscono per effetto di una norma sulla competenza, che individua tali fini, e che, per il conseguimento di questi stessi, investe un soggetto dell'esercizio doveroso di una pubblica potestà.

Il peculiare tratto teleologico, dunque, diversamente configura la *funzione*, anzitutto, in ragione della qualità, che si assegni all'interesse pubblico, e, quindi, in ragione dei modi di configurazione del medesimo, nella variabile specificità e vincolatezza della predeterminazione normativa.

---

giustizia amministrativa in *Dir. proc. amm.* 1994, 419; ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale* in *Foro it.* 1980, V, 258; CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali del diritto processuale amministrativo* in *Dir. proc. amm.* 1984, 177.

54 ALLEGRETTI, *Imparzialità amministrativa,* cit., 70 ss., 112 ss. e 231 ss. Secondo BERTI, *La giustizia nell'amministrazione*, cit., 259, *la formula giustizia nell'amministrazione va... a tratteggiare i due caratteri peculiari del sistema.. quello... di mezzi già predisposti al confine dell'amministrazione verso l'ordinamento generale e l'attività politica... quello per il quale il cittadino, onde ottenere tutela, deve accedere e sottostare a questo mondo giuridico speciale, quasi vedendosi rimodellare la propria capacità alla stregua di esso.* PANEBIANCO, *A proposito dell'idea europea di costituzione e diritto alla giustizia* in *PQM* 2002, 2.9.

L'interesse pubblico, allorché omogeneo, poiché coincide e s'esaurisce nell'interesse del gruppo dominante, è affidato, per un fine di *conservazione*, alla definizione previa e puntuale della norma, sicché esso s'appunta, nella vigenza piena ed integrale del principio di legalità, in capo al soggetto, che vi è preposto, in un'accezione statica e data del potere.

La soggettivizzazione dell'interesse pubblico, tuttavia, non resiste all'emersione di interessi antagonisti, che, nel processo di trasformazione, in senso pluralistico, della società, introducono variabili relazionali e relazioni di conflitto, non riducibili ad un'astratta e preventiva codificazione, ma armonizzabili[55] soltanto nel costrutto di sintesi della regola del caso,[56] nell'alveo di precetti normativi, operanti come direttiva di conformità formale e di mera compatibilità.

Anche l'interesse – sempre che risulti espressamente individuato dalla norma, come essenziale, rispetto ad una determinata attribuzione di competenza – non può non trovarsi, nel concreto dispiegarsi dell'azione, variamente collegato ad altri interessi, anche pubblici, parimenti meritevoli di tutela, o, quanto meno, suscettibili di necessaria acquisizione al procedimento, per il fine stesso della effettiva tutela del primo.[57]

Ciò vale a dire che, al più, è dato individuare un interesse, che rifletta il soddisfacimento di un bisogno, qualificato pubblico da una norma – detto *primario*, ma senza implicazione alcuna di priorità data – in concorrenza con una serie di altri interessi *secondari* – pubblici, collettivi o privati – che, sul primo, incidono in via di attenuazione, di rafforzamento e, persino, di elisione.[58]

La necessità della ricerca di un equilibrio di coesistenza oggettivizza l'interesse pubblico nel procedimento, che è *la forma della funzione*, sicché, atteso che la *funzione è il*

55 FERRARA, *Alcune considerazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana* in *Rass. Dir. Pubbl.* 1965, 274. Ancora FERRARA, *Democrazia e Stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di governo* in *Dem. e dir.* 1979, 513, nei termini positivi della dialettica compositiva, significativamente, definisce la contrapposizione della pluralità degli interessi *conflittuale ma integrante,* nel senso che *il conflitto* è *base e strumento dell'integrazione.*

56 Per i riferimenti all'operatività del principio di legalità, in senso soltanto formale, si rinvia alla precedente nota 33. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, cit., 727; SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme alla luce della novella della L. 241 del 1990* in www.giustamm.it, 2005, 5: *naturalmente questa prospettiva non esime il legislatore dall'indicare gli interessi pubblici forti... la norma giuridica, incapace di inglobare l'universo giuridico, finisce, dunque, con l'assumere uno spiccato carattere organizzatorio, limitandosi a garantire obiettivi minimi, ovvero... affida all'amministrazione pubblica... processi di autoregolamentazione e di individuazione degli stessi interessi da tutelare.* ROMEO, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile* in *Scritti Nigro*, Milano 1991, III, 493; MARZUOLI, *Principio di legalità* cit. 20 ss. Secondo AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private* in *Politica e dir.* 1970, 460, *l'interesse pubblico diviene disaggregabile a seconda della natura degli interessi di riferimento.* PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1972, 68; CANNADA BARTOLI, *Interesse* voce in *Enc. Dir.* XXII, 1.

57 In proposito, è illuminante quanto insegna BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione* in *Studi Guicciardi*, Padova 1975, 792: *tra la norma che conferisce il potere e il provvedimento, c'é... la funzione e non il soggetto con la sua volontà e la funzione... elemento obiettivo... non premia necessariamente il soggetto pubblico,* rendendolo comunque vincente, rispetto agli altri soggetti.

58 GIANNINI, *Manuale*, cit., 480; ALLEGRETTI, op. ult. cit., 73 ss. e 92 ss.; CANNADA BARTOLI, *Interesse* voce in *Enc. Dir.*, XXII, 2.

suo contenuto, può concludersi non soltanto che *il procedimento è... il fenomeno della funzione*[59]– ossia la sua *apparenza* – ma che, con essa, in tutto, si identifica.[60]

L'organizzazione sequenziale dell'agire non è, difatti, mera forma – strumentale alla predisposizione garantistica di una struttura accessibile, per la conoscibilità ed il sindacato eventuale – ma s'apprezza nei contenuti sostanziali di *una vera e propria tecnica di distribuzione e di diluizione del potere, che si collega direttamente al principio democratico.*[61]

Il procedimento è, in questo senso, *metodo di esercizio cooperativo del potere*, in virtù del quale *l'apporto consociativo* dell'*elemento burocratico* e dell'*elemento partecipativo... si esprime e si manifesta nella stessa elaborazione della scelta* e, pertanto, nell'esercizio della discrezionalità, che, nel *farsi* dell'acquisizione dialettica e della valutazione comparativa degli interessi, del pari, s'immedesima nella *funzione*.[62]

La molteplicità degli interessi coinvolti dall'azione ne impone, dunque, la *ponderazione comparativa*, che, lungi dall'attingere la soluzione da precetti già presenti o impliciti nella norma, conduce ad un *giudizio di valore* – fondato su parametri, individuati

59 BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in Riv. Trim. Dir. Pubbl. 1952, 126.: L'A. spiega il *fenomeno procedimento* in ciò che *un atto non raggiunge la sua perfezione...se prima non vi è stata una elaborazione di tutti o alcuni dei suoi elementi...attraverso stadi successivi ed, anzi,...successive cooperazioni...mediante più operazioni.* NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 146: *Il procedimento amministrativo è il luogo ideale di emersione degli interessi legittimi, i quali in esso si rivelano e prendono le distanze dall'interesse pubblico, ed è, corrispondentemente, la fonte migliore di individuazione di tali interessi.* GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939; TEDESCHINI, *Procedimento amministrativo* voce in *Enc. Dir.* XXXV, 872 ed in *Enc. Dir. Agg. III, 872;* NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione,* Milano 1964; CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo,* Milano 1970.

60 LEDDA, *Elogio della forma, scritto da un anticonformista* in *Foro amm.* 2000, 3443, osserva che *in numerosi scritti, si ha cura di accentuare l'importanza del momento funzionale, cioè quella del vincolo dell'agire, rispetto allo scopo, ma si è quasi trascurato di considerare che proprio il momento dello scopo pone al legislatore... un vincolo stringente nella stessa ricerca e prescrizione della norma del procedere.*

61 NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, cit., 727. CARDI, *La manifestazione degli interessi nel procedimento amministrativo. Lo schema teorico e le qualificazioni,* Rimini 1983, I; IDEM, *Procedimento amministrativo* voce in *Enc. giur. Treccani* XXIV, 324; VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale* in *Dir. proc. amm.* 1992, 171:*...risultano... insufficienti... entrambe le classiche concezioni del procedimento quella che lo identifica in una serie di atti ed operazioni, finalizzate all'emanazione del provvedimento, quella che lo rappresenta come forma in cui si esercita la funzione. Invece, il procedimento è divenuto lo strumento per l'acquisizione degli interessi di cui sono portatori i singoli e i gruppi estranei all'apparato burocratico.*

62 GIANNINI, *Manuale* cit., 477 ss.; *IDEM*, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962,* Roma 1962, 107 ss.; *IDEM*, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi,* Milano 1939, 53; PIRAS, *Discrezionalità amministrativa,* voce in *Enc. Dir.,* XIII, 65, secondo il quale la discrezionalità *attiene all'attività nel suo modo di essere funzionale*; NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione* in *Atti conv. Messina-Taormina 25/26.2.1988,* Milano 1990, 12; CASETTA, *Manuale* cit., 325, ed anche *Attività e atto amministrativo* in *Riv. Dir. Pubbl.* 1957, 307, definisce la *discrezionalità pura,* come attributo della funzione e non del potere, poiché esso *appartiene alla statica del diritto* e costituisce un *prius rispetto a qualsiasi sua utilizzazione,* né dell'atto, poiché *una volta esercitato il potere, la discrezionalità viene meno.* Essa individua *lo spazio di scelta che residua, allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione*; PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio,* Milano 1990, 44.

autonomamente – mediante il quale l'amministrazione, di volta in volta, determina *priorità e reciproche interazioni* degli interessi emersi.

Questa operazione logica dipende soltanto dal valore che si assegni, di volta in volta, agli interessi emergenti dalla situazione di fatto, ossia da un *giudizio, lato sensu, politico*, che in nessun modo scaturisce dall'applicazione di una preesistente norma sociale o da una regola dell'esperienza,[63] sicché l'autorità procedente pone, con la propria valutazione, un *quid novi*, attingendo il valore della soluzione, in maniera autonoma, dall'Ordinamento.[64]

Pertanto, fermi i modi, or detti, di immedesimazione nella funzione, la discrezionalità si dispiega nella *scelta* della soluzione *più opportuna, tra più soluzioni possibili*, tutte astrattamente conformi al modello normativo, un'opzione, che, nei contenuti e nella misura variabile di specificità del precetto, incontra il suo nucleo fisso di *vincolatezza*.[65]

---

63 PIRAS, *Discrezionalità amministrativa,* cit., 84; SPASIANO, *L'interesse pubblico* cit., in particolare, osserva che *l'amministrazione...parte attiva e qualificata nell'ampio contesto dal quale scaturisce l'interesse pubblico, tende a dismettere la funzione...di...preservazione della legalità, per assumere... funzioni di tutela di esigenze di giustizia che danno senso ultimo alla legge e ne colmano le lacune...o, in altra prospettiva, di garanzia di risultato... moderna accezione di legalità sostanziale.* IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni* in *Dir. amm.* 1999, 57; SCOCA, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell'interesse legittimo* in *Scritti Giannini*, Milano 1988, III; *IDEM, Risarcibilità e interesse legittimo* in *Dir. Pubbl.,* 2000, 13.

64 BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa,* Padova 1985; MORTATI, *Discrezionalità amministrativa* voce in *Nss. Dig. It.,* V, 1098; AZZARITI, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale* in *Scritti Giannini,* Milano 1988, III, 89; RESTA, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione e gli interessi legittimi dei cittadini nella legge di riforma del procedimento amministrativo nella realtà italiana e nella prospettiva europea* in *T.A.R.* 1992, II, 411. GIANNINI, *Manuale* cit., 484, ricorda che, a lungo, si discusse se, nell'agire discrezionale, avesse rilievo preminente il giudizio o la volontà, ovvero se potesse attribuirsi ad esso una forza creatrice di nuovi precetti o solo una portata attuativa di precetti già impliciti nella norma. Ed, in questa ultima accezione, la discrezionalità venne, talora, relegata nello schema della mera operazione di *sussumibilità* del fatto, nel paradigma normativo, o, al più, di individuazione dell'unica soluzione possibile, in ogni caso desumibile dalla regola giuridica, cui rinviasse la norma attributiva della potestà. Invero, essa è, al tempo stesso, giudizio e volontà, in quanto, oltre l'astrazione concettuale, va correlata, di volta in volta, alla qualità del precetto. Certamente inattuale è, pertanto, l'opinione di chi ritenne la discrezionalità un *completamento soggettivo di norma giuridica imprecisa*.

65 L'attualità del profilo – come si avrà modo di constatare, in seguito – induce a qualche riflessione sulla dicotomia *discrezionalità/ vincolatività*, che si è posta, nel tempo, in Dottrina, in un'assai labile ed opinabile linea di separazione. La distinzione, in tutta evidenza, descrive una variabile qualità del rapporto dell'attività col precetto, e non sembra, come s'è, talora, affermato – CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione* in *Dir. econ.* 1998, 522 – *priva di rilevanza...sia per quel che concerne la situazione giuridica del destinatario... sia... l'efficacia del provvedimento*, atteso che essa ha costituito, e costituisce tuttora, in giurisprudenza e nella legislazione, una discriminante sostanziale nella definizione di aspetti salienti dell'azione, come l'obbligatorietà ed i contenuti della motivazione e la partecipazione procedimentale. Ciò posto, è pacifico che, a fronte di una disposizione, precisa nell'*an*, nel *quid*, nel *quomodo*, l'attività, priva del momento creativo, è vincolata, perchè si risolve in *semplice traduzione dai termini astratti del disposto della legge a quelli concreti della fattispecie,* sol che una siffatta evenienza, se non inconfigurabile, è, *nella realtà, ... del tutto eccezionale*. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano 1939, 209; ss. Il problema, semmai, si pone allorché – ciò che accade nella più parte dei casi – i contorni della vincolatività sono più sfumati, sì da richiedere, allo stesso procedente, una valutazione della norma, in quello che si definisce *un intervento creativo... essenzialmente diverso dall'attività di semplice interpretazione,* ma che, piuttosto, va ascritto ad una...*specifica attitudine organizzatoria o anche solo procedimentale*

Questa descrizione della vicenda, che, nel procedimento, evidenzia il nesso inscindibile tra l'agire imparziale e l'esercizio legittimo della potestà discrezionale, ha il pregio di far giustizia – tenendo distinto il piano funzionale da quello strutturale – di quelle teoriche, che finiscono per circoscrivere la discrezionalità, nella dimensione patologica delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, piuttosto che, in positivo, nei suoi contenuti di democratica ponderazione degli interessi.[66]

Essa, inoltre, assumendo, al centro della scelta discrezionale, un giudizio di opportunità, se, da un lato, ne vince l'incerto ancoraggio a *regole di esperienza*, affatto indefinite,[67] sopratutto, assicura, alla funzione, il dispiegamento della sua qualità democratica e pluralistica, di cui s'é detto in principio.

La discrezionalità, difatti, in tanto è in grado di adempiere la sua *ratio* creativa di sintesi democratica della regola del caso, proprio in quanto il giudizio di opportunità – giudizio politico in senso lato – riveste, per contro, i caratteri del costrutto dialettico, di natura sua, irriducibile in canoni predeterminabili, sicché, *dove non c'é giudizio di opportunità, non c'é discrezionalità*.[68]

---

dell'amministrazione ad esprimersi in via riservata al riguardo. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995, 234 e 383. Invero, mutando di prospettiva ed abbandonando gli impedimenti delle *simmetrie concettuali, proprie del formalismo giuridico* – come insegna GIANNINI, *Manuale* cit., 485 – è il senso stesso di questa contrapposizione che va posto in discussione, *la realtà è che (la vincolatezza) come concetto giuridico non esiste e che la potestà discrezionale ha sempre momenti vincolati anche quando è amplissima* e, per converso, può ridursi, talora, in ambiti ristretti. ITALIA, *Considerazioni sul titolo della legge* in *L'azione amministrativa (Commento alla l. 7 agosto 1990 n. 241, modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35).* Milano 2005, 22 ss.; BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa* cit., 306 ss.; GIACCHETTI, *Una novità nel settore degli OGM: l'illegittimità invalidante/non invalidante creata dall'art. 21 octies della legge n. 241/1990* in *Cons. Stato*, 2005, II, 1627, *tutti i provvedimenti cosiddetti vincolati presentano, in realtà, margini di apprezzamento discrezionale, quanto meno nel quando e/o nel quomodo... d'altra parte, tutti i provvedimenti cosiddetti discrezionali presentano momenti vincolati e... gli stessi provvedimenti cosiddetti liberi devono mantenersi nei limiti dei principi generali dell'ordinamento.*

66 GUARINO, *Atti e poteri amministrativi* in Guarino (a cura di) *Dizionario amministrativo*, Milano 1983, I, 240. L'A., che assegna un'efficacia normativa all'elaborazione giurisprudenziale della regole deontologiche, conclude che esse costituiscono la *disciplina sostanziale della discrezionalità*; SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere* voce in *Noviss. Dig. It., App.*,III, Torino 1982, 233 ss.; AZZARITI, *Premesse per uno studio* cit., 93 (nota 6), nel senso, indicato nel testo, rileva che *lo studio dell'eccesso di potere ha costituito, in questi anni, la via principale e diretta, per indagare il potere discrezionale, privilegiando, dunque, il profilo del controllo giurisprudenziale, sull'attività discrezionale*. Del resto, più di recente, GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento,* Milano 2003, 98, in tema di discrimine tra atti vincolati e discrezionali, afferma che *quello che conta è... stabilire quale sia l'intensità del sindacato concesso al giudice amministrativo sulla decisione della Pubblica amministrazione, nell'una e nell'altra ipotesi, perchè questa e non altra è... la sostanza del problema.*

67 MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico* Padova 1969, I, 176 e 230. Tali regole, non giuridiche, che caratterizzerebbero il potere discrezionale, sono dall'A. individuate in *norme logiche o di esperienza o sociali* e sarebbero *suscettibili di assicurare scelte razionali, congrue, rispetto al fine,* sì da rendere sempre possibile un sindacato sul buon uso, sulla base di parametri oggettivi. VILLATA, *L'atto amministrativo* in Mazzarolli, Pericu e aa. (a cura di) *Diritto amministrativo* Bologna 2005, 772; BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione* Milano 1967, 16.

68 GIANNINI, *Manuale* cit., 638: il sindacato sul giudizio di opportunità non verte sulla corretta applicazione di regole, ma deve *verificare come è stata creata la regola individuale*, per ciò che concerne la *completezza dell'informazione,* la *plausibilità delle previsioni* e la *coerenza logica.*

L'esercizio dialettico di acquisizione e valutazione comparativa degli interessi non esaurisce, per altro, la sfera democratica della discrezionalità, dalla quale, anzi, esso ripete, indefettibilmente, l'esplicazione di un'ulteriore attitudine sua propria, che, antecedente logico, in una sequenza ideale, potrebbe dirsi *motore primo* dell'imparzialità del confronto e della soluzione.

L'agire discrezionale, ancor prima, manifesta, in sé, una peculiare *forza propulsiva*, del pari idonea ad esprimere una *ratio*, riconducibile al principio di giustizia nell'amministrazione e che diversamente s'atteggia, riferita, ora, ai contenuti partecipativi,[69] ora, ai contenuti di responsabilità dell'interesse legittimo.[70]

Così, per un verso, il procedente,[71] oltre che assicurare, avvalendosi di criteri sostanziali, l'esaustiva individuazione di *tutti* i soggetti interessati – per il fine dell'integrale costituzione del contraddittorio ed anche della sua utilizzazione sostanziale – favorisce e sollecita, altresì, *in funzione di riequilibrio* – sia pure nei limiti propri dell'istruttoria facoltativa – l'*allegazione paritaria* al procedimento di *tutti* gli interessi in gioco.[72]

Ciò che s'apprezza, in particolare, per quegli interessi, che, in ragione dell'indisponibilità di mezzi adeguati ad un'efficace prospettazione, sarebbero, altrimenti, condannati alla sottorappresentazione o a restare in stato di latenza, laddove interessi forti, ad essi contrapposti, avvalendosi di preponderanti risorse umane e tecniche, potrebbero, agevolmente, incidere, anche in modo decisivo, sulla valutazione delle priorità.[73]

---

69 ANDREANI, *Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo* in *Dir. amm.* 1994, 325. Il profilo sostanziale ed attivo dell'interesse legittimo, nel superamento della nozione di mera aspettativa di legittimità, conosce, con la *legge proc.*, la sua definitiva consacrazione, identificandosi con la partecipazione. La medesima opinione è espressa da LUCE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di partecipazione nella legge n. 241/ 90* in *Dir. proc. amm.* 1996, 552, secondo il quale *l'interesse procedimentale... non è che una manifestazione dell'interesse legittimo, il suo modo di porsi e svilupparsi nel procedimento.* GIACCHETTI, *La legge sul procedimento tre anni dopo* in *Foro amm.* 1990, 1907.

70 BERTI, *La definitività degli atti amministrativi* in *Arch. giur.,* 1965, 80.; MARRAMA, *La rinuncia all'impugnazione del provvedimento amministrativo,* Napoli 1979, 93; SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo* Milano 1990,18 ss.; ROMANO *Diritto soggettivo, interesse legittimo ed assetto costituzionale* in *Foro it.* 1980, V, 258; ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* voce in *Enc. Dir. Agg. II*, 966; OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento*, Milano 2002; CAPUTO, *La rivalutazione costituzionale dell'interesse legittimo e la partecipazione del cittadino all'azione amministrativa* in *Giur. it.* 1980, IV, 113; CANNADA BARTOLI *Rivalutazione dell'interesse legittimo* in *Giur. it.* 1996, III, 626;

71 SANDULLI e MUSSELLI, *Compiti del responsabile del procedimento, art. 6* in *L'azione amministrativa. (Commento alla l. 7 agosto 1990 n. 241...)* cit., 192 ss., con accurato panorama della copiosa letteratura in argomento, cui si rinvia. Le funzioni istruttorie e di impulso procedimentale sono precisate dalla norma in un *elenco* (che) *non può certo essere considerato esaustivo, né, tanto meno, tassativo, gravando, comunque, sul responsabile del procedimento il dovere generale di porre in essere ogni ulteriore atto o adempimento, che si riveli necessario per il buon esercizio dell'azione amministrativa.* RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa* in *Dir. amm.* 1994, 13; *IDEM*, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, ivi 2000, 505.

72 CARDI, *La manifestazione d'interessi nei procedimenti amministrativi* Città di Castello, I, 1983; II, 194.

73 ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione* in *Studi Bachelet*, I, 523, Milano 1987, in particolare 552 ss.. Nello schema normativo, predisposto dalla Commissione Nigro e tradottosi, poi, con modifiche, nella *legge proc.*, era prevista una forma di *istruttoria pubblica*, nei c.d. *procedimenti di massa*, caratterizzati da un elevato numero di parti. La norma, che introduceva un modello d'istruttoria inteso alla più ampia partecipazione, per il fine di consentire all'amministrazione il grado massimo di conoscenza del problema, non venne, poi, recepita, nel timore della formazione di gruppi di pressione, intorno ad interessi forti, non

Per altro verso, è per il tramite della medesima *forza propulsiva* che all'azione è dato partecipare della *funzione educativa e persuasiva del diritto*,[74] nella ricerca della consapevole e spontanea adesione alle scelte, sì che, alle categorie d'unilateralità ed esecutorietà, proprie dell'Amministrazione autoritaria, si sostituisca, infine, un modello compiuto di Amministrazione sociale e paritaria e legittimata dal consenso.[75]

Per questo aspetto, dunque, la funzione di sintesi dirimente del conflitto di interessi, assegnata alla discrezionalità, risponde alla *ratio*, ulteriore e generale, della composizione, nell'ordine costituzionale, dell'aspettativa individuale con la doverosità sociale, in un rapporto in cui l'interesse legittimo, conformato al principio di eguaglianza ed ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, s'afferma *nella luce della responsabilità*, nella consapevolezza d'essere parte di un *contratto necessario*.[76]

5. Funzione conoscitiva e partecipazione democratica: il superamento della prodromicità servente dell'istruttoria. Diffusione della decisione nel continuum procedimentale. Adeguatezza dell'istruttoria e qualità relazionale del principio inquisitorio, nella logica di spettanza del bene della vita. Redistribuzione dell'onere probatorio. Il valore dialettico dell'acquisizione del dato e la partecipazione in contraddittorio.

Per tutto quanto precede, appare evidente che l'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, in ragione degli stessi suoi contenuti di democraticità, acquisti, nella

controllabili, come se il palesarsi di questi stessi non sia condizione prima d'efficace tutela degli interessi deboli. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, PERICU, *I procedimenti di massa*, in AA. VV., *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione* (*Atti conv. Messina – Taormina 25/26.2.1988*) Milano 1990, 8ss. e 95ss.; MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo* in AA. VV. *Diritto amministrativo*, I, 747, Bologna 2005; PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali* Torino 1988, 306. EHRLICH, *Potere e gruppi di pressione* Roma, 1974.

74 CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo* Bologna, 1971, 208.

75 BERTI, *La giustizia nell'amministrazione*, cit. 254. *Affinché l'amministrazione possa muoversi con autorità, essa deve essere riconosciuta e accettata come tale da quegli stessi soggetti, nei cui confronti tale autorità si dovrà manifestare. Il potere di organizzarsi e di esprimersi, con atti vincolanti, e di agire come espressione delle istanze sociali ha difatti come presupposto il consenso sociale, vale a dire l'accettazione dell'esistenza dell'ordinamento amministrativo da parte della società intera.* Per altro, di diverso avviso, LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica* in *Foro amm.* 1997, 4, 1273 (pt. I), secondo il quale il *consenso*, ossia *l'atteggiamento di favore o accettazione di decisioni, che pretendano di impegnare la comunità, non merita di per se stesso un apprezzamento più favorevole di quello che può riscuotere un atto di legittima espressione dell'autorità.* BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana* Padova 1996, 288; MASSERA, *Individuo e amministrazione nello stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 1, specie 41 ss.; CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana* in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1981, 755; MAZZIOTTI, *Diritti sociali* voce in *Enc. Dir.* XII, 802

76 In tal senso, BERTI, *La giustizia nell'amministrazione*, cit. 261: *l'interesse legittimo, non più marchio della sudditanza ad un potere*, è *voce della libertà personale, posta a confronto con il principio di eguaglianza e,*

sequenza, una rilevanza, che non può dirsi di necessarietà strumentale, né, tanto meno, di prodromicità servente, e che occorra, bensì, ad essa assegnare una valenza assoluta, nel dispiegamento dell'azione.[77]

Ed, in proposito, è significativa la disposizione, aggiunta, all'art. 6 della *legge proc*,[78] dalla legge 11.2.2005 n. 15, che, invero, in sé, pressoché pleonastica – stante il pacifico principio dell'obbligo di motivazione *a contrario*, incombente alla statuizione finale, che disattenda il parere – ribadisce, in implicito, i contenuti sostanzialmente dispositivi dell'istruttoria.[79]

Tuttavia, non è del tutto convincente la descrizione della vicenda, in termini di *spostamento del baricentro dell'attività amministrativa dall'atto all'iter*, né, d'altro canto, appare soddisfacente la generica affermazione di *centralità* dell'istruttoria.

Gli effetti di lungo termine dell'oggettivizzazione della funzione hanno, senza dubbio, progressivamente, eroso spazi alla sacralità della fase decisoria – il luogo ove si celebra la unilateralità e la autoritatività – anche se è indubbio che essa resti dotata di una vitalità, tutt'altro che formale, e rivesta, ancora, nel procedimento, per molti e rilevanti profili, un ruolo insostituibile.[80]

---

quindi, nella luce della responsabilità. BARBERA, *Principi fondamentali, art. 2* in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca* Bologna, 1982, 50 ss.; BALBONI, *Diritti sociali e doveri di solidarietà* in *Il Mulino*, 1977, 714;

77 NIGRO, *Il procedimento amministrativo* cit., 14, rileva che *nell'odierna vita dell'amministrazione, si assiste allo spostamento del baricentro dell'attività amministrativa dall'atto amministrativo – classicamente concepito come risultato conclusivo puntuale dell'attività di preparazione ed elaborazione della decisione – all'iter di formazione della decisione,* sicché *l'essenza della decisione sta al di fuori di essa.* TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo* in *Dir. proc. amm.* 2000, 3, 627, che, acutamente, rileva il superamento del modello di un *procedimento compiuto, un potere già definito, un interesse pubblico, già confezionato o predeterminato e, comunque, esterno, rispetto all'atto o al procedimento, suscettibile, quindi di essere soltanto raggiunto e realizzato.* SIMON, *Il comportamento amministrativo* Bologna 1967, 43 ss.

78 Sotto la rubrica, *Compiti del responsabile del procedimento*, all'art. 6, *sub* e), si legge: *L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria, condotta dal responsabile del procedimento, se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.* SANDULLI e MUSSELLI, *Compiti del responsabile del procedimento, art.6* in *L'azione amministrativa* cit., 224: *con tale previsione... si è inteso rafforzare quel nesso di strumentalità tra fase istruttoria e decisoria, in piena coerenza con l'importanza che la prima ha assunto nell'ambito della vicenda procedimentale.*

79 ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione,* Padova 1979, 130 evidenzia la *inesattezza della scissione fra funzione consultiva ed amministrazione attiva,* nel senso della partecipazione dell'una all'effettivo esercizio dell'altra. Allo stesso modo, BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa* Padova 1986, 257, che afferma *la centralità del processo antecedente alla scelta finale.* ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità,* Milano 1987, 285, che ravvisa i momenti di maggiore rilevanza discrezionale, in sede di impostazione del problema.

80 L'attenzione riservata dalla legge n. 15/ 2005 al tema dell'*esecutorità* – sia pure *nei casi e con le modalità stabilite dalla legge – può essere vista come l'implicita conferma della persistenza della veste autoritaria della pubblica amministrazione attuale.* In tal senso, SAITTA, *Un abbozzo di codificazione per l'esecuzione amministrativa (Note a margine dell'art. 21 ter della "nuova" 241)* in *www.giustamm.it.,* n. 6, 2005, 5. Del resto, alla fase decisoria, viene, di norma, assegnato un peculiare ambito valutativo, quanto meno in ordine all'*an*, al *quomodo* e al *quando*, e, salva antecedente formazione dell'assenso, in ordine all'applicabilità dello *jus superveniens*.

Che il provvedimento, dunque, non sia soltanto un *riepilogo* è certo, ma è, altresì, indubitabile che esso non sia *l'esclusivo punto di emersione* dell'agire, ma, piuttosto, uno dei momenti – qualitativamente diversi e diversamente inseriti – nei quali si articola, oggettivamente, nel suo *farsi*, la decisione di *opportunità*.

La sequenza è, così, progressione di un *continuum*, ove non ha più senso la rigida cesura, a dimensione soggettiva, tra istruttore e decidente: un diverso modulo organizzativo, nel quale il momento intermedio è, in forma propria, partecipe, a pieno titolo, dell'esercizio attivo della potestà, nell'esperimento di quell'attività dialettica di acquisizione del dato, che, non già meramente materiale, dispiega, per contro, il massimo grado della discrezionalità.[81]

Ciò è come dire anche abbandono della tradizionale concezione dell'*atto infraprocedimentale* ed oltremodo accorta e pertinente è l'osservazione che *l'interesse all'annullamento dell'atto finale non appare* (più) *preminente e primario*, prospettandosi, bensì, l'esigenza di *rimedi o correttivi giuridizionali, operanti già prima della definizione delle scelte e della completa acquisizione degli interessi*.[82]

Ciò detto, intorno alla *centralità* dell'istruttoria, è palese che la sua necessità scaturisca dai contenuti propri della discrezionalità, che, in quanto giudizio di scelta comparativa, fra più soluzioni possibili, presuppone, in sé, la composizione di un esaustivo quadro tecnico giuridico della realtà, attraverso un accurato processo cognitivo.

Del resto, la stessa enunciazione dell'obbligo generale di motivazione, di cui all'art. 3 della *legge proc.*, laddove è prescritto espresso riferimento, in parte motiva, all'istruttoria esperita, è, nel contempo, anche implicita enunciazione positiva di un obbligo generale, per altro, consacrato da una giurisprudenza ormai ultra secolare, in tema di eccesso di potere, nelle figure sintomatiche del difetto o della carenza di istruttoria e del travisamento dei fatti.

La composizione del quadro degli interessi, coinvolti dall'agire amministrativo, deve rispecchiare, per il fine dell'attendibilità della ponderazione comparativa, nel modo più fedele ed esauriente, il concreto assetto degli stessi, sicché l'esperimento di un'*adeguata istruttoria* è presupposto indefettibile, per il legittimo esercizio della potestà.[83] L'adeguatezza è qualità che va ricercata nei modi stessi d'esperimento e di giustapposizione[84] delle operazioni di accertamento, nel grado effettivo di rilevanza, accordato all'appor-

81 STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1981, 1469; BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica* in *Dir. e società*, 1980, 440; CARDI, *La manifestazione di interessi* cit., I, 73, suggerisce di sostituire l'articolazione in fasi del procedimento con la individuazione, nella sequenza, di atti e fatti di redazione della regola di disciplina del rapporto ed atti e fatti di produzione giuridica della regola stessa.

82 TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione*, cit., 634.

83 GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996; LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967; MASUCCI, *Garanzie del cittadino di fronte alla pubblica amministrazione. La regola dell'audi alteram partem nella legislazione tedesca,* in *Democrazia e diritto* 1983, 662; CAIANIELLO, *La parità delle parti nel procedimento amministrativo,* in Foro Amm. 1996, 2784.

84 Per tal via, ad esempio, la formulazione del quesito, nella richiesta del parere all'organo consultivo, facoltativo o obbligatorio, che sia, deve collocarsi, di necessità, nella sequenza, solo dopo che l'interventore abbia avuto modo di esprimere le sue osservazioni. TRIMARCHI, *Funzione consultiva* cit., 93ss.. Secondo l'Autore la composizione collegiale, che, di norma, caratterizza l'organo consultivo, risponde oltre che

to dialettico degli interventori[85] e nell'idoneità degli strumenti impiegati a consentire e sollecitare l'emersione del fatto e degli interessi, giacché è questa la sede propria, in cui la discrezionalità è chiamata ad esprimere i suoi più rilevanti connotati di democraticità.[86]

Tutta la sequenza, che conduce alla decisione, ancor prima del momento della *impostazione del problema*, può essere, invero, fortemente condizionata dalla scelta preliminare delle modalità e delle linee direttrici dell'accertamento, una scelta, questa, che, a sua volta, risente della qualità che si assegni al rapporto, cui dà luogo il procedimento.[87]

La conformazione delle attività istruttorie al principio inquisitorio[88] acquista un significato più intenso e peculiare – che esorbita dalla sua unilateralità semantica ed operazionale – in un sistema che, in attuazione della norma costituzionale, ponga l'accento sul valore democratico della centralità dell'individuo e dei suoi bisogni e, quindi, sulla qualità *relazionale* della funzione, intesa al pieno conseguimento del bene della vita, cui il medesimo aspira.[89]

---

all'esigenza di assicurare un apporto conoscitivo specialistico, all'esigenza democratica *di garantire la maggiore aderenza possibile...agli interessi della collettività, attraverso la presenza degli interessi stessi e dei loro portatori*. La medesima opinione è espressa da LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione,* Torino 1967, 76.

85 Sotto la rubrica, *Diritti dei partecipanti al procedimento*, la disposizione dell'art. 10, *sub* b), *legge proc.*, pone, in capo all'amministrazione, l'obbligo di esaminare le memorie scritte ed i documenti esibiti, che – attesa la necessaria relazione della motivazione, *con le risultanze dell'istruttoria*, di cui al precedente art. 3 – è, altresì, obbligo di espressa e puntuale esternazione, in parte motiva, del giudizio di *pertinenza all'oggetto* e delle ragioni di adesione o dissenso. In questa circolarità della deontologia della discrezionalità, che dai profili di adeguatezza dell'istruttoria conduce a quelli di congruità della motivazione e, da questi, di nuovo, alle risultanze dell'istruttoria, si inserisce e radica, in tutta evidenza in via non accidentale, la partecipazione, che, eccezionalmente esclusa in fattispecie tipizzate, figura essa stessa, nell'originario disegno del Legislatore del '90, tra le regole del dover essere della decisione.

86 SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria nel procedimento amministrativo*, Milano 1991; PEREZ *L'istruzione nel procedimento amministrativo (Studio sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati Uniti e in Italia)* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1966, 623; VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento* in *Dir. proc. amm.* 1995, 195; NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione,* cit. 14 ss.; TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo,* Padova 2001; SAITTA, *Inchiesta amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.* XX, 980, Milano 1970; VALENTINI, *Le ispezioni amministrative,* Milano 1971; TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica,* Milano 1974; BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative* Bologna 2002; CORREALE, *Parere* (voce), in *Enc. Dir* XXXI, 676, Milano 1981; DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica,* Padova, 1995.

87 CASSESE, *Il cittadino e l'Amministrazione pubblica* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1998, 1015. GRACILI, MELE, *Evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione* in *Cons. Stato* 2001, II, 1963; CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione* in *Dir. amm.* 1993, 1; CARDI, *La manifestazione di interessi* cit., I, 91, rileva che *l'adozione... di una o altra metodologia di indagine e di elaborazione dei fatti è il risultato di scelte che sono già espressione di discrezionalità amministrativa, anche se le stesse si traducono in decisioni parziali, informalmente adottate e informalmente modificate con il progredire dell'azione.*

88 LEVI, *L'attività conoscitiva* cit., 393, in particolare, per ciò che concerne il rapporto del principio con l'imparzialità. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo* cit., I, 614 ss.

89 MASSERA, *Individuo ed amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1991, 1: la progressiva *integrazione* di Amministrazione e Società, determina una crescente *interdipendenza tra l'agire e la domanda* di amministrazione del cittadino/utente ed, in questo *contesto relazionale di reciprocità*, un carattere di *sostanziale*

L'attività di attingere liberamente ed autonomamente elementi di giudizio affianca, al fine conoscitivo neutro della cura imparziale del pubblico interesse, quello di un'attiva tutela sostanziale, sia pure con il limite dell'immotivato aggravio dell'istruttoria.[90]

Ciò si richiede in una logica di *spettanza*, che accolga una qualità di meritevolezza intrinseca della pretesa del cittadino, in ragione del *semplice riconoscimento della sua possibile realizzazione*[91] e della sua *strumentalità materiale*, al fine di promuovere, nel procedimento, l'emersione di un'*alternativa accettabile*.[92]

La necessità di acquisire all'istruttoria – nell'ottica della redistribuzione dell'onere probatorio – una conoscenza, svincolata dalle allegazioni, risponde, così, all'esigenza che la pretesa non sia disattesa, soltanto in ragione di una imperfetta o incompleta prospettazione ed all'esigenza che il sacrificio sia, infine, imposto solo in forza del presupposto legale e non perchè il titolare abbia malamente tutelato la sua pretesa d'andarne indenne.[93]

---

omogeneità dell'interesse legittimo, rispetto all'interesse pubblico. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico* in *Foro it.,* 1984, 205, ove già si evidenziava che, nella Costituzione, non sia più il modulo *potere/soggezione* a caratterizzare l'agire amministrativo, bensì quello *funzione sociale/ diritti della persona*; CAPUTO, *La rivalutazione costituzionale dell'interesse legittimo e la partecipazione del cittadino all'azione amministrativa* in *Giur. it.* 1980, IV, 113; BOZZI, *La Pubblica amministrazione al servizio della collettività* in *TAR* 1992, II, 297.

90 Ai sensi dell'art. 1, II co., della *legge proc.*, l'aggravio del procedimento è ammesso soltanto *per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.* BASSANI, *Commento al comma 2* (art.1) in *L'azione amministrativa* cit. 115; SAITTA, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento* in *Dir. soc.* 2001, II, 491. In un significativo caso di specie, IANNOTTA, *Notazioni in tema di ricorso incidentale e di divieto di aggravamento nel procedimento di aggiudicazione* in *Giust. civ.* 2003, I, 808; CESARINI, *Divieto di aggravamento del procedimento amministrativo, obblighi del responsabile e sindacato di ragionevolezza del giudice* in *Rass. giur. umbra* 1999, 286.

91 OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo,* Milano 2004; NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione,* cit., 3 ss.; *IDEM*, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?* in *Foro it.* 1987, V, 469; ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amministrativo)*, voce in *Enc. Dir., Agg. II,* 966; SCOCA, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell'interesse legittimo* in *Scritti Giannini*, III, 283; ROSSANO, *L'interesse sostanziale fra diritto soggettivo e interesse legittimo* in *Cons. Stato* 2004, II, 2071; TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento* in *Dir. proc. amm.* 2000, 3, 627. In proposito, si rinvia al recente saggio di DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali* in *Dir. amm.*, 2005, 1, 87: *la pubblica amministrazione è direttamente portatrice anche di valori di giustizia, in senso tecnico, come, del resto, espressamente affermato dalla Costituzione* (art. 100, I co., Cost.), sicché s'evidenzia la *funzione giustiziale del procedimento*, che *non* si esprime *direttamente per mezzo di decisioni*, ma *attraverso procedure partecipate* ed *il riconoscimento del diritto di difesa nel procedimento.*

92 CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative* in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione* (Atti Conv. Messina- Taormina 25-26 febbraio 1988), Milano 1990, 108. L'espressione usata nel testo è tratta dallo scritto, or citato, ove l'Autore afferma *il valore pratico del procedimento*, che, *all'interno degli istituti o strumenti di "tutela",* adempie *la funzione...costruttiva...di far emergere e selezionare alternative accettabili – sotto il profilo del bene della vita che si vuole conservare o acquisire* – e non già quella, ben più limitata, di consentire, in un'ottica *difensiva,* che gli interessi, privati o pubblici*...esprimano un bisogno di tutela intesa...come astratto ribadire la titolarità di una situazione soggettiva.*

93 LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 394; BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo,* Milano 1969, 206 ss.. L'art. 6, *sub* b) della *legge proc.* sembra esprimere, quanto meno tendenzialmente, il profilo di tutela sostanziale dell'istruttoria, indicato nel testo, che, per altro, trova limite, oltre che nell'art. 1, II co., anche nella giuridica inaccessibilità di talune informazioni, in assenza dell'attribuzione di un potere tipico. CASETTA, *Manuale* cit., 381 ss.; CORSO, *Il responsabile del procedimento* in *Il procedi-*

Ed, in quest'ottica, il carattere in sé unilaterale dell'istruttoria facoltativa – fermo l'ordinario regime di trasparenza e partecipazione delle relative operazioni accertative – non sembra debba, altresì, precludere l'apporto propositivo degli stessi interessati, volto all'individuazione di percorsi cognitivi ulteriori, rispetto agli incombenti obbligatori.[94]

La coerenza del metodo istruttorio al sistema democratico[95] si realizza, in definitiva, in termini di conformità al modello costituzionale dell'azione, nel quale l'*indefettibile qualità dialettica*[96] del valore di non arbitrarietà e giustizia nell'amministrazione fa della partecipazione l'*in se* della funzione e non già un'estrinseca modalità procedimentale.[97]

---

mento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione (Atti Conv. Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988), Milano 1990, spec. 73 ss., rileva, che *il responsabile svolge, nell'istruttoria, un ruolo attivo: che è tipico dei procedimenti dominati dal principio inquisitorio, principio la cui piena applicazione giova, nel nostro caso, all'amministrazione, che decide sulla base di un'informazione quanto più possibile completa e non orientata o sagomata dall'interesse della parte, ed al privato, le cui eventuali e frequenti carenze probatorie vengono colmate e compensate dall'iniziativa dell'istruttore*; ALLEGRETTI, *Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa* in *Scritti Giannini*, III, Milano 1988, 8 ss.; MIGNONE, *Note sul responsabile del procedimento amministrativo* in *Quad. reg.* 1991, 39; RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa* in *Dir. amm.* 1994, 1, 13; *IDEM, Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241,* ivi, 2000, 3-4, 505; SANDULLI, MUSSELLI, *Commento all'art. 6* in *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990 n. 241 modificata dalla l.11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35*, Milano 2005, 192 ss.

94 Il modello trova, del resto, riscontro positivo, laddove, all'art. 14, IV co., della *legge proc.*, è prevista indizione della Conferenza di Servizi, *su richiesta dell'interessato*, allorché l'attività del medesimo sia subordinata al consenso di più amministrazioni pubbliche.

95 SPASIANO *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione del potere: un'ipotesi ricostruttiva* in *Dir. amm.* 2002, 283; DI NITTO *La partecipazione al procedimento amministrativo* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1999, 731; ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, osserva che la legge n. 241 del 1990 *ha chiaramente di mira l'instaurazione di un nuovo rapporto tra amministrazione e cittadino, rapporto di apertura e collaborazione, in cui la partecipazione al procedimento ed il generale dovere di motivazione...assumono un chiaro valore legittimante della decisione provvedimentale*, sicché l'inosservanza delle sue disposizioni non potrebbe mai configurare una mera irregolarità del provvedimento, nemmeno se questo sia dovuto e vincolato.

96 Di grande interesse e suscettibile di offrire nuove prospettive all'analisi è, in CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento* in *Dir. amm.*, 2004, I, 59, la definizione della partecipazione come *gioco cooperativo, a somma positiva, tra il regolatore, che acquisisce informazioni utili per decidere, ed i soggetti regolati, che hanno possibilità di esprimere il proprio punto di vista*. L'Autore mutua l'efficace espressione dalla *teoria dei giochi*, segnalandone l'utile applicabilità al procedimento e rinviando a BAIRD, GERTNER, PICKER, *Game theory and law* in *Harvard University Press*, 1994. Per altro, si veda CALAMANDREI, *Il processo come giuoco* in *Opere giuridiche,* Napoli, 1966, 537

97 Nella giurisprudenza costituzionale ed amministrativa è, tuttora, fermo che la partecipazione procedimentale non possa ascriversi alla categoria dei principi costituzionalizzati, ma, piuttosto, a quella dei principi fondamentali dell'Ordinamento. Per tutte – rinviando all'esauriente disamina di SCIULLO, *Il principio del giusto procedimento tra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa* in *Jus,* 1980, 291 – Corte Cost. 2.3.1962 n. 13; 19.10.1988 n. 978; 20.7.1990 n. 344; 19.3.1993 n. 103 in *Giur. cost.* 1962, 130 (con nota di CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento,* ivi, 142); 1988, 4614; 1991, 2158; 1993, 841 e Cons. Stato VI, 8.4.2002 n. 1901; V, 22.5.2001 n. 2823; VI, 24.8.1996 n. 1072 in *Cons. Stato* 2002, II, 756; 2001, II, 1186; 1996, II, 1224. Tuttavia, già da tempo, in Dottrina, è diffusa l'opinione che *il contraddittorio...è un principio giuridico generale di carattere costituzionale, principio che si manifesta ogni qual volta la funzione svolta sia retta dalla ragione dell'imparzialità.* Così, BENVENUTI, *Contraddittorio (dir. amm.)*, voce in *Enc. Dir.* IX, 739, Milano 1961 ed anche in *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1952, 138. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione* cit. 797; ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa,* Padova 1965, 253 e 391; *IDEM*, *Pubblica amministrazione e ordinamento*

La partecipazione è, difatti, un'irrinunciabile risorsa, non soltanto sul versante garantistico dell'imparzialità, ma anche su quello dell'*efficacia* e dell'*efficienza* dell'azione.[98]

Solo in una visione *dinamica, aperta e flessibile,*[99] il procedimento può dispiegare appieno tanto la funzione sua primaria di mediazione, che rende possibile risposte puntuali e congruenti alla domanda di amministrazione, quanto la sua funzione adeguatrice delle strutture e degli strumenti di azione ai bisogni della società.[100]

---

democratico in *Foro it.*, 1984, V, 205; BARONE, *L'intervento del privato*, cit., secondo il quale l'intervento nel procedimento è espressione del principio di sovranità popolare, che, nel soddisfacimento dei bisogni del cittadino, trova un *polo di incontro*, da posizioni diverse, con l'esercizio della potestà. In tal modo, la partecipazione è, al tempo stesso, coessenziale tanto al principio d'imparzialità, nella sua qualità di *termine equilibratore del principio di efficienza* – per il fine della imposizione del minor sacrificio – quanto al buon andamento, perchè consente una scelta adeguata, in quanto maggiormente consapevole, e dotata di maggiore stabilità. L'inerenza del principio di partecipazione agli artt. 3, 24 e 97 Cost. è condivisa da ROEHRSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali* in *Dir. proc. amm.* 1987, 47, che evidenzia il valore del contraddittorio in *una legalità veduta non già come mera legalità – legittimità, ma come legalità – giustizia* e da COGNETTI, *Normative sul procedimento: regole di garanzia ed efficienza* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1990, 118; MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo* cit., I, 637, Bologna 2005, afferma che la portata generale di principio, assegnata dalla *legge proc.* alla partecipazione, non può non interagire con l'interpretazione della norma costituzionale, che si avvale del *sistema dell'ordinamento giuridico, quale si è venuto a stabilire con la sua emanazione*, in un *processo circolare*, in cui *le indicazioni della Costituzione vengono sviluppate dal legislatore ordinario, e, a sua volta, quest'ultimo contribuisce alla determinazione del significato delle disposizioni costituzionali.* CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale* in *Foro amm.* 2001, 1840*;* CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004, 4, 901. ANDREANI, *Principi costituzionali ed europeizzazione dell'amministrazione* in *Dir. amm.* 1997, 537. Sui profili di disciplina comunitaria del procedimento, CHITI, *Diritto amministrativo europeo,* Milano 1999, 301 ss. In particolare in tema di contraddittorio, CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano 1990. Una rassegna della giurisprudenza comunitaria si legge in DI CARLO, *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo (Profili sostanziali)* in *Cons. Stato*, II, 2004, 281.

98 VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione* cit. 176. Secondo l'A. le disposizioni della *legge proc.*, in tema di partecipazione, comprendono *sia il contraddittorio nel procedimento, intendendosi, con ciò, la possibilità, per l'interessato, di prendervi parte, in funzione della tutela della propria posizione giuridica, sia la partecipazione, in senso stretto, che riguarda, di per sè, l'intervento nella procedura del cittadino, in quanto tale, nonché dei gruppi e collettività, in cui il medesimo si organizza, per lo sviluppo della propria personalità, pur se il primo profilo sembra prevalere.* Sembra possa affermarsi, per altro, che la cennata dicotomia, nel tempo, abbia perso l'originario rilievo. In tal senso, SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento,* Milano 1993, 313.

99 In tal senso, NIGRO, *Il procedimento amministrativo*, cit., 17 ss.

100 ZUCCHETTI, *Commento artt. 9 e 10* in *L'azione amministrativa* cit., 267 ss.; GARDINI, *Comunicazione di avvio e partecipazione procedimentale: costi e benefici di una regola di democrazia* in *Giornale dir. amm.* 2001, 483; D'ALBERTI, *La visione e la voce: garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2000, 1; GIGLIONI e LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa* voce in *Enc. Dir. Agg. IV,* 943; CARANTA e FERRARIS *La partecipazione al procedimento amministrativo* Milano 1999; VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo* Milano 1998; LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento* in *Dir. amm.* 1993, 133; VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale* in *Dir. proc. amm.* 1992, 171; NIGRO, *Il nodo della partecipazione* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1980, 3165; CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione* Pisa 1977; LEVI, *Partecipazione e organizzazione* in *Riv. Trim. Dir Pubbl.* 1977, 1625.

6. La comunicazione di avvio del procedimento e la sua omissione. Dequotazione giurisprudenziale del vizio. Critica. L'art. 21 octies, II co., secondo alinea, della legge proc.. Randomizzazione dell'istituto e probatio diabolica dell'Amministrazione. La disposizione connessa dell'art. 10 bis: la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. Il patteggiamento del diniego e la soluzione dell'autolimite.

Nel disegno di un'istruttoria interattiva, informata al carattere non già autoritativo della unilateralità, bensì della democratica condivisione dell'accertamento, la *comunicazione di avvio del procedimento* è elemento costitutivo integrante del modello costituzionale di esplicazione dialettica della funzione e si fa principio e norma sostanziale dell'azione, in quanto è nella sua necessaria prodromicità che si rinviene il senso stesso della procedimentalizzazione.[101]

In tal senso, la *comunicazione di avvio*, nei suoi requisiti di tempestività e completezza di contenuti, lungi dal rivestire la natura di un materiale adempimento procedurale, ininfluente sui contenuti della disciplina sostanziale, è, in sé, tendenzialmente immancabile nel procedimento, come, del resto, è reso palese dal suo stesso regime derogatorio espresso e tassativo dell'art. 7, *legge proc.*[102]

La sua omissione, dunque, non è, anzitutto, riconducibile, in alcun modo, a quell'accezione d'irregolarità, per così dire, *pura,* che, riflettendo, nel difetto di perfetta specularità, il margine fisiologico di scostamento – insito in ogni operazione logico riproduttiva del modello normato – non incide sulla tipicità, in quanto appartiene ad una fenomenologia non essenziale, che non varca la soglia della giuridica rilevanza.[103]

---

101 In tal senso, GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento* cit., 187, osserva che *l'individuazione della comunicazione di avvio come un inutile aggravio procedimentale, o, addirittura come fattore di turbativa del procedimento, rappresenta un inaccettabile ribaltamento di prospettiva, poiché le norme contenute nella legge n. 241/90 hanno rappresentato e rappresentano un indiscutibile traguardo di civiltà, rispetto al quale non appare accettabile alcun passo indietro*; VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed* irregolarità, Padova 2003, 317 ss. VAGLI, *La comunicazione di avvio del procedimento negli atti vincolati tra evoluzione giurisprudenziale e novità legislative*, *www.lexitalia.it*., 7., che, allo stesso modo, rileva che la *partecipazione* (è) *un valore in sé e si collega direttamente ad un principio di civiltà giuridica che non può essere sopraffatto da considerazioni di ordine pratico... un modello di agire amministrativo dove è preponderante il momento democratico del confronto e del dialogo.*

102 MARIUZZO, *Commento artt. 7 e 8* in *L'azione amministrativa* cit., 225 ss., che, molto opportunamente, rileva che *la indicata riserva di discrezionale apprezzamento resta notevolmente circoscritta non solo* perché *esprime una finalità antagonista alla regola generale,* ma anche perché *il suo ancoraggio positivo è integrato dalla sussistenza di un impedimento, come tale obiettivamente conoscibile*, sicché *l'allegazione generica di diversi interessi pubblici ostativi... non potrà...escludere la sussistenza di un vizio.*

103 GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, II, 645 ss., descrive la fattispecie in termini di anomalia *di minor conto e perciò innocua*, sicché l'atto ne risulta oggettivamente e pienamente valido, sin dall'inizio, in applicazione del generale principio di conservazione. E' significativo – come acutamente osserva GALETTA *Violazione di norme sul procedimento*, cit., 137 ss. – che, nella casistica delle anormalità procedimentali, tracciata dall'Autore, *risultino escluse, di fatto, quasi tutte le ipotesi di vizi del procedimento*;

Ma la comunicazione non è neppure surrogabile dal raggiungimento dello scopo, anzitutto, perché lo scopo della disposizione, che la prescrive, non può dirsi conseguito con l'esercizio, come sia, della funzione, ma solo se questa, oggettivamente integrata, in ciascuno dei suoi elementi costitutivi, assicuri la partecipazione.[104]

Orbene, fermo che questo, e non altro, è il parametro positivo di conformità, ricercare – per il fine di degradare l'omissione al rango di un irrilevante vizio formale – un diverso parametro di conformità, nella pretesa che il contenuto dispositivo dell'atto *non avrebbe potuto*, *normativamente*, *essere diverso*, si risolve soltanto nell'evocazione di un modello inesistente di legalità sostanziale e di vincolatività assoluta, ove l'azione è astretta in paradigmi puntuali e predeterminati.[105]

Del resto, non ha alcun senso ed attendibilità una valutazione presuntiva e probabilistica, *ex post*, intorno ai contenuti ed agli effetti potenziali di un intervento partecipativo denegato.

E neppure sembra corretto, nel silenzio della legge, assoggettare a presunzione, ancorché relativa, l'esercizio di una facoltà, gravando, arbitrariamente, il titolare dell'onere di una difficoltosa, se non impossibile, prova contraria, che, avulsa ed estranea alla dinamica della dialettica procedimentale, cade e si confonde col motivo di ricorso, allorché le scelte di fondo, sin dalla impostazione del problema, sono ormai intangibili e cristallizzate.

Desta, pertanto, ogni perplessità la progressiva dequotazione del vizio di omissione della *comunicazione*, operata, sin dall'entrata in vigore della *legge proc.*, dalla giurisprudenza[106] – per altro, col dissenso di una parte cospicua ed autorevole della dottri-

CICCIO', *Sulla nozione di irregolarità con particolare riguardo al diritto amministrativo* in *Nuova Rass.* 1969, 897; VIPIANA, *Gli atti amministrativi,* cit., 381; SCOCA *I vizi formali nel sistema delle invalidità di provvedimenti amministrativi* in AA.VV. *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di Parisio, Milano 2004, 57; POLICE *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali* in *Dir.amm.* 2003, 741; FRACCHIA *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio assenso e irregolarità* in *Dir. economia* 2002, 429; STAFFINI, *Considerazioni in tema di irregolarità nell'ordinamento amministrativo. L'irregolarità degli atti emanati dalla pubblica amministrazione* in *Cons. Stato,* 1996, II,1573; BOCCHI, *Anormalità minori degli atti amministrativi: i provvedimenti impliciti alla luce della l. 7 agosto 1990 n. 241* in *Foro amm.* 1993, 2623. Il concetto di irregolarità, invero, non sembra desumibile, utilmente – dal più al meno – da quello di annullabilità, in quanto ciò induce, inevitabilmente, il ricorso a *criteri* discretivi *empirici*. E, del resto, appare inconferente lo spostamento dell'angolo visuale alla responsabilità dell'agente, che, in definitiva, descrive un fenomeno affatto eterogeneo. Sembra, piuttosto, che l'irregolarità possa trovare non solo il suo fondamento, ma anche definizione concettuale, nella logica stessa del principio di conservazione, che, nel caso, conosce il suo massimo grado di operatività, per il fatto stesso che l'anomalia non è, in sé, suscettibile di produrre incidenza alcuna sull'esercizio dialettico e democratico della funzione.

104 ROMANO TASSONE, *Contributo cit.*, osserva che, nella legge n. 241 del 1990, *la partecipazione è valore legittimante della decisione provvedimentale,* un valore che non può essere sacrificato in nome della regola del conseguimento dello scopo, in quanto questo valore *è* esso stesso lo scopo della norma, inteso come *idoneità dell'atto ad operare una corretta sintesi degli interessi coinvolti nella fattispecie.*

105 CERULLI IRELLI, *Vizi formali, procedimenti e processo amministrativo* in *Cons. Stato* 2003, II, 2191.

106 In giurisprudenza, non si è registrato, nel tempo, un indirizzo prevalente, ma, piuttosto collegato, di volta in volta, alla singola fattispecie. In aggiunta alle *ipotesi derogatorie*, espressamente previste dalla norma, si è andata configurando una nutrita casistica, che variamente motivata, ha innestato un progressivo meccanismo di estensione analogica. TAR Campania NA, 10.1.1995 n. 10; TAR Sicilia CT, 4.3.1993 n. 147; TAR

na[107]– che ha, di fatto, condotto ad un significativo ridimensionamento della portata generale del principio democratico della partecipazione procedimentale.

Tuttavia, mi sembra possa dirsi che un vero effetto demolitorio sia stato prodotto dal secondo alinea dell'art. 21 *octies,* II co., della legge 11.2.2005 n. 15, recante modifiche ed integrazioni alla *legge proc.*[108]

Lazio I, 3.4.1996 n. 567; TAR Liguria II, 28.3.1994 n. 164; TAR Campania NA, 14.9.1993 n. 485, in *TAR* 1995, I, 1295; 1993, I, 2188; 1996, I, 1694; 1994, I, 1989, 1993, I, 4184; Cons. Stato VI, 12.5.1998 n. 692, in *Giust.civ.* 1999, I, 313; TAR Liguria II, 28.1.1997 n. 14; Cons. Stato V, 9.12.1997 n. 1486, in *Foro amm.* 1997, 3184; 1997, 3071. In particolare, in tema di *autotutela*, in senso favorevole all'avviso: TAR Toscana II, 22.10.2004 n. 5054; TAR Sardegna II, 20.9.2004 n. 1344, in *Foro amm.* 2004, 2905; 2004, 2745. Copiosa è la giurisprudenza, che ha inteso escludere l'avviso, in ragione della *natura vincolata* del provvedimento: Cons. Stato V, 11.10.1996 n. 1223; IV, 11.2.1999 n. 150; V, 16.11.1998 n. 1615, in *Foro amm.* 1996, 2882; 1999, 324; 1998, 3109; TAR Calabria CZ, 17.12.1996 n. 900; TAR Campania NA, 19.5.1995 n. 230, in *TAR* 1997, I, 753; 1995, I, 3223; TAR Liguria II, 2.9.1994 n. 293; TAR Campania NA, 2.12.1993 n. 403; TAR Lazio I, 17.2.1997 n. 304, in *Foro amm.* 1994, 2907; 1994, 1236; 1997, 2430. Tuttavia, la vincolatività, talora, non è stata ritenuta, di per sé, decisiva, ove la situazione di fatto non risultasse pacifica ed incontestata o, comunque, necessario oggetto di accertamento complesso: Cons. Stato IV, 17.2.1999 n. 167; V, 29.1.2001 n. 296; TAR Campania NA, 28.5.1996 n. 346, in *Foro amm.* 1999, 326; 1997, 277; 2004, 141, per altro, *contra* Cons. Stato V, 9.10.1997 n. 1131; TAR Lazio III, 29.10.1997 n. 2582; TAR Liguria I, 29.6.1993 n. 270, in *Foro amm.* 1997, 2724; 1998, 362; 1993, 2527, ove s'evidenzia che la partecipazione è giustificata anche dalla sola individuazione ed interpretazione della norma applicabile. Prevalentemente, la non necessarietà dell'avviso è ispirata, alla logica sostanzialista del *raggiungimento dello scopo*, in quanto il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso Cons. Stato V, 14.4.1997 n. 363, in *Foro amm.* 1997, 1096; Cons. Stato V, 26.9.1995 n. 1364, in *Cons. Stato* 1995, I, 1242; TAR Campania NA, 11.1.2001 n. 135; TAR Piemonte TO, 18.1.2001 n. 100; TAR Emilia Romagna BO, 1.3.2001 n. 187; TAR Calabria CZ, 11.9.1996 n. 703; TAR Lazio III, 28.8.1997 n. 2051, in *TAR* 2001, I, 1015; 2001, I, 837; 2001, I, 482; 1996, I, 4316; 1997, I, 3533, oppure è giustificata dalla *conoscenza aliunde* della pendenza del procedimento, in ragione di un criterio di equipollenza: TAR Lombardia BR, 23.6.1998 n. 532; TAR Toscana FI, 11.11.1999 n. 623; TAR Sicilia CT, 7.11.2000 n. 2040, in *TAR* 1998, I, 3072; 2000, I, 238; 2001, I, 415. Per tal via, s'è ritenuta, altresì, superflua la comunicazione al destinatario diretto, nel procedimento ad *iniziativa di parte*: TAR Sicilia PA, 31.5.2001 n. 798; TAR Toscana FI, 11.11.1999 n. 623; TAR Lombardia BR, 23.6.1998 n. 532, in *TAR* 2001, I, 2591; 2000, I, 238; 1998, I, 3072. In altre pronunce, il difetto d'avviso non è stato ritenuto, di per sé, causa d'invalidità del provvedimento, ma una mera irregolarità, salvo *prova contraria dell'interessato* che la tempestiva conoscenza e la rappresentazione delle sue ragioni avrebbe determinato un diverso esito del procedimento. T.A.R. Calabria RC, 28.4.1999 n. 529; T.A.R. Emilia Romagna PR, 28.1.1999 n. 60, in *T.A.R.* 1999, I, 2937 e 989. In pronunce successive, si è, tuttavia, osservato che, ponendo in capo al ricorrente un siffatto onere probatorio, si finisce per rendere, in sé, non giustiziabile la stessa censura di omissione dell'avviso. La configurabilità di un diverso esito del procedimento finisce, difatti, per dipendere, unicamente, dalla fondatezza degli ulteriori motivi di ricorso, con la conseguenza che gli interessi procedimentali restano, perciò stesso, sempre privi di tutela, precludendo un sindacato, posto non solo a garanzia del cittadino, ma anche dell'interesse pubblico al corretto esercizio della potestà. In tal senso, TAR Emilia Romagna, BO, I, 4.10.2002 n. 1404, in *Comuni Italia*, 2002, 1689.

107 SANDULLI *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza* in *Foro amm., T.A.R.* 2004, 1525; SAITTA *L'omessa comunicazione dell'avviso del procedimento: profili sostanziali e processuali* in *Dir. Amm.* 2000, 449; LEONARDI *Sulla necessità della comunicazione di avvio del procedimento anche per gli atti vincolati* in *Foro amm.* 2002, I, 243; TENCA, C*omunicazione di avvio del procedimento ed attività vincolata* in *www.giustamm.it 6, 2001;* DE CAROLIS *La forma e la sostanza della comunicazione dell'avvio del procedimento* in AA.VV. *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa* (a cura di Civitarese Matteucci, Gardini), Bologna 2004, 112.

108 La disposizione, comparsa solo nell'ultima versione della norma, prescrive che: *Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile, per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, qualora*

La disposizione, lasciando campo libero alla prassi applicativa, non soltanto disattende la funzione sua propria di sistemazione positiva – rinunciando all'astratta tipizzazione dei contenuti e del regime derogatorio di inapplicabilità della fattispecie – ma, ciò che più rileva, tende, strumentalmente, alla *randomizzazione* dell'istituto.

In questa ottica muove, difatti, verosimilmente, la scelta asistematica di non ridisegnare, organicamente, questo istituto di diritto sostanziale, nella sede naturale, mediante proposizioni derogatorie integrative, omogenee al testo esistente, ma in quella impropria della patologia del provvedimento – benché la materia investa un principio fondamentale e qualificante del corpo normativo di appartenenza – ed, altresì, mediante l'utilizzazione di una disposizione di natura essenzialmente processuale.[109]

Questa singolare metodica di normazione disarticolata e per aggiunzioni,[110] per altro, non può non produrre conseguenze, sul piano logico ed applicativo interno della

l'amministrazione dimostri, in giudizio, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello, in concreto, adottato. Ne risulta, così, l'unica fattispecie espressa – a quanto pare, indipendentemente (...*comunque*) dalla natura vincolata o meno del provvedimento – tra quelle che, affette da *violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti*, non sono, a certe condizioni, sanzionate con l'annullabilità. Per altro, dall'infelice e frettolosa formulazione si trae una sensazione di estrapolazione da un più ampio contesto inespresso, recante, quanto ai provvedimenti vincolati, una generale assoluzione dall'obbligo di avviso, oppure la riconduzione, *tout court*, della omissione del medesimo alla casistica del primo alinea.

109 Giustamente rileva GRASSO, *Spunti di riflessione sull'art. 21 octies, 2º comma l. n. 241/90 LexItalia.it.,* 7-8, 2005, *che si tratta, al di là delle apparenze, di norma processuale e non sostanziale...non la qualificazione di una patologia del provvedimento amministrativo, in quanto contra legem... sibbene (in termini dinamici e non statici) l'esito processuale, ordinariamente caducatorio, del positivo accertamento giudiziale dei denunziati vizi di illegittimità.* Ciò è tanto vero – conclude l'Autore – che la giurisprudenza ha subito mostrato di ritenere questa *sanatoria ope judicis* (I alinea) e *in jure* (II alinea) di *immediata applicabilità... ai processi in corso.*

110 La sensazione ricorrente, che si trae dalla lettura avulsa delle disposizioni, integrate nella legge, è, per altro, che esse, siano tutte riconducibili ad un disegno unitario omogeneo, che, inespresso e latente, talora, entra, virtualmente, in rotta di collisione con le categorie consolidate della *legge proc.*, formalmente intatta, ma, non per questo, meno esposta ad una integrale revisione al ribasso. Ciò vale, ad esempio, con la introduzione strisciante della motivazione postuma, di una rigida concezione della vincolatività, di soluzioni concordate, diverse dalla fattispecie dell'art. 11, del superamento della tassatività dei casi di esclusione della comunicazione di avvio, di una previa valutazione discrezionale sulla necessità della partecipazione. In altri termini, è come se le disposizioni rivelino il loro maggiore effetto innovativo e dirompente per ciò che non dicono e sembrerebbe lascino sotteso e non per ciò che è dato desumere dalle proposizioni normative. Ed, in questa prospettiva, sembra possa trovarsi una ragione anche alle apparenti incongruenze, da più parti, rilevate in Dottrina. Questa sensazione sembra essere condivisa da SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità* in www.giustamm.it., 3, 2005, che denuncia la disorganicità della norma, tra questioni di dettaglio affatto marginali ed inutili definizioni – *una specie di sillabario del diritto amministrativo – riprese da qualche manuale*, in un *inquietante...trascorrere da una mera esposizione di puri concetti, prima facie, innocenti,a pericolosi precetti su di essi fondati...nei commi successivi.* Si pensi, per tutti, alla devoluzione alla giurisdizione esclusiva del vizio di elusione o violazione del giudicato che sembra elidere il giudizio di ottemperanza. In generale, sul tema delle tecniche di normazione attuale, PAGANO, (a cura di) *Le direttive di tecnica legislativa in Europa* in *Camera dei Deputati, Quaderni* di documentazione, Roma 1997*;* RESCIGNO, *Tecnica legislativa (*voce) in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, 1993; CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.,* 1992, 307; PATRONI GRIFFI, *La "fabbrica delle leggi" e la qualità della normazione in Italia* in *Dir. amm.* 2000, 1, 97; PEGORARO, *Lavori preparatori della legge e sindacato di costituzionalità* in *Giur.Cost*, 1988, II, 1441; RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione* in *Rass.Parl.* 1999.

compatibilità sistematica, ma anche effetti demolitori indotti a largo raggio, impliciti ed incontrollabili.

Se, difatti, è arduo combinare col secondo alinea in esame la generale prescrizione dell'obbligo di avviso dell'art. 7 e la disciplina dettagliata di contenuti dell'art. 8 – e persino le disposizioni ivi aggiunte, ai punti *c-bis)* e *c-ter)*[111] – altresì in forse sono posti la trasparenza dell'individuazione ed il ruolo del responsabile del procedimento, le regole dei tempi del decidere con la struttura impugnatoria del giudizio e, non ultimo, il principio di contestualità della motivazione.

Ma ciò che denota, con ogni evidenza, il disegno di dispersione del principio di partecipazione, nella frammentazione accidentale del caso di specie, è sopratutto, la sua trasposizione concettuale nella vicenda del processo,[112] successiva e, comunque, solo eventuale, per quanto concerne sia il dispiegamento dell'azione, sia la stessa partecipazione al giudizio dell'amministrazione.

La necessità della comunicazione di avvio risulta, così, affidata alla variabile delle allegazioni probatorie, *in giudizio*, dell'amministrazione, intorno ad una circostanza – la impossibilità di un diverso *contenuto* del provvedimento – che, oltre tutto, utilizza la regola del raggiungimento dello *scopo*, nella sua accezione più ampia, *ossia non del fine materiale, ma della finalità d'interesse pubblico, che ne ha giustificato l'adozione*.[113]

La dimostrazione *che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato,*[114] considerati gli spazi di ampia discrezionalità, di cui dispone l'amministrazione, nella più parte della sua azione, e, quindi i margini di

111 Ai sensi dell'art. 8, I co., la comunicazione di avvio deve, tra l'altro, indicare: *c-bis) la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'art. 2, commi 2 e 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili, in caso di inerzia dell'amministrazione*; *c-ter) nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza* (dal *ricevimento* della stessa – *ex* art. 2, II co. – decorre il termine di conclusione del procedimento). Nel senso della palese incoerenza di queste disposizioni aggiunte – intese ad agevolare la partecipazione, mediante una maggiore informazione – col secondo alinea dell'art. 21 *octies,* II co., GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/90*, in *www.giustamm.it*, 7 ss.; VAGLI, *La comunicazione di avvio del procedimento* cit..

112 Per altro, ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/ 1990* in *www. giustamm. it*., 2005, 7, ravvisando, complessivamente, nelle disposizioni del secondo comma dell'art. 21 *octies*, un *principio dalle ampie potenzialità espansive*, tuttavia, non ritiene che in esso vi sia *nulla di eversivo*, in quanto *destinato, in realtà, ad operare sempre e comunque nel giudizio ope exceptionis... sul piano degli istituti di sanatoria, potenziando e razionalizzando un'ipotesi generale, già presente nel nostro ordinamento: la c.d. regola del raggiungimento dello scopo, cui attribuisce, però, un significato più ampio.*

113 Lo scopo, qui, non è, pertanto, quello riferibile all'atto procedimentale o alla formalità, che siano stati omessi, bensì lo scopo generale dell'azione amministrativa, complessivamente considerata, di pervenire ad una decisione intrinsecamente legittima. GALETTA, *Notazioni critiche cit.*, 4; Sul tema della *irregolarità*, oltre a ROMANO TASSONE, *Contributo* cit., 64 ss.; GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano 2003, 87 ss. e 159 ss.

114 SATTA, *La riforma della legge 241/90* cit..7: e *se anche si dimostrasse, in giudizio, che altro provvedimento non si sarebbe potuto assumere, è forse questo motivo sufficiente per consentire all'amministrazione di ignorare una delle disposizioni più importanti di tutto il diritto pubblico, quella che garantisce il diritto di difesa, in sede di formazione delle valutazioni discrezionali, prima dell'adozione del provvedimento?*

variabilità dei contenuti provvedimentali, espone, illogicamente, la stessa, in punto d'inconfigurabilità di astratte alternative, ad una *probatio diabolica,*[115] che, nel caso, non sembra possa trovar via di fuga, nell'allegazione d'irrilevanza della omissione, salvo a risolversi in mera petizione di principio.[116]

E' plausibile – come s'è pure prospettato in dottrina[117] – che, in giudizio, l'amministrazione indirizzi l'adempimento dell'onere probatorio, nella diversa direzione dell'allegazione, *ex post*, di argomentazioni ulteriori, intese a comprovare l'intrinseca legittimità sostanziale del provvedimento, ad esempio, in punto di adeguata valutazione dell'interesse del destinatario, privato della facoltà di partecipare,

Ma – rinviando, ad altro momento, considerazioni sulla legittimità dell'integrazione postuma della motivazione – ciò, invero, non sembra possa, ragionevolmente, soddisfare il precetto, atteso che diverso è l'oggetto testuale di prova e che non è ravvisabile alcun nesso giustificativo tra l'omissione della comunicazione di avvio ed i profili intrinseci di conformità a legge o di congruità e logicità del provvedimento.

Nell'articolazione dell'incombente, che, al fine di superare il vizio invalidante, deve dar dimostrazione della singolarità assoluta, senza alternativa, del provvedimento, la condizione di legittimità intrinseca finisce per essere, in concreto, inconferente, un requisito minimo e comune di confronto, tra più soluzioni, fatta salva la sola ipotesi, del tutto teorica ed improbabile, in cui ogni altro *contenuto* si risolva in un'alternativa illegittima o illecita.

Orbene, emersa che sia l'astratta compatibilità a norma dell'alternativa – possibile e non praticata – il sindacato del giudice, sulla prova allegata, non può, comunque, spingersi sino a valutare, se il provvedimento avrebbe potuto essere diverso o non da quello adottato, in quanto una valutazione siffatta, investendo la scelta operata sul piano dell'opportunità, sarebbe, per certo, inammissibile, sicché la norma risulta, in concreto, inapplicabile.[118]

---

115 GIACCHETTI, *Una novità nel settore degli OGM* cit., dice della inapplicabilità del meccanismo, previsto dalla disposizione, in quanto la prova negativa richiesta all'amministrazione è praticamente impossibile, in quanto una conclusione alternativa teorica non potrebbe essere mai tassativamente esclusa. Per la stessa ragione, GALETTA, *Notazioni critiche cit.*, 8, conclude che *una previsione che impone una c.d. probatio diabolica...rimarrà..., come tale, lettera morta.*

116 Si dissente, pertanto, dall'opinione di GRASSO, *op. cit.,* secondo la quale *l'amministrazione possa...difendere il proprio provvedimento, spiegando le ragioni della irrilevanza della mancata partecipazione*, sicché il ricorrente, nell'ottica di un inversione dell'onere probatorio – principio accolto dalla precedente giurisprudenza, ma, ora, superato dalla norma – *non si possa più limitare... a denunziare la mancata partecipazione...ma debba...sostanziare la doglianza...evidenziando...fatti o...interessi che, in concreto, assuma pretermessi.*

117 GIACCHETTI, op. ult. cit., 1638, ove s'afferma che la disposizione in esame avrebbe implicitamente introdotto il principio dell'integrazione della motivazione in giudizio, richiedendo, per dimostrare la *legittimità dell'omissione dell'avvio del procedimento...*dimostrazione della *bontà sostanziale del provvedimento adottato*.

118 Ma, in Dottrina, si è anche giustamente paventato il rischio connesso a decisioni giurisprudenziali dettate da *considerazioni di opportunità sostanziale.* GALETTA, *Violazione di norme* cit., 122 ss., ove si riporta l'opinione conforme di SANDULLI, *La partecipazione del cittadino nelle nuove autonomie*, intervento al Conv. *Il ruolo del cittadino nelle nuove amministrazioni: verso l'emersione di una cittadinanza amministrativa*, Torino 14-15 giugno 2002, nonché di FALCON, *Osservazioni al d.d.l. AS n. 4860* in *Bollettino dell'AIPDA*, 12, 2000, 9ss.

Ed al Legislatore non sembra sfugga l'aleatorietà, cui riduce l'istanza di partecipazione, tanto che, quasi a compensare la somma incertezza della ricezione di una comunicazione di avvio, propone un recupero salvifico dell'intervento, nei *tempi supplementari*, con la disposizione dell'art. 10 *bis*, che prescrive *comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.*[119]

Desta, invero, perplessità il fatto che egli si sia preoccupato di sgravare l'istruttoria da una partecipazione, che, evidentemente, ritiene sovente superflua, introducendo, poi, questo istituto, che neppure idoneo, di per sè, a produrre l'auspicata deflazione del contenzioso,[120] si risolve in un inutile aggravio del procedimento.[121]

Così, nel mentre, in nome di un'efficienza sostanzialista, ascrive a mera irregolarità l'omessa comunicazione di avvio del procedimento – che consentirebbe, sempre, di prospettare, per tempo ed in contraddittorio, soluzioni alternative, nella forma e nei contenuti di disciplina del rapporto – prevede, poi, in nome della stessa efficienza, di dissipare, in tutto o in parte, con la comunicazione dei motivi ostativi, il tempo e le risorse, impiegati nell'istruttoria, e di aprire solo, in via successiva, il procedimento all'esplorazione e praticabilità di percorsi diversi.[122]

La comunicazione dell'art. 10 *bis*, collocandosi, nella sequenza, allorché l'istruttoria è completa[123] e s'è già formato l'orientamento del procedente, non appare, propriamente,

---

119 BOTTINO, *Articolo 10 bis* in *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990 n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35*, Milano 2005; TESSARO, *Preavviso di rigetto e art. 21 octies secondo comma: un matrimonio possibile?* in *Gazzetta Enti loc.* 25.7.2005; TARULLO, *L'art. 10 bis della legge 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria* in *www.giustamm.it.*

120 Tale è la *ratio* espressa della disposizione, come si legge nella relazione che accompagna l'originario d.l. n. 3890 della I Comm.ne permanente – Camera dei Deputati, ed, in Dottrina, essa è ampiamente condivisa, in una con quella di assegnare al cittadino una *tutela rafforzata... in una situazione paritaria con la P. A...*LUMETTI, *La nuova analisi della invalidità dell'atto: l'irregolarità per omessa comunicazione dell'avvio nel procedimento* in *Cons. Stato* 2005, II, 1165 ss.; FERA, *Il principio del giusto procedimento alla luce della legge n.15 del 2005* in *www.giustamm.it.*

121 DI NITTO, *Il termine, il responsabile, la partecipazione, la d.i.a. e l'ambito di applicazione della legge* in *Giornale dir. amm.,* 2005, 5, 498, che paventa, altresì, una impropria utilizzazione del preavviso per fini dilatori.

122 Mi sembra interessante notare che la comunicazione dei *fatti che giustificano la determinazione di procedere o di orientarsi negativamente, in ordine alla richiesta della parte interessata*, era bensì prevista, nello Schema di disegno di legge, predisposto dalla *Commissione Nigro*, ma compariva, in un disegno d'altra razionalità, tra gli oggetti della comunicazione di avvio del procedimento – *Titolo III, Contraddittorio, 2, sub c)* – per dar contezza, in modo non dissimile dagli analoghi *official statements* o *summary reports* statunitensi, delle ipotesi di base che l'amministrazione assume, nel dare inizio al procedimento. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento*, cit., 111, che si duole della circostanza che la disposizione sia stata, poi, espunta dal disegno di legge 19.11.1987, benché essa costituisca *condizione fondamentale perchè le posizioni delle parti acquistino un'effettiva rilevanza nel processo del decidere e la partecipazione non si risolva in una rassicurazione simbolica.*

123 In proposito, è appena da rilevare che, in virtù del principio inquisitorio, all'amministrazione incombe, in ogni caso, un obbligo di completezza dell'istruttoria, di per sè vincolante, sul piano dell'azione, indipendentemente dal dispiegamento dell'intervento partecipativo, tant'è che l'art.6, *sub* b) della *legge proc.* prevede che il responsabile *accerta di ufficio i fatti disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria.*

uno strumento che *esalta il momento partecipativo ed il principio del contraddittorio,*[124] ma finisce con essere soltanto un invito – persino un po' proditorio – a disvelare, anticipatamente e senza garanzie di terzietà, argomentazioni che, in modo ben più efficace, potrebbero dispiegarsi dall'interessato, innanzi al Giudice,[125] anche – e sopratutto – in vista di una tutela cautelare, sostanzialmente conformativa.

In quest'ottica, che si arresta alla dimensione puramente contenziosa, la disposizione – che, quanto meno, manda, opportunamente, indenne il principio della facoltatività di esperimento del rimedio amministrativo[126] – sembra riscoprire un modello, ancorché endoprocedimentale, che, tuttavia, ricorda, da vicino, il ricorso, in opposizione, dell'art. 7 del D.leg.vo 24.11.1971 n. 1199, ben conosciuto, per la sua scarsa o nulla fortuna.[127]

In ogni caso, la collocazione, nella fase istruttoria, del *preavviso di rigetto* – così, talora, impropriamente, detto – appare assai dubbia, in quanto la manifestazione, *esternata*, con la comunicazione dei motivi ostativi, presuppone la formazione di un dissenso, ossia una *scelta,*[128] già *operata*, alla stregua di un processo cognitivo perfetto, cui difetta –

---

124 VAGLI, *La comunicazione* cit., 6ss.; CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241 del 1990* in *www.giustamm.it, 12*, che, pur prevedendo aggravamento dei procedimenti ad istanza di parte, ritiene che la norma *sicuramente...costituisce un'importante estensione dell'istituto della partecipazione procedimentale, in base al principio che la decisione amministrativa è sempre frutto di una dialettica tra le parti interessate e può consentire, altresì, in molti casi, attraverso il coinvolgimento del soggetto direttamente interessato, il superamento di dubbi e di difficoltà, che, ove non chiariti, possono portare alla emanazione di provvedimenti negativi.* Non mi sembra, del resto, convincente l'opinione di chi riconduce la comunicazione al *rispetto delle regole della buona fede, della correttezza, del legittimo affidamento...obbligando una parte (la p.a.) a interrompere le trattative (negare l'istanza) solo dopo una valida manifestazione...con la quale si enunciano le intenzioni(i motivi ostativi) a non concludere positivamente il rapporto*, quella stessa *parte*, che ha estromesso dal contraddittorio procedimentale l'interessato, omettendo, a tempo debito, la comunicazione di avvio. LUCCA, *Il c.d. preavviso di rigetto tra buona fede e legittima aspettativa del privato* in *www.lexitalia.it* n. 6/2005.

125 FRANCARIO, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (Sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge n. 15/2005 alla legge 241/1990)* in *www.giustamm.it.,* 3ss., cui, in tal senso, appare *dubbia... l'utilità della previsione recata dall'art. 10 bis*. TOSCHEI, *Le nuove tecniche di diluizione procedimentale del potere delle P.A. dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15: prime riflessioni sulle nuove regole* in *Cons. Stato* 2005, II, 229, che si chiede come l'interessato *possa convincere l'Amministrazione a mutare orientamento, avendo peraltro egli avuto la possibilità di partecipare al procedimento e di tastare il polso dell'Autorità.*

126 Ed il rilievo non sembri stravagante, atteso che, in Dottrina, il problema se l'inutile decorso del termine assegnato, per la formulazione delle osservazioni, dall'art. 10 *bis,* dia luogo ad acquiescenza, con preclusione dell'azione, è stato puntualmente posto. BOTTINO, *Articolo 10 bis* cit., 407 ss. Altresì non appaia stravagante l'accostamento, fatto nel testo, giacché, nel sistema tedesco, che è servito evidentemente da modello di riferimento per questa previsione, è prevista la necessità del previo espletamento di un ricorso in via amministrativa, come presupposto dell'azione. GALETTA, *L'annullabilità* cit., 19 ss e 42ss.

127 Vero è che, talora, in Dottrina, s'è affermato che, sul piano delle garanzie, l'attività giustiziale dell'amministrazione non è diversa dall'attività giurisdizionale, CAPUTI JAMBRENGHI, *Procedimento efficace e funzione amministrativa giustiziale*, in *Studi Vignocchi*, Modena 1996, 321, ma è altresì vero che la coincidenza, nel medesimo soggetto, della veste di autorità decidente e di parte resistente è *alla base del ridotto numero di ipotesi di ricorsi in opposizione, legislativamente previste, per la scarsa fiducia del Legislatore stesso nella capacità dell'amministrazione di sganciarsi dalla sua posizione di parte interessata, per decidere la controversia, secondo imparzialità,* SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2000, 520 ss.

128 L'articolazione della fase decisoria in un momento di formazione dell'assenso/dissenso ed in quello provvedimentale successivo, in cui l'atto *sarà confezionato ed adottato*, con assegnazione, a quest'ultimo, d'un suo

avuto riguardo alla sequenza degli atti autonomi ed individuabili, in cui s'articola il subprocedimento della fase decisoria – soltanto la materiale redazione e la formale adozione, come, del resto, è reso palese dal testo normativo.

Ai sensi dell'art. 10 *bis*, la *comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza* interviene *prima della* ***formale adozione*** *di un provvedimento negativo.*

La comunicazione, fondata sulle oggettive risultanze dell'istruttoria esperita, in fatto ed in diritto, non si limita a metter a parte l'istante di generiche o tendenziali ragioni di perplessità, nè, tanto meno, si risolve in una manifestazione di opinione o di opzione programmatica di massima.

Essa, come testualmente richiesto, esterna, bensì, puntuali *motivi* di reiezione, in un momento della sequenza, in cui il diniego, per tal via espresso, deve essere solo *formalizzato,* assumendo la veste materiale del *provvedimento negativo.*[129]

E la circostanza, poi, che la *comunicazione* sia suscettibile di dar luogo – quanto meno, nelle intenzioni del Legislatore – ad una nuova istruttoria non vuol dire che essa, di necessità, vi appartenga a pieno titolo.

Invero, perseverando in una lettura sistematica, nello spirito e nelle categorie ideologiche del Legislatore del 1990, si corre il rischio di approdare a soluzioni interpretative, che, incoerenti con la *mens legis* del 2005, non colgono o non colgono appieno gli indirizzi politici di fondo, che hanno guidato la profonda revisione della norma e che appaiono evidenti già soltanto dalla combinazione oggettiva dei dati positivi e senza attingere elementi ricostruttivi da opinabili attitudini espansive degli istituti.[130]

Pertanto, in questa prospettiva, non sembra azzardato interrogarsi se la comunicazione stessa non adempia una funzione, diversa da quella che, a tutta prima, pare rivelare, prendendo le mosse dal suo stesso ambito d'operatività, circoscritto, espressamente, dalla disposizione, ai *procedimenti ad istanza di parte.*[131]

---

proprio rilievo logico-sostanziale e, quindi di possibile diverso regime giuridico è stata autorevolmente affermata in Dottrina. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 853 ss.; LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri* in ALLEGRETTI, BATTAGLINI e SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza,* Rimini 1987, 782 ss.; PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità* in *Foro amm.* 1987, II, 3165. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano 2004, 149 ss.. Del resto, in giurisprudenza, è affatto pacifico che, concluso che sia il processo ponderativo, la P.A. non può frapporre ostacoli all'integrazione del provvedimento, per il fine della sua efficacia e della sua attuazione ed, in caso d'inerzia, è data azione per l'ottenimento del *rilascio materiale del titolo*. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo,* Torino, 1964, 75 ss.

129 In tal senso, si dissente dall'uso improprio di una variegata terminologia – *avviso*, *preavviso di rigetto, anticipata motivazione* e simili – che, forzando, senza ragione, i contenuti tecnici e propri della *comunicazione*, ne altera la collocazione procedimentale e vi attribuisce funzioni ad essa estranee. Non sembra, ad esempio, plausibile che *l'Amministrazione con detto avviso debba suggerire al richiedente quali aggiustamenti siano necessari...quali passi debba compiere per vedersi accolta la domanda*, come esclude, con convincenti argomentazioni, TOSCHEI, *Le nuove tecniche* cit., 247.

130 In tal senso, sono illuminanti i rilievi di CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione,* (*Appunti per la relazione introduttiva al Convegno di Roma del 22 marzo 2002*), in *LexItalia.it.*

131 BOTTINO, *Articolo 10 bis*, cit. 397 ss., esclude che la disposizione possa estendersi al procedimento intrapreso *ex officio*, in quanto, in quest'ultimo caso, la comunicazione dovrebbe recare le *motivazioni* del prov-

E' ragionevole ritenere che, per forza di cose, destinatario della comunicazione altri non possa essere se non l'istante, che, in ragione dell'omissione della comunicazione d'avvio, non abbia partecipato al procedimento.[132]

Non si comprenderebbe, infatti, per quali fini di garanzia partecipativa e per quali ulteriori e diversi apporti dialettici si debba compulsare l'interessato intervenuto, che, partecipando alle attività accertative e constatandone l'andamento, abbia già avuto tempo e modo di opporre, compiutamente, le sue ragioni e di prospettare soluzioni, anche mediante produzione di memorie scritte e documenti.[133]

E, quando l'istruttoria sia, ormai, esaurita e non manchi altro che la *formale adozione* del provvedimento negativo, deve ritenersi che l'amministrazione – in ottemperanza all'obbligo, che ad essa incombe – abbia già valutato le osservazioni e le proposte articolate e che la reiezione di queste stesse ne risulti assorbita dalla prospettazione dei *motivi ostativi* all'accoglimento dell'istanza.

Allo stesso modo, non sembra possa configurarsi, quale naturale destinatario della comunicazione, l'istante che, avvisato, non abbia partecipato al procedimento, per scelta, disinteresse o solo per incuria, determinando, col comportamento suo inerte ed acquiescente, la consumazione delle sue facoltà, in quanto non è agevole reperire un valido motivo per il quale egli debba vedersene assegnate di ulteriori e tardive.

Sotto altro profilo, del pari interessante è la circostanza che la destinatarietà della comunicazione sia limitata al solo istante – con esclusione, cioè, d'ogni altro effettivo o potenziale interventore – in quanto ciò rende palese che la comunicazione medesima non è intesa a instaurare, di nuovo o per la prima volta, il contraddittorio procedimentale.

E la scelta non appare casuale, ma è verosimile che, in accordo con la diversa funzione, in concreto, assegnata all'istituto, sia preordinata allo scopo di aver, quale interlo-

---

vedimento di reiezione e non già, come testualmente previsto, i *motivi ostativi* all'accoglimento dell'istanza. L'argomentazione non convince, sia perché, la comunicazione interviene, in ogni caso,...*prima della formale adozione di un provvedimento negativo*..., sia perché la distinzione, posta tra motivazioni e motivi – oltre tutto, ad istruttoria ormai perfetta – non sembra abbia alcuna ragion d'essere, neppure formale. Piuttosto,come si vedrà e come lo stesso Autore sembra, del resto, poi, adombrare, la ragione è da ricercarsi altrove.

132 Come si è, in precedenza, riferito, nella giurisprudenza, anteriore alla legge n. 15/ 2004, nei procedimenti ad istanza di parte, la comunicazione di avvio era ritenuta superflua, in quanto *la previsione di un autonomo obbligo...realizzerebbe un'evidente duplicazione di attività, con aggravio dell'amministrazione, non compensato da particolari utilità per il soggetto interessato*, che *è certamente a conoscenza del relativo procedimento e, pertanto, può parteciparvi indipendentemente da ogni comunicazione.* Per tutte, Cons. Stato 22.5.2001 n. 2823 in *Foro amm.*, 2001, 1204. Parte della Dottrina opponeva, a tale orientamento, la circostanza che, per tal via, ne risultava preclusa al cittadino la conoscenza di una serie di informazioni, indispensabili per l'effettiva partecipazione. OCCHIENA, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio del procedimento ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo* in *Foro amm./ TAR* 2003, 522; DI NITTO, *La partecipazione al procedimento amministrativo* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1999, 736. Per altro, posto che il deposito dell'istanza fosse sufficiente ad aprire il procedimento, restava, comunque, a mio avviso, da spiegare, in quale modo e, sopratutto, in quale momento l'istante sarebbe venuto a conoscenza dell'effettivo inizio dell'istruttoria, sì da potervi utilmente e tempestivamente interloquire. Ora – nonostante l'aleatorietà, indotta dalla disposizione di cui all'art 21 *octies*, II alinea – può affermarsi, giusta l'art. 8, II co., *sub* c-ter, che, quanto meno in linea di principio e fino a prova contraria, non v'è ragione d'escludere, nella fattispecie, la comunicazione.

133 In tal senso: TOSCHEI, *Le nuove tecniche*, cit., 247; FRANCARIO, *Dalla legge*, cit., 3.

cutore, l'unico soggetto potenzialmente abilitato a negoziare, in ragione della disponibilità dell'oggetto.[134]

Ma a rivelare, in modo ancor più evidente, l'intento del Legislatore è, sopratutto, la circostanza che la disposizione non abbia previsto comunicazione dei motivi ostativi, anche in esito al procedimento d'ufficio, che – d'iniziativa autonoma ed, *a fortiori*, se eteronoma – in ragione della pacifica indisponibilità da parte dell'autorità procedente, non offre spazi utili e concreti alla contrattazione.[135]

Orbene, gli elementi evidenziati mostrano, univocamente, che la fattispecie non risponda alla *ratio* di rassicurante normalizzazione, che – nella encomiastica esaltazione del nuovo momento di partecipazione – talora si prospetta, bensì a quella, affatto diversa, di rimettere in gioco e sollecitare, nonostante il diniego, colui che non ha avuto modo di produrre quelle *osservazioni e proposte*, *a norma dell'art 10*, *in accoglimento* delle quali – per altro, a tempo debito e non *a posteriori* – avrebbe potuto trovar luogo una soluzione concordata.

La disposizione introduce, cioè, in via surrettizia, in un disegno di discutibile efficientismo, in chiave bilaterale,[136] non già soltanto una generica *contrattazione del contenuto del provvedimento finale,*[137] ma – avuto riguardo ai contenuti della comunicazione

134 I terzi controinteressati sono abilitati ad intervenire nel procedimento e poiché l'accordo è uno dei possibili esiti della partecipazione, non vi sarebbe ragione d'escluderli dalla negoziazione. SCOCA, *Autorità e consenso* in *Dir. amm.* 2002, 3, 431 ss. *Tuttavia si dà vita ad un monstrum: l'accordo, così come disciplinato dall'art. 11.*, non consente *ai terzi di partecipare al processo formativo della decisione (proprio in quanto terzi),* benché conferisca *rilevanza alle loro posizioni giuridiche, affidando alla pubblica amministrazione il compito di non pregiudicarle,* in tal senso, CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi coi privati* in *Dir. amm.* 2000, 2, 277.

135 MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, 599. La pacifica indisponibilità dell'oggetto nei procedimenti d'ufficio si ascrive alla circostanza che essi sono preordinati al *continuo e corretto esercizio* della potestà ed al perseguimento di un *interesse pubblico, che deve essere curato in sé, per il fatto stesso che si presenta un'esigenza concreta di cura*; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo* Milano, 2002, 363; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino 2002, 395. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 835 ss. e 1184 ss.. Al *genus* dei procedimenti d'ufficio, l'Autore riconduce i *procedimenti ablatori personali*, con *finalità preventiva, repressiva o direttiva.* Non è, pertanto, condivisibile, stante la patente eterogeneità del contesto, la tesi secondo la quale, sia pure dubitativamente, l'art. 10 *bis* introdurrebbe, *nel procedimento amministrativo,...la comunicazione delle risultanze istruttorie, prevista nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, azionati da alcune Autorità indipendenti.* In tal senso, BOTTINO, *Articolo 10 bis*, cit., 404 ss.

136 CASETTA, *La difficoltà di semplificare,* in *Dir. amm.* 1998, 344, dice della legalità sacrificata all'*ansia di provvedere* e *garantire un risultato*, ad ogni costo, e questa disposizione appare, in tal senso, esemplare di quella *mistica del consenso,* come autoregolamentazione degli interessi, che – come affermava LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in Foro amm. 1997, 11-12, 3303 – ormai pervade, panacea d'ogni disfunzione, tutto il sistema, come se *il ridimensionamento del principio di legalità* potesse, di per sé, *trovare un accettabile compenso in un miglioramento del rapporto costo-ricavi profitto* e come se il valore democratico della legalità e l'efficienza potessero *formar oggetto di uno scambio.* Queste osservazioni sono, nella sostanza, condivise da SCOCA, *Autorità e consenso* in *Dir. amm.* 2002, 3, 431; FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione,* Bari 2000, 167; CANGELLI, *Riflessioni*, cit., 277 ss.; GIACCHETTI, *Morte e trasfigurazione del diritto amministrativo,* in *Cons. Stato,* 1998, II, 120; *IDEM*, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà reale e virtuale* in *Dir. amm.* 1997, 532-3.

137 L'espressione è di BOTTINO, *Articolo 10 bis*, cit. 419 ss., che, per altro, segnala *il rischio...di trasformare la comunicazione dei motivi ostativi... in una sorta di contrattazione del contenuto del provvedimento fina-*

– un modulo di *patteggiamento del diniego*, suscettibile di svalutare, simultaneamente, tanto l'attività provvedimentale, minandone le fondamenta, sin dall'attendibilità e certezza dell'istruttoria, quanto la stessa attività convenzionale, assegnandovi, arbitrariamente, stante il presupposto, una pericolosa logica transattiva, prossima al baratto.

L'acclarata sussistenza di *motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza* e la sua comunicazione, a tutta prima, mi sembra siano circostanze, che, dovrebbero, di per sé, precludere, *rebus sic stantibus*, una negoziazione, che, promettendosi il risultato della sterilizzazione del diniego, ne sancisca, declinando quasi una qualità normale dell'azione, l'opinabilità e la retrattabilità, a richiesta.

Nella logica di un comportamento coerente e prevedibile – salvo che tutto si risolva nella correzione del mero errore materiale, obiettivamente rilevabile – il dissenso del procedente, tal quale in sè considerato, non offre spazi di deroga sostanziale, bensì, al più, una prospettiva di utilizzazione conservativa del procedimento, in vista di un risultato parzialmente o diversamente satisfattivo.[138]

E', tuttavia, evidente che rettifica e conversione non rappresentino, attesa la patente sproporzione del mezzo al risultato, la naturale vocazione, *in mente legis*, della fattispecie, che mira, per contro, al reperimento, *aliunde*, delle ragioni di soddisfacimento della pretesa, in origine azionata dall'istante, considerata la già acclarata incompatibilità della stessa con le risultanze dell'istruttoria esperita.

Per tal via, che l'*interruzione* dei termini di conclusione del procedimento – con fissazione del nuovo *dies a quo*, a far data dalla presentazione delle osservazioni – segni la rinnovazione del medesimo, ovvero l'inizio di un *sub* procedimento non sembra circostanza influente sulla necessità, comunque, di una nuova istruttoria, che, riesamini la fattispecie, sotto il diverso angolo visuale, offerto dai profili di novità che l'istante prospetti.

Orbene, esclusa, per i motivi anzidetti, l'utilizzazione, quanto meno in via prevalente, delle *osservazioni*, per formulare, in ottica contenziosa, censure tendenzialmente improduttive, la sede dovrebbe, piuttosto, essere deputata all'articolazione di *proposte* risolutive, aprendo, così, la fase delle *trattative.*[139]

A questo punto torna utile ritornare alla *comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, per evidenziare il dato ovvio, ma significativo, che, nella valutazione di reiezione, deve considerarsi assorbita – perchè inidonea, insufficiente o inconferente all'esito favorevole – l'ordinaria opzione di corredare il provvedimento di

---

le,...con effetti potenzialmente deflagranti nei confronti di tutta la sistematica dell'atto, concludendo, con la considerazione, cui si aderisce, che non può ritenersi *l'azione amministrativa nei termini di un mero costo economico e sociale, il quale deve necessariamente tradursi nella conclusione di un accordo, che dia un senso...alla spendita di risorse pubbliche...e agli oneri sopportati dai privati.*

138 *La pratica dei procedimenti amministrativi mostra... casi, in cui le amministrazioni dicono al privato, in via breve, che il provvedimento, con il contenuto che è stato richiesto, non si può emanare, ma se ne può emanare un altro, a contenuto diverso o più limitato, per cui lo invitano a presentare una* ***nuova domanda*** *per quest'****altro provvedimento.*** GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., II, 874.

139 FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione* Napoli, 1999.

clausole accidentali, ovvero di imporre, mediante *clausole accessorie*, oneri o prescrizioni aggiunte, senza alterare la tipicità dello stesso.[140]

Ne consegue che le *trattative* – giovandosi, tra l'altro, dell'assoluzione dalla norma previa, assicurata, agli accordi sostitutivi, dalla modifica per sottrazione, apportata al testo dell'art. 11, *legge proc.*[141] – dovrebbero, di necessità, ritenersi abilitate, per il fine del superamento del diniego, cui sono preordinate, ad attingere la soluzione negli spazi innominati della libera disponibilità dell'oggetto.[142]

Invero, se, l'espunzione, dal primo comma dell'art. 11 cit., dell'inciso, *nei casi previsti dalla legge,* perseguiva una liberalizzazione promozionale degli accordi, nella prospettiva di ottenerne deflazione del contenzioso e *rapporti fondati su atti condivisi, dotati di stabilità,*[143] l'obiettivo appare frustrato dalla disposizione, introdotta al successivo comma 4-bis.

La prescrizione di una previa *determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento* non modifica, sostanzialmente, la natura provvedimentale della fattispecie.

Tuttavia, potrebbe auspicarsi che la *delegificazione* dell'accordo, lungi dal mandare assolta la soluzione convenzionale dall'osservanza di legalità e tipicità, sia intesa – quanto meno tendenzialmente – ad assegnare, alla scelta del mezzo ed alla determinazione dei limiti del contenuto negoziabile, un parametro decisionale di livello diverso, mediante interposizione di una statuizione di autolimite, che, affatto estranea alla logica dualistica

---

140 Il concetto di *tipicità*, che s'utilizza, è quello che *attiene ad una connessione tra elementi e, soprattutto, agli effetti,* sicché *la clausola…è apponibile sempre che essa non produca un effetto per ottenere il quale occorre un altro provvedimento apposito.* GIANNINI, *Diritto amministrativo,*cit., I, 552 ss.; CASETTA, *Manuale,* cit. 462 ss.; VILLATA, *L'atto amministrativo* in MAZZAROLLI e PERICU (a cura di) *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, I, 790 ss.

141 GRECO, *Commento all'art. 11* in *L'azione amministrativa,* cit., 430 ss.. La generalizzazione dell'atipicità dell'accordo non ha introdotto deroga alcuna alla tipicità della potestà, sicché non sarebbe, comunque, legittimo assicurare – in deroga *alla disciplina propria del potere* ed al principio di legalità – un trattamento più vantaggioso al contraente. Tuttavia, ciò non impedirebbe, secondo l'Autore, di *pattuire…clausole più onerose, ancorché non previste*, accettate dal contraente, nella sua facoltà di disposizione, per il fine del conseguimento del bene. SCOCA, *Autorità e consenso,* cit., 455, sembra, invece, osservare linea di maggior prudenza, affermando che *in generale…l'ambito effettivo della negoziabilità dell'assetto degli interessi…si mostra fortemente limitato, come conseguenza naturale della funzionalizzazione del potere al perseguimento dell' interesse pubblico.*

142 TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi* in *giustamm.it.,* 2005. L'Autore – alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma anche della Corte Costituzionale – esprime condivisibili perplessità sulla compatibilità con il diritto comunitario della disciplina degli accordi *ex* art. 11 e su analoghi istituti: *la complessità delle istanze proprie dello Stato sociale, anche nella dimensione comunitaria, comporta una configurazione del rapporto autorità-libertà non riducibile ad una dialettica binaria.* CANGELLI, *Riflessioni,* cit., 290, ove s'evidenzia che la tutela del terzo – che si traduce, per altro profilo, nell'obbligo di motivare la scelta discrezionale del mezzo – non risulterebbe soddisfatta, quanto ai contenuti, se si consentisse di *surrogare le ragioni di garanzia, cui si ispira il principio di tipicità, con il consenso della controparte*.

143 CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – 2. puntata* in *giustamm.it.,* 2005.

tradizionale (concessione-contratto), sia posta *a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.*[144]

Un'Amministrazione trasparente – per il fine di conformare l'agire discrezionale a *ragionevolezza* e *prevedibilità* – dovrebbe, di norma, provvedere alla preventiva determinazione ed all'idonea comunicazione dei *criteri valutativi*, di cui intende avvalersi, nella decisione, tutte le volte che i parametri decisionali, prefissati legislativamente, siano solo o troppo generici, ovvero manchino del tutto.[145]

La circostanza che il Legislatore non possa dettare una disciplina dettagliata, in ordine ad ogni espressione della potestà amministrativa, è dato di risalente e condivisa percezione, che fornisce pacifica causa e fondamento ad un'attività di integrazione, che muova in un ambito, sostanzialmente attuativo, di conformità allo *spirito* ed ai caratteri del modello normativo di riferimento.

Tuttavia, ciò che, in quest'ottica, emerge come limite oggettivo di normazione della legge, per contro, si pone, positivamente, come carattere proprio e necessario della produzione legislativa, in un sistema, che, conformato al *principio di sussidiarietà*, privilegia i profili di autonomia valutativa della discrezionalità amministrativa.

Un elevato grado di indeterminatezza del precetto è, difatti, qualità connaturata all'operatività del principio medesimo, che apre ampi spazi alla differenziazione dei contenuti della scelta discrezionale, favorendone la diffusione d'imputazione soggettiva e, soprattutto, affidandovi una potenziale dimensione di specificità singolare degli interessi considerati.

Ed, in questo contesto, ulteriori e significative prospettive si dischiudono alla funzione di autolimite, cioè all'esercizio di quella forma di discrezionalità *regolamentata* – *tertium genus*, distinto dalla discrezionalità vincolata e libera – che è governata dai crite-

144 In tal senso, URBANI, *Pianificare per accordi, Profili giuridici*. Relazione al *Seminario INU Lombardia "Pianificare per accordi. Finalità, problemi, esempi"* 2005, in *www.pausania.it.*, 26.05.2005, che evidenzia l'inammissibilità di *una logica di urbanistica contrattata di puro scambio tra beni immateriali (diritti edificatori) e prestazioni onerose a carico del privato.* Gli *accordi premiali, di scambio, ad evidenza pubblica... in funzione della variazione del piano,* non possono realizzare un'alternativa abdicativa al potere discrezionale di pianificazione, ma vanno definiti *alla stregua delle norme dettate per l'esercizio del potere,* che ne determinano preventivamente le condizioni di ammissibilità, come, ad esempio, *ambiti di trasformazione, oggetto di possibili variazioni di piano, nei quali siano già fissate le condizioni di riconversione urbana e...*(le) *opere pubbliche necessarie a coprire quel territorio di dotazioni territoriali.* In senso conforme, TRAVI, *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore e oneri esorbitanti* in *Foro italiano,* 2002, V, 274; CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche* e ROMANO TASSONE, *Modelli di pianificazione urbanistica e pluralità di fonti del diritto*, in PUGLIESE, FERRARI (a cura di) *Presente e futuro della pianificazione urbanistica,* Milano 1999; BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico,* Milano 1996.

145 POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale* Napoli 1998; VIPIANA, *L'autolimite della pubblica amministrazione* Milano 1990; VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione dell'imparzialità amministrativa* in *Studi Scaduto*, Padova 1970, V, 170 ; PISCIOTTA, *I criteri applicativi dell'azione amministrativa* in *T.A.R.* 2000, II, 187. CANNADA BARTOLE, *Nota a T.A.R. Piemonte, II, n. 277 / 1986* in *Foro amm.* 1986, 2479.

ri e dai parametri di riferimento, preventivamente determinati dalla stessa Amministrazione procedente.[146]

Questa funzione, ascritta alla generale potestà di organizzazione della pubblica amministrazione, si esprime nella *capacità di emanare norme giuridiche* di indirizzo e nella conseguente *soggezione ad una disciplina normativa autoprodotta.*

Il fondamento giuridico dell'autolimite, che, in una col suo carattere vincolante, sembra possa, a tutta prima, reperirsi nell'esigenza di uniformità di trattamento – e, dunque, nel principio d'eguaglianza – appare, tuttavia, meglio definito nel contenuto, *più pregnante e ricco di significati*, dell'imparzialità, che, intesa come *obbligo di ponderare tutti gli interessi coinvolti*, offre, *altresì*, una chiave di lettura procedimentalizzata dell'istituto.[147]

Sotto quest'angolo visuale, è, difatti, più agevole cogliere, nel paradigma procedimentale della potestà discrezionale, l'autonomia prodromica del momento generale ed astratto della *prefissione* e della *pubblicizzazione del limite interno*, rispetto al momento susseguente del puntuale *provvedere in concreto*, nella prospettiva di effettiva aderenza dell'azione alla peculiarità ed alla dinamica del rapporto, oggetto di disciplina.[148]

La funzione, in discorso, non si risolve, infatti, nell'integrale consumazione degli ambiti dati di discrezionalità né, tanto meno, nella definitiva ed inderogabile rinuncia preventiva al suo esercizio, qui il concetto di limite non opera cioè come *self-restrain*, nel senso negativo del trattenersi dal fare, sul piano sostanziale, bensì in quello positivo del *self-organizing* delle modalità di esercizio della funzione che lascia integro lo spazio optativo della decisione del caso.

La predeterminazione di parametri e criteri di giudizio non costituisce un'alternativa assorbente dell'ulteriore attività istruttoria e di valutazione comparativa, che, per contro, non può, in ogni caso, essere pretermessa, in ragione degli stessi profili di peculiarità e di concretezza, in sè inerenti alla disciplina del caso di specie.

L'autolimite scandisce, invece, l'esercizio del potere discrezionale in un modulo, che individua *livelli concentrici e non sequenziali di scelta,* concettualmente separati, ma funzionalmente collegati – anche nelle ipotesi di espressa previsione legislativa – da un *filtro ermeneutico*, che, lungi dai rigidi automatismi applicativi della *par condicio*, preserva, in ogni caso, gli intangibili contenuti di ponderazione e, dunque, di elasticità/adeguatezza della decisione.

La *previa elaborazione di criteri direttivi* – prescritta dalla legge per le procedure concorsuali di scelta del contraente o di copertura di posti di pubblico impiego – è ritenuta, in giurisprudenza, altresì obbligatoria, in fattispecie – analoghe a quella descritta dall'art. 12 (*Regolamentazione delle sovvenzioni*), L. n. 241/1990 cit. – per la disciplina delle quali,

146 VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento* in *Scritti Giannini*, Milano, 1988, I, 585.; BORGONOVO, *Autorizzazioni commerciali; la predeterminazione dei criteri, in mora dei piani commerciali* in *Le Regioni* 1982, 265.

147 VIPIANA, *L'autolimite* cit., 143.

148 PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità* in F*oro amm.* 1987, II, 3165 assegna al *momento della predeterminazione degli indirizzi e dei criteri decisionali* assoluta priorità nella sequenza delle operazioni logiche che compongono il farsi della discrezionalità.

sussistendo un'insufficienza di risorse o, in genere, di disponibilità, rispetto alle istanze dei richiedenti e ai bisogni dei potenziali beneficiari, occorre stabilire una graduazione.[149]

Al medesimo ordine concettuale sono state ricondotte – per altro, in pronunce anteriori alla *Legge proc.* – anche fattispecie, che coinvolgano, simultaneamente, *una pluralità di interessi pubblici e privati, un numero particolarmente elevato di potenziali destinatari, una vasta gamma di situazioni a carattere locale, sì da imporre un'operazione di reductio ad unitatem.*[150]

L'opportunità di dotarsi, in via preliminare, di una regola di decisione è, qui, volta a scongiurare il pericolo che *la scelta discrezionale si risolva in arbitrio, sotto la spinta disorganica e non coordinata dell'una o dell'altra istanza settoriale.*

Tuttavia, al di fuori dei casi di prefissione obbligatoria dei parametri della decisione, può ritenersi che non sia precluso ed, anzi, auspicabile che l'Amministrazione stabilisca, di autovincolarsi, tutte le volte che, senza inutile aggravio del procedimento, ritenga un'esigenza prioritaria di trasparenza, di uniformità di trattamento e di speditezza dell'azione.

Del resto, l'art. 7, IV co., della L. n. 142/1990 cit. – ora, art. 10, II co., del D.lg.vo n. 267/2000 cit. – assegna al cittadino, espressamente, la facoltà di conoscere, oltre che lo stato degli atti e delle procedure, i *criteri di priorità*, osservati dalla P.A. nell'esame delle domande, valorizzando, così, implicitamente, l'istanza di predeterminazione dei criteri valutativi.

In conclusione, se tutto quanto precede ha un senso e un fondamento e se, a dispetto d'ogni possibile riserva e perplessità, questo è il modello, disegnato dall'art. 10 *bis* della *legge proc.*, non resta che condividere l'opinione di chi, allegando anche la testuale prossimità ai moduli convenzionali del successivo art. 11 cit., rivendica l'appartenenza della *comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza* alla fase decisoria.[151]

149 MIELE, *Commento all'art.12* in *L'azione amministrativa* cit. 436 ss.

150 SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale* in *Dir. proc. amm.* 1984, 437, che, tra l'altro, propone una *scansione procedimentale* dell'imparzialità, individuando, distintamente, il momento dell'*orientamento del potere discrezionale* e quello *della coerente applicazione... nell'atto finale.*

151 MASTRODONATO, *La motivazione del provvedimento nella riforma del 2005*, in *www.lexitalia.it,* 2005, 6, 4.

O Princípio da Participação na União Europeia: O Direito Administrativo Comunitário em Busca de uma Legitimidade Renovada

*Rafael Carvalho Rezende Oliveira**

Introdução. 1. Evolução e transformações do Direito Administrativo: da imposição ao consenso administrativo. 2. Estrutura político-administrativa da União Europeia: o nascimento do Direito Administrativo Comunitário. 3. Constitucionalização do Direito Administrativo e a normatividade dos princípios constitucionais. 3.1. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do ordenamento jurídico. 3.2. A constitucionalização do Direito Administrativo. 4. Princípio da participação administrativa no Estado Democrático de Direito: fundamentos filosóficos e jurídicos. 4.1. Contornos filosóficos da participação na administração pública. 4.2. Contornos jurídicos da participação na Administração Pública. 4.3. A participação administrativa no ordenamento jurídico brasileiro e no MERCOSUL. 5. A participação administrativa na União Europeia. Conclusão.

Introdução

A rapidez e a profundidade das transformações sociais têm exigido dos juristas um importante esforço interpretativo para adequar o direito à nova dinâmica social. A celeridade do mundo atual, especialmente no campo da economia e da comunicação, e as relevantes mudanças na forma de se conceber o Estado exigem uma adequação da legislação, bem como uma releitura de institutos jurídicos clássicos de forma a adequá-los à nova realidade de um mundo globalizado.

O Direito Administrativo não é indiferente a essa evolução e talvez possa se dizer que é um dos ramos do Direito que depende com mais intensidade de uma adaptação (ou uma releitura) ao mundo moderno. Concebido originariamente na França como forma de regular a tensão entre autoridade (do Estado) e liberdade (dos administrados), este ramo do Direito depende atualmente de uma releitura de forma a compatibilizá-lo ao modelo de Estado então vigente (Estado pós-social ou neoliberal). É preciso superar a denominada "*crise do Direito Administrativo*".[1]

Um importante fator de mudança do Direito Administrativo é, sem dúvida alguma, o fenômeno da globalização, com a formação de mercados comuns. Nesse contexto, surge a União Européia, considerada modelo referencial de união econômica, política e jurídica.

A evolução dos modelos de Estado e a consagração do Estado Democrático de Direito acarretam a necessidade de efetivação de instrumentos democráticos que permitam reforçar a legitimidade da atuação administrativa, como forma de se tentar resolver a insuficiência do modelo de democracia representativa, típico do Estado Liberal de Direito.

---

* Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Professor de Direito Administrativo da EMERJ, do PRAETORIUM e do Curso FORUM. Professor dos cursos de Pós-graduação da FGV, PUC-RJ e Cândido Mendes.

1 RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 33.

Dentre os instrumentos de reforço da legitimidade democrática do Estado, destaca-se a participação dos administrados na gestão administrativa.

O presente trabalho pretende analisar os fundamentos teóricos da participação administrativa, bem como analisar a sua previsão no âmbito da União Europeia.

1. Evolução e transformações do Direito Administrativo: da imposição ao consenso administrativo

O Direito Administrativo, cunhado sob os ventos liberais da Revolução Francesa de 1789, deve ser reinterpretado para se adequar à realidade atual.

A criação do Estado de Direito estava calcada sob dois princípios básicos: legalidade e separação de poderes. A idéia do princípio da legalidade significava a submissão do Estado ao Direito (lei como expressão da vontade geral), deixando de lado a fase de irresponsabilidade do Estado, típica do Estado de Polícia, refletida pela célebre frase "*the king can do no wrong*". De outro lado, o princípio da separação de poderes (*rectius*: funções) deixava clara a necessidade de limitação do próprio poder do Estado.[2]

A dicotomia entre direito público e direito privado surge representada pela contraposição entre a Constituição, responsável pela divisão de funções do Estado e pela limitação do poder, e o Código Civil, que pretendia regular todas as relações econômicas entre particulares.

Durante o período de liberalismo econômico, o Estado (Liberal) era marcantemente abstencionista, preocupando-se em manter a liberdade (autonomia da vontade) dos indivíduos. Durante o período das codificações do século XIX, orientadas pela maré do pensamento positivista, os princípios jurídicos foram tratados pelos Códigos como fonte normativa subsidiária.

A evolução do Estado, todavia, demonstrou a necessidade do Poder Público intervir nas relações econômicas e sociais, através da imposição de normas de ordem pública, com o intuito de afastar a desigualdade social gerada pelo abstencionismo do Estado Liberal.

Com o surgimento do Estado Social de direito (*Welfare State*), a intervenção estatal na economia e nas relações sociais ganhou força, minimizando algumas mazelas da época liberal. A ampliação dos serviços públicos exigiu que o Poder Público se tornasse ágil e eficiente, fazendo-o adotar modelos e instituições típicas do cardápio do Direito Privado.

Maria João Estorninho afirma que uma consequência fundamental do alargamento das atividades estatais durante o Estado Social é o fato da Administração Pública "*passar a utilizar o meio de atuação mais típico do Direito Privado, o contrato*".[3] A partir deste momento, mais que uma simples mudança do instrumento de atuação estatal (contrato administrativo ao invés

2 É importante frisar que, em momento histórico precedente, já existiam documentos jurídicos de limitação do poder estatal como, por exemplo, a Magna carta de João Sem Terra de 1215. Não obstante isso, a sistematização dessas limitações estatais vai ser efetivada após as Revoluções francesa e norte-americana. Neste sentido: TÁCITO, Caio. "Poder de Polícia e Polícia do Poder". In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, 1º volume, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 546.

3 ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 42.

do ato administrativo), há uma efetiva alteração de mentalidade da Administração Pública que, deixando de lado o seu caráter autoritário, passa a adotar mecanismos de consenso.[4]

Nesse período, denominado por Fritz Fleiner como "*a fuga para o direito privado*",[5] o Estado, ao lado do fenômeno da contratualização da sua atuação, passou a constituir, através da técnica de descentralização, pessoas jurídicas de direito privado para a execução de serviços que antes eram delegados a particulares.

Instaurada a crise do Estado Social,[6] notadamente após os dois choques do petróleo na década de 70, ocorre, nas palavras de Caio Tácito, o "*retorno do pêndulo*",[7] ou seja, o Estado devolve aos particulares diversas tarefas, especialmente as de caráter econômico (diversas empresas públicas e sociedades de economia mista demonstraram-se ineficientes), e entrega, inclusive, tarefas que, até então, eram exclusivamente desempenhadas pelo Poder Público.

No estágio atual da evolução do direito, percebe-se um crescente abrandamento da dicotomia entre o campo público e privado, especialmente após o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais.

A Constituição, mais que eficaz, deve ser efetiva. Para tanto, deve-se interpretar e aplicar toda a legislação segundo as normas constitucionais vigentes. Percebe-se, atualmente, uma verdadeira constitucionalização do direito privado, não só pela previsão expressa no texto da Lei Maior de determinados institutos jurídicos (*v.g.*, família, propriedade, etc.), mas também pela releitura deste ramo do direito com base nos princípios constitucionais.

A mudança, destarte, não é apenas topográfica, mas essencialmente de mentalidade. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em especial, representa verdadeiramente o novo vetor axiológico de todo o Direito. Com relação ao Direito Civil, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk afirmam categoricamente:

> Os três pilares de base do Direito Privado – propriedade, família e contrato – recebem uma nova releitura, que altera suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa.[8]

---

4 Nas palavras da professora Maria João Estorninho: "Trata-se de uma forma de administração nova, 'negociada ou contratual', em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública". ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 44.

5 Ver ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 11. Merece registro o comentário crítico desta expressão elaborado por Almiro do Couto e Silva: "(...) pode-se dizer que não era, portanto, privatização do público, mas sim publicização do privado, tendo em vista, também, que muitos dos serviços prestados pelo Estado, sob a nova roupagem, possuíam natureza industrial e comercial". COUTO E SILVA, Almiro do. "Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas". In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 209, 1997, p. 58.

6 O Estado Social, em que pese os diversos avanços sociais, demonstrou-se incapaz de atender às inúmeras tarefas que passaram a lhe ser afetas. A Administração Pública burocrática necessitava de agilidade e eficiência.

7 TÁCITO, Caio. "O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro". In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 202, 1-10.

8 FACHIN, Luiz Edson; e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. "Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99.

A crescente aproximação entre as esferas pública e privada pode ser descrita, segundo Sérvulo Corrêa, como a "*privatização do direito público e publicização do direito privado*".[9]

Com o advento do Estado Democrático do Direito e a consagração de princípios e valores contrapostos (sociedade pluralista), a atuação administrativa deixa de ser preponderantemente imperativa e passa a ser cada vez mais consensual.

A legitimidade do Direito Administrativo, nesse novo contexto histórico, deve ser revigorada pela participação do cidadão na Administração Pública. Com a constitucionalização do Direito, em especial do Direito Administrativo, a satisfação dos diversificados interesses previstos no texto constitucional depende da ponderação, instrumentalizada por um processo argumentativo com a participação dos potenciais destinatários da atuação administrativa.

2. Estrutura político-administrativa da União Europeia: o nascimento do Direito Administrativo Comunitário

Consoante adiantado na parte introdutória deste trabalho, a globalização (ou mundialização) e o surgimento de entidades ou comunidades supraestatais são responsáveis, ao lado de outros fatores que não convém aqui recordar, pela denominada "*crise do Estado*".[10] Nas palavras de Sabino Cassese: "*De la manera en que presenta hoy, la 'crisis del Estado' involucra la pérdida de unidad del mayor poder público, internamente, y la pérdida de soberanía en relación con el exterior.*"[11]

Os modelos clássicos de compreensão das relações entre Estados não respondem hoje aos novos institutos e fisionomias internacionais. A perda da unidade dos Estados (surgimento de autoridades independentes) e de sua soberania econômica (regras estatais vêm sendo substituídas por regulações bilaterais, multilaterais e supranacionais) acarreta a construção de ordenamentos supranacionais que são constituídos em rede.[12]

Oriol Mir Puigpelat, ao analisar os efeitos da globalização econômica, constata que o Estado-nação está perdendo o seu tradicional poder de decisão política e regulação jurídica em favor dos sujeitos supraestatais, seja de caráter privado (grandes empresas transnacionais), seja de caráter público (organizações internacionais ou supranacionais).[13] Nesse

9 CORRÊA, Sérvulo. "Fundações e Associações de direito privado". In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Coimbra: Coimbra, 2001, pp. 301 e 302. No Brasil, podem ser citados como exemplos de "privatização" do direito público a existência de entidades integrantes da Administração Pública Indireta revestidas de formas jurídicas privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas); a delegação de serviços públicos a entidades privadas; a criação das denominadas Organizações Sociais e Organizações da sociedade civil de interesse público; a participação dos cidadãos na Administração Pública; etc. De outro lado, a "publicização" do direito privado é indicada pelo dirigismo contratual imposto para determinadas relações jurídicas (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações, etc.) e pela própria "socialidade" norteadora do Novo Código Civil (função social do contrato e da propriedade; natureza social da posse etc.).

10 CASSESE, Sabino. *La crisis del estado*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

11 CASSESE, Sabino. *Op. cit.*, p. 32.

12 Idem, ibidem, p. 49.

13 PUIGPELAT, Oriol Mir. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 38.

sentido, pode-se dizer que "*el Derecho, en general, y el Derecho Administrativo, en particular, provienen cada vez menos del Estado-nación*".[14]

Essa tendência de cooperação internacional faz eclodir, na segunda metade do século XX, uma série de poderes públicos supranacionais ou regionais, com destaque especial para a União Europeia.

A União Europeia, entendida como a organização composta mais desenvolvida da atualidade,[15] contém em sua estrutura político-administrativa os seguintes órgãos institucionais: Parlamento Europeu, Conselho Europeu, Conselho de Ministros, Comissão Europeia e Tribunal de Justiça.[16]

O Parlamento Europeu, juntamente com o Conselho de Ministros, exerce a função legislativa e orçamentária, cabendo-lhe inclusive a eleição do Presidente da Comissão Europeia.[17]

Por sua vez, o Conselho Europeu estabelece as prioridades políticas da União Europeia e pronuncia-se, em regra, por consenso. O Presidente do Conselho representa a União nas relações exteriores.[18]

A Comissão Europeia possui função tipicamente executiva e promove o interesse geral europeu. Em regra, os atos legislativos da União são de iniciativa da Comissão.[19]

Por fim, o Tribunal de Justiça, que inclui o Tribunal de Justiça Europeu, o Tribunal de Grande Instância e tribunais especializados, é o responsável pelo exercício da jurisdição no âmbito da União Europeia.[20]

No âmbito da União Europeia surge o denominado Direito Comunitário ou Direito da União Europeia que regula as relações desenvolvidas no espaço desse "*conjunto de organizações criadas entre os países da Europa Ocidental com a finalidade de articular mecanismos de cooperação econômica, política e social que levem a uma progressiva integração destes países*".[21] Atualmente, portanto, ao lado dos ordenamento estatais europeus, vige o ordenamento comunitário.

Fausto de Quadros, na célebre aula proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 27 de novembro de 1998, afirmou com precisão que "*o Direito da Comunidade Europeia é, na sua essência, Direito Administrativo, e, de modo especial, Direito*

14 PUIGPELAT, Oriol Mir. *Op. cit.*, p. 59.
15 CASSESE, Sabino. *Op. cit.*, p. 97.
16 Art. I-19º do Tratado que estabelece a Constituição Europeia.Fonte: http://europa.eu.int/index_pt.htm, acessado em 20/12/05.
17 Art. I-20º do Tratado que estabelece a Constituição Europeia.Fonte: http://europa.eu.int/index_pt.htm, acessado em 20/12/05.
18 Art. I-21 e segs. do Tratado que estabelece a Constituição Europeia. Fonte: http://europa.eu.int/index_pt.htm, acessado em 20/12/05.
19 Art. I-26º e segs. do Tratado que estabelece a Constituição Europeia.Fonte: http://europa.eu.int/index_pt.htm, acessado em 20/12/05.
20 Art. I-29º do Tratado que estabelece a Constituição Europeia.Fonte: http://europa.eu.int/index_pt.htm, acessado em 20/12/05.
21 VIEIRA, José Ribas (org.). *A Constituição Européia: o projeto de uma nova teoria constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 88.

Administrativo da Economia." Essa relação é tão estreita que hoje fala-se na existência de um verdadeiro "*Direito Administrativo Europeu ou Direito Administrativo Comunitário*".[22]

Com efeito, a Ordem Jurídica das Comunidades Europeias nasceu essencialmente do Direito Administrativo dos Estados europeus, sob influência marcante dos ordenamentos jurídico-administrativos da França e da Alemanha e, posteriormente, da Itália e Reino Unido.

Se, no início, os ordenamentos administrativos nacionais contribuíram decisivamente para a formação do Direito Comunitário, mais tarde, o Direito Comunitário passou a contribuir para o desenvolvimento daqueles ordenamentos. Há, hoje, uma verdadeira "'*reconstrução' ou 'reelaboração' dos Direitos Administrativos nacionais*", aproximando as ordens jurídicas de matriz românica com as da *common law*.[23]

Registre-se que não há uma uniformidade de entendimento quanto ao conceito de Direito Administrativo Comunitário, apontando a doutrina vários sentidos diferentes para esse termo. Não obstante isso, Fausto de Quadros, deixando de lado as concepções estáticas sobre o Direito Administrativo Comunitário, adota uma visão dinâmica, segundo a qual o Direito Comunitário penetra diretamente no Direito Administrativo nacional, modificando-o decisivamente. Em conseqüência, pode-se falar na "*europeização do Direito Administrativo nacional*" ou em "*Direito Administrativo comunitarizado*".[24]

Nesse contexto de influências recíprocas entre os ordenamentos nacionais e o comunitário, os princípios gerais de Direito, inclusive os princípios gerais de Direito Administrativo, desempenham um papel importantíssimo na jurisprudência comunitária. Os diferentes ordenamentos dos Estados nacionais europeus encontram-se ligados por pontos comuns consagrados ou revelados nesses princípios gerais de Direito, que darão unidade na diversidade. Nas palavras de Fausto de Quadros, esses princípios representam o "*repositório dos valores que constituem o patrimônio jurídico comum da União Europeia*".[25]

Dentre os diversos princípios gerais de Direito Administrativo que têm assumido maior relevância para os ordenamentos nacionais, depois de reelaborados pelo Direito Comunitário, destaca-se o princípio da participação que será abordado adiante.

3. Constitucionalização do Direito Administrativo e a normatividade dos princípios constitucionais

3.1. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do ordenamento jurídico

As transformações ocorridas no seio do Estado, citadas anteriormente, estão intimamente ligadas às alterações do constitucionalismo nos últimos anos, notadamente após a II Guerra Mundial, quando o Direito foi usado como instrumento legitimador de práticas

22 QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do Direito Administrativo: o Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 11 e 21.
23 QUADROS, Fausto de. *Op. cit.*, p. 19.
24 QUADROS, Fausto de. *Op. cit.*, pp. 26-27.
25 *Ibidem*, p. 20.

autoritárias. A passagem do "Estado Legislativo" para o "Estado Constitucional",[26] consagrado pelas Constituições Europeias do pós-guerra, representa, sobretudo, uma nova forma de pensar o Direito.

A aproximação entre o Direito e a moral,[27] entre o Direito Constitucional e a Filosofia do Direito,[28] dentre outras transformações do constitucionalismo, são estudadas, hodiernamente, pelo denominado "neoconstitucionalismo" que, não obstante a ausência de um sentido unívoco,[29] pode ser compreendido como "*não positivismo principialista*",[30] superador, como visto, da célebre divisão jusfilosófica entre o jusnaturalismo e o positivismo.

Dentre as diversas acepções do neoconstitucionalismo,[31] verifica-se que o ponto central desta nova forma de pensar o Direito encontra-se na idéia da constitucionalização do ordenamento jurídico,[32] compreendida como a transformação do ordenamento jurídico, que passa a ser impregnado pelas normas constitucionais, dotadas de superioridade hierárquica.[33]

É importante ressaltar que a constitucionalização do ordenamento jurídico não significa apenas a introdução de uma Constituição em determinado ordenamento jurídico ou a verificação da adequação formal (estática) da legislação infraconstitucional às normas constitucionais, mas sim da tendência dinâmica de descrição do processo de transformação do ordenamento jurídico à luz da Constituição.[34]

---

26 Sobre a evolução do Estado de Direito, vide: FERRAJOLI, Luigi "Pasado y futuro Del Estado de Derecho". In: *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed., editorial Trotta, 2005.

27 Neste sentido: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The moral reading of the American Constitution.* Cambridge, Harvard University Press, 1996.

28 Nas palavras de Alfonso Garcia Figueroa, existem cada vez mais "filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho". GARCIA FIGUEROA, Alfonso. "La teoria del Derecho en tiempos de constitucionalismo". In: *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed., editorial Trotta, 2005, p. 161.

29 A expressão "neoconstitucionalismo" não possui um significado unívoco. Alguns autores abordam o neoconstitucionalismo como um forma de superar a célebre dicotomia jusnaturalismo e positivismo, através da aproximação entre direito e moral. Outros encaram o neoconstitucionalismo como um positivismo renovado (neopositivismo). A tendência doutrinária que prevalece, no entanto, é a primeira concepção. Para uma análise detalhada desse debate, vide: *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed., editorial Trotta, 2005.

30 GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.*, p. 179.

31 Paolo Comanducci, utilizando-se da consagrada distinção de tipos de positivismo de Noberto Bobbio, aponta três espécies de neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico. Vide: COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". In *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed., editorial Trotta, 2005, pp. 82 e segs.

32 GUASTINI, Ricardo. "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano". In *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed., editorial Trotta, 2005, p. 49. Vide, ainda, o nosso trabalho: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, "Neoconstitucionalismo: constitucionalização do ordenamento jurídico e a releitura do princípio da legalidade administrativa". In: *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*, Org.: José Ribas Vieira, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

33 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, trad: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

34 Segundo Ricardo Guastini: "Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales." GUASTINI, Ricardo. *Op. cit.*, p. 49.

A constitucionalização do ordenamento jurídico, segundo Ricardo Guastini,[35] depende da satisfação de uma série de condições, apontadas exemplificadamente pelo autor: a) Constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição (controle de constitucionalidade das leis); c) força vinculante da Constituição (a Constituição é encarada como norma jurídica e não apenas como mera declaração programática); d) "sobreinterpretação" da Constituição (os princípios constitucionais, ao invés de normas – *rectius*: regras – precisas, permite solucionar todas as controvérsias porventura existentes); e) aplicação direta das normas constitucionais (*Drittwirkung*); f) interpretação conforme da legislação ordinária; e g) influência da Constituição sobre as relações políticas.

Alfonso Garcia Figueroa destaca três aspectos implícitos no referido processo de constitucionalização: o aspecto material, o estrutural-funcional e o político.[36]

O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na aproximação da moral ao Direito. Há uma tendência entre os juristas de adoção de uma visão não positivista do Direito.

Quanto ao aspecto estrutural-funcional, o fenômeno da constitucionalização acarreta a alteração da estrutura das normas constitucionais. As Constituições procuram se valer, cada vez mais, dos princípios como forma de amoldar nos seus textos interesses conflitantes existentes em uma sociedade pluralista.[37]

Os princípios constitucionais permitem uma expansão da incidência da Constituição, uma vez que os seus comandos normativos são abertos e imprecisos (trata-se da "sobreinterpretação" da Constituição citada por Ricardo Guastini).

De outro lado, os princípios constitucionais são aplicados de forma distinta das regras. A aplicação oitocentista (positivista) das regras jurídicas, por meio de um processo lógico-formal de subsunção, não é adequada à nova estrutura principiológica das atuais Constituições.[38] Surge a necessidade de aplicação da ponderação aos conflitos entre princípios constitucionais.

O terceiro aspecto (político), mencionado por Alfonso Garcia Figueroa, consiste no deslocamento do protagonismo do Legislativo para o Judiciário. Os princípios constitucionais ampliam a margem de discricionariedade judicial.

---

35 GUASTINI, Ricardo. *Op. cit.*, pp. 49-73

36 FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Op. cit.*, pp. 164 e ss.

37 Frise-se, neste ponto, que a juridicidade dos princípios constitucionais, segundo o ilustre professor Paulo Bonavides, passou por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na fase jusnaturalista, os princípios possuíam apenas dimensão ético-valorativa, sem qualquer normatividade, constituindo-se em "axiomas jurídicos" encontrados no Direito Natural. Na fase positivista, os princípios ingressam nos Códigos como fonte normativa subsidiária. Por fim, com a ascensão do pós-positivismo, foi reconhecida a normatividade dos princípios e estes passaram a ser considerados um "pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional, Malheiros*, 13ª ed., 2003, pp. 259 e segs.

38 As regras, na concepção de Ronald Dworkin, seriam aplicadas segundo o critério do "all-or-nothing", enquanto a aplicação dos princípios admite gradações ("dimension of wheght"). DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 24 e ss. Segundo Robert Alexy, os princípios seriam "*mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas." ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Centro de Estúdios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86.

Pode-se afirmar, por derradeiro, que a constitucionalização do ordenamento jurídico obriga o operador do Direito a interpretar a legislação à luz da Constituição. Este fenômeno, segundo Paulo Ricardo Schier, é denominado de "filtragem constitucional".

> 'Filtragem Constitucional' (...) denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.[39]

O processo de constitucionalização, na lição de Louis Favoreu, acarreta dois efeitos importantes: a) unificação da ordem jurídica (a Constituição torna-se o fundamento de validade dos diversos ramos do Direito e a dicotomia entre direito público e privado é relativizada[40]) e b) simplificação da ordem jurídica (a lei deixa de exercer o papel central e a Constituição passa a ser a "norma de referência" do ordenamento jurídico).[41]

3.2. A constitucionalização do Direito Administrativo

Como se viu anteriormente, o ordenamento jurídico passa por um processo de constitucionalização. O Direito Administrativo, assim como todos os demais ramos do Direito, necessita de uma roupagem nova à luz do Estado Democrático de Direito.

A concepção liberal do Direito Administrativo, cunhada sob os ideais da burguesia, que pregava a separação absoluta entre o estado e a sociedade,[42] cede lugar para o ideal democrático das sociedades plurais contemporâneas, em que a atuação da Administração Pública deve não só respeitar, como também promover os direitos e valores constitucionais através de procedimentos abertos à participação dos cidadãos.

Por esta razão que Jean Rivero fala em "*crise do Direito Administrativo*":

> (...) é por demais evidente que o direito administrativo está hoje em plena crise. Muitas noções fundamentais elaboradas no quadro do Estado liberal, já não dão

39 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104, nota 5.

40 Na lição de Teresa Negreiros: "Fica claro, portanto, que num sistema de proeminência da dignidade da pessoa humana perde eficácia legitimante a oposição entre o público e o privado, já que, contrariamente ao que preside a uma relação dicotômica, o uso axiológico destas duas esferas não mais admite a sua conceituação como esferas reciprocamente exclusivas e impermeáveis". NEGREIROS, Teresa. "A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios". In *Teoria dos direitos fundamentais*, Ricardo Lobo Torres (org.), 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 370

41 Louis Favoreu, "la constitutionnalisation du droit" in Jean-Bernard Auby et al., L'unité du droit: mélange en hommage à Roland Drago, Paris, Econômica, 1996 *apud* AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações privadas*, Malheiros, 2005, p. 49.

42 Essa é a constatação da professora Maria João Estorninho: "Este nascimento do Direito Administrativo insere-se perfeitamente no contexto da 'visão liberal do mundo', assente na separação entre o Estado e a Sociedade, por forma a garantir a propriedade e a intimidade, valores fundamentais que o liberalismo procura preservar a todo o custo." ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, 1999, p. 31.

> conta das formas tomadas pela actividade administrativa. As novas tarefas que assume – planificação económica, gestão de um sector industrial extenso, organização do território, urbanismo, animação cultural, protecção social, luta contra a poluição, procura de uma melhor 'qualidade de vida' – não podem acomodar-se às estruturas nem aos métodos tradicionais.[43]

O Direito Administrativo passa por profundas transformações, geradas pela evolução da sociedade e do próprio Estado. Em tempos de globalização, as noções e instituições administrativas oitocentistas precisam adequar-se para corresponderem efetivamente aos anseios sociais.

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 representa um momento de ascensão e concretização da democracia. Através da consagração de princípios e valores, o atual texto constitucional possui caráter aberto de forma a atender às diferentes demandas encontradas em uma sociedade pluralista. Essa é a constatação que Carlos Roberto Siqueira Castro qualifica:

> Com efeito, o caráter precipuamente principiológico da Constituição Federal de 1988, o que já foi tantas vezes acentuado pela doutrina, permite considerar, não só a ela, mas a todo o ordenamento jurídico brasileiro, por força dos eflúvios irradiados pela lei fundamental, como um sistema aberto, no qual convivem, em reciprocidade, e em contínua interpelação mútua, normas de natureza principiológica – implícitas ou explícitas – e normas de natureza perceptiva (aquelas vindo alargar, fecundar e comunicar novas possibilidades semânticas, novos horizontes deontológicos ao plano básico da previsão textual contida na respectiva redação). Aliás, pode-se dizer que a ambiência natural dos princípios jurídicos é mesmo o texto constitucional.[44]

Com relação à Administração Pública, a Constituição da República, ao tratar da organização do Estado (Título III), reservou um capítulo especial a ela dedicado (Capítulo VII).

O destaque, todavia, não é a mera inserção de dispositivos específicos relativos a alguns institutos específicos do Direito Administrativo no texto constitucional, mas sim a consagração de princípios administrativos (princípios setoriais[45]), tais como os previstos no art. 37, *caput*: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Da mesma forma, revela-se de fundamental importância a atualização do Direito Administrativo à luz da cláusula do Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º da Constituição da República.

---

43 RIVERO, Jean. *Op. cit.*, pp. 33-34

44 SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 52.

45 Luis Roberto Barroso divide os princípios constitucionais em fundamentais, gerais e setoriais. Os princípios fundamentais são aqueles que revelam decisões políticas estruturais do Estado (ex: princípio federativo, do Estado democrático de direito, etc.). Já os princípios gerais são importantes especificações dos princípios fundamentais (ex: princípio da legalidade, da isonomia, etc.). Por fim, os princípios setoriais referem-se a determinado tema constitucional (ex: princípios da Administração Pública, etc.). BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 150 e segs.

Enquanto no Estado de Direito a Administração Pública submetia-se à legalidade, hoje, no Estado Democrático de Direito, além do respeito à lei e à Constituição, deve a atividade administrativa pautar-se por uma legitimidade reforçada. O Direito Administrativo, que outrora satisfazia-se com o princípio da legalidade, hoje requer ainda o respeito à legitimidade.

Neste ponto é que reside o objetivo central do presente trabalho. O estudo da legitimidade do Direito passa, indubitavelmente, pela compreensão do princípio democrático em sede administrativa.

A legitimidade do Direito Administrativo, além de exigir o respeito aos direitos fundamentais, relaciona-se com a democratização da atuação administrativa.

Supera-se o modelo liberal "agressivo"[46] de atuação da Administração por mecanismos consensuais de satisfação do interesse público. Em outras palavras: a Administração Pública deixa de ser vista como um perigo para a sociedade e passa a ser vista como parceira.

Em consequência, na eterna tensão entre autoridade e liberdade, a Administração Pública passa a atuar de forma concertada com a sociedade, evitando o uso da coerção e prestigiando o uso do consenso.

Nesse contexto, o denominado princípio da supremacia do interesse público[47] dá lugar à necessidade de ponderação dos interesses envolvidos na atuação administrativa, seja pelo fato de existirem vários "interesses públicos", seja pelo fato da Constituição da República consagrar direitos fundamentais que devem ser respeitados e promovidos pelo Estado. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ocorre a "*passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação*".[48]

Com a chegada do "*Estado pluriclasse*",[49] o atendimento aos diversos interesses sociais, por parte do Estado, deve ser desempenhado de forma a compatibilizá-los por meio da técnica da ponderação.[50]

4. Princípio da participação administrativa no Estado Democrático de Direito: fundamentos filosóficos e jurídicos

4.1. Contornos filosóficos da participação na administração pública

Democratizar o Estado significa que a sua atuação deve corresponder, ao máximo, à vontade do povo. Com a crise da noção de democracia representativa (indireta), exercida

46 Segundo Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva: "O modelo normal (praticamente exclusivo) de actuação da Administração Pública era o acto administrativo. Ele era visto como uma manifestação autoritária do poder estadual relativamente a um particular determinado." SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 40.

47 Com relação à desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, vide: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos* versus *interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

48 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Novos institutos consensuais da ação administrativa". In *Revista de Direito Administrativo*, vol. 231, 2003, p. 142.

49 GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Ministerio para las Administraciones Publicas (MAP), 1991, pp. 76 e segs.

50 SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

por representantes eleitos, ganha força a defesa da institucionalização de instrumentos de democracia direta ou semidireta aptos a aproximar o Estado da sociedade.

No âmbito do Direito Administrativo, a participação do cidadão na atuação administrativa é a forma de se concretizar o princípio do Estado Democrático de Direito, conferindo uma legitimidade renovada à Administração.

Os objetivos da participação procedimental, na visão de David Duarte, passam pela otimização de três princípios jurídicos centrais: a) princípio democrático: a participação implica uma racionalização da decisão mediante a obtenção de informação pelo administrado e o controle popular da ação administrativa (transparência); b) princípio do Estado de Direito: há uma previsibilidade do administrado em relação à decisão administrativa que será tomada e possibilita a sua intervenção e defesa no procedimento administrativo em tempo útil; e c) princípio do Estado Social: é um meio de realização do bem comum, funcionando como importante instrumento de autodeterminação e emancipação dos indivíduos e grupos sociais. Além dessas três funções da participação, tradicionalmente conhecidas, David Duarte destaca mais duas: d) função compensatória: a participação tem a capacidade de trazer para o procedimento administrativo a resolução de conflitos (decisão dialogada), compensando o déficit natural dos meios contenciosos (procedimentalização da solução dos conflitos); e e) prevenção de expectativas decisórias: trata-se de uma função mais sociológica do que jurídica, pois a participação permite diminuir o descontentamento potencial que a decisão pode gerar.[51]

A participação popular na Administração ganha suporte filosófico na teoria do discurso de Jürgen Habermas e na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

Uma das preocupações centrais de Habermas é legitimar o Direito por meio da adesão dos cidadãos aos procedimentos de sua criação, uma vez que o ordenamento não pode subsistir apenas pelo uso (potencial) da força. A racionalidade comunicativa habermasiana é essencialmente procedimental e reflexiva, na medida em que as pessoas devem obedecer às regras do discurso e as suas idéias devem ser defensáveis através de argumentos.[52]

Sob inspiração Kantiana, a teoria do discurso defendida por Habermas resgata a razão prática, mas acrescenta regras procedimentais que irão regular a interação comunicativa.[53] Desta forma, segundo o imperativo categórico de Habermas, "*são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais*".[54]

O Direito legítimo, em razão da sua impossibilidade de auto-reprodução, precisa estar aberto para as manifestações do espaço público, sendo este considerado um "*canal de*

51 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra: Almedina, 1996, pp. 166-172.

52 Nas palavras de Habermas: "A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral." HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 32.

53 Neste sentido: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 282.

54 HABERMAS, Jürgen, *Op.cit.*, p. 142.

transmissão dos impulsos comunicativos gerados no mundo da vida às instâncias formais de tomada das decisões".[55]

Nesse contexto, a autonomia pública e a privada caminham de mãos dadas, uma vez que somente com a garantia desta última (autonomia privada) permite-se uma efetiva liberdade de participação no processo democrático para tomada de decisões políticas (autonomia pública). Os cidadãos são, ao mesmo tempo, autores e destinatários dos direitos. Assim sintetiza Habermas sobre a legitimidade do Direito:

> Todavia, se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. (...) A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos.[56]

A legitimidade, na visão habermasiana, se dá pelo procedimento (deliberativo) e não por critérios valorativos (conteúdo da norma). Em outras palavras: as normas nas sociedades pluralistas atuais (sociedades pós-convencionais) mais que aceitas devem ser justificadas através do procedimento democrático.

Por esta razão, Habermas, superando os modelos liberal e republicano de democracia, propõe a noção de "democracia deliberativa", fundamentada no procedimento discursivo. Revela-se fundamental para a efetivação deste modelo democrático a institucionalização de processos e condições de comunicação que permitam um discurso entre cidadãos livres e iguais.[57]

Da mesma forma, a teoria de Robert Alexy, influenciada por Habermas,[58] relativa à argumentação jurídica como discurso racional, encaixa-se no substrato legitimador da participação do cidadão na formação do Direito.

---

55 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 300.

56 HABERMAS, Jürgen, *Op.cit.*, pp. 138 e 139.

57 Adverte Habermas: "Todavia, a idéia de democracia, apoiada no conceito de discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui – ao lado da esfera pública política – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade.(...) Com isso, não se desmente a intuição que se encontra na base da idéia da soberania popular: ela simplesmente passa a ser interpretada de modo intersubjetivista." HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 24.

58 Segundo Manuel Atienza, "a teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito." ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 160.

Alexy aponta uma série de regras monológicas e dialógicas que garantem a racionalidade do procedimento argumentativo e dos seus respectivos resultados.[59] O discurso jurídico, segundo Alexy, seria um caso especial do discurso prático geral.

O ponto em comum das concepções defendidas por Habermas e Alexy, para as finalidades do presente trabalho, reside na defesa de uma legitimação do Direito através de um procedimento discursivo-argumentativo, o que fundamenta a defesa da participação popular no processo de tomada de decisões político-administrativas.

4.2. Contornos jurídicos da participação na Administração Pública

Há uma tendência, hoje, de se retirar dos ordenamentos jurídicos dos diversos países a consagração, por vezes implícita, do princípio da participação na Administração Pública como forma de superar o descrédito gerado pela ineficiência do modelo representativo de democracia.

Da mesma maneira, a crise da noção liberal da lei, intimamente vinculada à crise da democracia representativa, demonstra a necessidade de adoção de meios eficazes de legitimação do Direito. Assim como os representantes eleitos representam cada vez menos os interesses do povo, a lei, fruto da atuação desses legisladores, não corresponde suficientemente aos anseios sociais.

Todavia, essa "legitimidade decrescente" também contamina a Administração Pública, acarretando a necessidade de orquestração dos diversos interesses sociais em jogo na implementação de suas decisões administrativas. Daí a importância da participação dos cidadãos nesse processo discursivo como forma de legitimação da decisão a ser tomada, que será mais facilmente aceita pelos seus destinatários. Essa interação entre particulares (cidadãos) e o Poder Público ocorre na denominada "arena pública".[60]

A Administração não pode ser encarada apenas como um mero braço do legislativo, executor servil e acrítico da lei. A diferenciação clássica de posição da Administração Pública e dos particulares em face do princípio da legalidade encontra-se em fase de superação, conforme constatação de Gustavo Zagrebelsky:

> En la actualidade, ya no vale como antes la distinción entre la posición de los particulares y la de la Administración frente a la ley. Hoy sería problemático proponer de nuevo con carácter general la doble regla que constituía el sentido del princípio de legalidad: libertad del particular en línea de princípio, poder limitado del Estado en línea de princípio. Esta regla está ya erosionada en ambas direcciones, en relación con particulares y con la Administración.[61]

---

59 Sobre as regras do discurso prático geral, vide: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, 2ª ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 190 e segs.

60 A expressão foi formulada por Sabino Cassese sob influência do conceito de "espaço público" de Habermas. "Arena pública" indica o espaço social aonde se desenvolvem os diálogos e conflitos que servem para a transferência das demandas sociais ao corpo público. CASSESE, Sabino. *Op. cit.*, p. 107.

61 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editoria Trotta, 2003, p. 34.

Com efeito, a idéia positivista de que a lei deve ser exaustiva e a atuação do Executivo meramente "executiva ou regulamentar", e não criativa, não se coaduna com as exigências atuais da sociedade. Não se pode exigir que a lei predetermine de forma completa toda a atuação da Administração em uma sociedade pluralista. Neste passo, a Constituição é erigida ao centro do ordenamento jurídico e os diversos princípios nela previstos devem ser ponderados no processo de concretização dos valores constitucionais.[62]

Não obstante a ampliação do rol complexo de atividades administrativas e de liberdade de decisões, a idéia de participação dos cidadãos na Administração serve como meio eficaz de controle e limitação do poder administrativo.[63] A ponderação dos interesses envolvidos depende dos participantes que, através da apresentação de seus argumentos, pautará e legitimará a futura decisão.

A participação popular no procedimento administrativo revela-se um importante instrumento de democratização da Administração Pública. Na precisa assertiva de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:

> Isto porque a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua solução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceitas pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante factor de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública.[64]

No Direito comparado, verifica-se a consagração expressa do princípio da participação administrativa nas Constituições espanhola (arts. 9º.2 e 105)[65] e portuguesa (art. 267, I).[66] A

62 Sobre a releitura do princípio da legalidade administrativa em tempos de constitucionalização do Direito Administrativo, vide o nosso: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

63 Nesse sentido: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Op. cit.*, p. 401.

64 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Op. cit.*, p. 402.

65 Art. 9º.2 "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social."; Art. 105. "La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado." Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

66 Art. 267, I. "A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática." Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

Constituição italiana (art. 3º),[67] por sua vez, estabelece, de forma genérica, o princípio da participação.

Da mesma forma, o tratado que estabelece uma Constituição para a União Europeia, ao lado da democracia representativa, prevê, expressamente, o objetivo de efetivação do princípio da democracia participativa (art. I-47).[68]

Em que pese a consagração explícita nos documentos constitucionais acima referidos, o princípio da participação administrativa vem sendo alvo de críticas doutrinárias em razão de seu conteúdo excessivamente impreciso e pelo risco de se transformar o Estado em um "Estado total".[69] Agustín Gordillo critica a formulação que se tem emprestado ao princípio da participação: "El tema de la participación (...) se ha manejado a un nivel principalmente abstrato e teórico, antes que práctico y concreto, ni siquiera como base fundante de la construcción teórica."[70]

Na Espanha, onde o princípio da participação tem estatura constitucional, alguns autores demonstram preocupação com a disseminação do princípio da participação, que estaria em "crise".[71] Nesse sentido, Juan Alfonso Santamaría Pastor entende que o denominado princípio da participação não constitui verdadeiramente uma diretriz constitucional de alcance geral e conclui que a "*participación es, pues, una línea de actuación posible y lícita en el marco de un Estado democrático, pero en absoluto un precepto constitucional vinculante y de eficacia genérica*".[72]

---

67 Art. 3º. "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese." Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

68 Art. I-47. Artigo I-47º. "Princípio da democracia participativa 1. As instituições, recorrendo aos meios adequados, dão aos cidadãos e às associações representativas a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os seus pontos de vista sobre todos os domínios de acção da União. 2. As instituições estabelecem um diálogo aberto, transparente e regular com as associações representativas e com a sociedade civil. 3. A fim de assegurar a coerência e a transparência das acções da União, a Comissão procede a amplas consultas às partes interessadas. 4. Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar a Constituição. As normas processuais e as condições para a apresentação de tal iniciativa pelos cidadãos, incluindo o número mínimo de Estados-Membros de que aqueles devem provir, são estabelecidas por lei europeia." Fonte: http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/index.htm, acesso em 14/11/2005.

69 A expressão é utilizada por Noberto Bobbio: "O cidadão total e o Estado total são as duas faces da mesma moeda; consideradas uma vez do ponto de vista do povo e outra vez do ponto de vista do príncipe, têm em comum o mesmo princípio: que tudo é política, ou seja, a redução de todos os interesses humanos aos interesses da polis, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante." BOBBIO, Noberto. *O futuro da democracia*, 9ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 55.

70 GORDILLO, Agustín. Participación administrativa, Revista de Direito Público, vol. 74, 1985, p. 16.

71 Alfonso Pérez Moreno ao demonstrar a escassez de tratamento do princípio da participação, afirma a necessidade de seu desenvolvimento na atualidade. MORENO, Alfonso Pérez. "Crisis de la participación administrativa". In: *Actualidade y perspectivas del Derecho Publico a fines del siglo XX: homenage al professor Garrido Falla*, vol. I, Madrid: Complutense, 1992, pp. 301-332.

72 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, Madrid: Iustel, 2004, p. 113.

De lado a autoridade das referidas críticas, não se pode olvidar que a tendência é a efetivação e evolução teórica do princípio da participação como forma de manifestação consensual da Administração Pública.

Luciano Parejo Alfonso, ao tratar dos atos administrativos consensuais no direito espanhol, deixa claro que o vínculo entre o consenso e a participação:

> la participación directa de la voluntad de sujetos distintos a la Administración (incluso privados) en el resultado del ejercicio de las potestades administrativas. El *quid novum* de esta forma alternativa de actividad administrativa radica justamente en que la voluntad de los ciudadanos contribuye directamente, como tal, a estabelecer los términos y condiciones de las relaciones jurídico-administrativas concretas, haciendo emerger éstas al primer plano del Derecho administrativo.[73]

Eduardo García de Eneterría, no entanto, alerta para a impossibilidade de se garantir a participação em todas as atividades administrativas, uma vez que a Administração "participada" é subalterna à lei. A participação administrativa não se justifica na tomada da decisão justa, vez que esta já estaria delimitada pelos valores jurídicos finais consagrados pela lei, mas sim na busca da decisão oportuna dentro do exercício da discricionariedade administrativa. Vale dizer: a participação administrativa tem aplicação no campo da discricionariedade.[74]

As formas de participação administrativa, na concepção de Eduardo García de Enterría, seriam: a) orgânica (cunhada sob o modelo corporativo, na atuação orgânica o cidadão se insere em um órgão da Administração); b) funcional (exercício de funções administrativas pelos cidadãos, sem que estes ingressem na estrutura orgânica da Administração); cooperativa (o administrado, sem deixar de atuar como tal e sem exercer funções materialmente públicas, colabora com o atendimento do interesse público).[75]

A participação administrativa, cumpre ressaltar, não deve ser interpretada de forma absoluta. E isso porque, ao lado do princípio da participação, convivem outros princípios constitucionais que também devem ser observados.

Dessa maneira, a participação não pode prevalecer quando a celeridade eventual de uma decisão estiver comprometida e a sua efetivação deve ocorrer, na medida do possível, por previsão legal que estabelecerá o procedimento respectivo.

Deve-se ter em mente que a participação popular não pode ser considerada como uma solução para a tomada de toda e qualquer decisão administrativa, já que as questões de ordem técnica e outras estratégicas são naturalmente subtraídas da "decisão popular" e deixadas para os *experts*.

---

73 PAREJO ALFONSO, Luciano. "Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español". In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, nº 13, 2003, p. 17.

74 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 9ª edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 86.

75 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 86 e segs.

4.3. A participação administrativa no ordenamento jurídico brasileiro e no MERCOSUL

No Brasil, a discussão em torno do princípio da participação administrativa é embrionária, o que talvez possa ser explicado pela ausência de consagração expressa deste princípio no texto constitucional.[76]

Em verdade, encontra-se apenas uma referência expressa à participação administrativa no capítulo relativo à Administração Pública: trata-se do art. 37, § 3º, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, que prevê a participação do usuário na Administração Pública, mas a regulação ficou a cargo da legislação ordinária.[77]

Malgrado a falta de menção expressa do "princípio da participação" no texto constitucional, pode-se apontar como fundamento do referido princípio a própria cláusula do Estado Democrático de Direito inserida no art. 1º da Constituição da República.

Conforme anteriormente assinalado, a evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, longe de se restringir a uma questão puramente de nomenclatura, demonstra a necessidade de se evoluir no pensamento jurídico e nas suas instituições. O acréscimo do adjetivo "democrático" não pretende afirmar que o Estado de Direito era necessariamente autoritário, mesmo porque o poder era exercido por representantes democraticamente eleitos e a Administração submetia-se à legalidade.

Em verdade, a consagração do Estado Democrático de Direito reforça a democracia nos Estados contemporâneos e, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro, abalado pelas crises da democracia representativa e do mito liberal de completude da lei. É justamente em razão disso que a participação administrativa ganha força e consubstancia-se em verdadeiro princípio, cujo fundamento constitucional é o art. 1º da Constituição da República.

A crescente previsão de mecanismos de participação administrativa pelos diplomas legais reforça a tendência de efetivação da participação administrativa.

A Lei nº 10.257/01, ao instituir o denominado Estatuto da Cidade, consagrou uma série de normas relativas à participação administrativa, revelando um dos mais importantes diplomas legais de efetivação da democracia.[78]

---

76 Algumas obras nacionais, no entanto, tratam do referido princípio, destacando-se, dentre outras: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Participação popular na Administração Pública". In: *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 1, 1993, pp. 127-39; MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*, São Paulo: RT, 2003; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política (legislativa, administrativa e judicial)*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de participação*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997; e TÁCITO, Caio. "Direito Administrativo participativo". In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, 1997, pp. 1-6.

77 Todavia, a Constituição da República faz alusão à participação dos cidadãos na Administração em diversos dispositivos: arts. 5º, XXXIII; XXXIV, a; 10; 198, III; 204, II; 216, § 1º.

78 Arts. 2º, II, XIII; 4º, III, *f* e § 3º; 40, § 4º, I; 44; 45 da Lei nº 10.257/01.

Da mesma forma, a Lei nº 10.079/04, que trata das denominadas parcerias público-privadas, prevê em seu art. 10, inciso VI, a realização de consulta pública para análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão.

As leis criadoras das denominadas agências reguladoras procuram estabelecer instrumentos de participação do cidadão (usuário) na regulação do respectivo setor, como forma de reforçar a legitimação democrática da regulação abalada pela deslegalização.[79] Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma com precisão:

> é através da participação, como requisito inarredável da democracia material, que se satisfaz a condição de legitimidade indispensável aos processos de produção e de aplicação de normas deslegalizadas, uma vez que ocorrida a deslegalização aquela condição já não mais poderá ser satisfeita pela legitimação representativa, própria da democracia indireta.[80]

Aliás, em matéria de regulação, entre os três princípios regulatórios citados pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, encontra-se o princípio da participação regulatória.[81]

Existem, ainda, outros diplomas legais no ordenamento pátrio que estabelecem a participação administrativa, de forma a corroborar a tese principiológica da participação.[82]

No âmbito do MERCOSUL – Mercado Comum do Sul –, o princípio da participação administrativa ainda não é uma realidade, merecendo raras referências em tratados internacionais e sendo praticamente ignorado pela doutrina.

O MERCOSUL, criado em 26 de março de 1991 pelo Tratado de Assunção[83] e inicialmente subscrito por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, possui o objetivo de integrar os países da América do Sul, criando um mercado comum.

Os desafios do processo de integração na América Latina são enormes, especialmente pelo fato de não existir, nesse caso, um verdadeiro Direito Comunitário, como ocorre na União Europeia. Isto porque, no MERCOSUL não há propriamente uma primazia dos órgãos supranacionais e das normas por eles produzidas. A ausência de instituições comunitárias permanentes como, por exemplo, de tribunais permanentes, dificulta o processo de integração comunitária.

---

79 Podem ser citados exemplificadamente: art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427/96 (ANEEL); art. 3º, X e XI, da Lei nº 9.472/97 (ANATEL).

80 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182.

81 Diogo de Figueiredo Moreira Neto cita três princípios regulatórios: competência regulatória, independência regulatória e participação regulatória. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 192.

82 Dentre outros, destacam-se: Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) – arts. 9º, § 4º, e 48; Lei nº 9.784/99 (Processo administrativo federal) – arts. 3º, 9º, 31, 32; etc.

83 Não obstante a criação efetiva do MERCOSUL tenha ocorrido com a celebração do Tratado de Assunção, alguns atos anteriores já demonstravam essa tendência de associação na América do Sul, destacando-se, dentre outros, a criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) em 1960, por intermédio do Tratado de Montevidéu.

Ao contrário do que ocorre na União Europeia, as normas internacionais, no MERCOSUL, não se aplicam diretamente aos ordenamentos nacionais, dependendo de processo de internalização (recepção).[84]

Assim como ocorre nos ordenamentos jurídicos nacionais, o tema da legitimidade dos atos estatais deve ser debatido e aprimorado no MERCOSUL, notadamente pelo pluralismo que marca os Estados signatários do Bloco.

Não obstante a criação de um Parlamento do MERCOSUL[85] que, dentre outros objetivos, procura fortalecer a legitimidade dos atos de integração por meio da participação dos cidadãos dos Estados nacionais,[86] não existem propriamente mecanismos efetivos de participação administrativa. Frise-se que o próprio sistema de representatividade dos cidadãos no Parlamento dependerá da efetivação do sufrágio direto, universal e secreto.

O processo de democratização e legitimação do sistema de integração regional depende necessariamente da concretização da idéia da participação administrativa.

5. A participação administrativa na União Europeia

O princípio da participação administrativa, como já assinalado, constitui um importante princípio geral de Direito Administrativo que tem sido "*reelaborado pelo Direito Comunitário*".[87]

A partir do momento em que os Estados europeus abrem mão de parte de suas soberanias em favor da União Européia, a questão da legitimidade democrática da União passa a ser (ou, ao menos, deveria ser) um ponto central de discussão. Aliás, a legitimidade reforçada no âmbito da União é essencial para a contínua cooperação dos Estados nacionais, especialmente para a continuidade e efetividade do Direito Comunitário.

O "*desafio democrático europeu*" foi ressaltado na Declaração de Laeken de 2001 quando se estabeleceu a necessidade de aproximação das instituições européias do cidadão.[88]

Nesta perspectiva, o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa[89] possui disposições específicas sobre a "vida democrática da União" no Título VI da primeira parte de seu texto. Após a afirmação de que o funcionamento da União é baseado no prin-

84 STF, RExt nº 80.004/SE, Pleno, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julgamento: 01/06/77, DJ 29-12-1977, p. 9433.

85 Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL, MERCOSUL/CMC/DEC nº 23/05, e Decreto nº 6.105, de 30 de abril de 2007.

86 O art. 2º do Protocolo Constitutivo do MERCOSUL estabelece: "São propósitos do Parlamento: (...) 4. Garantir a participação dos atores da sociedade civil no processo de integração." Da mesma forma, o art. 3º prevê: "São princípios do Parlamento: (...) 2. A transparência da informação e das decisões para criar confiança e facilitar a participação dos cidadãos."

87 QUADROS, Fausto de. *Op. cit.*, p. 20.

88 Vide: "O futuro da União Européia: Declaração de Laeken (2001)". In: VIEIRA, José Ribas (org.). *Op. cit.*, apêndice. Nesta Declaração, foram apresentados os principais desafios da União Europeia e convocou-se uma Convenção para discutir os problemas essenciais colocados para o futuro da União.

89 O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa foi assinado em Roma no dia 29 de outubro de 2004 e depende da aprovação de todos os Estados-Membros. Os recentes vetos da França e da Holanda abriram a discussão sobre a viabilidade prática de constitucionalização formal da União Europeia.

cípio da democracia representativa, consagra-se o princípio da democracia participativa no art. I-47º:

> Princípio da democracia participativa
> 1. As instituições, recorrendo aos meios adequados, dão aos cidadãos e às associações representativas a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os seus pontos de vista sobre todos os domínios de acção da União.
> 2. As instituições estabelecem um diálogo aberto, transparente e regular com as associações representativas e com a sociedade civil.
> 3. A fim de assegurar a coerência e a transparência das acções da União, a Comissão procede a amplas consultas às partes interessadas.
> 4. Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar a Constituição. As normas processuais e as condições para a apresentação de tal iniciativa pelos cidadãos, incluindo o número mínimo de Estados-Membros de que aqueles devem provir, são estabelecidas por lei europeia.[90]

O direito de participação dos cidadãos na tomada de decisões constitui um importante instrumento de legitimidade da União Europeia, aproximando a sociedade civil da esfera pública. O princípio da participação administrativa representa um remédio ao déficit democrático inerente à democracia representativa e à pluralidade típica dos Estados europeus.

Destaca-se, neste contexto, a previsão expressa da possibilidade dos cidadãos apresentarem propostas de atos jurídicos necessários à efetivação da Constituição Europeia (art. I-47º, quarta parte).

O reconhecimento e a promoção por parte da União dos denominados "parceiros sociais", que representam parcelas da sociedade, constitui um instrumento de participação das entidades sociais de caráter representativo no diálogo com o Poder Público. Diz o art. I-48º:

> A União reconhece e promove o papel dos parceiros sociais ao nível da União, tendo em conta a diversidade dos sistemas nacionais. A União facilita o diálogo entre os parceiros sociais, no respeito pela sua autonomia.[91]

Da mesma forma, a instituição do Provedor de Justiça Europeu, concebido como uma espécie de ouvidoria, serve como mais um canal de diálogo entre a esfera privada e pública. Conforme estabelecido no art. I-49º:

> O Provedor de Justiça Europeu, que é eleito pelo Parlamento Europeu, recebe queixas respeitantes a casos de má administração na actuação das instituições, órgãos ou

90 Fonte: http://europa.eu.int/index_pt.htm, acessado em 20/12/05.
91 Fonte: http://europa.eu.int/index_pt.htm, acessado em 20/12/05.

> organismos da União, nas condições estabelecidas pela Constituição. O Provedor de Justiça instrui essas queixas e apresenta relatórios sobre as mesmas. Exerce as suas funções com total independência.[92]

A participação efetiva nos processos decisórios da Administração da União Europeia é garantida pela transparência da atuação das instituições comunitárias. A publicidade das decisões e a necessidade de fundamentá-las (motivação); as sessões públicas; o acesso às informações e documentos públicos; dentre outros mecanismos; são fundamentais para a participação administrativa. A transparência administrativa encontra-se consagrada no Artigo I-50º:

> 1. A fim de promover a boa governação e assegurar a participação da sociedade civil, a actuação das instituições, órgãos e organismos da União pauta-se pelo maior respeito possível do princípio da abertura.
> 2. As sessões do Parlamento Europeu são públicas, assim como as reuniões do Conselho em que este delibere e vote sobre um projecto de acto legislativo.
> 3. Qualquer cidadão da União ou qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro tem direito de acesso, nas condições estabelecidas pela Parte III, aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União, seja qual for o suporte desses documentos.
> A lei europeia estabelece os princípios gerais e os limites que, por razões de interesse público ou privado, regem o exercício do direito de acesso a esses documentos.
> 4. Cada instituição, órgão ou organismo estabelece, no respectivo regulamento interno, disposições específicas sobre o acesso aos seus documentos, em conformidade com a lei européia referida no nº 3.[93]

O princípio da participação passa, necessariamente, pelo direito à boa administração que engloba especialmente: a) o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; b) o direito das pessoas de terem acesso aos processos que lhes refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade, do segredo profissional e comercial; c) a obrigação, por parte da Administração, de fundamentar as suas decisões.[94]

Pode-se dizer, portanto, que a União Europeia segue a tendência dos ordenamentos dos Estados nacionais modernos em se estabelecer a aproximação entre o Poder Público e a sociedade civil, o que é percebido pela abertura da possibilidade de participação dos cidadãos na tomada de decisões no âmbito da Administração da União Europeia.

O Tribunal de Justiça Europeu já teve a oportunidade de afirmar que a participação dos cidadãos no processo de decisão garante "uma maior legitimidade, eficácia e responsa-

92 Fonte: http://europa.eu.int/index_pt.htm, acessado em 20/12/05.
93 Fonte: http://europa.eu.int/index_pt.htm, acessado em 20/12/05.
94 Art. II-101º, segunda parte, do Tratado que estabelece a Constituição Europeia. Fonte: http://europa.eu.int/index_pt.htm, acessado em 20/12/05.

bilidade da Administração perante os cidadãos" e "contribui para reforçar os princípios da democracia e o respeito dos direitos fundamentais".[95]

Conclusão

O Direito Administrativo atual é fortemente caracterizado pela consensualidade na acomodação dos diversos interesses existentes nas sociedades complexas e plurais atuais.

A crise da democracia representativa e da concepção liberal do princípio da legalidade demonstra a necessidade de institucionalização de mecanismos efetivos de salvaguarda dos interesses da sociedade. A democratização do Estado passa, necessariamente, pela abertura procedimental da Administração Pública.

Ao lado da legalidade, exigência intrínseca do Estado de Direito, deve haver, hoje, legitimidade nas decisões administrativas. O Estado Democrático (legitimidade) de Direito (legalidade) só pode ser entendido corretamente se houver a conscientização da importância da sociedade civil na satisfação dos interesses públicos. Pode-se falar em verdadeiro processo evolutivo de democratização da Administração Pública.

O princípio da participação administrativa, portanto, traduz a concretização do Estado Democrático de Direito e reforça (renova) a legitimidade do Direito Administrativo.

Para se alcançar o desiderato da legitimidade reforçada da Administração não basta garantir o direito da população de eleger seus representantes em determinado momento político. Conforme destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto, além dessa "legitimidade originária", consubstanciada na escolha dos detentores do poder, para a democracia ser considerada plena, não apenas parcial, vai depender da efetivação da "legitimidade corrente" e da "legitimidade finalística", que significam, respectivamente, a participação no exercício do poder e no controle dos resultados do poder.[96]

É fundamental, portanto, conceber a democracia como um processo dinâmico em que os canais de diálogo entre o Estado e a sociedade civil estejam abertos e operativos, oportunizando-se a deliberação pública e livre sobre questões atinentes à população.

Não bastará, evidentemente, a garantia de instrumentos de participação na tomada de decisões públicas, se os que atuam nesse procedimento não tiverem liberdade e não conhecerem as questões em jogo, pois isso seria uma forma disfarçada de autoritarismo. Ao invés de uma simples participação no procedimento público de decisão (democracia direta), o que se espera é a possibilidade de uma efetiva deliberação pública (democracia deliberativa).

No âmbito do Direito Administrativo, a participação do cidadão na atuação administrativa é a forma de se concretizar o princípio do Estado Democrático de Direito, conferindo uma legitimidade renovada à Administração. Isso, é claro, não significa abandonar

95 Acórdão do tribunal de Justiça de 06/03/03 proferido no processo C-41/00 P, recorrente: Interporc Im- und Export GmbH e recorrido: Comissão das Comunidades Europeias. http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/index.htm

96 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política (legislativa, administrativa e judicial)*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 27.

a democracia representativa, mas apenas buscar formas de se compensar o déficit democrático do sistema representativo.

A União Europeia, inicialmente consagrada como um processo de cooperação econômica, vem passando por um momento importante de união político-jurídica. Independentemente do sucesso da proposta de constitucionalização formal da União, pode-se falar em uma espécie de Constituição material europeia, composta por princípios gerais que deverão ser necessariamente observados pelos Estados nacionais.

Em razão da diversidade cultural dos Estados que compõem a União Europeia, o princípio da participação administrativa constitui um instrumento fundamental de legitimação das decisões das Instituições comunitárias. Em outras palavras: as decisões administrativas no seio das sociedades plurais dos Estados da União encontrarão o consenso através da participação administrativa.

La Aplicación del Derecho Económico Supranacional y el Principio de Separación de Poderes

Daniela Urosa Maggi[*]
José Ignacio Hernández G.[**]

I. Los problemas en torno a la vigencia del derecho supranacional en el ordenamiento interno venezolano; II. La directa aplicación de la decisión 486 de la comisión de la comunidad andina y las dudas que genera su aplicación interna; III. La interpretación de la sala constitucional en la sentencia número 4223/2005.

I. Los problemas en torno a la vigencia del derecho supranacional en el ordenamiento interno venezolano

La ordenación jurídica de la economía, cada vez con mayor frecuencia, comienza a plantearse no desde la sola perspectiva de la ordenación unilateral del Estado obrando como *potentior persona,* sino además, desde la regulación adoptada por ordenamientos jurídicos supracionacionales, que asumen el ejercicio de esa regulación –restando por ende la tradicional competencia de los Estados miembros– a fin de establecer reglas uniformes tendentes a la integración económica. El caso de la Unión Europea es, a no dudarlo, ejemplo notable de lo que se expone. De un proceso de integración sectorial económico, pasó luego al proceso de consolidación de las Comunidades Económicas Europeas, luego Comunidad Europea y de allí a la Unión Europea, cuya dimensión actual excede, muy mucho, de un ordenamiento supranacional de regulación económica. La base de ese proceso ha estado en la *primacía* del Derecho comunitario europeo sobre el orden interno de los Estados miembros, el cual es *desplazado* a favor de aquél. Dentro de ese Derecho se distingue, tradicionalmente, entre el *Derecho originario* –los Tratados– y el *Derecho derivado* –aquel dictado por los órganos supracionacionales creados por el Derecho originario. En todo caso, ese Derecho Comunitario se reconoce como imperante en cada uno de los ordenamientos internos, con el consecuente efecto de desplazamiento, ya apuntado, todo lo cual, como puede entreverse, genera no pocos inconvenientes al momento de precisar la forma bajo la cual tal Derecho supranacional se aplicará internamente. La regla que se ha fijado es el principio de neutralidad, en el sentido que el Derecho Comunitario Europeo no prejuzga sobre la forma bajo la cual tal Derecho será incorporado al ordenamiento interno. Como resumen Cosculluela y López:

> "la adaptación puntual del Derecho nacional a normas concretas del Derecho Comunitario, singularmente a las directivas, se realiza de acuerdo con los principios

[*] Profesora de la Universidad Monteávila
[**] Profesor de la Universidad Central de Venezuela

> constitucionales de cada país. Cada sistema constitucional, en efecto, determina si una materia debe regularse, para adaptarla al Derecho Comunitario, por ley o por reglamento, y si la competencia corresponde al Estado o a los Estados federados, Regionales o Comunidades Autónomas."[1]

La adhesión de Venezuela a la Comunidad Andina de Naciones, en 1969, planteó este problema, a saber, el efecto directo del Derecho Comunitario Andino, tanto originario como derivado, en especial, las decisiones de la Comisión. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Andina o Acuerdo de Cartagena se estructura sobre la base de ese efecto inmediato y directo del Derecho supranacional, como de manera por demás clara se estableció en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuyo artículo 2 reconoció el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión:

> "las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina."

A pesar de lo anterior, la tradición en Venezuela fue la de supeditar esa incorporación a un acto del Poder Público venezolano, como quedara en evidencia en la Ley que aprobó el Acuerdo, según reconoció la jurisprudencia nacional[2]. Allan R. Brewer-Carías llegó a advertir, tempranamente, las complicaciones que derivarían de la adhesión, a Venezuela, de un ordenamiento supranacional:

> "la segunda premisa, fundamental de un proceso de integración, además de la creación de órganos con competencia supranacional, es el de la necesaria superioridad jerárquica del Derecho Comunitario frente al Derecho Nacional."[3]

> Todo lo cual aconsejaba (en opinión de Brewer-Carías) acudir a un proceso de reforma constitucional, pues las Constituciones latinoamericanas, además de rígidas, se caracterizan por atribuir el monopolio del ejercicio del Poder Público al Estado.[4] Y así sucedería entre nosotros, pues fue con ocasión del proceso constituyente de 1999 cuando se zanjaría tal debate, al aclarar la nueva Constitución –en su

---

1 *Derecho público económico,* Iustel, Madrid, 2007, p. 105. En general, acerca del impacto de la Unión Europea sobre el Derecho económico, nos remitimos a lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano,* FUNEDA-IESA, Caracas, 2004, pp. 63 y ss.

2 Cfr.: Andueza, José Guillermo, "La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena", en *Revista de Derecho Público número 19,* Caracas, 1984, pp. 5-22.

3 *Los problemas constitucionales de la integración latinoamericana,* Banco Central de Venezuela, Caracas, 1968, pp. 85 y ss.

4 *Los problemas constitucionales de la integración latinoamericana,* cit., p. 106. Del autor, véase asimismo El Derecho Comunitario Europeo: Experiencias para el Proceso de Integración Andino", en *Revista de Derecho Público números 61-62,* Caracas, 1995, pp. 19 y ss.

> artículo 153- que la "*República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración".* Además, según ese artículo, "*las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas* ***parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna"*** (destacado nuestro).

Nótese que la Constitución, de manera enfática, se pronuncia no sólo por el efecto jurídico vinculante del Derecho supranacional –en tanto ha operado aquí una "atribución" de competencias– sino que, adicionalmente, apoya ese efecto vinculante en la incorporación de tal Derecho supranacional al "ordenamiento legal vigente". Es decir, más que primacía del ordenamiento supranacional sobre el nacional, la Constitución pareció enfocarse por la *incorporación* de aquél en el ordenamiento jurídico interno, con lo cual, el Derecho de la Comunidad Andina de Naciones pasaba a tener efecto directo, pero –nótese bien– a partir de su concepción como Derecho integrado ya al ordenamiento jurídico interno. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia matizaría esta conclusión, en todo caso, al sostener que:

> "advierte la Sala que, en vista de que según el artículo 153 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados que creen organizaciones comunitarias pueden prever la transferencia del poder legislativo nacional para ser entregado a órganos supranacionales y, por cuanto esa misma disposición establece que las normas que de ellos emanen tienen aplicación directa y preferente en el ámbito interno, esta Sala Constitucional estima que es perfectamente válido que el cuerpo legislativo nacional dé su aprobación incondicional a los acuerdos internacionales que prevean tal circunstancia."[5]

Como ha referido Brewer-Carías en relación al alcance de ese artículo 153 de la Constitución de 1999 y su interpretación en la referida sentencia de la Sala Constitucional:

> "De esta norma debe destacarse, por su importancia en materia de integración, en primer lugar, la aceptación por el orden constitucional de la creación de órganos supranacionales a los cuales se pueden atribuir competencias que la Constitución asigna a los órganos que ejercen el poder público, para que pueda existir un derecho comunitario; y segundo lugar, que las normas comunitarias dictadas por los órganos supranacionales no sólo tienen aplicación directa e inmediata en el ámbito interno, desde que se considera que son parte integrante del ordenamiento jurí-

5 Sentencia nº 2167/04 de 14 de septiembre de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. En relación al alcance de esta sentencia Cfr.: Suárez, Jorge Luis, "La relación del Derecho Comunitario con los Derechos Nacionales en el Acuerdo de Cartagena: diez años después (el caso LAVE)", *en A.A.V.V. Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo II, ediciones Paredes, Caracas, pp. 1481 y ss.

dico vigente, sino que tienen aplicación preferente en relación con las leyes nacionales que se les opongan".

Lo anterior cobró realce por la decisión del Estado venezolano de denunciar el Acuerdo de Cartagena ante la Secretaría de la Comunidad Andina de Naciones el 22 de abril de 2006. Los efectos jurídicos de esa denuncia quedan regulados en el artículo 135 del Acuerdo, el cual dispone que, desde ese momento, cesarán "*los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia*". De allí que se haya planteado la duda –nada baladí– de cuál es el efecto que tal denuncia produce sobre el Derecho derivado de la Comunidad Andina que, para ese momento, había adquirido carácter vinculante *ex* artículo 153 constitucional. En Venezuela, han prevalecido dos tesis:

- Para un sector, la denuncia supuso el decaimiento de todo el ordenamiento supranacional que había sido incorporado al ordenamiento interno venezolano, dado que su vigencia se condicionaba a la permanencia de Venezuela como Estado miembro de la Comunidad.
- Otro sector, por el contrario, se inclina por señalar que decisiones mantienen su vigencia, pues ellas quedaron incorporadas al ordenamiento legal interno venezolano, como dispone el artículo 153 de la Constitución, con lo cual, se precisa de un acto posterior del Poder Público –que deberá ser una Ley si la materia es de la reserva legal– para derogar esta decisión, la cual, para Venezuela, pasó a tener condición de norma legal interna.

La segunda de las posiciones, para nosotros, es la que más se ajusta a la letra del artículo 153 constitucional y es la que abona, además, por la seguridad jurídica, pues el total e inmediato decaimiento del ordenamiento supranacional implicaría no pocos efectos dañinos sobre la estabilidad institucional necesaria para el desarrollo económico.

Esta problemática ha sido abordada por la Sala Político-Administrativa en sentencia número 151/08 de 13 de febrero, con ocasión de determinar –en el curso de un proceso contencioso administrativo en el cual se debatía la legalidad de un acto administrativo por contravenir la entonces Decisión 344 y 486– los efectos jurídicos de la denuncia del Acuerdo por el Estado venezolano.

La Sala Político-Administrativa se limitó a reiterar el contenido del –ya citado– artículo 135 del Acuerdo, indicando que desde el momento en el que se produjo la denuncia *"cesaron para el Estado venezolano los derechos y obligaciones generados en el marco de la integración andina, excepción hecha de lo previsto en el citado artículo 135 eiusdem, en el referente al derecho de importar y exportar libre de todo gravamen y restricción los productos originarios del territorio de cualquiera de los Países Miembros*". Poco, muy poco se aclara en este párrafo. Empero, de inmediato, la Sala hace esta acotación:

> "no obstante lo anterior, se advierte que en el caso analizado la representación judicial alegó que durante la vigencia de las Decisiones 344 y 486 de la Comisión Andina de Naciones, su representada adquirió un derecho derivado del registro sanitario."

La Sala Político-Administrativa parece entender que, en efecto, se ha producido el decaimiento de todo el Derecho Comunitario Andina a consecuencia de la denuncia realizada por el Estado venezolano, a pesar de lo cual, tal ordenamiento regirá respecto de los derechos nacidos bajo su vigencia, tal y como se resolvió en el presente caso, pues la empresa farmacéutica recurrente había alegado que, bajo el imperio de las Decisiones 344 y 486, había adquirido una protección especial de cinco años por las invenciones de productos farmacéuticos. Y sólo por ello la Sala concluyó que "*las disposiciones aplicables al caso concreto en lo referente al mencionado plazo de protección, se refieren a las contenidas en la Decisión 486 de la Comisión Andina de Naciones*".

De haber decaído el Derecho derivado, la solución dada por la Sala resultaría ajustada: tal decaimiento no puede tener efectos retroactivos. Pero, sin embargo, estimamos que la solución a la que –aparentemente– arriba la Sala, no toma en consideración el cambio drástico que en esta materia dio el artículo 153 de la Constitución: la Decisión 486 pasó a formar parte del ordenamiento interno legal, o sea, su rango se debe equiparar al de la Ley nacional (bajo el criterio de especialidad para asegurar su primacía), con lo cual, como Ley, sólo puede ser derogada por otro acto de igual o superior rango. La denuncia no puede, pues, derogar Decisiones que, *ex* artículo 153 constitucional, pasaron a formar parte integrante del Derecho venezolano.

Pero, en cualquier caso, bajo el artículo 153 precitado, el ordenamiento comunitario andino tenía carácter vinculante y desplazaba, por ello, al Derecho interno. Aun así, quedaba un aspecto relevante por resolver: cómo adecuar la aplicación inmediata de ese Derecho al reparto de competencias interno, plasmado en la Constitución. En otras palabras, la vigencia inmediata del Acuerdo de Cartagena planteó, en Venezuela, la necesidad de analizar a cuál órgano del Poder Público –de acuerdo al principio de separación orgánica funciones– correspondía aplicar ese Derecho, cuestión que fue tratada por la sentencia de la Sala Constitucional número 4223/2005 del 9 de diciembre, que interpretó la aplicación, en Venezuela, de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, mediante la cual se aprobó el Régimen Común de Propiedad Industrial para los países signatarios del Acuerdo de Cartagena de 1969, que sustituyó a la Decisión 344 de la Comisión de ese Acuerdo de Cartagena de 21 octubre de 1993. Decisión que, más allá de la discusión en torno a los efectos jurídicos de la denuncia del Acuerdo de Cartagena por Venezuela, continúa aplicándose en la práctica. Asimismo, comentaremos la interpretación que la Sala Político-Administrativa ha dado al Derecho Comunitario, a resultas de la denuncia que realizara el Estado venezolano, de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia número 151/08, de 13 de febrero.

II. La directa aplicación de la decisión 486 de la comisión de la comunidad andina y las dudas que genera su aplicación interna

La Decisión 486 de la Comisión establece el régimen de propiedad industrial aplicable dentro de la Comunidad. En Venezuela, en ausencia de una legislación moderna en la

materia, tal Decisión es la que ha constituido el soporte jurídico del Derecho de propiedad industrial en Venezuela.[6] De tal manera, esa Decisión –así como sus antecesoras– ha regido –y rige– el régimen general de la propiedad intelectual, tanto en su aspecto sustantivo como adjetivo.

Interesa destacar, tan solo, que al adoptar esa regulación adjetiva, la Decisión respeta el principio de neutralidad, en tanto no prejuzga sobre el órgano que, en cada Estado, aplicará tal norma. Por ejemplo, suele emplear la expresión "oficina nacional competente":

> "Artículo 38.- La oficina nacional competente examinará, dentro de los 30 días contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, si ésta cumple con los requisitos de forma previstos en los artículos 26 y 27."

Esta técnica se emplea incluso cuando la Decisión reconoce potestades, como por ejemplo, en el artículo 75, que reconoce la competencia de la autoridad nacional para decretar "de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de una patente". Pero también utiliza la expresión "autoridad nacional competente", cuando regula la denominada acción de reivindicación, en el artículo 237. Otro ejemplo resaltante es el de la acción por infracción marcaria, prevista en el artículo 238:

> "Artículo 238.- El titular de un derecho protegido en virtud de esta Decisión podrá entablar acción ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que infrinja su derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción.
> Si la legislación interna del País Miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá iniciar de oficio, las acciones por infracción previstas en dicha legislación."

Nótese que la norma se limita a enunciar la competencia, e incluso, condiciona su ejercicio al Derecho interno, en lo que atañe a la posibilidad de iniciar de oficio tal acción. Así sucede también en lo que respecta a la regulación de las medidas cautelares anticipativas en el artículo 245:

> "Artículo 245.- Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios."

Es excepcional la mención específica, en la Decisión, de cuál es el órgano llamado a aplicarla. Así, se alude a *autoridad judicial* (artículos 243 y 255), o a *instancia administra-*

6 La tradición en Venezuela ha sido, precisamente, la de otorgar primacía al Derecho supranacional en materia de propiedad industrial, al margen incluso de la discusión –ya expuesta por nosotros- sobre la aplicación directa del ordenamiento supranacional. Puede consultarse al respecto a Rondón de Sansó, Hildegard, *El régimen de la propiedad industrial,* Caracas, 1995, pp. 17 y ss.

tiva (artículo 12) o *vía administrativa* (artículos 65 y 168). Pero salvo esos casos, la Decisión no prejuzga sobre la autoridad que, dentro de cada Estado, procederá a aplicar sus disposiciones, en especial, en lo que respecta a los procedimientos allí regulados, que podrán ser, en consecuencia, administrativos o judiciales.

Tal aspecto resulta, en cierta medida, irrelevante para el Derecho Comunitario, en tanto lo determinante es la directa aplicación de la Decisión con el consecuente efecto de desplazamiento ya analizado, por lo cual, que su aplicación se encomiende a una autoridad judicial o administrativa pierde importancia, siempre y cuando se asegure su fiel cumplimiento. Este será, precisamente, el tema abordado en la decisión de la Sala Constitucional que se comentará de seguidas.

III. La interpretación de la sala constitucional en la sentencia número 4223/2005

La Sala Constitucional abordó, en la sentencia número 4223/2005, tanto el efecto vinculante del Derecho Comunitario como su necesaria adecuación al ordenamiento interno de los Estados. En esa oportunidad, la Sala Constitucional conocía del recurso de nulidad por inconstitucionalidad que se planteó contra el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas de 1998, la cual establecía la posibilidad de adoptar una medida de "desaduanamiento" sin previo procedimiento, lo que se traducía en un atentado al derecho a la defensa, entre otros de los argumentos de nulidad invocados por los demandantes. De acuerdo con el artículo, las autoridades aduaneras "deberán a solicitud del órgano competente en materia de propiedad intelectual, impedir el desaduanamiento de bienes que presuntamente violen derechos de propiedad intelectual".

La Sala Constitucional comienza su análisis por reconocer que la medida recogida en la norma citada es una "medida de carácter administrativo", en concreto, una *"medida de colaboración, pues lo que se busca es que la autoridad aduanera colabore con el 'órgano competente en materia de propiedad intelectual' (…) la naturaleza de esta medida administrativa es la de una medida de gravamen"*. Se trata, pues, de una medida cautelar –y por ello, instrumental, provisoria y temporal– de contenido ablatorio, lo que llevó a la Sala a analiza la segunda cuestión: el procedimiento dentro del cual tal medida ha de dictarse. En especial, pues el artículo no precisa quién es el "órgano competente en materia de propiedad intelectual" que podrá solicitar la adopción de la medida a las autoridades aduaneras. En este aspecto, la Sala Constitucional arriba a la siguiente conclusión:

> "la competencia para la determinación de infracciones de propiedad intelectual corresponde por principio general, en el ordenamiento jurídico venezolanos, a los órganos del Poder Judicial, en concreto, a los jueces con competencia en lo civil. Así, las dos grandes especies en las que la doctrina suele distinguir el género de los derechos den propiedad intelectual –entendidos como los derechos de las personas sobre las creaciones de su mente- son: de una parte, el derecho de autor y sus derechos con él relacionados (derechos conexos) y de otra, la propiedad industrial, que se caracteriza por proteger los signos distintivos (…) así como las innovaciones e invenciones,

> sean de producto o de procedimiento. La resolución intersubjetivos entre particulares que se originen en infracciones a unos y otros derechos de propiedad intelectual, corresponde al órgano judicial; no podría ser de otra manera, por cuanto se trata de debates cuyo objeto se refiere a titularidad de derechos de propiedad, los cuales corresponden al Juez y no a la Administración."

Nótese que tras esa afirmación subyace la interpretación que la Sala Constitucional da al principio de separación de poderes, que en Venezuela encuentra fundamento en el artículo 136 de la Constitución. Así, la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses, en los cuales los particulares esgrimen pretensiones sobre derechos –como son los derechos de propiedad intelectual– es, para la Sala, materia propia del Poder Judicial y no así de la Administración Pública, que constitucionalmente se concibe a partir de su función vicarial, al servicio del interés general con subordinación plena a la Ley y al Derecho.

Este principio es aplicado por la sentencia al analizar la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. La norma –sostiene la sentencia- se refiere genéricamente a la autoridad nacional competente, lo que "*implica que no otorga competencia a los órganos administrativos o jurisdiccionales de los Estados miembros, lo cual se deja a la determinación del Derecho interno, según sus especificidades*". Así, e invocando la doctrina de la Sala de Casación Civil (sentencia número 1153/2004 de 30 de septiembre), la sentencia de la Sala Constitucional afirma que la referencia a la "autoridad nacional competente" debe entenderse realizada a favor del Poder Judicial, delegando al ordenamiento procesal interno la determinación del tribunal competente para conocer de las acciones que prevé la Decisión 486, como es el caso de la ya comentada acción por infracción marcaria.

Esta premisa se sostiene en la sentencia comentada, también, sobre la base del ordenamiento interno venezolano:

> "el análisis de la legislación interna en materia de propiedad intelectual refuerza la postura de que las autoridades administrativas no tienen competencia para el conocimiento y solución de infracciones marcarias y violaciones a derechos de propiedad industrial."

De allí –y es esta la interpretación constitucional dada al citado artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas- la medida administrativa de desaduanamiento allí regulada será acordada por la Administración Pública como órgano auxiliar del Poder Judicial, quien dictará la medida cuya ejecución se confía –cautelarmente– a la Administración.

De cara a la interpretación del Derecho Comunitario, interesa destacar cómo la sentencia que se comenta ratifica el carácter vinculante de ese Derecho supranacional, pero a partir del consabido principio de neutralidad, es decir, que el Derecho Comunitario no prejuzga sobre la forma bajo la cual éste será aplicado, ni sobre la realidad que en cada Estado ofrezca el principio de separación de Poderes, en tanto la obligación de los Estados miembros es de resultado, no de medios: que la aplicación de la Decisión 486 se encomiende en Venezuela al Poder Judicial es, para el Derecho Comunitario, irrelevante, siempre y cuando ello garantice la efectividad de su la aplicación.

La Constitucionalización de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: de la Integración Económica a la Integración en Derechos a través de la Jurisprudencia Comunitaria

*Eduardo Luna Cervantes**

I. Introducción. II. Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea. 2.1. Su avance progresivo. 2.2. Las tensiones. 2.3. Derechos fundamentales vs. libertades económicas. III. La lograda confluencia de tres sistemas de protección de derechos en Europa. 3.1. La confluencia de los sistemas de protección interno y comunitario. 3.2. La confluencia de los sistemas de protección comunitario y convencional. Conclusiones.

I. Introducción

Para quien conoce la historia de Europa del siglo XX, marcada dramáticamente por dos guerras mundiales, no deja de sorprender el salto cualitativo y cuantitativo que ha experimentado este continente en los ámbitos político y económico, en poco más de cincuenta años.

La necesidad de garantizar que las tragedias ocurridas durante la primera mitad del siglo XX no vuelvan a producirse nunca más, impulsó que las principales potencias europeas busquen la integración de sus intereses económicos propiciando la constitución de comunidades como la del Acero y el Carbón (CECA – 1951), la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM – 1957), y posteriormente, la Comunidad Económica Europea (CEE – 1957).

Esta confluencia de intereses económicos contribuyó a la estabilidad política de la región. Para más tarde, durante las décadas de los sesenta y setenta, convertirse en la fuerza impulsora de la integración económica, monetaria y política de Europa.

En la actualidad la Unión Europea (UE) se debate en sus distintos ámbitos en reconocerse por entero como una organización internacional funcional –y por lo tanto que se legitima únicamente en tanto sirva para la consecución de los objetivos económicos de la Unión–, o dar un paso más y constituirse en un nuevo orden internacional, un nuevo nivel de gobierno supraestatal en donde confluyan, además de comunes intereses económicos y valores políticos,[1] una misma Carta política que reconozca y garantice una gama amplia de derechos fundamentales que se correspondan a los reconocidos por las tradiciones constitucionales comunes de los pueblos que integran la actual Unión.

* Abogado por la Universidad de Lima. Diplomado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid y doctorando en la Universidad Autónoma de Madrid – España.

1 El artículo 2º del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, prescribe que: *"la Unión Europea se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos"*.

Este paso que en teoría conduce a una mayor protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, puede resultar complejo y entorpecedor por la multiplicidad de sistemas de protección que confluyen en esta tarea. Así, tenemos en el ámbito del Convenio Europeo para la protección de los derechos y libertades (CEDH), el Tribunal de Estrasburgo que vela por los derechos en él reconocidos (TEDH). En el concierto de los Estados que conforman la Unión Europea, tenemos al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Tribunal de Luxemburgo (TJCE), que garantiza la vigencia y aplicación de los tratados constitutivos de la Unión; y, finalmente, los sistemas de protección de cada unos de los Estados miembros: Tribunales Constitucionales y Poder Judicial.

El propósito que persigue este breve ensayo es dar cuenta de cómo en la Unión Europea, a partir de un proceso de integración económica, se ha desarrollado un proceso paralelo de integración de contenidos constitucionales, derechos fundamentales, que terminan constituyéndose en el límite último del ejercicio de las libertades económicas que propugna la Unión; en buena cuenta, terminan incorporándose como normas de derecho comunitario y en la cúspide del sistema de fuentes de dicho ordenamiento jurídico.

El interés por mostrar este proceso tiene por supuesto la mirada fija en América Latina. Donde la integración económica no ha llegado de modo alguno a los niveles europeos, pero que, sin embargo, sí muestra una considerable experiencia en la estandarización de los niveles de protección de los derechos humanos en la región (Corte Interamericana de los Derechos Humanos); así como al interior de cada uno de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, a través de la cautela, por parte de las jurisdicciones constitucionales, de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de sus nacionales.

El presente ensayo busca entonces propiciar en el lector una reflexión sobre el inexorable proceso de globalización o internacionalización de los derechos fundamentales. Instalada seguramente en niveles de gobierno supraestatales que más temprano que tarde se establecerán en América Latina por la velocidad del proceso de integración económica y comercial; y cuya actividad deberá regirse respetando los parámetros que le impone la Convención Americana de Derechos Humanos y las Constituciones de los Estados Americanos.

Ahora bien, considero pertinente estructurar este ensayo en dos partes. La primera estará dedicada a la evolución de la jurisprudencia del TJCE de cara al reconocimiento de los derechos fundamentales y su valoración como fuente de derecho comunitario. En esta sección pondremos especial énfasis en el análisis de los *leading cases* que sintetizan el estado de la cuestión en la jurisprudencia comunitaria respecto a la antinomia derechos fundamentales – libertades económicas. Seguidamente, examinaremos cómo se ha articulado la relación entre los distintos sistemas de protección para asegurar al ciudadano europeo la aplicación del estándar de protección más efectivo para sus intereses y derechos. Para, finalmente, presentar algunas conclusiones y reflexiones finales.

II. Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea

En las líneas que siguen nos ocuparemos del avance progresivo –y también accidentado– de los derechos fundamentales en el proceso de integración económico de Europa. En concreto, procuraremos mostrar el tránsito que han seguido, a partir de la jurispruden-

cia del TJCE, desde la indiferencia completa hasta su ubicación como fuente legitimadora del derecho comunitario.

2.1. Su avance progresivo

Se puede afirmar con certeza que al inicio del proceso de integración europea, los tratados constitutivos no decían nada acerca de los derechos fundamentales. Ellos se limitaban a consagrar las cuatro libertades básicas de la Comunidad: libertad de circulación de trabajadores, capitales, bienes y servicios; así como los principios conexos: prohibición de discriminación en razón de nacionalidad, igual remuneración a igual trabajo, sin admisión de ninguna discriminación por razón de sexo u otra causa objetiva.

La expansión del derecho comunitario europeo en relación a los derechos fundamentales se ha debido a dos factores determinantes: las sucesivas reformas de los tratados constitutivos de la Unión[2] y la acción de las instituciones comunitarias; especialmente, del TJCE, que, a través de su jurisprudencia, ha recreado el derecho comunitario y "constitucionalizado" el proceso integracionista.

En las líneas que siguen nos ocuparemos especialmente de la acción del TJCE. La evolución que su jurisprudencia ha tenido al punto de transformar el sistema en uno de garantía de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario.

Conviene a estos efectos hacer primero un recuento de las etapas históricas de evolución del órgano jurisdiccional. *Ángel Rodríguez*, siguiendo a *Joseph Weiler*,[3] distingue el proceso de integración europea en tres períodos: el primero, desde su creación hasta mediados de los años setenta. En él, la Comunidad empieza a incrementar sus competencias. El TJCE se consolida a través de decisiones trascendentales y perfila las principales

2 El Acta Única Europea introdujo en 1985 nuevas disposiciones referidas al respeto de medidas sociales o de protección del medio ambiente en el desarrollo de las políticas comunitarias, además de ampliar el ámbito de aplicación de algunas libertades comunitarias, como la libre circulación de trabajadores. Incorporó también una referencia expresa a la CEDH en los tratados originarios. El Tratado de la UE introdujo nuevas reformas. Entre ellas, una mención expresa en su artículo 6 sobre el respeto a los Derechos Humanos y las libertades fundamentales como uno de los principios en los que se basa la Unión (junto con los de libertad, democracia y Estado de Derecho); y sobre su garantía por parte de la CEDH, como por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Junto a normas, y tras las reformas introducidas por el Tratado de la UE y el Tratado de Ámsterdam, se reconoce una *"ciudadanía"* de la Unión, que viene aparejada con un catálogo de derechos subjetivos: derecho a residir y circular libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 18 TCE); al sufragio activo y pasivo en el Estado de residencia tanto en las elecciones municipales (art. 19.1 TCE) como en las elecciones al Parlamento Europeo (art. 19.2 TCE); el derecho a la protección consular y diplomática por parte de otro Estado de la Unión de quien se encuentre en un tercer Estado en el que el suyo propio no tiene representación (art. 20 TCE); y los derechos de petición ante el Parlamento Europeo, de queja ante el Defensor del Pueblo Europeo –que el propio tratado crea en su artículo 195–, y de comunicación con las instituciones comunitarias en la lengua oficial de su elección (art. 21 TCE). Finalmente, destaca la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), que consagra prácticamente la totalidad de derechos individuales y sociales que se encuentran reconocidos en textos de esta naturaleza. Aunque la Carta no fuera incluida formalmente en los tratados constitutivos, es sin duda una referencia obligada y síntesis de los derechos reconocidos por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea.

3 RODRIGUEZ, Ángel. Integración Europea y derechos fundamentales. Madrid. Civitas. 2001, pp. 179-183.

características del derecho comunitario: primacía sobre los ordenamientos de los Estados miembros y efecto directo de sus decisiones sobre los justiciables de la Comunidad; cuestiones que abordaremos en seguida. En esta etapa los jueces de los Estados miembros asumen un papel activo en el desarrollo del derecho comunitario al utilizar el mecanismo de la cuestión prejudicial plasmada en el antiguo artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE); colaborando de este modo con el TJCE y la Comunidad al garantizar la aplicación del derecho de la Unión.

La segunda etapa puede reconocerse entre mediados de los años setenta y mediados de los ochenta. En ella apreciamos una mutación del sistema de distribución competencial. El TJCE abandona su doctrina respecto a la transferencia de soberanía estatal sobre *"áreas limitadas"*[4] o específicas y acoge otra que postula la *"absorción" y "expansión"* sobre nuevas competencias. Así, normas dictadas para regular determinada materia comunitaria se aplican a materias de competencia estatal sobre las que la Comunidad carece de título competencial expreso. Se afecta en buena cuenta la capacidad de los Estados de aplicar su normativa a las materias absorbidas por la Comunidad.

Por su lado, mediante la *"expansión"* se atribuyen nuevas competencias a la Comunidad a partir de una reinterpretación de la regla de los "poderes implícitos" recogida en el antiguo artículo 235 del TCE.[5] Así, se pasa de una interpretación restringida que reconocía a la Comunidad capacidad para adoptar medidas sobre las competencias que el Tratado le atribuye, a una concepción amplía, por medio de la cual se reconoce a la Comunidad capacidad para aprobar normas sobre cualquier materia necesaria para la consecución de los objetivos comunitarios.

La tercera etapa comenzaría en 1992 con la modificación del sistema de votación por el Acta Única Europea[6] y se extendería hasta nuestros tiempos. Ella se caracteriza por las primeras críticas acerca de la tendencia comunitaria a acaparar cada vez más competencias en detrimento de las soberanías de los Estados y por el consenso respecto a la necesidad de reforzar el rol del Parlamento Europeo y legitimar democráticamente a la Unión. En este contexto más adverso debe entenderse también el revés que ha tenido en Francia, Holanda e Irlanda la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Ahora bien, para comprender el rol que han desempeñado los derechos fundamentales en el proceso de integración europea, es necesario detenernos en el análisis de la jurisprudencia y dictámenes del TJCE correspondiente a las dos primeras etapas del proceso descrito. El primer paso se da con el reconocimiento de un nuevo orden jurídico, autónomo, y en el que se distinguen *"elementos de constitucionalidad"*.

En opinión de *Aguiar de Luque*, el funcionalismo que impregnó aquellos primeros pasos, con la doble consecuencia de operar en un ámbito competencial limitado y exclu-

4 STJCE 26/62 *Van Gend & Loos* del 5.2.1963.

5 Artículo 235.- Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.

6 Firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 de febrero de 1986. Entró en vigor el 1 de julio de 1987.

sivo para agentes productivos (empresarios y trabajadores), hizo innecesaria la garantía de tales derechos.[7]

Sin embargo, no se tardó mucho para que el TJCE expanda su ámbito competencial bajo la consideración de encontrarse ante un *"nuevo ordenamiento jurídico"*, plasmado en los tratados constitutivos de la Comunidad Europea. Reconociendo en ellos, al menos implícitamente, *"elementos de constitucionalidad"*.[8]

Esta idea enlaza, como afirma *Pérez Ayala,*[9] con la que subyace a toda Constitución como norma *"constitutiva"* de una comunidad política de ciudadanos y de un orden jurídico estatal. Los tratados constitutivos de la UE han experimentado, como señala el autor citado, un *"proceso de constitucionalización"* progresivo gracias a la jurisprudencia emanada del TJCE.

Los primeros pronunciamientos del TJCE en esta línea se remontan a las sentencias *Vand Gend & Loos* (26/62) del 05.02.1963 y *Costa vs. ENEL* (6/64) del 15.07.1964. En ellas el TJCE se pronuncia a favor de los principios de *"eficacia directa"* (o aplicación directa) del ordenamiento jurídico comunitario *"a los justiciables de la comunidad"* (Estados miembros y sus ciudadanos)[10] y de la *"primacía"* del mismo frente al derecho interno de cada Estado miembro, respectivamente.

El TJCE señala en la Sentencia *Van Gend & Loos* que *"La Comunidad constituye un nuevo orden jurídico de derecho de gentes y* [que] *el Derecho comunitario es independiente de la legislación de los Estado Miembros"*. Por su parte, en la Sentencia Costa, precisa que *"a diferencia de los Tratados Internacionales ordinarios, el Tratado CEE instituye un orden jurídico propio"* que se impone a la jurisdicción de los Estados miembros.[11] Existen algunas sentencias más en este mismo sentido.[12]

Hasta aquí los pronunciamientos del TJCE sólo hacen referencia a las relaciones entre ordenamientos jurídicos, no a cuestiones de orden constitucional. Referencias más explícitas podemos encontrar en Dictámenes como el 1/76 del 24.04.1977 sobre el Fondo Europeo de Inmovilización de la Navegación Interior,[13] donde el órgano jurisdiccional

---

7 AGUIAR DE LUQUE, Luis. *"Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea"*. En: Cuadernos de Derecho Público. Nº 18. 2003, pp. 175-176.

8 PÉREZ AYALA, Andoni. *"La constitucionalización de la Unión Europea"*. En: La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Coord. Javier Corcuera Atienza. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate. Dykinson. 2002, p. 627.

9 *Ibid.*

10 Con el principio de eficacia directa se deduce un Derecho comunitario independiente de la legislación de los Estados Miembros, que así como crea obligaciones para los particulares, también produce derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico. LÓPEZ GARRIDO, Diego. Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo. TECNOS. Madrid. 1986, p. 101.

11 *"(…) al instituir una comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de una capacidad jurídica, de una capacidad de representación internacional y, más precisamente, de poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencias de atribuciones de los Estados Miembros de la Comunidad, estos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, creando así un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos"* (Sentencia Costa).

12 Por ejemplo, la Sentencia Internationale Hantelsgesellschaft 11/70, en la cual el TJCE afirma que *"El derecho creado por el Tratado procede de una fuente jurídica autónoma"*.

13 Comentado por Pérez Ayala. *Op. cit.*, pp. 628-629.

refiere expresamente a la noción de *"Constitución interna"*, que no puede ser modificada por un tratado internacional suscrito por la Comunidad si ello comporta *"la alteración de los elementos esenciales de la estructura de la Comunidad, como las prerrogativas de las instituciones, el procedimiento de toma de decisiones de ellas y la posición de los Estados miembros en sus relaciones vis-a-vis"*.

En este Dictamen el TJCE hace referencia a la *"Constitución de la Comunidad"* haciendo mención expresa al Preámbulo y a los artículos 3 y 4 del Tratado de la CEE. En ellos se sientan las bases del proyecto comunitario, los fines y objetivos de la integración económica y de las instituciones comunitarias. Así, como bien anota *Pérez Ayala,*[14] *"el TJCE sienta las bases para la interpretación de los Tratados comunitarios en clave constitucional, abriendo así la vía, por la que avanzará el propio* [Tribunal]*, hacia una progresiva constitucionalización de los mismos"*.

Para ejemplificar más esta cuestión, el autor hace referencia también a la Sentencia emitida por el TJCE con ocasión del recurso interpuesto por el Partido Ecologista – Los Verdes contra el Parlamento Europeo (294/83) de 26.04.1986. En él, se solicitaba la anulación de una decisión de éste último sobre la asignación de fondos entre diversos grupos políticos con motivo de las elecciones al Parlamento Europeo de 1984. La sentencia destaca que la Comunidad económica es una *"comunidad de derecho"* en la que, *"ni los Estados miembros ni las instituciones escapan al control de conformidad de sus actos con la carta constitucional básica que es el Tratado"*.

Otra referencia importante es el Dictamen 1/91 del 14.12.1991 sobre el Espacio Económico Europeo, donde el TJCE se refiere al Tratado de la CEE como la *"Carta constitucional de una comunidad de derecho"*; con un *"orden competencial",* determinado por el TJCE sobre las instituciones comunitarias, la Comunidad y los Estados miembros, que no hace de ella sino una norma que cumple funciones constitucionales en una organización política.

Ahora bien, no se trata tan sólo de una "Constitución" en un sentido material. Es claro que el ordenamiento jurídico comunitario adquiere también autonomía y la configuración de un sistema jurídico completo, con los reglamentos y directivas de la Comunidad. Los reglamentos confieren derechos e imponen obligaciones en el conjunto de la Comunidad (Estados miembros, instituciones comunitarias, nacionales de los Estados miembros); toman su autoridad y fuerza obligatoria del Tratado mismo, sin que sea necesaria la intervención de ninguna autoridad nacional.

Por su parte, las directivas, son actos jurídicos que obligan a los Estados miembros a completar o modificar su propia legislación nacional con la finalidad de suprimir las medidas discriminatorias fundadas en la nacionalidad que obstaculicen el buen funcionamiento del mercado común.

Se trata por tanto de un ordenamiento jurídico autónomo con su propio sistema de fuentes. Un ordenamiento que se expande con la jurisprudencia del TJCE y que muta, por su propia dinámica la naturaleza original del proyecto integracionista.

14 *Ibid.,* p. 629.

2.2. Las tensiones

Sin embargo el primer escollo a esta expansión competencial estuvo protagonizado por la jurisdicción constitucional. Concretamente, los Tribunales Constitucionales de Italia y Alemania, que se resistían a abandonar sus fueros y reconocer la primacía del ordenamiento jurídico comunitario en materia de derechos fundamentales.

Ambos Tribunales ponían en relieve si los valores, derechos y libertades básicas reconocidas en las Constituciones de sus países, no constituían acaso un límite a la transferencia de poderes soberanos a la Comunidad Europea. La controversia tiene su antecedente en la sentencia 26/69 *Stauder* del 12 de noviembre de 1969. En ella un tribunal alemán solicitaba la interpretación de una norma de derecho comunitario que podría lesionar derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn. El TJCE optó por una interpretación que evitaba el conflicto con el derecho constitucional presuntamente afectado. Fue a partir de esta sentencia que empezó a interpretar las normas comunitarias de modo que fueran compatibles con los derechos fundamentales reconocidos por los Estados miembros.[15]

En la sentencia bajo comentario, el TJCE establece con carácter general que le compete garantizar el respeto a los derechos fundamentales dentro de los principios generales del Derecho Comunitario. Esta línea jurisprudencial se consolidó con las sentencias 11/70 *Handelsgesellschaft* del 17 de diciembre de 1970 y 4/73 *Nold* del 14 de mayo de 1974.

Los conflictos saltan a partir de las sentencias 183 *Frontini* del 27 de diciembre de 1973 y *Solange* del 29 de mayo de 1974 de la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Constitucional Federal Alemán, respectivamente. En ambas sentencias se cuestionaba directamente la primacía del derecho comunitario si está implicaba una vulneración a los derechos fundamentales protegidas por los textos constitucionales de ambos Estados miembros.

El Tribunal Alemán se irrogaba la competencia para controlar la constitucionalidad de normas comunitarias bajo la consideración de que los tratados constitutivos no garantizaban suficientemente, hasta dicho momento,[16] los derechos fundamentales. Por su parte, la Corte Constitucional Italiana señalaba (considerando 21) que la cesión de soberanía estatal a la Comunidad sólo se limitaba a los fines previstos en los tratados constitutivos, por lo que resultaba inaceptable otorgar a los órganos de la CEE un poder tal capaz de violar los principios fundamentales y derechos de las personas protegidos por la Constitución Italiana.

---

15 Esta sentencia es significativa porque constituye un primer giro en la jurisprudencia del TJCE; ya que este órgano jurisdiccional había negado hasta ese momento (Sentencias 1/58 *Storck* del 4.2.1959 y 13/60 *Geitling* del 18.5.1962) la posibilidad de interpretar el derecho comunitario de acuerdo con las disposiciones sobre derechos fundamentales reconocidos por los ordenamientos de los Estados miembros.

16 El Tribunal Constitucional Federal destacó en el considerando 23 de su sentencia, que la Comunidad carecía hasta dicho momento de un Parlamento elegido democráticamente ante el cual las instituciones comunitarias fueran políticamente responsables y, especialmente, destacó el hecho que la Comunidad no contaba con un catálogo codificado de derechos fundamentales que dotara de seguridad jurídica a la protección de derechos fundamentales en la Comunidad.

Estos pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales italiano y alemán fueron vistos como un arriesgado enfoque *"constitucionalista"* del problema de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho nacional; el cual podría amenazar seriamente la supremacía del derecho comunitario y los fundamentos jurídicos de la Comunidad misma.[17]

El TJCE reaccionó algunos años más tarde con la sentencia 44/79 *Hauer* del 13 de diciembre de 1979, en un intento exitoso por afirmar y mantener la supremacía del derecho comunitario sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. En esta sentencia el TJCE añadió el criterio que las normas comunitarias debían siempre interpretarse de modo que no vulneraran los derechos reconocidos por las Constituciones de los Estados miembros. Ello venía a integrar la jurisprudencia dictada en *Handelsgelschaft* y *Nold*, donde el Tribunal señala expresamente que la fuente privilegiada de inspiración para discernir el contenido de la tradición constitucional común de los Estados miembros era la CEDH.

Así, el TJCE da un paso irreversible, de alguna forma forzado por las circunstancias, hacia la *"constitucionalización"* del ordenamiento jurídico comunitario. Desde nuestro punto de vista, este paso constituye un hito en la integración de los ordenamientos jurídicos de la Comunidad y los Estados miembros. Si los derechos constitucionales reconocidos en las constituciones nacionales deben ser interpretados –por mandato de las propias Cartas Fundamentales –,[18] de acuerdo a los tratados sobre derechos humanos; las normas comunitarias deben interpretarse, a su vez, respetando los derechos constitucionales de los Estados y la Convención Europea de Derechos Humanos. Cerrando de esta forma el círculo.

Las posteriores sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Auto *Eurocontrol* de 23 de junio de 1981 y STC *Solange II* del 22 de octubre de 1986) y de la Corte Constitucional Italiana (STC 170/84 *Granital* y 232/89 *Fragd*), morigeraron las posiciones iniciales de ambos tribunales. Así, en *Fragd* la Corte Italiana consideró que limitar los efectos de una sentencia de la TJCE a una eficacia prospectiva podía vulnerar el derecho constitucionalmente garantizado de la tutela judicial efectiva. En *Eurocontrol,* el Tribunal Federal estimó que del derecho comunitario sólo era exigible una protección suficiente de los derechos fundamentales, sin que ello signifique que necesariamente deba igualarse el estándar de protección dispensado por la Ley Fundamental de Bonn. En Solange II, el Tribunal Federal renuncia a examinar la conformidad del derecho comunitario con arreglo a los derechos constitucionalmente garantizados mientras que la protección de estos derechos fuera garantizada por el TJCE.[19] Más adelante volveremos sobre estas sentencias.

17 RODRIGUEZ, Ángel. *Op. cit.*, p. 186.

18 Por ejemplo, en virtud del artículo 10.2 de la Constitución Española, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que ella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España. En este sentido, y conforme al artículo 96 de la propia Carta Fundamental, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados, forman parte del ordenamiento interno. España ratificó el 26 de setiembre de 1979 la Convención Europea de Derechos Humanos.

19 Sin embargo, es pertinente anotar como lo hace Ángel Rodríguez, que en el campo de los derechos fundamentales, la primacía absoluta del derecho comunitario sobre el derecho constitucional nacional no ha sido aún aceptada expresamente por ningún tribunal constitucional de los Estados miembros. *Op. cit.*, p. 193.

Con todo ello, desde la doctrina desarrollada en el caso *Hauer*, quedó por sentado que el derecho comunitario podía tener un efecto directo en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos. Que las normas comunitarias encontraban en estos derechos un parámetro de validez; y que el principio de primacía del derecho comunitario se fortalecía –aunque aún no pacíficamente– consolidando la legitimidad de las instituciones comunitarias, especialmente la del TJCE.

2.3. Derechos fundamentales *vs.* libertades económicas

Como sabemos, el orden comunitario se instaló sobre la base de las cuatro libertades económicas. La jurisprudencia del TJCE demostraría que más temprano que tarde se produciría una confrontación entre éstas y los derechos fundamentales protegidos hasta ese momento por los ordenamientos internos de cada uno de los países miembros de la Unión.

No obstante, no podemos soslayar que existe una controversia –sobre la cual no trataremos– respecto a la consideración de que las libertades económicas son también derechos fundamentales. Sólo anotaremos que existen supuestos en que una determinada libertad económica se identifica o relaciona directamente con un derecho fundamental. Así, por ejemplo, la libertad de circulación de mercancías puede relacionarse a la libertad de expresión cuando los bienes objeto de la transacción comercial sean libros, revistas, videos, etc.; o la libertad de prestación de servicios con la libertad de movimiento.[20] En estos supuestos es claro que el conflicto se reconduciría a uno entre derechos fundamentales; el cual se resolvería con las técnicas habituales de la ponderación, principios de proporcionalidad, etc.

Con todo, sí es posible identificar casos en donde el conflicto es real y supone una opción valorativa y excluyente por parte del TJCE. A dos de ellos, tal vez los más emblemáticos, nos referimos inmediatamente.

El primero de los casos es conocido en la doctrina comunitaria como el caso *Schmidberger.*[21] Schmidberger es una empresa alemana de transportes cuya actividad principal consiste en transportar madera de Alemania a Italia y acero de Italia a Alemania. Dicha empresa se vio perjudicada por el bloqueo en una autopista que cubría su ruta como consecuencia de una manifestación convocada por la asociación Transitforum Austria Tirol, cuyo objetivo es la "protección del espacio vital en la región de los Alpes".

Este hecho determinó que la citada empresa reclamara ante un tribunal el pago de una indemnización por considerar que la no prohibición de la manifestación y la falta de medidas que evitaran el bloqueo de la autopista constituían obstáculos injustificados a la libre circulación de mercancías y, en esa medida, una infracción al derecho comunitario.

20 Cfr. OLIVER, PETER Y ROTH, WULF-HENNING. "The Internal Market and The Four Freedoms". En: *Common Market Law Review*. Nº 41. 2004, pp. 407-409.

21 C-112/00. Sentencia del 12 de junio de 2003.

Sin detenernos en el accidentando trámite que siguió esta empresa hasta llegar al TJCE, vía cuestión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Innsbruck (Austria),[22] resumiremos los puntos más saltantes de lo resuelto por el Colegiado comunitario.

En primer término, puede advertirse que el tema en cuestión es saber si para el derecho comunitario la libertad de circulación de mercancías debe prevalecer incluso sobre derechos fundamentales como la libertad de reunión y de expresión.

Para resolver la cuestión planteada, el TJCE sigue el siguiente razonamiento. Primero cae en cuenta que el artículo 30 del TCE ordena la *"supresión de todos los obstáculos, directos o indirectos, reales o potenciales, a las corrientes de intercambios en el comercio intracomunitario"*.

Por ello, la autoridad nacional competente se ve *"obligada a adoptar las medidas apropiadas al objeto de garantizar dicha libertad en el Estado miembro de que se trate"*, incluso cuando los obstáculos a la circulación de mercancías se derivan de la acción de particulares. Estas disposiciones le permiten al Colegiado sostener que la manifestación, organizada por la asociación Transitforum Austria Tirol y permitida por las autoridades nacionales, *"constituye una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas, en principio incompatible con las obligaciones de Derecho comunitario"*.

Sin embargo, también precisa que no habría una infracción al derecho comunitario en el caso de que *"el hecho de no haber impedido dicha concentración pueda estar objetivamente justificado."* Luego, el TJCE sostiene que *"al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías"*.

Con este razonamiento, el TJCE concluye que para el caso en cuestión la limitación a la libertad de circulación de mercancías está justificada en razón de que la autoridad nacional estaba protegiendo los derechos fundamentales a la manifestación y libertad de expresión.

Por último, el Colegiado aplica un test de proporcionalidad para generarse convicción respecto a si la protección de los derechos en cuestión no podían haberse hecho a través de medidas menos lesivas a la libre circulación de mercancías. A partir del cual concluye que *"la autoridad nacional, habida cuenta de la amplia facultad de apreciación que*

22 Las preguntas formuladas son las siguientes: *¿Deben interpretarse los principios de libre circulación de mercancías en el sentido del artículo 28 CE (antiguo artículo 30) y siguientes o de otras disposiciones de Derecho comunitario en el sentido de que un Estado miembro está obligado a mantener libres de todo tipo de restricciones y obstáculos las rutas de tránsito más importantes bajo cualquier circunstancia o al menos en la medida de lo posible y razonable, y concretamente de tal modo que, en particular, no debe autorizarse una manifestación de carácter político convocada en una ruta de tránsito o, al menos, debe disolverse posteriormente cuando o tan pronto como dicha manifestación pueda celebrarse fuera de la ruta de tránsito con un impacto similar sobre la opinión pública?*
¿Debe atribuirse a la finalidad de una manifestación de carácter político autorizada por las autoridades, consistente en reivindicar un espacio vital saludable y llamar la atención sobre los peligros para la salud de la población ocasionados por el creciente tránsito de camiones, una importancia mayor que a las disposiciones del Derecho comunitario relativas a la libre circulación de mercancías en el sentido del artículo 28 CE?

se le ha de reconocer en la materia, pudo considerar razonablemente que el objetivo legítimamente perseguido por dicha concentración no podía alcanzarse en el caso de autos mediante medidas menos restrictivas de los intercambios intracomunitarios".

Por lo tanto, en circunstancias como estas, es claro que los derechos fundamentales pueden prevalecer sobre las libertades económicas.

El segundo, y último caso que quisiera comentar, es conocido en la doctrina comunitaria como el caso *Omega.*[23]

Omega era una empresa alemana que explotaba un negocio llamado "laserdomo". Sus instalaciones estaban destinadas a la práctica del "láser-sport", un juego que consistía en simulacros de asesinados (*"jugar a matar"*). Y es que los jugadores eran provistos de aparatos de láser con forma de pistolas ametralladoras y chalecos con dispositivos sensores en la parte delantera y trasera.

A fin de renovar el equipo utilizado para dicho juego, Omega decidió contratar con la empresa británica Pulsar para el suministro de nuevo material. La controversia se plantea a raíz de la oposición de la autoridad administrativa alemana, para quien la simulación de homicidios suponía una banalización de la violencia, una afectación al orden público y a la dignidad humana.

Omega recurrió esa decisión ante las distintas autoridades judiciales competentes; igualmente, sin detenernos en ellas, llegamos hasta el TJCE a través de una cuestión prejudicial bajo el argumento que la orden de prohibición vulneraba el derecho comunitario, específicamente la libre prestación de servicios (toda vez que existía un contrato de franquicia con Pulsar).[24]

El TJCE resuelve de la siguiente manera. En lo sustantivo señala que: *"la orden controvertida, al prohibir a Omega explotar su 'laserdromo' según el modelo de juego desarrollado por Pulsar y legalmente comercializado por ésta en Reino Unido, en particular en régimen de franquicia, afecta a la libertad de prestación de servicios que el artículo 49 CE garantiza tanto a los prestadores como a los destinatarios de estos servicios establecidos en otro Estado miembro"*. Luego, el Colegiado recuerda que: *"según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido"*.

Sobre la base de lo señalado en el caso *Schmidberger*, el TJCE sostiene que: *"la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en*

23 C. 36/02. Sentencia del 14 de octubre de 2004.

24 La pregunta formulada fue la siguiente: *¿Es compatible con las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativas a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de mercancías el hecho de que, con arreglo al Derecho nacional, una determinada actividad empresarial –en el presente caso, la explotación de un denominado "laserdromo" en el que se llevan a cabo simulacros de homicidio– deba prohibirse por ser contraria a los valores constitucionales fundamentales?*

virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de servicios".

Como puede advertirse se reitera la expresión *en principio*, la cual sugiere la idea que en algún supuesto puede privilegiarse una libertad económica sobre un derecho fundamental. Sin embargo, la literatura comunitaria no registra de momento una jurisprudencia del TJCE en este sentido.

El Tribunal concluye que: *"la orden de 14 de septiembre de 1994* (aquella dictada por la autoridad administrativa competente) *no puede considerarse una medida que menoscaba de manera injustificada la libre prestación de servicios"*, dando por válido el juicio de proporcionalidad efectuado por las autoridades alemanes sobre la consideración de que la medida impuesta resulta idónea y no va más allá de lo necesario para alcanzar el fin perseguido (la protección de la dignidad humana).

Así, el TJCE privilegia una vez más un derecho fundamental sobre una libertad económica; ello sobre la base de determinar las condiciones de aplicación del mismo a partir del juicio de proporcionalidad que en su origen elaboran las autoridades alemanas.

En resumen, como corolario de esta segunda sección podemos afirmar que el rol que han cumplido los derechos fundamentales en el proceso de integración europea, como fuente consubstancial de los principios generales de derecho, no ha sido otro si no el de *"constitucionalizar"* –en un sentido de contenidos– la Europa comunitaria. Mutar, en buena cuenta, la naturaleza original del proyecto de integración económica a uno de orden constitucional propio de una comunidad económica y jurídica como lo es la Unión Europea.

III. La lograda confluencia de tres sistemas de protección de derechos en Europa

Este acápite lo dedicaremos al análisis de los problemas y las soluciones que ha generado la confluencia de los tres sistemas de protección de derechos en Europa. Un espacio geográfico en el que conviven tres ámbitos competenciales determinados por el TJCE, TEDH y aquél conformado por los órganos de control constitucional concentrado y tribunales ordinarios de cada Estado miembro.

A partir de este análisis, veremos cuál ha sido la fórmula jurisprudencial en los distintos ámbitos para garantizar a los ciudadanos europeos la aplicación del estándar de protección más efectivo para sus derechos fundamentales.

3.1. La confluencia de los sistemas de protección interno y comunitario

La absolución de esta interrogante exige primero tomar en cuenta ciertos datos característicos de los sistemas bajo comentario. El primero, tanto el derecho comunitario, como el derecho constitucional interno de cada uno de los Estados miembros, tienen vocación de primacía sobre cualquier cuerpo normativo.

En efecto, ello está demostrado en el ámbito del derecho comunitario a partir de la construcción jurisprudencial de los principios de primacía y efecto directo, sustentados en

los tratados constitutivos de la Unión, tal y como lo desarrollamos en el acápite anterior. Por su lado, el derecho constitucional de cada Estado miembro proyecta su primacía y fuerza vinculante sobre todos los poderes públicos, especialmente en el orden de los derechos fundamentales, a partir de lo dispuesto por la propia Constitución.[25]

El segundo dato significativo es el de los objetivos o fines de cada ordenamiento jurídico. Garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales, es sin duda la finalidad común del derecho constitucional y el sistema de protección de cada uno de los Estados miembros.[26] La función de un órgano como el Tribunal Constitucional Español, por ejemplo, es la de *"precisar el contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance".*[27]

En el caso del ordenamiento comunitario, los fines son claramente distintos. En principio, habría que decir que no tienen por finalidad u objetivo la protección de los derechos fundamentales; al menos no de manera directa y específica.

En efecto, como bien afirma *Aguiar de Luque,*[28] la Unión Europea no es una organización de fines "universales" como sí lo es el Estado, sino una organización con unos fines limitados, que disfruta de unas competencias derivadas que le han sido otorgadas o delegadas por los Estados miembros. Su finalidad es la coordinación de las políticas de los Estados miembros, encaminándolas a la consecución de unos objetivos específicos definidos en los tratados constitutivos: (i) Promover la paz; (ii) fomentar la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras; (iii) obrar en pro de un desarrollo sostenible basado en un crecimiento económico equilibrado, y en una economía social de mercado tendente al pleno empleo y al progreso social; y, (iv) combatir la marginación social y territorial.[29] Su finalidad en buena cuenta, es garantizar la subsistencia de la Unión. Una Unión que encontró en la comunión de intereses económicos la finalidad original de su existencia.

---

25 Por ejemplo, el artículo 53.1 de la Constitución Española prescribe que: *"Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)* [recurso de inconstitucionalidad]*".*

26 Por ejemplo, la tarea del Tribunal Constitucional Español, según los términos del artículo 1 de su Ley Orgánica, es constituirse en la garantía jurisdiccional de la Constitución. Su función con los derechos es una función que se deriva de la condición de los derechos como elemento estructural de la Constitución. Los Tribunales Constitucionales garantizan los derechos fundamentales como la específica forma que los derechos asumen en la lógica de la Constitución normativa. CRUZ VILLALÓN, Pedro. *"Unos derechos, tres tribunales".* En: Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el Marco de la Constitución Española. Estudios de homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Autores: CASAS BAAMONDE, M. y DURÁN LÓPEZ, F. La Ley. Madrid. 2006, p. 1016.

27 DTC 1/2004, Fj. 6. Declaración sobre la constitucionalidad del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

28 AGUIAR DE LUQUE, Luis. *Op. cit.,* p. 181.

29 No obstante, es pertinente señalar que el artículo 2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, prescribe que *"la Unión Europea se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos".*

Partiendo de estas dos necesarias consideraciones, podemos seguir en nuestro análisis examinando ahora las opciones que se presentan para hacer frente a un acto vulneratorio de derechos fundamentales perpetrado desde el ámbito comunitario. Y es que en la medida que la Unión Europea es una organización que ejerce funciones que jurídicamente son comparables con las de los Estados clásicos (dicta normas que son auténticas leyes, dicta resoluciones que determinan políticas públicas o que afectan al estatuto del individuo, y que cuenta con un sistema jurídico autónomo que dicta sentencias que tienen los mismos rasgos que las sentencias dictadas por tribunales nacionales) es evidente que el ejercicio de tales funciones puede vulnerar derechos fundamentales.[30]

Pues bien, las opciones son encontrar una respuesta en el sistema de protección de cada Estado miembro (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) o en el propio sistema supranacional, a través del TJCE.

Para seguir avanzado es preciso recordar un tercer dato, siguiendo el planteamiento señalado por *Aguiar de Luque,*[31] que el Derecho comunitario prevalece sobre el Derecho interno, es decir, se imponen los legisladores de Bruselas a cualesquiera de los legisladores de los Estados miembros; de igual forma, que la UE carece de una administración periférica y de una estructura judicial acabada y completa, por lo que depende, para la efectividad de sus actos, de las instancias ejecutivas y jurisdiccionales de cada uno de los Estados miembros.

En base a estas consideraciones, y a los cambios efectuados a los tratados constitutivos introducidos luego de la Declaración de Niza,[32] en línea con la asentada jurisprudencia del TJCE sobre esta cuestión,[33] se adopta como criterio determinante para ubicar el sistema de protección que debe asumir competencia, la *"naturaleza del derecho aplicado"*.

Ello se traduciría en la siguiente fórmula: *"Si el acto concreto que vulnera un derecho fundamental es ejecución del (o viene exigido por el) derecho comunitario, serán las normas e instancias comunitarias las encargadas de restaurar el pleno disfrute del derecho afectado. Si es un acto de aplicación de un Derecho nacional serán las normas y mecanismos nacionales de garantía de los derechos fundamentales los encargados de entrar en acción".*[34] Pero esta distinción, como también anota *Aguiar de Luque*, es más aparente que real.

En efecto, el criterio de distinción de la naturaleza del derecho aplicado se relativiza si tomamos en cuenta la ingerencia cada vez mayor del derecho e instituciones comunitarias en el ámbito interno de los Estados miembros. El nivel de involucramiento es cada vez más intenso y frecuente que resulta, a su vez, cada vez más complicado identificar actos "puros" de ejecución del derecho comunitario.

Y es que con más frecuencia es posible registrar sentencias del TJCE que denotan esa apropiación de espacios jurídicos del ámbito interno de los Estados miembros.

---

30 AGUIAR DE LUQUE, Luis. *Op. cit.,* p. 182.

31 *Ibid.,* p. 183.

32 *"(…) las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión".*

33 Sentencias del TJCE del 18.6.1989; Wachauf del 13.7.1989; Bostock del 24.3.1994 y Perfili del 1.2.1996.

34 AGUIAR DE LUQUE, Luis. *Op. cit.,* p. 184.

Ejemplos de ello, lo constituyen sentencias como la del asunto C-207/98, *S.K. Mahlburg* del 3 de febrero de 2000, donde se analiza el caso de una súbdita alemana, residente en Alemania, que fuera objeto de discriminación en aplicación de normas internas de su Estado de su origen y en la que el Tribunal consideró que dichas discriminaciones eran contrarias al derecho al empleo y al orden comunitario; o aquella emitida en el asunto C-285/98, *Tanja Kreil* del 11 de enero de 2000, discriminación en razón de sexo, con motivo de la denegación de alistamiento de la interesada, nacional alemana, en las fuerzas armadas de su país.[35]

Del proceso evolutivo del TJCE se puede apreciar una tendencia expansiva de los derechos fundamentales protegidos por este órgano jurisdiccional. Una protección que se inició en la cautela de derechos de orden económico (como la propiedad privada, la libertad de comercio, o el libre ejercicio profesional), que corresponden más con la naturaleza originaria de la Unión; a una protección que ha involucrado a más derechos civiles y libertades fundamentales (derecho de defensa, libertad personal, derecho al respeto a la vida privada y familiar, libertad de domicilio, libertad de expresión o de asociación sindical, entre otros); más propia del actual estadio evolutivo y "universalista" de la UE.

López Garrido, ejemplifica con lucidez esta expansión del catálogo de los derechos fundamentales –muchos de ellos tradicional y exclusivamente cautelados en el ámbito interno de los sistemas nacionales–, protegidos ahora por el sistema comunitario: *"La libertad de expresión y formación puede estar en cuestión en el sector del ordenamiento comunitario que se refiere a la libertad de competencia y de prestación de servicios. El principio de inviolabilidad personal y familiar asume relevancia, bien porque se reconoce al trabajador emigrante el derecho a reunirse con la propia familia en el país huésped y deben, por tanto, serle consentido a los familiares el ingreso en dicho país, bien porque eventuales medidas de expulsión pueden comprometer dicho principio de unidad familiar. La tutela de la libertad personal puede verse limitada por determinadas disposiciones que inciden sobre la libertad de circulación. El derecho de contraer matrimonio y fundar a la familia está afectado cuando un cónyuge encuentra obstáculos o dificultades para entrar o establecerse en el país del otro cónyuge, en cuanto no tenga ciudadanía del mismo o, cuando por el mismo motivo está expuesto a procedimientos de expulsión. El derecho a la enseñanza, hemos visto que representa en ocasiones un necesario complemento para la efectiva realización de la libertad de circulación y residencia de los trabajadores emigrantes, especialmente en relación con la integración sin discriminaciones de los hijos de los trabajadores, y de los trabajadores mismos, en el país de residencia (…). El derecho a la propiedad, la libertad de iniciativa económica o el libre ejercicio de actividades pueden interferir con la Comunidad cuando ésta impone límites a la producción, comercialización o elaboración de determinados productos, o cuando dicta normas que inciden en las relaciones contractuales".*[36]

---

35 Más casos citados por AGUIAR DE LUQUE. *Ibid.*, p. 185. Sentencias del 20 de mayo de 2003 (C 465/00, C 138/01 y C 139/01 acumulados) y del 19 de junio de 2003, caso *Pasquini* (C 34/02).

36 LÓPEZ GARRIDO, Diego. Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo. Tecnos. Madrid. 1986, p. 120.

Y es que este transvase, o al menos comunión de ámbitos competenciales, se explica perfectamente por los vasos comunicantes del derecho constitucional interno de los Estados miembros con el derecho comunitario. Por ejemplo, en el caso de España el derecho comunitario se integra al nacional en virtud de los artículos 93 y 96.1 de la Constitución.[37] Del primero se concluye la legitimidad constitucional de la derivación de competencias a la CEE; del segundo, la incorporación de los tratados constitutivos de la Unión al derecho interno. El círculo lo completa el ya citado artículo 10.2, que integra al orden interno, como canon interpretativo, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internaciones en materia de derechos fundamentales.[38] Por cierto que este artículo, junto con el 96, integran también a la CEDH, y por ende, a la jurisdicción del TEDH.

Si por el otro lado, desde el derecho comunitario, tenemos que principios como el efecto directo y la primacía del ordenamiento comunitario se apoyan sobre la base de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (principios y derechos constitucionales comunes), no podemos sino concluir que los eventuales conflictos entre las jurisdicciones interna y comunitaria son más hipotéticos que reales.

De aquí la gran responsabilidad del TJCE, como bien anotan *Rodríguez Iglesias* y *Valle Gálvez*, de *"interpretar el conjunto del Derecho comunitario de conformidad con esos principios, que debe identificar y formular con suficiente amplitud, teniendo en cuanta, entre otros elementos, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales"*.[39] Así como la responsabilidad de todo Tribunal Constitucional de *"interpretar dicho fundamento constitucional en un sentido que no resulte excesivamente rígido"*;[40] sin que dicha flexibilidad admita una infracción de principios constitucionales o del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Con todo y ello, como ya hicimos referencia líneas arriba, algunos Tribunales Constitucionales (Alemania e Italia) se han esmerado en trazar límites constitucionales a la jurisprudencia del TJCE en pos de asegurar la aplicación del *"estándar"* máximo de protección en materia de derechos fundamentales.

---

37 Artículo 93º.- Mediante ley orgánica se podrá utilizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.
Artículo 96.1.- Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho internacional.

38 Un ejemplo de utilización de la jurisprudencia del TJCE por parte del TCE en la interpretación de libertades fundamentales, lo tenemos en las sentencias 28/1991 del 14 de febrero de 1991 y 58/1994 del 28 de febrero de 1994.

39 RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil y VALLE GÁLVEZ, Alejandro. *"El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales"*. En: Revista de Instituciones Europeas. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997. Año 1. Nº 2, p. 375.

40 *Ibid.*

Así, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, luego de las sentencias *Solange I* y *II*, mantiene el criterio según el cual *"entre tanto"* (desde 1974, *Solange II*) *"se ha alcanzado en el ámbito comunitario un nivel de protección de los derechos fundamentales substancialmente equivalente al estándar garantizado por la Ley Fundamental, por lo cual, en tanto que este nivel de protección continúe siendo asegurado con carácter general por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Constitucional Federal se abstendrá de ejercer jurisdicción en relación con la compatibilidad de los actos comunitarios con los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos*". Como afirman *Rodríguez Iglesias y Wöelker*, desde *"un punto de vista jurídico material, la aplicación del Derecho comunitario derivado en la* [República de Alemania] *sigue sometida a las exigencias constitucionales relativas a los derechos fundamentales, si bien esa sumisión no se actualiza procesalmente en tanto sigan dándose ciertas condiciones en el orden comunitario"*.[41]

En el caso de Italia, referido también líneas arriba, el límite a la eficacia de las normas comunitarias que incidan sobre derechos fundamentales, está impuesto por el respeto a los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y los derechos inalienables de la persona humana. La Corte Constitucional Italiana hace esta "reserva de constitucionalidad", aunque en términos hipotéticos, en la citada sentencia *Frontini* y complementada luego en la sentencia *Granital*, dejando claro que: *"si la hipótesis de conflicto se realiza, el control de constitucionalidad no podría afectar a las normas del Derecho comunitario, sino a la ley de ejecución del Tratado"*. *Rodríguez Iglesias* y *Valle Gálvez*, apuntan que en la sentencia del caso *Fragd*, también citada, la Corte Italiana explícita por primera vez esta doctrina de la reserva de constitucionalidad.[42]

Partiendo de estas posiciones de los Tribunales Constitucionales Alemán e Italiano, e interpretando la lógica que subyace al razonamiento de ambos en el afán de mantener sus fueros ejerciendo un control de constitucionalidad sobre la normativa comunitaria en materia de derechos fundamentales, autores como *Ángel Rodríguez,*[43] encuentran una regla general que satisfaría las exigencias de los ordenamientos nacionales y comunitario potencialmente en conflicto.

Así, el autor propone que en los casos en los que exista un estándar supranacional de protección de un derecho fundamental menor que el nacional, deberá aplicarse el prime-

---

41 RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil y WÖELKER, Ulrich. *"Derecho Comunitario, derechos fundamentales y Control de Constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986"*. En: Revista de Instituciones Europeas. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Vol. 14, nº 3, Año 1987, p. 667.

42 La cuestión de inconstitucionalidad planteada en este asunto tenía por objeto la posible incompatibilidad con determinados preceptos constitucionales de dos artículos de la ley de ejecución del Tratado CEE en la medida que permitían que el TJCE limite los efectos de sus sentencias prejudiciales en el tiempo, incidiendo así negativamente –en opinión del tribunal que plantea la cuestión– sobre distintos derechos subjetivos; en específico, el derecho a la tutela judicial efectiva. La Corte afirmó en su resolución que la tutela judicial efectiva es en efecto un principio fundamental de la Constitución italiana y examinó en qué medida la sentencia prejudicial del TJCE que contenía la limitación temporal podía afectar dicho derecho. Finalmente, la Corte concluyó que no se producía un menoscabo a la tutela judicial efectiva y declaró inadmisible la cuestión. [Ver: *RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil y VALLE GÀLVEZ*, Alejandro. *Op. cit.,* pp. 364 y 365.]

43 RODRIGUEZ, Ángel. *Op. cit.,* pp. 329-330.

ro si se trata de una norma de derecho comunitario, siempre y cuando no afecte con su desprotección el contenido esencial del derecho; el cual, como ya sabemos, está fijado por el Tribunal Constitucional. En sentido contrario, si la norma supranacional (derecho comunitario) otorga un nivel de protección tan bajo que desproteja el contenido esencial, deberá prevalecer el estándar nacional de protección.

Cuando se produzca un conflicto de derechos, vale decir, cuando la norma supranacional comunitaria define un estándar de protección de un derecho fundamental en relación con otro que le sirve de límite, nunca debe aplicarse el estándar que desproteja cualquiera de los derechos por debajo de su contenido esencial. Ahora bien, si la desprotección de uno por la protección del otro, en la aplicación de la norma comunitaria, no afecta su contenido esencial, es decir, no califica de inconstitucional, deberá aplicarse dicho estándar, así sea menor que el otorgado por la protección nacional.

La justificación de este criterio se encuentra en la protección de bienes jurídicos de interés comunitario, a la que está llamado a brindar el TJCE. Dichos bienes –recogidos en los tratados constitutivos como objetivos y fines– pueden diferir de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento interno, de ahí la posibilidad de establecer restricciones legítimas a los derechos. Aquí también subyace la diferencia con la CEDH y el TEDH, donde se aplicará siempre el estándar de protección más garantista de los derechos. Si el estándar nacional es más garantista que el proporcionado por la CEDH se aplicará siempre el primero. El TEDH sólo evalúa que las restricciones a derechos en el ámbito estatal no se encuentren por debajo del estándar proporcionado por la CEDH. El TEDH no tiene, a diferencia del TJCE, *"intereses propios cuya preservación deba incluirse en la ponderación o test de proporcionalidad aplicable a las restricciones impuestas por los Estados"*.[44]

Sin perjuicio de lo señalado, reiteramos que la hipótesis de conflicto entre jurisdicciones opera más en el orden teórico que en la práctica. En la medida que los mismos valores y principios inspiren y nutren al derecho constitucional de los Estados miembros y al derecho comunitario, los conflictos entre sistemas jurídicos no serán sustancialmente un problema de mayores o menores niveles de protección, sino más bien de *"diferencias cualitativas en la garantía*".

Cruz Villalón[45] plantea esta idea a partir del tratamiento que el derecho a la tutela judicial efectiva recibe por parte del Tribunal Constitucional Español y el TEDH. El caso, perfectamente asimilable a la relación TCE – TJCE, lo plantea en alusión a la doctrina de Estrasburgo sobre la llamada *"calidad de la ley"*.[46]

El problema se plantea por la pluralidad de modos como pueden articularse las garantías en la Constitución Española y el CEDH. Así, el autor describe como desde la doctrina del TCE la deficiencia en la configuración de este derecho partía de una falta de exigencia de la motivación del juez (para la adopción de medidas restrictivas como la intervención de comu-

44 *Ibid.,* p. 350.

45 CRUZ VILLALÓN, Pedro. *"Unos derechos, tres tribunales"*. En: Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el Marco de la Constitución Española. Estudios de homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Autores: CASAS BAAMONDE, M. y DURÁN LÓPEZ, F. La Ley. Madrid. 2006, p. 1018.

46 STEDH, Barberá, Messegué y Jabardo c. España. 6 de diciembre de 1988.

nicaciones telefónicas o medidas de prisión provisional); a diferencia de la doctrina del TEDH, donde la deficiencia era más bien detectada en la *"falta de calidad de la ley"*. *Cruz Villalón*, destaca como a partir de este momento la jurisprudencia del TCE traslada ineluctablemente el origen de la vulneración a la ley, a fin de forzar la intervención del legislador.[47]

Este ejemplo es perfectamente trasladable a la situación que puede presentarse entre las jurisdicciones constitucionales nacionales y la jurisdicción comunitaria en el juicio cualitativo de las garantías de ciertas libertades y derechos fundamentales.

Por último, un breve comentario sobre otro orden de problemas que puede afectar eventualmente la efectividad de los derechos fundamentales como resultado del tratamiento diferenciado en la inaplicación en sede nacional de la normativa interna atentatoria del ordenamiento comunitario, y la inaplicación de la normativa que afecta el orden constitucional.

La situación concreta se aprecia nítidamente en España. Donde un juez tiene prohibido inaplicar una ley en razón de su inconstitucionalidad (control difuso) sin antes plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Hay en palabras del órgano constitucional un *"derecho al sistema de fuentes"*,[48] como parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

El juez nacional no se encuentra obligado a plantear siempre la cuestión de inconstitucionalidad, como tampoco se encuentra obligado a plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE. Pero si el mismo juez opta por la inaplicación de la norma atentatoria por ejemplo de un derecho fundamental, lo podrá hacer directamente si la norma en cuestión afecta el derecho comunitario. No pudiendo actuar así, si el derecho afectado encuentra cobijo en el texto constitucional. En este supuesto, tendrá que optar siempre por la cuestión de inconstitucionalidad.

La consecuencia de este tratamiento diferenciado podría repercutir negativamente en la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. La obligatoriedad en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad para la inaplicación de una ley, dilatará necesariamente el proceso y prolongará la situación atentatoria por un tiempo mayor al que si el derecho en cuestión encontrara cobertura en el ámbito comunitario. Nos encontraríamos en la paradoja de que un agente económico –de concurrencia más frecuente que el ciudadano europeo común– encontrará en el derecho comunitario mayor celeridad y efectividad para la protección de sus derechos. Más aún, es probable que los propios jueces nacionales paulatinamente vayan optando por el ámbito comunitario por encontrar en él más "armas" que le permitan la cautela de un derecho fundamental.

3.2. La confluencia de los sistemas de protección comunitario y convencional

La solución que plantea la confluencia de los sistemas de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos (resguardado por el TEDH) y el sistema comunitario

47 Por ejemplo la STC 184/2003 del 27 de octubre de 2003.
48 STC 23/1988.

(TJCE), viene dada –como es de prever– por la jurisprudencia de ambos Tribunales. En lo que sigue, prestaremos especial atención a la solución promovida desde el ámbito competencial del TEDH en la resolución de un caso muy ilustrativo, a saber: la sentencia de 30 de junio de 2005, as. Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Sirketi (en adelante Bosphorus) *vs.* Irlanda.

Antes de entrar en detalle, es preciso señalar que esta sentencia tiene su antecedente en una previa emitida por el TJCE) del 30 de julio de 1996, entre Bosphorus y el Ministerio de Transporte, Energía y Comunicaciones de Irlanda y otros, a raíz de una cuestión prejudicial tramitada por la Corte Suprema de dicho país ante el TJCE.[49] El resultado determinó que se confirme una interpretación de la Resolución nº 990/93 del Consejo Europeo que legitima el embargo de dos aeronaves bajo el dominio de Bosphorus.

Como consecuencia de esta sentencia y del perjuicio económico que le significó a Bosphorus la supuesta actuación desproporcionada e injustificada del Estado Irlandés, dicha empresa promueve una denuncia ante el TEDH por la violación de derechos humanos protegidos por la CEDH, concretamente, por la violación de sus derechos a la propiedad y al ejercicio de una actividad comercial (Art. 1, Protocolo nº 1 del CEDH).[50] El TEDH, finalmente, consideró que no había violación alguna del CEDH. Revisemos en detalle este caso paradigmático.

El primer tema de relevancia es si los estados miembros de una comunidad jurídica, como lo es la UE, tienen discrecionalidad o no en la implementación de la legislación de dicha comunidad. ¿Puede esta aplicación contravenir obligaciones que se derivan también de su membresía a la comunidad de estados europeos que forman parte de la CEDH? De ser así, ¿ante quién recae la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones sabiendo que la UE no forma parte institucionalmente de la CEDH?

---

49 En dicha sentencia el TJCE declara que *"El artículo 8 del Reglamento (CEE) nº 990/93 del Consejo, de 26 de abril de 1993, relativo al comercio entre la Comunidad Económica Europea y la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro),* [en virtud del cual se embargan dos aeronaves de Bosphorus en el aeropuerto de Dublín] *se aplica a una aeronave, que es propiedad de una persona jurídica establecida o que opera en la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), cuando el propietario de dicha aeronave la ha arrendado por un período de cuatro años a otra persona jurídica que no está establecida ni opera en dicha República y en relación con la cual ninguna persona física o jurídica establecida o que opere en dicha República tiene la mayoría de las acciones o un número suficiente de ellas que garantice su control".* El TJCE llega a esta conclusión luego de legitimar la restricción del derecho fundamental del perjudicado, a través de la Resolución nº 990/93 del Consejo Europeo –sustentado a su vez en la Resolución nº 820 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas–, en base a la persecución del interés general de la comunidad internacional de poner término al estado de guerra y de violación masiva de derechos humanos y del derecho internacional humanitario en la republica de Bosnia – Herzegovina detener Consejo de Seguridad de Naciones Unidas con la ex república de Yugoslavia.

50 Reconocidos en el artículo 1 del Protocolo nº 1 de la Convención:
"Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.
Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo al interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de multas".

En Bosphorus el TEDH considera que el Estado Irlandés (su gobierno o tribunales) no tiene margen de discrecionalidad, pues se encuentra implementando un fallo del TJCE. El Estado ha obedecido sus obligaciones internacionales *"que fluyen de la ley comunitaria y, en particular, del artículo 8 de la Resolución nº 990/93"*.

Este tema resultaba de trascendental importancia puesto que, como bien lo afirmaron terceros estados intervinientes en el proceso (Italia y Reino Unido), una posición del TEDH que afirmara que los estados tenían margen de discreción respecto a las decisiones de los organismos internacionales de los que formaban parte –UE, ONU–, podía socavar *"los sistemas jurídicos de organizaciones internacionales, y por consiguiente, la respuesta internacional para las crisis internacionales"*. Ello subvertiría *"principios fundamentales del derecho internacional"* y sería inconsistente con las obligaciones de estados miembros de la UE.

Atendiendo a estas consideraciones, y a la necesidad de asegurar el correcto funcionamiento de organizaciones internacionales, el TEDH consideró que el acatamiento de una norma comunitaria por una parte contratante constituye un objetivo de *"interés general legítimo"* comprendido dentro del artículo 1 del Protocolo nº 1.

Ahora bien, este argumento no implica que el estado transferente de poder soberano a una organización internacional se convierta en irresponsable a la luz de la CEDH. Ni mucho menos que esa responsabilidad se traslade por entero a la organización internacional; máxime, cuando en concreto la UE no es suscriptora de la CEDH.

El TEDH afirma en esta sentencia que la responsabilidad del Estado estaría salvada si se verifica que su acción, derivada de las obligaciones internacionales a las que se ha sujeto, está justificada por la pertenencia a una organización que protege los derechos humanos en una manera equivalente a la suministrada por la Convención. Así, el Colegiado considera que su examen consiste en verificar primero si la presunción que surge de la norma comunitaria brinda la *"protección equivalente"* de los derechos humanos (equivalente entendida como *"comparable"*); y, segundo, si los mecanismos de protección de derechos del sistema jurídico de la UE han funcionado adecuadamente o no en el caso en cuestión.

Hay que señalar sin embargo, que ya en otras ocasiones el TEDH, (*M & Co. V. República Federal de Alemania*), ha tenido la ocasión de pronunciarse en el sentido de que la UE, y en concreto la jurisprudencia del TJCE, tiene un padrón equivalente de protección de los derechos humanos que el otorgado por el TEDH. En similar sentido, en el caso *Matthews v. Reino Unido*, sostuvo que los actos de la UE como tales no pueden ser cuestionados ante sí; no obstante, ejerció un control sobre la aplicación de disposiciones de derecho comunitario lesivas a los derechos humanos, dado que dichas disposiciones no eran susceptibles de cuestión ante el TJCE, al tratarse de normas primarias del derecho comunitario cuyo cuestionamiento es ajeno a la acción de particulares.

En la misma decisión, el TEDH afirma que el CEDH no excluye la transferencia de competencias a organizaciones internacionales, siempre que los derechos previstos en el Convenio conserven vigencia. No obstante, el Estado transferente sigue siendo responsable. Los dos pasos que siguen, son la verificación de la protección equivalente y del funcionamiento de los mecanismos de protección del sistema, que se explicitan en Bosphorus.

Lo dicho, el TEDH construye la presunción en los siguientes términos: *"la acción de estados federales será considerada de conformidad con la Convención mientras están*

implementando la legislación de comunidad directamente". Es decir, se presume que el estado no se desvía del estándar de protección de la CEDH cuando su actuación se deriva directamente de una obligación que emana de su condición de parte contratante de la organización internacional de la UE. Sin embargo, aclara que esta presunción puede ser susceptible de refutación.

El Colegiado afirma que la presunción se considerara refutada si se demuestra que los mecanismos de protección del sistema jurídico comunitario, en el caso en cuestión, resultan *"manifiestamente deficientes"* para garantizar los derechos alegados. Y en concreto, para el caso del solicitante Bosphorus, afirma que no se ha demostrado la disfunción de los mecanismos de control de la observancia de los derechos de la Convención.

Por último, el TEDH avanza y explícita los supuestos de disfunción: (i) cuando el TJCE carezca de competencia; (ii) cuando éste haya sido demasiado severo en la interpretación del derecho de audiencia ante sí; o, (iii) cuando haya habido una interpretación o aplicación evidentemente errónea de la CEDH por parte del TJCE. En resumen, tal y como lo explicitan de mejor forma los jueces que concurren en una opinión singular, Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky y Garlicki, el nivel del control se extiende a infracciones tanto de *"procedimiento como sustantivas"* de las garantías de la CEDH.

En primer término habría que señalar que la sentencia Bosphorus es la confirmación de la doctrina del TEDH por la cual se reconoce que la protección otorgada por el TJCE es equivalente a la asegurada por la CEDH. Y que, por lo tanto, no entrará a controlar las decisiones o normativas comunitarias ni los actos estatales de estricta aplicación, a menos que en el caso concreto se observe una insuficiencia manifiesta en la tutela del derecho.

Con la posición que fija el TEDH es claro que éste no renuncia a la protección de los derechos humanos en Europa; sin embargo, restringe su actuación a lo estrictamente necesario. *Hinajeros Parga*,[51] interpreta lo estrictamente necesario en relación con la prueba de la *"protección equivalente"* (no idéntico, pero comparable). Sin embargo, la autora cuestiona por vaga e imprecisa la expresión *"manifiestamente deficiente"* que utiliza el TEDH como umbral de la actuación del Estado en aplicación de la norma comunitaria, opinión que por cierto compartimos puesto que hubiera sido preferible el uso de una expresión menos condescendiente para el examen de los mecanismos de protección de un sistema jurídico. Esta expresión resulta tan inadecuada para algunos autores que termina por desvirtuar las bondades de la sentencia misma, ya que pareciera que los derechos humanos ceden en el afán de no perturbar la integración europea, admitiendo un cierto margen de error o violación a los Estados en lo relativo a la observancia de estos derechos.[52]

Estas consideraciones tienen su origen en las opiniones concurrentes de los jueces Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky, Garlicki y Ress, quienes no dudan en calificar como un riesgo el que se interprete que existe un doble estándar de protección. Uno para los países que integran la UE (relativamente bajo), y otro (más exigente) para el

51 HINAJEROS PARGA, Alicia. *"Bosphorus v Ireland and the protection of fundamental rights in Europe"*. En: European Law Review. Abril – 2006, pp. 251 a 259.

52 CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección (Estudio sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. 2006, p. 192.

resto de países europeos. En los términos que ellos mismos lo expresan, *"Que el Tribunal deje la tarea de asegurar la ´protección equivalente´ al sistema jurídico de la UE, sin conservar unos medios para verificar sobre una base de caso por caso que esa protección es efectivamente ´equivalente´, sería equivalente a consentir la sustitución tácita de los padrones de la Convención, en el campo del derecho comunitario, por un padrón que puede estar motivado por padrones de la Convención pero cuya equivalencia debe estar sujeta a escrutinio"*.

El mejor ejemplo para demostrar que estos padrones no son trasladables automáticamente para todos los casos, está dado por el derecho a la petición individual. Derecho que, como se sabe, es una de las obligaciones básicas asumidas por los estados que ratifican la CEDH; aunque en el ámbito comunitario se encuentra significativamente limitado.[53] Por ello mismo, como refieren los jueces citados, *"es difícil aceptar que se ha reducido la eficacia de dicho derecho para personas dentro de su jurisdicción debido a que han transferido* [los estados] *ciertos poderes a las comunidades europeas"*.

Por lo tanto, la prueba sobre la "protección equivalente" deberá hacerse caso por caso. Los jueces que comparten la opinión singular coinciden también en la crítica a la expresión "manifiestamente deficiente" para la evaluación de los mecanismos de garantía del sistema jurídico, por considerarlo un umbral demasiado bajo y expuesto igualmente a mal interpretaciones.

Sin embargo, creo que los riesgos arriba expuestos están en buena parte conjurados, para la generalidad de los casos, por la consagración del respeto a los derechos fundamentales por parte de la UE como condición de legitimidad de sus actos recogida en el artículo 6 del Tratado de la UE.[54] Este artículo, reformado desde el Tratado de Amsterdam de 1997, es el que le permite aplicar un padrón de derechos humanos al TJCE y actuar eventualmente contra un estado miembro que infrinja este precepto.[55]

---

53 Como se sabe, el TJCE mantiene una doctrina restrictiva respecto de la legitimidad de los particulares para impugnar disposiciones generales de naturaleza ejecutiva. Asimismo, excluye a esos mismos particulares de la posibilidad de cuestionar directamente ante el Tribunal cualquier intervención de las Instituciones europeas en materias como: régimen de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas como en el de la cooperación policial y judicial en materia penal.

54 *"Artículo 6.1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y el Estado de Derecho, principios que son común a los Estados miembros; (…)."*

55 Sin embargo, la visibilidad de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario tiene sus antecedentes en el Acta Única Europea (1986) que incorporó en su Preámbulo la decisión de los Estado miembros de *"promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social"*. Así también en los Tratados de Maastricht (1992), según el cual, artículo F.2, *"la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de diciembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estado miembros como principios generales del Derecho Comunitario"*. El Tratado de Ámsterdam (1997) mantiene intacta la redacción del artículo F.2 y lo convierte en el actual artículo 6.2.

Conclusiones

El rol que han desempeñado los derechos fundamentales en el proceso de integración europea, ha sido el de *"constitucionalizar"* la Europa comunitaria. Gracias a ellos, el sistema comunitario mutó su naturaleza original, esencialmente protectora de intereses económicos, hasta configurarse como hoy en un proyecto de integración jurídica con fines universales.

Los ciudadanos europeos tienen en la multiplicidad de sistemas jurídicos que confluyen (derecho comunitario, convencional y constitucional interno), una amplia base para la protección de sus derechos fundamentales. La opción por el ámbito jurisdiccional de garantía estará determinada por la norma que ofrezca el máximo "estándar" de protección de los derechos. Sin embargo, cualquier distinción en este ámbito –por ejemplo el pretendido control de constitucionalidad de los tribunales constitucionales sobre el derecho comunitario que incida sobre derechos fundamentales–, opera más en el plano teórico que en el práctico. Aún así, el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales se convierte en un criterio válido para la resolución de eventuales hipótesis de conflicto entre las jurisdicciones comunitaria, constitucional y convencional.

Los escenarios de conflicto entre jurisdicciones son remotos en la medida que comparten los mismos valores y principios fundamentales. La armonización de los sistemas dependerá en gran medida de la flexibilidad de la interpretación de los tribunales de dichos principios y valores básicos; así como de la interpretación del derecho comunitario, interno y convencional de conformidad con los mismos, reconociendo en ellos sustancia de las tradiciones constitucionales comunes de los pueblos europeos.

La experiencia europea sin duda es ejemplificadora para América Latina. Difícilmente llegaremos a una estancia como la que supone la instauración de un Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; sin embargo, creo que lo sustantivo es subrayar el peso que se les ha otorgado a los derechos fundamentales en su proceso de integración económica.

Éstos sin duda alguna deben constituir el norte de cualquier proceso integracionista en las Américas. Su respeto y garantía son ineludibles en un mundo en que –junto a la globalización económica– se ha globalizado también (al menos en los países que claramente compartimos una tradición jurídica y cultural occidental) un modelo de organización política y jurídica conocida como Estado Constitucional de Derecho.

Estamos convencidos, a partir de las exitosas experiencias en la defensa de los derechos humanos que puede exhibir el continente y su jurisdicción supranacional, que las democracias latinoamericanas no retrocederán un ápice en la defensa de estos derechos en cualquier proceso de integración comercial en el que se involucren.

El Parlamento Europeo y el Futuro de la Política Exterior Europea: ¿Es Posible Conjugar Eficacia y Control Parlamentario en la Política Exterior Europea?

*Nicola Scotto Di Vettimo**

Introducción. 1. La tradicional marginalidad del Parlamento Europeo respecto a la política exterior y de seguridad común (PESC). 2. Los instrumentos de control directo a disposición del Parlamento Europeo. 2.1. El derecho a ser regularmente informado. 2.2. El derecho a ser consultado. 3. El instrumento de control indirecto: la herramienta presupuestaria. 4. El Parlamento Europeo y la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD). 4.1. La falta de instrumentos de control sobre la PESD. 4.2. El mecanismo de financiación "ATHENA" y las críticas del Parlamento Europeo. 4.3. El derecho a ser informado sobre la PESD: tímidos avances para el Parlamento Europeo. 4.4. La dimensión interparlamentaria del control de la PESD: ¿Es un cauce suficiente para un adecuado control parlamentario? 5. Instrumentos, propuestas y razones para alcanzar una mayor implicación del Parlamento Europeo en la futura Política Exterior Europea. 5.1. Las razones de la escasa legitimidad democrática de la PESC. 5.2. La importancia de los Acuerdos Interinstitucionales para fortalecer el papel del Parlamento Europeo en el ámbito PESC. 5.3. Las propuestas del Parlamento Europeo para fortalecer su papel en la PESC. 5.4. Las razones para impulsar un nuevo protagonismo del Parlamento Europeo en la política exterior europea. Conclusiones: los pasos a seguir para conjugar eficacia y control parlamentario en la futura política exterior europea.

Introducción

La política exterior de la Unión Europea (en adelante UE), tras años de sustancial estancamiento, ha visto un fuerte desarrollo tanto desde el punto de vista operativo como institucional. Dado que, si bien es cierto que ésta sigue manteniendo fuertes aspectos intergubernamentales, por otro lado su desarrollo es cada vez más europeizado, es decir, llevado a cabo dentro el seno de las instituciones de la UE.

El Parlamento Europeo, pese al progresivo crecimiento de su influencia en los asuntos comunitarios, se ve reconocido un papel secundario con respecto a la construcción de la futura política exterior europea.

Ante esto, el objetivo de esta memoria es demostrar que el proceso de evolución que está determinando un nuevo cauce institucional para la futura política exterior europea debe reconocer un papel de mayor protagonismo al Parlamento Europeo.

El aporte original de este trabajo es abordar el problema, sin basarse en el estudio de la relación antagónica existente entre legitimidad democrática y eficacia, sino intentando

* Licenciado en Ciencia Politica con matricula de Honor en el "Istituto Universitario Orientale di Napoli", Titutal del Diploma en Estudios Políticos y Constitucionales edición 2007/2008 organizado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) en Madrid y Doctorando en "Derecho Comunitario" en la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM)

demostrar que una mayor implicación del Parlamento Europeo en la futura política exterior europea otorgaría a su modelo institucional en construcción aquel elemento "supranacional" que represente el adecuado contrapeso a los intereses nacionales que se reflejan en la acción del Consejo.

Es por esto que puedo adelantar que, con esta memoria, mi intención no es sólo argumentar una respuesta afirmativa a la pregunta de investigación presente en el título, sino también dar cuenta al lector de cómo el Parlamento Europeo puede fortalecer su papel con respecto a la futura política exterior europea.

Antes de empezar el desarrollo de este trabajo, que espero pueda conseguir los objetivos prefijados en esta introducción, estimo conveniente, para una mejor comprensión del mismo, hacer dos puntualizaciones. La primera, se refiere al hecho que el concepto de política exterior europea no debe ser confundido con otro concepto que a menudo se utiliza en este sector: el de acción exterior. Por acción exterior se indica un marco de objetivos y principios que se deben concretar en todas las políticas de la UE que forman parte de la dimensión exterior de su actividad, mientras que la política exterior presenta una cierta unidad organizativa, autonomía y una programación coherente. El concepto de acción exterior es un concepto más neutro y menos ambicioso que el de política exterior, y ha sido introducido para garantizar que la UE actúe en el panorama internacional de forma menos fragmentada.[1] Así que por política exterior europea, que va a ser el objeto de este estudio, se entiende la Política Exterior de Seguridad Común (en adelante PESC) que, no obstante la actual división de la UE en pilares quede abandonada con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa,[2] mantiene unos mecanismos decisorios y una consideración conceptual que obliga aún a seguir catalogándola como basada en el método de cooperación y no de integración que inspira el resto de las políticas de la Unión.[3]

La segunda puntualización es relativa a la singular posición que ocupa la Política Europea de Seguridad y Defensa (en adelante PESD) dentro del ámbito de la PESC. En el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) se ha separado tradicionalmente a la seguridad en tres vertientes: la política, la económica y la defensa. Los primeros dos aspectos de seguridad forman parte plenamente de la PESC, mientras que los aspectos de seguridad relativos a la defensa forman parte de la misma de una manera limitada.[4] Esto no quiere decir que estamos frente a una nueva política separada de la PESC,[5] sino que la PESD se inscribe en el marco de la misma con la asignación, sin embargo, de un carác-

1 ALDECOA LUZARRAGA, Francisco. El debate sobre Política Exterior común en la Convención Europea. En *Working Paper* nº 3, Madrid: Real Instituto Elcano, 2003, pp. 10-11. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/Elcano_es/Zonas_es/DT3-2003].

2 Se precisa señalar que el Tratado de Lisboa entrará en vigor el 1 de enero de 2009, siempre que todos los Estados miembros, antes de esta fecha, hayan depositado sus ratificaciones.

3 CRUM, Ben; DEHOUSSE, Franklin (Eds.). *The Treaty Lisbon: implementing the institutional innovations.* Bruselas: Royal Institute for International Relations, 2007, pp. 128-130.

4 BOU FRACH, Valentina. *Hacia una política europea de seguridad y defensa.* En Cuadernos de Integración Europea, Nº 1, 2005, pp. 47-48.

5 ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. *La evolución de las operaciones PETERSBERG de la UE: la operación Althea en Bosnia y Herzegovina.* En Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 23, 2006, pp. 52-53.

ter especial por parte del TUE. Una especialidad que consta en el reconocimiento de una serie de excepciones respecto a los procedimientos y a las reglas de funcionamiento generales previstas para el resto de la PESC.[6] Esta singularidad implica, como veremos luego a largo de esta memoria, una diferente posibilidad para el Parlamento Europeo a la hora de utilizar sus instrumentos de control según si el asunto considerando entra en el marco de la PESC o de la PESD.

1. La tradicional marginalidad del Parlamento Europeo respecto a la política exterior y de seguridad común (PESC)

La doctrina[7] está de acuerdo en afirmar que en la política exterior europea existe un vacío de control parlamentario. Frente a esto, el Parlamento Europeo pide en sus informes anuales, como ya veremos, una mayor participación en la formulación y en el control de la PESC, mientras que el Consejo, en cambio, sigue manteniendo su postura, según la cual, la naturaleza intergubernamental de la política exterior europea hace que la responsabilidad de estos controles recaiga en los Parlamentos nacionales.

Sin embargo el proceso de "*Bruselización*" o de "*intergubernamentalismo supranacional*" de la política exterior europea[8] contradice la postura del Consejo. Este fenómeno consiste básicamente en que "*las competencias permanecen en última instancia en los Estados miembros, mientras que la formulación e implementación de esta política está cada vez más europeizada y Bruselizada por funcionarios y servicios situados permanentemente en Bruselas*".[9] De todos modos, tampoco en el debate constitucional europeo el tema del control parlamentario de la PESC tuvo mucha relevancia.[10] Esto es porque muchos actores institucionales, tanto europeos como nacionales, están de acuerdo en el hecho que una mayor implicación parlamentaria a nivel europeo podría suponer un problema para la eficacia y la coherencia de la política exterior, ya que en este campo se necesita un alto grado de secretismo y rapidez. Se traslada a nivel europeo la creencia generalizada, que existe dentro de los Estados nacionales, según la cual la política exterior y de seguridad es una tarea "natural" para el Poder Ejecutivo, dado que sólo éste posee los conocimientos necesarios para actuar con eficacia y rapidez. Lentitud del procedimiento decisional, falta de información y de conocimiento necesario,[11] son las razones clásicas que se

6 La exclusión de la posibilidad de excepciones a la regla de la unanimidad y el hecho que los gastos no sean financiados por el presupuesto de la UE, son dos de las excepciones más significativas que el TUE reserva a la PESD.

7 CHITI, Edoardo. *L'amministrazione militare*. Milano: Giuffré Editore, 2007, pp. 280-281.

8 FERNÁNDEZ SOLA, Natividad. *La Política Europea de Seguridad y Defensa en el Debate sobre el Futuro de la Unión Europea*. En B.E.U.R. Nº 1, 2003, pp. 1-4.

9 BARBÉ, Esther; HERRANZ, Anna. Introducción ¿Qué legitimidad para la política exterior europea?. En BARBÉ, Esther; HERRANZ, Anna (Ed.). *Política Exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*. Barcelona: Instituto Universitario de Estudios Europeos (IUEE), 2007, pp. 1-4.

10 STAVRIDIS, Stelios. The CFSP/ESDP, Parlamentary Accountability, and the "Future of Europe" Convention debate. En *Working Paper* nº 42. Barcelona: Observatori de Política Exterior Europea, 2003, pp. 4-5 [Consultado (el 18 de julio de 2008) en: http://selene.uab.es/_cs_iuee/catala/obs/Working%20Papers/wp422003.pdf].

11 BORN, Hans. *El control parlamentario del sector de la seguridad: principio, mecanismos y prácticas*. Madrid: Instituto Universitario "General Gutiérrez Mellado", 2003, pp. 43-45.

aducen para justificar una menor participación de los Parlamentos nacionales en los asuntos de política exterior. La doctrina,[12] por su parte, acepta cada vez menos estos argumentos, porque en una democracia, para garantizar un adecuado sistema de frenos y equilibrios en un modelo institucional, todas las políticas deben estar sometidas al control y a la fiscalización de los Parlamentos.

Este discurso vale también para la Unión Europea que está llamada a alcanzar un mayor nivel de responsabilidad política en la acción de las instituciones para dar mayor legitimidad y fuerza democrática a las decisiones tomadas por sus instituciones. Además un Parlamento Europeo mayormente implicado podría ser, como se tratará de demostrar más adelante, el defensor más acreditado para la construcción de una política exterior europea más coherente y eficaz.[13]

Antes de analizar en detalle las razones a favor de una mayor participación del Parlamento Europeo en este ámbito, es oportuno ver cuales son las herramientas a su disposición y cómo las está utilizando para salir de la tradicional "marginalidad" a la que se le ha condenado.

2. Los instrumentos de control directo a disposición del Parlamento Europeo

Los Parlamentos nacionales modernos hoy en día tienen encomendadas tres funciones principales: legislativa, presupuestaria y de control. Mientras que las funciones legislativas y presupuestarias vienen definidas con bastante precisión, la función de control adolece de cierta ambigüedad que implica la inclusión en dicha función de actividades parlamentarias muy diversas.[14] El concepto de control parlamentario ha sido entendido tradicionalmente como una actividad de presión política y fiscalización que los Parlamentos nacionales ejercen sobre los Gobiernos, sin embargo, esta definición bastante vaga ha despertado un debate intenso en doctrina sobre la naturaleza de este concepto.

Por un lado están quienes defienden[15] la idea del carácter esencialmente político de este concepto, dado que se produce sobre la base de criterios de oportunidad política libremente valorados por el Parlamento. Es decir éste se limita a verificar la actividad de gobierno para que se pueda formar un juicio crítico para la eventual exigencia de la responsabilidad política.

---

12 CONDE PÉREZ, Elena. La Pesc y su control en democracia. En PÉREZ BERNANDEZ, Carmela (Eds.). *La proyección exterior de la Unión Europea: desafíos y realidad.* Valencia: Edición Tirant lo Blanch, 2007, pp. 36-39.

13 BARBÉ, Esther. *The Evolution of CFSP Institutions: Where does Democratic Accountability Stand?.* En International Spectator, nº 2, 2004, pp. 50-51.

14 ALONSO DE ANTONIO, José Antonio; ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis. *Introducción al Derecho Parlamentario.* Barcelona: Bosch Editor, 2002, pp. 197-199.

15 GARCÍA ATANCE, Mariam Victoria; TORRES DEL MORAL, Antonio. *Sistema Electoral, Partidos Políticos y Parlamento.* Madrid: Edición Colex, 2003, pp. 301-302.

Por el otro lado están los que sostienen[16] la naturaleza jurídica del control parlamentario, dado que el juicio del Parlamento a la actividad de gobierno va emparejado a su facultad de sancionar, mediante su función legislativa o presupuestaria, las actuaciones del gobierno objeto de la actividad de control.

Sin entrar en detalle del debate sobre la naturaleza del concepto de control parlamentario, se puede afirmar que el Parlamento Europeo, respecto a los asuntos comunitarios, ha visto ampliarse sus funciones legislativas, presupuestarias y de control de la Comisión, de tal forma que por característica y naturaleza son equiparables a las de sus homólogos nacionales.[17] Sin embargo esto no vale para la política exterior; respecto a ella, el Tratado de la UE reconoce simplemente dos instrumentos de control directo (el derecho a ser informado y a ser consultado) que permiten al Parlamento formarse un juicio sobre la actividad y las decisiones tomadas en el ámbito PESC, y un instrumento de control indirecto, brindado por la función presupuestaria, que le permite co-decidir con el Consejo la financiación de la PESC. La exclusión de un poder de co-decisión sobre los asuntos de política exterior, y la imposibilidad de financiar actividades relativas a la defensa mediante el Presupuesto de la UE, limita mucho la posibilidad del Parlamento Europeo de incidir sobre la política exterior.

Dada esta situación, creo que hay que descartar *a priori* la naturaleza jurídica de la función de control del Parlamento Europeo sobre la PESC, en cuanto no va emparejada a la exigencia de responsabilidad y a la potestad de sanción sobre la actividad del Consejo o de la Comisión. Así que la actividad de control parlamentario puede provocar sólo el efecto político de proporcionar a la opinión pública una información constante sobre las actividades y las decisiones tomadas por el Consejo en este ámbito. A continuación se examinará cómo el Parlamento Europeo está utilizando los instrumentos de control a su disposición para desarrollar un papel de mayor protagonismo en la política exterior europea.

2.1. El derecho a ser regularmente informado

El Tratado de la UE[18] hace recaer la obligación de mantener regularmente informado al Parlamento Europeo sobre los asuntos de la PESC en dos instituciones: la Presidencia de la UE y la Comisión Europea.

Si bien es cierto que ambas instituciones acatan formalmente su deber de mantener informado al Parlamento, el grado de satisfacción de éste respecto a la actitud de las mismas no es igual. Mientras que, por un lado, la calidad de la comunicación y de la colaboración entre Comisión y Parlamento ha ido mejorado a lo largo de estos años, por otro lado, dicho organismo ha manifestado en más de una ocasión su insatisfacción respecto a la actitud de la Presidencia Europea que, en sus reuniones periódicas, ha presentado a

16 SANTAOLALLA, Fernando. *Derecho Parlamentario Español.* Madrid: Editorial Espasa-Calpe, 1990, pp. 239-241.

17 GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Isabel M. *Las competencias presupuestarias del Parlamento.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 9-10.

18 Véase el Art. 21 del TUE.

menudo informes vagos y abstractos.[19] Por esta razón el Parlamento ha buscado un interlocutor institucional con el cual establecer un cauce de comunicación más concreto y efectivo, y lo ha encontrado en el Alto Representante de la UE. Éste ha ido afirmando la costumbre de mantener, tras cada reunión del Consejo Europeo y del Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores,[20] una reunión con la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo para informarle de las decisiones que se han tomado sobre temas de política exterior,[21] y, además, consultarle antes que el Consejo Europeo adopte una estrategia común.[22]

De todas maneras, tanto las reuniones periódicas entre las instituciones comunitarias, como las explícitas obligaciones de informar al Parlamento Europeo, por si solas, no son suficientes para garantizar *de facto* el derecho de este último a ser informado sobre la PESC. En el Tratado se recoge simplemente una genérica obligación de informar, pero no se especifica ni la modalidad, ni la motivación, ni la naturaleza de la información a la que tendría acceso el Parlamento Europeo. El hecho que la información en este ámbito suela tener un alto grado de confidencialidad no hace posible aplicar las disposiciones generales contenidas en la normativa europea relativa al acceso a los documentos de las instituciones.[23]

Se vuelve a proponer a nivel europeo, el mismo problema al que se han tenido que enfrentar los Estados democráticos dentro y fuera de Europa; es decir, buscar un punto de equilibrio entre garantizar el carácter específico y el contenido delicado de las informaciones confidenciales e impulsar, por otro lado, una cooperación institucional leal, que permita al Parlamento tener todas las informaciones útiles para ejercer con efectividad su papel de control político. En la mayor parte de los casos, los Estados han encontrado la solución al otorgar esta delicada tarea a un comité parlamentario especializado en la supervisión de los servicios de inteligencia que, entre las varias tareas encomendadas, tiene la facultad de acceder a la información confidencial, con la prohibición de hacerla pública sin la previa autorización de los servicios de inteligencia o del gobierno mismo.[24]

---

19 THYM, Daniel. *Beyond Parliament's reach? The Role of European Parliament in the CFSP.* En European Foreign Affairs Review nº 11, 2006, pp. 109-127.

20 Estas reuniones son celebradas entre los ministros de asuntos exteriores de los Estados miembros, mientras que las reuniones del Consejo Europeo son realizadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros.

21 LARHANT, Morgan. Mixed Blessing? EP Oversight of the ESPD and the Constitutional Treaty. En *Working Paper* Nº 63. Barcelona: Observatori de Política Exterior Europea, 2005, pp. 1-4 [Consultado (el 18/07/2008) en: http://selene.uab.es/_cs_iuee/catala/obs/Working%20Papers/wp632005.pdf].

22 La estrategia común representa uno de los instrumentos de la PESC, adoptada por el Consejo Europeo, sirve para dar un marco de orden y coherencia a la acción exterior de la UE respecto a un tema general.

23 Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de Mayo de 2001. DO L 145 de 31/05/2008.

24 *Recommmendation nº 1713 Democratic oversight of the security sector in member states.* Assembly of Western European Union, 2005, pp. 2-3. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta05/erec1713.htm#_ftn1].

El Consejo y el Parlamento Europeo, frente a esta problemática, tras un duro conflicto institucional,[25] han encontrado una solución mediante la firma de un Acuerdo Interinstitucional relativo al acceso del Parlamento Europeo a la información sensible del Consejo.[26] Para compatibilizar el derecho del Parlamento Europeo a ser adecuadamente informado sobre la política exterior europea y la necesidad de confidencialidad que se impone cuando se tocan asuntos relativos a este ámbito, dicho acuerdo establece que el acceso a la información sensible es reservado al Presidente del Parlamento Europeo y a un Comité Especial (dirigido por el Presidente de la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo y compuesto por otros cuatro miembros designados por la Conferencia de Presidentes del Parlamento mismo).

Pese a las críticas sobre algunos puntos excesivamente opacos de este acuerdo[27], al parecer el Consejo viene respetando la forma y el fondo de las disposiciones previstas en el mismo,[28] interpretado las situaciones controvertidas a favor del acceso del Parlamento a la información sensible.[29]

No obstante los avances obtenidos en este tema, quedan abiertas dos cuestiones respecto a las cuales dicho acuerdo no presenta una solución: 1) las limitadas facultades de este Comité Especial resultan ser insuficientes con respecto a la progresiva "europeización" que se está desarrollando en el sector de la inteligencia;[30] 2) las restricciones impuestas sobre los documentos, en ciertas materias claves, producidos por otras instituciones, Estados miembros, terceros Estados u organizaciones internacionales.

Respecto a la primera cuestión, la cooperación en materia de inteligencia, como se ha manifestado en el caso de la supuesta utilización de países europeos por la CIA para la detención ilegal de presos, presenta riesgos para los derechos fundamentales de las personas[31]. Por esta razón el refuerzo de la cooperación entre los servicios secretos y de seguridad de los Estados miembros de la UE debe asegurar unos mecanismos de control demo-

25 MITTAG, Jurgen. Escaping the Legitimacy Accountability-trap? Perspectives of Parlamentary Participation in European Security and Defence Policy. En *Discussion Paper*. Bonn: Center for European Integration Studies, 2006, pp. 11-14. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.zei.de/download/zei_dp/dp_c161_Mittag.pdf].

26 Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo y el Consejo relativo al acceso del Parlamento Europeo a la información sensible del Consejo en el ámbito de la política de seguridad y de defensa. DO C 283, de 20.11.2002, p. 1.

27 TAPPERT, Malin. *European Parlamient resigned to limited oversight of ESPD?.* En European Security Review, nº 16, 2003, pp. 8-10.

28 Sin lugar a duda la previsión de reuniones regulares entre el Comité Especial del Parlamento Europeo y el Alto Representante/Secretario General contribuye a estrechar los vínculos cooperativos entre Consejo y Parlamento.

29 FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, José Javier. La contribución del Parlamento Europeo a la proyección exterior de la UE. En BARBÉ, Esther; HERRANZ, Anna (Eds.). *Política Exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*. Barcelona: Instituto Universitario de Estudios Europeos (IUEE), 2007, pp. 141-143.

30 Para un estudio detallado de este problema véase: AVILÉS, Juan. *Cooperación antiterrorista, política exterior común y espacio de libertad seguridad y justicia: ¿ hacia una homeland security europea?*. En Análisis del Real Instituto Elcano nº 98, 2003, pp. 1-7. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: www.realinstitutoelcano.org].

31 *Resolución del Parlamento Europeo sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos", 2006/2200 (INI),* Parlamento Europeo, Comisión Temporal sobre

crático, tanto parlamentario como judicial, equivalentes a los que hoy en día existen en los Estados miembros.[32] Un sistema de supervisión y de control democrático de las actividades de inteligencia a nivel de la UE no puede prescindir del reconocimiento de un papel importante para el Parlamento Europeo.

Un primer paso, para que el Parlamento pueda llevar a cabo una supervisión efectiva sobre este proceso de cooperación, sería, en mi opinión, la constitución, dentro de su Comisión de Asuntos Exteriores, de una sub-comisión[33] sobre inteligencia que sustituya el actual Comité Especial para el acceso a la información sensible, y que tenga unos soportes financieros y de personal que le permitan abordar estos problemas de forma efectiva. En este sector, el Parlamento debería seguir, a mi manera de ver, el mismo camino que ha seguido en el sector de la defensa, donde, cómo se dará cuenta en el Apartado 5 de esta memoria, la constitución de una sub-comisión dedicada al análisis de los problemas de la defensa, ha permitido al Parlamento salir de la marginalidad institucional con respecto a estos temas, pese a las limitadas facultades formales de control que le vienen reconocidas en este ámbito.

Esta sub-comisión, sería formada por miembros del Parlamento, así como en la mayor parte de las homólogas comisiones presentes en Europa, descartando así experiencias como la de Noruega o Francia, donde la supervisión de la actividad de los servicios de inteligencia viene otorgada a un comité formado por expertos que no son miembros del Parlamento.[34] De todas maneras las comisiones parlamentarias encargadas de supervisar la actividad de los servicios de inteligencia encuentran una serie de obstáculos a la hora de llevar a cabo con efectividad su tarea de control.[35] Uno de esos es la imposibilidad, en muchos casos, de contar con puntos de vistas alternativos respecto a los proporcionados por el Poder Ejecutivo. A mi juicio resultan ser bastante interesantes las experiencias presentes en algunos Países europeos donde la Comisión Parlamentaria viene apoyada en su labor de control por un comité de expertos independientes (caso de Bélgica y Holanda) o por un grupo de expertos a su servicio (caso de Alemania).[36] Por esta razón, otra propues-

---

la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos, 24 Nov. 2006, pp. 30-31. Ponente: Giovanni Claudio Fava. [Consultado el (26 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2007-0032+0+DOC+PDF+V0//ES].

32 BORN, Hans; LEIGH, Ian. Democratic Accountability of Intelligence Services. En *Policy Paper* nº 19. Ginebra: Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 2007, pp. 11-14. [Consultado (el 10 de julio de 2008) en: www.dcaf.com].

33 Cualquier Comisión permanente del Parlamento Europeo puede constituir en su seno una o mas sub-comisiones y determinar su composición. Las sub-comisiones mantienen una relación de dependencia con la Comisión en cuyo seno se hayan constituido.

34 BORN, Hans. Parlamentary oversight of intelligence services: strengthening the role of parliament on the national and European level. En *Conference Paper*. 2006, pp. 2-3. Ginebra: Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 2006, pp. 2-3. [Consultado (el 26 de Agosto de 2008) en: http://www.dcaf.ch/handbook_intelligence/ev_strasbourg_060925.pdf].

35 CAPARINI, Marina. Controlling and overseeing intelligence services in Democratic States. En BORN, Hans; CAPARINI, Marina (Eds) *Democratic* Control of Intelligence Services: Containing Rogue Elephants. Burlington: Ashgate Publishing, 2007, pp. 14-15.

36 *Resolution nº 113 on the parliamentary oversight of the intelligence services in the WEU countries-current situation and prospects for reform*, Assembly of Western European Union, 2002, pp. 10-12. [Consultado

ta, que estimo válida, es que el Parlamento, siguiendo los ejemplos antes mencionados, impulse la creación de una red de expertos europeos independientes que se ocupe de los asuntos de inteligencia, análoga a la red de expertos independientes sobre derechos fundamentales creada en el año 2002.[37] La tarea de esta red de expertos sería la de facilitar, tanto a la Comisión como al Parlamento, información independiente sobre las cuestiones relativas a la inteligencia, y también presentar propuestas para mejorar los mecanismos de cooperación dentro la UE en este sector.

La segunda cuestión que no encuentra solución en el acuerdo entre el Consejo y el Parlamento es la relativa a las restricciones impuestas sobre los documentos, en ciertas materias claves, producidos por otros sujetos o instituciones internacionales. De hecho, cuando el Consejo recibe documentos elaborados por otras instituciones (Estados miembros, terceros países u organizaciones internacionales) éste, por si mismo, no los puede transmitir al Parlamento sin el consentimiento del sujeto institucional que ha elaborado el documento en cuestión.[38]

Esta desconfianza de las mencionadas instituciones deriva del hecho que la estructura institucional encargada de la gestión de la información confidencial en la UE es muy dispersa, y también la disciplina del derecho de acceso a la información clasificada se divide entre varias normativas reguladoras, en algunos casos en contradicción entre ellas.[39] La consecuencia directa de esta incoherencia normativa es que no todos los documentos clasificados estén sujetos a las mismas normas y por ende a una misma lógica de clasificación y a un mismo método de tratamiento.[40]

Por ello, en mi opinión, armonizar la normativa referida a las materias clasificadas y a los sistemas de información a nivel comunitario, garantizaría a los Estados terceros y a las Organizaciones Internacionales la necesaria seguridad jurídica para que el intercambio de información y material clasificado sea fiable. Este es el primer paso a dar para que los Estados empiecen a consentir con más frecuencia el acceso del Parlamento Europeo a los documentos por ellos producidos.

2.2. El derecho a ser consultado

El segundo instrumento de control a disposición del Parlamento Europeo es el derecho a ser consultado, que implica la obligación del Consejo de presentarle un informe anual sobre los aspectos principales de la PESC.

(el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.assembly-weu.org/en/documents/sessions_ordinaires/rpt/2002/1801.php#P87_2152].

37 Para mayor información sobre la misma véase el sitio internet: http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm (consultado a la fecha 26 de Agosto de 2008).

38 Véase el Art. 1.2 del Acuerdo Interinstitucional de 20 de noviembre de 2002, *cit.*

39 La normas de referencia sobre información clasificada en el ámbito institucional europeo son: 1) Decisión del Consejo 2001/264/CE de 19 de Marzo, por la que se adoptan las normas de seguridad del Consejo y su Secretaría General; 2) el Reglamento 1049/2001, de 3 de diciembre de 2001, relativo al acceso del publico a los documentos del Parlamento europeo, del Consejo y de la Comisión; 3) Decisión 2001/844 de 3 de diciembre de 2001 que regula las normas de seguridad de la Comisión.

40 GARRIDO CUENCA, Nuria. Seguridad y Servicios de Inteligencia en Europa. En ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Eds.*). La seguridad Integral Europea.* Madrid: Lex Nova, 2005, pp. 151-153.

Al respecto, hay un desacuerdo institucional entre Parlamento y Consejo sobre el efectivo cumplimiento de esta obligación recogida en el Art. 21 del TUE. Este desacuerdo se manifiesta ya en una resolución de 2006[41] del Parlamento Europeo, donde se lamenta el hecho que el Consejo siga presentando *a posteriori* una lista descriptiva de las actividades de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) realizadas el año precedente, en lugar de consultar al Parlamento sobre las actividades del año en curso.

El Consejo de Ministros de la UE, por su parte, defiende su postura de presentar esos informes *a posteriori* alegando que en el Tratado no hay ninguna mención específica sobre el año de referencia del informe, sino que se recoge simplemente la obligación de presentarlo una vez al año.

El Parlamento Europeo, en cambio, no conforme con la posición del Consejo, reivindica su derecho a ser consultado anualmente *a priori* sobre los futuros aspectos de la PESC, alegando que este enfoque *a posteriori* del Consejo constituye *de facto* una infracción del espíritu mismo del Art. 21, y para reforzar sus argumentos destaca que no hay nada, en los Tratados existentes, que sugiera que el término "consulta" tenga un significado distinto de otros procedimientos similares en el ámbito europeo.[42]

En efecto, el fondo de las alegaciones del Parlamento Europeo sobre este aspecto es cierto, en el sentido que el término "consulta", como se ve en la jurisprudencia comunitaria de referencia,[43] implica que a la institución consultada se le garantice que sus opiniones tengan un impacto real en las decisiones que se van a adoptar. Esta garantía queda evidentemente perjudicada en el momento en que la información viene dada *a posteriori* y no *ex ante*.

La única opción que le quedaba al Parlamento Europeo, dada la imposibilidad de acudir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) para hacer valer sus razones,[44] era la de ejercer una constante presión política sobre el Consejo para que éste promoviera una PESC más abierta y transparente.

En éste sentido la presión del Parlamento parece que está dando buenos resultados, dado que el nuevo Acuerdo Interinstitucional sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera del año 2006,[45] prevé un diálogo más estructurado sobre consulta e información en el ámbito de la PESC respecto a lo que se establecía en el anterior del año 1999.

---

41 *Resolución del Parlamento Europeo sobre el Informe anual del Consejo al Parlamento Europeo sobre los principales aspectos y las opciones fundamentales de la PESC, incluidas sus implicaciones financieras para el presupuesto general de la Unión Europea- 2004.* (*2005/2134 (IN)),* Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Exteriores, 2 de Febrero de 2006, pp. 5-6. Ponente: Elmar Brok. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/registre/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2005/0389/P6_A(2005)0389_ES.pdf].

42 Véase el Art. 192 del TCE.

43 Sentencias del TJCEE, de 29 de Octubre de 1980, asuntos C-138-139/79, *Roquette Sa contra Consejo y Maizena Gmbh contra Consejo,* Rec pp. I-3333-3393.

44 Para un análisis exhaustivo de los problemas asociados al control jurisdiccional de las decisiones tomadas en el ámbito PESC véase: BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene; ESPÓSITO MASSICCI, Carlos. El control jurisdiccional de la PESC en el Tratado Constitucional. En REMIRO BROTÓNS, Antonio (Eds.). *El futuro de la acción exterior de la Unión Europea*. Valencia: Edición Tirant lo Blanch, 2006, pp. 164-168.

45 Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera. DO C 139 de 14/06/2006, pp. 1, ss.

A la naturaleza y el valor jurídico que los Acuerdos Interinstitucionales tienen en el sistema de fuentes de la Unión, me referiré en el apartado 6 de esta memoria.

Lo que interesa subrayar ahora, es que finalmente se impulsa la práctica por parte del Consejo de presentar un informe de política exterior que no contenga solamente una descripción de las medidas adoptadas en el año anterior, sino que recoja también una evaluación de las mismas y una descripción detallada de los aspectos principales de la PESC del año en curso,[46] afirmándose así una interpretación del instituto de la consulta más coherente con el espíritu del Tratado.

Ahora bien, esta interpretación más favorable sobre el instituto de la consulta al Parlamento Europeo no significa que éste goce de la posibilidad de participar en el proceso de toma de decisiones sobre los asuntos de política exterior, porque no hay en el Tratado ninguna obligación concreta de consultar al Parlamento Europeo antes de la definición de una posición común o de una acción común.[47] En el Tratado se recoge tan sólo una obligación genérica, para la Presidencia de la UE, de velar para que se tengan, debidamente, en cuenta las opiniones del Parlamento sobre los aspectos principales de la política exterior europea.[48]

Tampoco el futuro Tratado de Lisboa cambia el fondo de esta disposición. De hecho, la única aportación nueva respecto al actual Tratado es que quién tendrá que garantizar que se tengan en cuenta las opiniones del Parlamento Europeo será el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad,[49] y esto implica una posibilidad de mejora para el Parlamento, en cuanto la cooperación entre el Alto Representante y el Parlamento Europeo, como se ha descrito anteriormente, ha crecido mucho a lo largo de estos últimos años[50]. Por esta razón el Parlamento Europeo, para que su participación en el proceso de toma de decisiones sobre los asuntos de la PESC sea más significativa, propone que las posiciones y las acciones comunes contengan referencias a las posturas que él adopte.[51]

---

46 Véase el Art 43 del Acuerdo Interinstitucional sobre disciplina presupuestaria de 2006, *cit.*

47 Son los dos instrumentos más utilizados para tomar decisiones en el ámbito de la PESC. La posición común define la postura de la UE en lo referente a un asunto particular de naturaleza geográfica o temática, mientras que la acción común viene utilizada para poner en marcha una intervención operativa de la Unión Europea, y no sólo una determinada postura política.

48 ÁLVAREZ VERDUGO, Milagros. *La política de seguridad y defensa en la Unión Europea.* Madrid: Edición Dykinson, 2004, pp. 169-172.

49 Este cambio recogido en el Tratado de Lisboa se justifica también por el hecho de que en el nuevo Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad se combinan los roles y las tareas del actual Secretario General/Alto Representante para la PESC y del Comisario para las Relaciones Exteriores de la Comisión. Una fusión de roles que tiene el claro objetivo de armonizar y coordinar la acción de la Comisión y del Consejo sobre los asuntos de política exterior europea.

50 A confirmación de la consolidación de esta relación institucional, el Alto Representante al principio del año 2007, en su grupo de asesores y representantes personales, ha creado el cargo de portavoz del Alto Representante para los asuntos parlamentarios, cargo que viene actualmente cubierto por el señor Michael Matthiessen.

51 *Proyecto de Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad y Defensa y la PESD. (2008/2003 (INI),* Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Exteriores, 31 de Enero de 2008, pp. 9-10. Ponente: Helmut Kuhne [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/705/705441/705441es.pdf].

Considero que es una propuesta interesante que, sin embargo, choca con los argumentos clásicos que afirman la imposibilidad de configurar un instituto de consulta previa sobre este tipo de decisiones, dado el carácter de urgencia y confidencialidad que revisten las mismas.

Consciente de estas alegaciones el Parlamento sugiere una modificación de su reglamento interno para adaptarse a las necesidades de flexibilidad y confidencialidad que requieren estas decisiones, proponiendo que la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento competente sobre estos asuntos pueda adoptar en su nombre la correspondiente recomendación o resolución, incluso en los períodos en que no se reúne el Pleno.

De esta forma, el Reglamento interno del Parlamento Europeo, debería prever un mecanismo más flexible que el actual,[52] partiendo de la idea que, para garantizar una legitimidad democrática efectiva, se necesita que las Comisiones Parlamentarias competentes, siendo lo suficientemente expertas e informadas,[53] puedan adoptar recomendaciones o resoluciones en nombre de todo el Parlamento en casos de urgencia o de extrema complejidad técnica.

En mi opinión es muy positivo que el Parlamento Europeo, para adquirir un papel de mayor protagonismo en la política exterior, se muestre disponible a adaptar sus reglas de funcionamiento interno a las necesidades peculiares de este sector. Este proceso implica obligatoriamente, siguiendo el ejemplo de los Parlamentos nacionales,[54] la superación de la visión clásica de la comisión parlamentaria como órgano únicamente encargado de preparar la actividad del Pleno, aceptando que ésta vea incrementadas sus potencialidades operativas hasta el punto de poder decidir en nombre de todo el Órgano, sin necesidad de una actuación posterior del Pleno.

3. El instrumento de control indirecto: la herramienta presupuestaria

Cuando por primera vez, gracias al Acta Única Europea, se introduce la Cooperación Política Europea, estábamos frente a una política meramente intergubernamental que tenía gastos reducidos, prevalentemente de naturaleza administrativa,[55] y se financiaban a través de los Ministerios de Asuntos Exteriores Nacionales; es decir nos encontrábamos frente a un mecanismo de financiación informal que presentaba serios problemas de control de dichos gastos.

Con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, para impulsar una política exterior europea más ambiciosa, se utilizó el presupuesto comunitario para financiar la recién nacida PESC. El problema era que sólo sus gastos administrativos se podían solventar con el presupuesto comunitario, mientras los gastos operativos quedaban todavía en las manos

52 *Reglamento del Parlamento Europeo 16º versión*, Parlamento Europeo, 2008, p.1, ss. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getLastRules.do?language=IT&reference=TOC].

53 BONO, Giovanna. Democratic Accountability of Internacional military and police cooperation in the EU (ESPD). En *Conference Paper*, 2002, pp. 12-14. [Consultado (el 27 agosto de 2008) en: *http://www.dcaf.ch/pcaf/ev_brussels_020712_bono.pdf*].

54 ALONSO DE ANTONIO, José de Antonio; ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis. *Introducción al Derecho Parlamentario*. Barcelona: Bosch Editor, 2000, pp. 123-124.

55 Celebración de reuniones, transmisión de información, viajes o elaboración de documentos.

de los Estados miembros. El carácter intergubernamental de este mecanismo de financiación mostró problemas de índole práctica,[56] por lo que finalmente con el Tratado de Ámsterdam se establece que el procedimiento presupuestario comunitario se aplique a todos los gastos de la PESC; tanto los administrativos como los operativos, y únicamente los relativos a operaciones de carácter militar, como veremos luego ampliamente, siguen sin poder ser computados en el presupuesto comunitario.

Dada la relevancia que los gastos operativos tienen en la PESC, se refuerza el papel del Parlamento Europeo que, gracias al instrumento presupuestario, tiene, finalmente, una participación activa a la hora de definir las líneas estratégicas de la política exterior europea.[57]

Para ver cómo el Parlamento puede utilizar este instrumento hay que tener en cuenta la distinción entre los gastos obligatorios[58] y los no obligatorios;[59] una diferenciación que es importante en relación con las distintas posibilidades de decisión de las dos Autoridades Presupuestarias (Consejo y Parlamento). En efecto, para los primeros corresponde al Consejo la última palabra, mientras que para los segundos, sin la aceptación del Parlamento, el Consejo no puede aprobar estos gastos.

Es importante matizar que los gastos de la PESC, que son parte de la categoría de gastos no obligatorios y que por eso están sometidos a la co-decisión entre Parlamento y Consejo, son los gastos operativos,[60] mientras que los gastos administrativos[61] entran a formar parte del capítulo del presupuesto destinado al funcionamiento del Consejo, y claramente ésta parte del presupuesto es un gasto obligatorio sobre el cual el Parlamento Europeo no va a tener la última palabra. Se ve con preocupación el hecho que el Consejo utilice estas partidas, en realidad, para llevar a cabo gastos de carácter operativo que deberían estar sometidos a la codecisión del Parlamento Europeo.[62]

Por esta razón éste le exige al Consejo la máxima transparencia en dicho ámbito, invitándole a indicar la naturaleza exacta de los gastos derivados del ejercicio de sus funciones.[63] En este sentido tampoco parece ser suficiente la obligación para el Consejo de presentar una

56 ROBLES CARRILLO, Margarita. *La financiación de la PESC*. En Revista de Instituciones Europeas, nº 22, 1995, pp. 120-122.

57 BOADA, Joan Elias. El Consejo y el Parlamento Europeo ante la financiación de la PESC. En *Working Paper* nº 15, 2001, pp. 10-13. [Consultado (el 18 de julio de 2008) en: http://selene.uab.es/_cs_iuee/catala/obs/m_investigacion.html].

58 Los gastos obligatorios son aquellos que provienen directamente de los Tratados y de los actos adoptados en su virtud.

59 Los gastos no obligatorios representan una categoría residual, es decir, todos los gastos distintos de los que resulten obligatoriamente del Tratado o de los actos adoptados en su virtud.

60 Los gastos operativos sirven para financiar las políticas de la UE.

61 Los gastos administrativos van destinados a atender las necesidades que se derivan del mantenimiento de la administración comunitaria (personal, inmueble y otros gastos).

62 *Informe sobre la aprobación de la gestión en la ejecución del presupuesto general de la Unión Europea para el ejercicio 2005, C6-0466/2006-2006/2072(DEC))*, Parlamento Europeo, Comisión de Control Presupuestario, 30 de Marzo de 2007, p. 6. Ponente: Daniel Caspary [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: *www.europarl.europa.eu/...//EP//NONSGML+COMPARL+PE-382].*

63 *Proyecto de Informe sobre la aprobación de la gestión en la ejecución del presupuesto general de la Unión Europea para el ejercicio 2006* (C6-0364/2007-2007/2039 (DEC)). Parlamento Europeo, Comisión de Control Presupuestario, 5 de Febrero 2008, p. 4-5. Ponente: Nils Lundgren. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200802/20080212ATT21041/20080212ATT21041ES.pdf].

estimación de los costes previstos (ficha financiera), cada vez que adopte una decisión que implique gastos en el ámbito PESC, visto que, contrariamente a lo que pasa en el primer pilar,[64] el Parlamento recibe esta información posteriormente a la adopción de la decisión.

El Tratado Constitucional hubiera reforzado la posición del Parlamento Europeo en el proceso de elaboración del presupuesto, dado que la co-decisión sobre la aprobación del mismo se hubiese extendido a todos los gastos, y no sólo a los no obligatorios.[65] De todas maneras, con la firma del Tratado de Lisboa, que incorpora la mayor parte de las aportaciones del Tratado Constitucional,[66] se ha mantenido esta importante innovación, así que el Parlamento Europeo, con su entrada en vigor, se convertirá en autoridad presupuestaria en igualdad de condiciones que el Consejo al desaparecer la distinción entre gastos obligatorios y no obligatorios.

No obstante lo anterior, con el Tratado de Lisboa quedan abiertas algunas cuestiones que siguen afectando negativamente a la plena eficacia del uso de la herramienta presupuestaria por parte del Parlamento Europeo en este ámbito, por ejemplo: en primer lugar, siguen fuera del marco del presupuesto de la Unión los gastos operativos que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa;[67] en segundo lugar, la naturaleza administrativa u operativa de los gastos continúa teniendo repercusión en la fase de control de ejecución del presupuesto[68] por parte del Parlamento Europeo, dado que, sobre la base del acuerdo entre caballeros de 1970 entre Parlamento y Consejo,[69] los gastos administrativos, a diferencia de los operativos ejecutados por la Comisión,[70] no están sujetos al procedimiento normal de aprobación del Parlamento;[71] y en tercer lugar, el Tratado de Lisboa

64 En los asuntos que se refieren al pilar comunitario, la Comisión debe presentar una ficha financiera para cada propuesta legislativa, es decir antes que se tome una decisión definitiva.

65 GARCÍA LUPIOLA, Asier. *Un Parlamento reforzado para la Unión ampliada*. En Cuadernos Europeos de Deusto nº 33, 2005, pp. 79-103.

66 ALDECOA LUZARRAGA, Francisco; GUINEA LLORENTE, Mercedes. El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto. En *Documento de Trabajo* nº 9, 2008, pp. 1-2. [Consultado (el 18 de julio de 2008) en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/Elcano_es/Zonas_es/Europa/DT9-2008].

67 WHITMAN, Richard G. Foreign, Security and Defence Policy and the Lisbon Treaty: Significant or Cosmetic Reforms?. En *CFSP Forum* VOL. 6, nº 2, 2008, pp. 1-5. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.fornet.info/documents/CFSP%20Forum%20vol%206%20no%202.pdf].

68 El control de ejecución presupuestaria tiene una doble dimensión: 1) el Tribunal de Cuentas examina la legalidad y la regularidad de la ejecución presupuestaria y comprueba la buena gestión financiera de la UE; 2) el Parlamento Europeo, en cambio, ejerce un control político, a través la aprobación de la gestión de la Comisión en la ejecución del presupuesto general de la Unión Europea, que implica también el cierre del ciclo presupuestario.

69 En base a este acuerdo, recogido en el acta de la reunión del Consejo de 22 de abril de 1970, las dos instituciones se comprometen a no modificar el estado de los gastos previstos por cada una de ellas en sus respectivas secciones del presupuesto. De esta manera el Parlamento y el Consejo fijan, respectivamente, los gastos administrativos para el funcionamiento de su aparato administrativo sin interferir en el presupuesto de la otra institución, garantizando así su poder de autoorganización.

70 La Comisión, siendo el órgano competente para la ejecución del presupuesto, es la encargada de adoptar las medidas de ejecución de los gastos operativos que sirven para implementar todas las políticas de la UE, entre ellas la PESC.

71 Por esta razón el Parlamento Europeo insta al Consejo la presentación del informe anual de actividades al Parlamento Europeo, así como hacen las demás instituciones europeas.

introduce una disposición bastante opaca que se refiere a la posibilidad para el Consejo de adoptar una decisión por la que se establecen unos procedimientos específicos para garantizar el acceso rápido a los créditos destinados a la financiación urgente de iniciativas en el marco de la PESC.[72]

El origen de esta disposición está directamente relacionado al hecho que las misiones que se pondrán en marcha en el marco de la futura política de defensa de la UE se sostendrán sobre una capacidad operativa basada en medios civiles y militares.[73] Por eso los Estados, a la hora de plantear una misión en el futuro ámbito de la política de defensa, han querido garantizarse un acceso más rápido a los medios civiles necesarios para el desarrollo de la misión en cuestión, mediante la constitución de un fondo inicial constituido por contribuciones de los Estados miembros. Una vez creado este fondo, el Consejo va a tener una vía alternativa para sustraer al Parlamento de la decisión sobre un aspecto tan importante como el relativo a la financiación de los medios civiles de una misión para el mantenimiento de la seguridad internacional y de la paz fuera del territorio de la UE.

La previsión de esta disposición, en mi opinión, otorga al Consejo un instrumento de gran importancia, quizás potencialmente más eficaz que los gastos obligatorios, para quitar al Parlamento la co-decisión sobre la financiación de aspectos relevantes de la política exterior de la UE. Por lo que, si bien la abolición de la distinción entre gastos obligatorios y no obligatorios implica un importante paso adelante para el Parlamento Europeo, con el Tratado de Lisboa se plantean nuevos desafíos para éste a la hora de bloquear la tendencia del Consejo de recurrir a vías alternativas de financiación de la PESC, que salen del marco del presupuesto general de la UE.

4. El Parlamento Europeo y la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD)[74]

4.1. La falta de instrumentos de control sobre la PESD

Si en el ámbito PESC, como hemos visto, los instrumentos en manos del Parlamento Europeo para incidir sobre la misma son muy limitados; por lo que afecta la Política

72 Véase Art.41.3 del futuro Tratado de la Unión Europea.

73 *Opinión de la Comisión de Asuntos Exteriores para la Comisión de Asuntos Constitucionales sobre el Tratado de Lisboa,* (2007/2286/(INI)), Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Exteriores, 22 de Enero de 2008, p.77-80. Ponente: Andrew Nicholas Duff. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0013+0+DOC+PDF+V0//ES].

74 A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa esta política pasará a denominarse: Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD). Este cambio de denominación se justifica por la presencia en el Tratado de Lisboa de nuevos mecanismos como la Cooperación Reforzada en el campo de la seguridad y defensa o la Cooperación Estructurada Permanente que pretenden lograr el despegue de una política de defensa común. Para un análisis más detallado véase: MOLINER GONZÁLEZ, Juan Antonio. *De la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) a la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD): la Cooperación Estructurada Permanente*. En Análisis del Real Instituto Elcano nº 55, 2008, pp. 1-4. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: www.realinstitutoelcano.org].

Europea de Seguridad y Defensa (PESD) son prácticamente inexistentes. Cuando se instituyó la PESD con el Tratado de Ámsterdam, los Estados miembros no reconocieron al Parlamento Europeo ninguna forma de control directo o indirecto. Con respecto al control directo, en el Art. 21 del TUE no hay ninguna alusión explícita al derecho a ser informado y consultado sobre el desarrollo de la PESD. Mientras que sobre el control indirecto, a través de la vía presupuestaria, vemos cómo en el Art. 28.3 del TUE se excluye expresamente la posibilidad de recurrir al presupuesto comunitario para financiar cualquier operación que tenga repercusión militar, no permitiendo al Consejo ni siquiera la posibilidad de decidir otra cosa por unanimidad.[75] El hecho que queden fuera del marco presupuestario comunitario los gastos militares conlleva una contradicción entre, por un lado, la necesidad de conciliar en la política exterior de la UE el aspecto civil con el militar,[76] y por otro lado la distinción existente entre gastos militares y civiles a nivel de mecanismos de financiación. El Parlamento Europeo no defiende esta distinción, y propone que las operaciones militares en el ámbito PESD se financien a cargo del presupuesto comunitario. De esta forma, tanto las operaciones que se impulsan en la esfera civil como las que se plantean en la esfera policial y militar, quedarían financiadas por el presupuesto comunitario.

Antes de analizar las críticas institucionales y doctrinarias realizadas sobre esta separación, sería oportuno estudiar el funcionamiento del mecanismo de financiación intergubernamental utilizado para sostener los gastos militares.

4.2. El mecanismo de financiación "ATHENA" y las críticas del Parlamento Europeo

Las operaciones de gestión de crisis impulsadas en el marco de la política exterior de la UE se diferencian en términos presupuestarios en tres categorías: 1) acciones emprendidas en el marco de un instrumento comunitario, financiadas a través de la línea presupuestaria comunitaria correspondiente; 2) operaciones de la PESC sin carácter militar o de defensa, financiadas a través de la línea presupuestaria de la PESC; 3) operaciones de la PESD con carácter militar o de defensa, que quedan fuera del presupuesto de la UE.[77]

El hecho que las misiones militares se financien fuera del presupuesto comunitario limita la posibilidad del Parlamento de ejercer los mismos poderes de supervisión que ejerce sobre las acciones financiadas a través de éste.

Las primeras operaciones militares en el ámbito PESD tenían su propia cobertura financiera por medio de un mecanismo *ad hoc*, que normalmente estaba incluido en la acción común que daba vida a la operación militar. Desde el principio, la definición de un

75 GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. *La política europea de seguridad y defensa después de Niza*. En Revista de Derecho Comunitario Europeo nº 9, 2001, pp. 197-238.

76 ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Hacía un concepto integral de seguridad europea.* En Revista Española de Derecho Europeo nº 15, 2005, pp. 335-344.

77 *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo- Financiación de operaciones de Gestión Civil de Crisis, COM (2001) 674*, Comisión Europea, 2001, p. 4 [Consultado (el 10 de Agosto de 2008) en: http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2001/com2001_0647es01.pdf].

mecanismo de financiación *ad hoc* para cada operación militar, estando sujeto a la regla de la unanimidad, tuvo repercusiones negativas sobre la eficacia de dichas operaciones.[78]

Los Estados miembros escépticos sobre el planteamiento de una operación militar podían, mediante el instituto de la abstención constructiva, sabotear la realización de la misión misma sin asumir los eventuales costes políticos de un voto contrario expreso. Por ésta razón el Parlamento Europeo,[79] para garantizar la realización de las misiones de la UE, proponía que también los Estados miembros que no participaran en la misión, en nombre del principio de solidaridad mutua que les vincula a la UE, se hicieran cargo de pagar la contribución financiera que le correspondiera sobre la base del producto nacional bruto. Quedaba claro que el éxito futuro de estas misiones dependía del planteamiento de un mecanismo de financiación más coherente y permanente, que no dependiera en cada caso de la decisión por unanimidad de los Estados miembros.

Un primer paso hacia esta dirección, viene dado en el Consejo Europeo de Luxemburgo en el año 2002, donde por primera vez se marca una distinción entre los gastos comunes para llevar a cabo las operaciones militares respecto a los otros gastos que surgen de cada operación militar.[80] La consecuencia práctica de esta distinción es que se crean dos mecanismos de financiación distintos: 1) sobre la base del Producto Interno Bruto de los Estados, que se utiliza para los gastos comunes; 2) sobre la base del principio "*los costes se asumen donde recaen*", que se utiliza para los otros gastos. Así los gastos comunes, que no están directamente vinculados con una misión en concreto y que, sin embargo, sirven para garantizar los soportes logísticos necesarios para las varias operaciones militares de la UE, empezaban a estar sujetos a un mecanismo de financiación con un criterio más objetivo y menos expuesto a la voluntad sujetiva de los Estados miembros.[81]

Finalmente con la Decisión 2004/197/PESC del Consejo[82] se estableció un mecanismo de financiación permanente e intergubernamental para los gastos comunes de las operaciones en el ámbito militar, llamado "ATHENA", mediante el cual se tienen que financiar y administrar estos gastos.

El hecho que dichos gastos no se financien a cargo del presupuesto comunitario ha sido duramente criticado por parte del Parlamento Europeo. Según éste, el principal problema se plantea en la evaluación de las misiones mixtas de la PESC, que implican tanto

78 CLEMENTI, Marco. *L'Europa ed il Mondo: la politica estera, di sicurezza e di difesa europea*. Milano: Edizione Il Mulino, 2004, pp. 119-122.

79 *Resolución del Parlamento sobre los avances realizados en la realización de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), (2002/2010(INI)),* Parlamento Europeo, 2000, pp. 6-7. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2002/09-26/0451/P5_TA(2002)0451_ES.pdf].

80 En las Conclusiones del Consejo Europeo de Luxemburgo de 17 de Junio de 2002 se da la siguiente definición de los gastos comunes*:"Son aquellos gastos que no pueden ser asignados a cada Estado que tome parte a la gestión de la misión*".

81 SCANELL, David. *Financing ESPD Military Operations.* En European Foreign Affairs Review nº 9, 2004, pp. 535-536.

82 Decisión 2004/197/PESC de 23 de Febrero de 2004, por la que se crea un mecanismo para administrar la financiación de los costes comunes de las operaciones de la Unión Europea que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa, DO L 63 de 28/02/2004, pp. 1, ss.

gastos derivados de la acción civil como de la acción militar.[83] En efecto es muy difícil, dentro del marco de una misión de gestión de crisis, que los Estados Nacionales, mediante sus respectivos Parlamentos, se encarguen de controlar solamente la parte militar de los gastos, mientras que, el Parlamento Europeo se encargue de la parte civil. Hoy en día en las misiones de la UE es cada vez más complicado separar el aspecto civil del militar, esto es porque, para que estas misiones puedan tener éxito, es necesario que utilicen de forma cada vez más integrada y coherente tanto las herramientas militares como las civiles. Por eso, para que el control democrático sea efectivo, se precisaría que dichas misiones sean evaluadas en su totalidad de manera que se pueda conseguir una visión global, no sólo en el aspecto ejecutivo de éstas, sino también en el aspecto del control.[84]

Además, el Parlamento Europeo hace notar que unos límites cada vez más difusos entre los gastos civiles y los militares han sido aprovechados por el Consejo, que ha financiado algunos gastos a través del mecanismo "ATHENA" que, por sus objetivos y naturaleza, deberían haber sido financiados por el presupuesto de la UE.[85] Se divisa así otro motivo de conflicto entre el Consejo que, en una situación de duda sobre la naturaleza del gasto, intenta recurrir a instrumentos de financiación alternativos al presupuesto comunitario como por ejemplo el mecanismo "ATHENA", y el Parlamento Europeo que busca defender sus prerrogativas contra los intentos de huída encubierta al presupuesto comunitario.[86]

Estas críticas no parecen para nada descabelladas, sin embargo la transferencia del mecanismo "ATHENA" al presupuesto de la UE viene dificultada por dos razones 1) tanto el actual Tratado como el futuro Tratado de Lisboa, amparan la práctica del Consejo de financiar operaciones de gestión de crisis con componente militar fuera del Presupuesto de la Unión Europea; 2) el presupuesto general representa un mecanismo demasiado rígido para satisfacer la necesidad de urgencia y rapidez que requiere la puesta en marcha de este tipo de operaciones.[87]

El Parlamento, consciente de esta situación, ha revisado en parte su posición, en el sentido que sigue con su propuesta de transferir el mecanismo "ATHENA" al presupuesto

---

83 *Opinión de la Comisión de Presupuesto para la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo*, Parlamento Europeo, Comisión de Control Presupuestario, 28 de Febrero de 2007, pp. 21-22. Ponente Antónis Samaras. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2007-0130+0+DOC+PDF+V0//ES&language=ES].

84 *Informe sobre la nueva arquitectura europea de seguridad y defensa- prioridades y lagunas, (2002/2165(INI)),* Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Exteriores, 27 de Marzo de 2003, pp. 12-13. Ponente: Philippe Morillon. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2003-0111+0+DOC+PDF+V0//ES].

85 *Study "The Cost of CFSP- An Assessment"*, Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Internas de la Unión, 6 de Octubre de 2006, pp. 13-14. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.ipolnet.ep.parl.union.eu/ipolnet/csm/pid/1517].

86 BENDIEK, Annegret. The Financing of the CFSP/ESPD: "There is a democratic deficit problem!" En *CFSP Forum* VOL. 4, nº 6, 2006, pp. 8-12. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.fornet.info/documents/CFSP%20Forum%20vol%204%20no%206.pdf].

87 MISSIROLI, Antonio. *Financiación de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD).* En Análisis del Real Instituto Elcano nº 61, 2003, pp. 1-7. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: www.realinstitutoelcano.org].

de la UE, manteniendo al mismo tiempo la flexibilidad contenida en dicho mecanismo de financiación intergubernamental.[88]

A mi juicio, es difícil que los Estados miembros acepten que la financiación de los gastos militares entre a formar parte del presupuesto de la UE, por eso pienso que el mecanismo "Athena" debería quedar *a latere* del presupuesto comunitario, pero sometido a los mecanismos de control previstos en el Reglamento Financiero[89] para garantizar la buena gestión de las finanzas comunitarias. Es decir, siguiendo la interpretación extensiva del concepto de interés financiero de la UE,[90] el control sobre la legalidad y la buena gestión financiera se puede extender también sobre los ingresos y gastos que no tengan ninguna relación con el presupuesto de la UE. En este sentido considero que el mecanismo "Athena" debería seguir la estela del Fondo Europeo de Desarrollo (FED)[91] que, pese a no formar parte del presupuesto comunitario, prevé que los documentos relativos a sus cuentas de gestión tengan que ser presentados al Parlamento Europeo y al Tribunal de Cuentas.[92] De esta manera, el Parlamento seguiría sin tener un poder de co-decisión sobre esta categoría de gastos, pero, con esta formula se le reconocería la posibilidad de recibir un informe sobre la ejecución de los mismos, de manera que, junto al Tribunal de Cuentas (que llevaría a cabo un control de legalidad y buena gestión[93]), podría realizar un control político como hace sobre los gastos que forman parte del presupuesto comunitario.

Con esta propuesta a mi parecer se conciliarían al mismo tiempo dos objetivos que aparentemente parecen inconciliables y son: a) eximir al mecanismo "ATHENA" de los largos procedimientos presupuestarios que mal se concilian con la imprevisibilidad y la urgencia con la que se deben poner en marcha operaciones de carácter militar; b) someterlo a un control de gestión único llevado a cabo por el Tribunal de Cuentas y el Parlamento Europeo, que finalmente tendrían la posibilidad de señalar y censurar todas las duplicaciones de gastos e incoherencias presentes en la realización de las operaciones de gestión de crisis de la UE.

---

88 *Proyecto de Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad y Defensa y la PESD. (2008/2003 (INI),* Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Exteriores, 31 de Enero de 2008, pp. 9-10. Ponente: Helmut Kuhne [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/705/705441/705441es.pdf].

89 Reglamento (CE, EURATOM) n. 1605/2002, DO L 248 de 16/09/2002.

90 Sentencia del TJCE de 10 de Julio de 2003, asunto C-11/00, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Banco Central Europeo,* Rec p. I-07147.

91 El Fondo Europeo de Desarrollo (FED) es el instrumento principal de la ayuda comunitaria a la cooperación al desarrollo prestados a los Estados de Africa, Pacífico y Caribe (ACP). El FED es en principio financiado por los Estados miembros, sin embargo recibe fondos también procedentes del presupuesto general de la Comunidad Europea y del Banco Europeo de Inversiones (BEI).

92 *Comunicación de la Comisión al Tribunal de Cuentas, al Parlamento y al Consejo- Balances Financieros y cuentas de gestión del 6, 7, 8 Fondo Europeo de Desarrollo Ejercicio 2001. COM/2002/0211,* Comisión Europea, 2001, pp. 1, ss.

93 Actualmente la auditoría de las cuentas en el mecanismo "Athena" es llevada a cabo por una Junta de Auditores compuesta por seis miembros externa a la estructura organizativa de "Athena". Los integrantes de esta Junta deben ser miembros de un servicio nacional de auditoría de un Estado miembro y ofrecer garantías suficientes de seguridad e independencia. Para mayores detalles véase el Art. 37 de la Decisión 2004/197/PESC del Consejo de 23 de Febrero de 2004, *cit.*

4.3. El derecho a ser informado sobre la PESD: tímidos avances para el Parlamento Europeo

El carácter singular reconocido a la política de defensa en el marco de la PESC, no sólo impide al Parlamento Europeo, como se ha descrito antes, la posibilidad de decidir sobre su financiación, sino también implica el no reconocimiento del derecho a ser informado sobre la misma. En efecto, el Consejo, en los informes anuales sobre la política exterior europea que presentaba al Parlamento Europeo, solía no mencionar a la PESD. Sin embargo, a partir del año 2005,[94] ha cambiado su postura empezando a describir con detalle los aspectos relativos a la misma, extendiendo el derecho de consulta del Parlamento Europeo recogido en el Art. 21 del TUE también a los asuntos relativos a la política de defensa. Finalmente con el Tratado de Lisboa se reconoce explícitamente el derecho del Parlamento Europeo a ser informado y consultado sobre dichos asuntos,[95] sin embargo el futuro Tratado no le otorgará otros instrumentos de control, así que las facultades de control efectivo sobre las operaciones militares llevadas a cabo por la UE quedan en manos de los Parlamentos nacionales.

En el debate de la doctrina sobre si el control parlamentario nacional es adecuado para la PESD, se registran dos posiciones. La primera niega el problema del déficit democrático a nivel europeo, subrayando que el carácter intergubernamental de la PESD hace que los Parlamentos nacionales, a través de sus tradicionales instrumentos, puedan supervisar la actuación de los gobiernos nacionales en el Consejo de la UE.[96] La posición opuesta afirma que la progresiva "*Europeización"* de la política de seguridad y defensa impide a los Parlamentos nacionales modelar las posiciones de los gobiernos antes que se tome una decisión en el Consejo de la UE, así que la única solución posible a este problema es la progresiva transferencia de los instrumentos de control de los Parlamentos nacionales al Parlamento Europeo.[97]

En mi opinión, ninguna de las dos posturas oferta una solución satisfactoria. Respecto a la primera, la asimetría en los métodos de control y de examen de la política exterior de los Parlamentos nacionales es la razón principal por la que se puede descartar *a priori* la tesis de la suficiencia del control parlamentario nacional sobre la PESD.[98] Una confirmación empírica de lo que se decía antes se encuentra en el hecho que sólo los

94 *Informe anual del Consejo sobre los principales aspectos y las opciones fundamentales de la PESC, incluidas sus implicaciones financieras para el presupuesto general de las Comunidades Europeas- 2004,* Consejo de la UE, Secretaria General, 2005, pp. 22-29.

95 Véase el Art. 36 del futuro Tratado de la Unión Europea.

96 DE DECKER, Armand. Conference Report "*Tackling the "double democratic deficit" and improving the accountability of ESPD.* Bruselas: International Security Information Service (ISIS), 2004, pp. 4-5. [Consultado (el 27 de agosto de 2008) en: www.isis-europe.org].

97 WAGNER, Wolfgang. *The deficit control of military power Europe.* En Journal of European Public Policy, nº *2*, 2006, pp. 200-216.

98 BONO, Giovanna. Parlamentary oversight of EU external military operations: The roles of the British, French and Italian parliaments. En BARBÉ, Esther; HERRANZ, Anna (Eds.). *The role of Parliaments in European Foreign Policy: Debating on accountability and legitimacy*. Barcelona: Instituto Universitario de Estudios Europeos (IUEE), 2005, pp. 35-37.

Parlamentos nacionales de seis Estados miembros han llevado a cabo un examen sobre todas las acciones emprendidas en el marco PESD entre el fin del año 2005 y principio del año 2006.[99] Hay otros Estados miembros, entre ellos España,[100] donde las decisiones tomadas por el Gobierno en el marco de la PESD no vienen sometidas a un procedimiento de consulta y autorización previa por parte del Parlamento nacional. Dada esta situación la hipótesis que los Parlamentos nacionales se puedan coordinar para ejercer su control tanto *ex ante* como *ex post* respecto a las decisiones tomadas en el Consejo de la UE en este ámbito parece remota.[101]

La otra postura sugiere transferir la competencia de control sobre la PESD al Parlamento Europeo. Aparentemente esta solución parece ser válida en cuanto propone que, a la transferencia de competencias a la UE en tema de seguridad y defensa, corresponda una simétrica transferencia de los instrumentos de control desde los Parlamentos Nacionales hacia el Parlamento Europeo.[102] Esta posición de la doctrina, a mi manera de ver, no tiene en cuenta la naturaleza actual de la política de defensa europea. Es decir un marco elegido por los Estados miembros, para que puedan cooperar a la hora de tomar de decisiones relativas a asuntos militares, basado sobre el principio de voluntariedad.[103] O sea que los Parlamentos nacionales, mientras que no exista un ejercito europeo o al menos un estatus normativo con derechos y obligaciones específicas para los Estados miembros, siguen siendo para los gobiernos los referentes principales a los que rendir cuenta de cualquier decisión que implique el uso de la fuerza.[104]

Por esta razón, creo que ninguno de los dos cauces parlamentarios (el europeo y el nacional) por sí solo puede llevar a cabo un control adecuado de las misiones militares que se realizan en el ámbito de la UE. Dada la situación actual en la que se encuentra la política de defensa europea, opino que la mejor vía de control reside en el cauce interparlamentario.[105] A continuación procederé a la descripción de cómo se está construyendo este cauce.

---

99 *XXXV Conferencia sobre los asuntos comunitarios y europeos de los Comité de los Parlamentos de la Unión Europea – Quinto informe bi-anual.* Viena: COSAC, 2006, pp. 19-26 [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.cosac.eu/en/documents/biannual/].

100 HERRANZ, Anna. El congreso de los Diputados y las políticas europeas de seguridad: ¿cuánto (des)control parlamentario?. En BARBÉ, Esther (Eds.). *España en Europa 2004-2008, Monografías del Observatorio de Política Exterior Europea, núm. 4*. Bellaterra (Barcelona): Instituto Universitario de Estudios Europeos (IUEE), 2008, pp. 1-5.

101 BONO, Giovanna. Parlamentary oversight of EU external military operations: The roles of the British, French and Italian parliaments. En BARBÉ, Esther; HERRANZ, Anna (Eds.). *The role of Parliaments in European Foreign Policy: Debating on accountability and legitimacy*. Barcelona: Instituto Universitario de Estudios Europeos (IUEE), 2005, pp. 35-37.

102 ROSÉN, Guri. Parlamentary control of European Security Policy: Why, Who and How? En *CFSP Forum* VOL. 6, nº 2, 2008, pp. 9-12 [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.fornet.info/documents/CFSP%20Forum%20vol%206%20no%202.pdf].

103 GRAF VON KIELMANSEGG, Sebastian. *The European Union's competentes in defence polity-scope and limits.* En European Law Review, nº 32, 2007, pp. 221-222.

104 HANGGI, Heiner. The use of force under international auspices: parliamentary accountability and democratic deficits. En BORN, Hans; HANGGI, Heiner, (eds.) *The "double democratic deficit". Parliamentary accountability and the use of force under international auspices.* Aldershot: Ashgate, 2004, p. 11.

105 GOURLAY, Catriona; TAPPERT, Malin. *Revising the European Parliament's scrutiny of foreign affairs and defence.* En European Security Review nº 21 2003, pp. 3-5.

4.4. La dimensión interparlamentaria del control de la PESD: ¿Es un cauce suficiente para un adecuado control parlamentario?

Para garantizar la efectividad del control parlamentario sobre las misiones militares y en general sobre las decisiones tomadas en el ámbito de la política de seguridad y defensa a nivel de la UE, han sido barajadas una serie de propuestas, y más en concreto las siguientes:[106] una primera propuesta era que la Asamblea de la UEO,[107] formada por representantes de los Parlamentos nacionales de los Estados miembros, se ocupara de las cuestiones relativas a la PESD, sin fortalecer el cometido del Parlamento Europeo; una segunda solución consistía en fortalecer la posición del Parlamento Europeo en el ámbito de la PESD, a través de la transferencia de competencias, funciones y recursos de la Asamblea de la UEO al Parlamento Europeo; y una tercera opción era la creación de una Segunda Cámara compuesta por representantes de los Parlamentos nacionales con una división clara de competencias, de tal modo que, el Parlamento Europeo asumiera las tareas del pilar comunitario dejando a esta segunda cámara las tareas relativas a los pilares intergubernamentales. Esta propuesta se enmarca en un debate más general sobre la función de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración europea, donde los impulsores de la misma[108] afirmaban la necesidad de insertar a los Parlamentos nacionales en el sistema institucional de la UE para hacer frente al problema del déficit democrático. Sin embargo, en todos los procesos de revisión de los Tratados que ha habido en estos últimos años, se ha descartado esta propuesta en cuanto haría más pesada aún la ya compleja arquitectura institucional de la Unión. Las dificultades de funcionamiento de una Cámara cuyos miembros sean integrantes también de los Parlamentos nacionales y la producción de una confusa superposición entre las funciones de esta Segunda Cámara y los cometidos del Parlamento Europeo han sido las razones alegadas para no aceptar este proyecto de reforma.[109]

Al final tanto en el ya difunto Tratado Constitucional como en el futuro Tratado de Lisboa, el problema del déficit de control democrático de la PESD no se ha querido resolver mediante el camino de la reforma institucional (creación de una Segunda Cámara o fortalecimiento de la posición del Parlamento Europeo sobre la PESD) sino reforzando

106 ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. *La política europea de seguridad y defensa y la gestión de crisis internacionales: las operaciones de Petersberg*. Madrid: Edición Dykinson, 2008, pp. 319-326.

107 La Asamblea interparlamentaria es un órgano de la UEO (Unión Europea Occidental) que era una organización que tenía competencia sobre asuntos de seguridad y defensa. Con la progresiva transferencia de las actividades de la UEO al marco de la PESD, esta Asamblea se ha transformado en la Asamblea Interparlamentaria Europea de Seguridad y Defensa.

108 *Rapport d'information nº 381(2000-2001), fait au nom de la délégation pour l'Union européenne sur une deuxième chambre européenne,* Senado de la República Francia, 2001, pp. 23-26. Ponente: M. Daniel HOEFFEL [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.senat.fr/rap/r00-381/r00-3811.pdf].

109 *Informe sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales en el marco de la construcción europea, (2001/2023(INI)),* Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Constitucionales, 23 de enero 2002, pp. 8-9. Ponente: Giorgio Napolitano [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2002-0023+0+DOC+PDF+V0//ES].

los mecanismos existentes de colaboración entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo.[110]

La Conferencia de los Órganos Especializados en los Asuntos Comunitarios y Europeos de los Parlamentos de la Unión Europea (en adelante COSAC) es el marco de cooperación interparlamentario elegido, gracias al cual, los Parlamentos nacionales pueden, mediante los trabajos de las comisiones encargadas sobre temas concretos, mejorar su capacidad de control sobre las decisiones tomadas por los gobiernos en el ámbito de la PESD.

En efecto, la elección de este cauce de cooperación interparlamentario no es casual en cuanto la COSAC, a lo largo de estos años, se ha ido "*institucionalizado*" cada vez más dotándose de reglas ciertas de actuación y de un marco institucional que permita identificar los órganos de funcionamiento y sus relativas tareas.[111] Este marco está compuesto por la Conferencia de los Presidentes de los Parlamentos nacionales, que es el órgano que supervisa las actividades de la cooperación interparlamentaria indicando los sectores de la actividad política que merecen prioridad en la misma, y por los Secretarios Generales que, en cambio, son los encargados de preparar la agenda de las cuestiones de interés común que la Conferencia de Presidentes deberá discutir en sus reuniones. Se ha creado también un código de conducta u orientaciones que sirva de guía para las relaciones entre los Gobiernos y los Parlamentos nacionales, que se base sobre dos ejes fundamentales: la información y el diálogo.[112] El cumplimiento de estas orientaciones permitiría a los Parlamentos nacionales plantear preguntas al gobierno con suficiente antelación antes de la celebración de las reuniones del Consejo a fin de conocer la posición del mismo con respecto a determinadas cuestiones.

La postura del Parlamento Europeo hacia el fortalecimiento del cauce interparlamentario no es crítica, al contrario, en sus documentos oficiales,[113] no ha manifestado la intención de sustituir a los Parlamentos nacionales sobre las cuestiones militares, sino simplemente reivindica un mayor poder de control sobre las misiones llevadas a cabo en el marco de la PESD.

La intención de desarrollar esta tarea de control viene confirmada al principio de la actual legislatura del Parlamento Europeo, con la formación de una nueva sub-comisión sobre seguridad y defensa con la precisa tarea de preparar informes y hacer propuestas sobre estos asuntos a la Comisión de Asuntos Exteriores que sigue siendo encargada de tomar la decisión final sobre la adopción de estos informes. Esta nueva sub-comisión no

110 SÁENZ DE SANTA MARIA, Paz Andrés. *Después de Niza: las instituciones de la Unión Europea en la perspectiva 2004.* En Revista Española de Derecho Europeo, Nº 1, 2002, pp. 62-65.

111 *Directrices de la Cooperación Interparlamentaria en la Unión Europea.* Hague: Conferencia de los Presidentes de los Parlamentos nacionales, 2003, pp. 2-3 [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.cosac.eu/en/documents/basic/interparliamentary/].

112 *Orientaciones para las relaciones entre los gobiernos y los parlamentos en los asuntos comunitarios y europeos (normas mínimas).* Bruselas: COSAC, 2003, pp. 1-2. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.cosac.eu/en/documents/basic/rules/spanish/].

113 *Informe sobre la nueva arquitectura europea de seguridad y defensa- prioridades y lagunas,* (*2002/2165(INI)),* Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Exteriores, 27 de Marzo de 2003, pp. 12-13. Ponente: Philippe Morillon [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2003-0111+0+DOC+PDF+V0//ES].

representa de ninguna manera un obstáculo al diálogo con los Parlamentos nacionales, sino al contrario, la presencia de un órgano específico que se ocupe de las áreas de defensa y seguridad permite mejorar la calidad de la cooperación con los Parlamentos nacionales sobre estas cuestiones.

A mi juicio, esta postura del Parlamento Europeo es correcta en cuanto, reforzar su papel y al mismo tiempo mejorar la cooperación de los Parlamentos nacionales con respecto a asuntos relativos a la PESD, no son soluciones excluyentes sino complementarias, dado que el peculiar proceso de integración en la política de defensa europea, como se ha descrito en el párrafo anterior, requiere un ejercicio coordinado de la función de control por parte de ambos. Además, coincido con una parte de la doctrina que afirma que el control político del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales sobre las políticas de la UE representan dos esferas diferentes e independientes, que pueden perfectamente convivir entre sí en la arquitectura institucional europea.[114]

5. Instrumentos, propuestas y razones para alcanzar una mayor implicación del Parlamento Europeo en la futura Política Exterior Europea

5.1. Las razones de la escasa legitimidad democrática de la PESC

A partir del Tratado de Maastricht, el progresivo crecimiento de las funciones de la UE en el ámbito de la PESC ha causado una progresiva disminución en la eficacia del control llevado a cabo por los Parlamentos nacionales sobre estas cuestiones, que no ha sido compensada con una ampliación de estos poderes a favor del Parlamento Europeo.[115]

Este problema de carácter esencialmente político siempre ha sido parte de la Agenda de prioridades en todos los procesos de reforma de los Tratados, pero los Estados miembros se han resistido a resolverlo de raíz, limitándose sólo a hacer pequeñas e insuficientes concesiones.

La delegación de autoridad a la UE en estos aspectos permite a los Gobiernos nacionales eludir los controles domésticos sobre la gestión y la ejecución de la PESC, manteniendo, al mismo tiempo, su poder de decisión último sobre los aspectos estratégicos más importante de la misma. El temor general es que la creciente europeización de las decisiones de cuestiones que antes eran nacionales sea la forma de sustraerse a la fiscalización de los Parlamentos.[116]

---

114 PORTILLA, Mati; JAVIER, Francisco. *Parlamento Europeo y Parlamentos Nacionales: Doble Legitimidad en el Marco de la Unión Europea*. En Revista de Estudios Políticos nº 119, 2003, pp. 214-215.

115 SJURSEN, Helene. *Integration Without Democracy? Three Conceptions of European Security Policy in Transformation*. En *Working Paper* nº 19. Oslo: Center for European Studies Arena, 2007, pp. 3-5 [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_0719.pdf?fileitem=5456242].

116 KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. *Internacional Governance as New Raison d'Etat? The Case of the EU Common Foreign and Security Policy*. En European Journal of International Relations nº 10, 2004, pp. 147-190.

Quizás el miedo de los Gobiernos de los Estados miembros a construir una responsabilidad política efectiva a nivel UE sobre la PESC es debido al hecho que el Parlamento Europeo podría potencialmente ejercer un control sobre la política exterior más eficaz al que suelen ejercer los Parlamentos nacionales.

El Parlamento Europeo, en efecto, está asumiendo el rol de defensor de los valores europeos como son la promoción de la democracia, la protección de los derechos humanos y la lucha contra la pobreza. Una "*actitud retórica*"[117] que no siempre coincide con la "*Real Politik*" de los Estados Miembros, y en defensa de los cuales, los Parlamentos nacionales ejercen una presión más débil dado que ellos también, en última instancia, suelen postergar estos valores a los intereses nacionales.

El ejemplo más claro de esta situación es la diferente posición entre Consejo y Comisión, por un lado, y Parlamento Europeo, por el otro, sobre el conflicto entre China y Taiwán. Mientras que los primeros, haciendo énfasis sobre la importancia de sus relaciones con China, han mantenido una posición bastante tibia respecto a la voluntad de Taiwán de verse reconocido como Estado independiente y soberano, el Parlamento, en cambio, desde hace varios años ha apoyado la aspiración de Taiwán a tener una propia representación en las principales organizaciones internacionales, destacando que cualquier tipo de solución que se le de al conflicto debe ser aceptada mutuamente por las dos partes, y no impuesta unilateralmente con la amenaza del uso de la fuerza por parte de China.[118]

Esta es una demostración de cómo el Parlamento puede representar un contrapeso al excesivo realismo económico del Consejo y la Comisión. Sin embargo, sus poderes son todavía demasiado limitados para que sus reivindicaciones se transformen en posiciones oficiales de la UE.

Tampoco el nuevo Tratado de Lisboa cambia mucho la posición del Parlamento Europeo que seguirá buscando caminos "laterales"[119] para reforzar su influencia sobre la PESC. Uno de esos caminos utilizados por el Parlamento Europeo ha sido sin lugar a dudas los Acuerdos Interinstitucionales. A continuación se analizará su influencia con respecto a los equilibrios institucionales en ámbito PESC y a la posición del Parlamento Europeo.

5.2. La importancia de los Acuerdos Interinstitucionales para fortalecer el papel del Parlamento Europeo en el ámbito PESC

Como se ha visto en los distintos procesos de revisión de los Tratados, los Gobiernos nacionales han presionado para que no aumentasen las facultades de control y decisión del Parlamento Europeo sobre la PESC. De todos modos, pese a los limitados poderes formales en la política exterior brindados en los Tratados, el Parlamento Europeo ha ido progre-

117 LOTZ, Andrew. *Normative accountability and supranational democracy*, 2006, pp. 1-2 [Consultado (el 18 de Julio de 2008) en: http://aei.pitt.edu/6131/01/gradconf06_lotz.pdf].

118 LAN, Yuchun. *The European Parlamient and the China-Taiwan Issue: An empirical approach.* En European Foreign Affairs Review nº 9, 2004, pp. 115-140.

119 DIEDRICHS, Udo. *The European Parliament in CFSP: More than a Marginal Player?*. En The International Spectator, nº 2, 2004, pp. 44-46.

sivamente sacando provecho de sus limitadas facultades, adquiriendo una influencia cada vez más fuerte. Esto ha podido pasar gracias a la utilización de un mecanismo "informal" que le ha permitido construir un diálogo más estructurado con las demás instituciones comunitarias: los Acuerdos Interinstitucionales.[120]

Estos no encuentran en los Tratados una base legal expresa que permita su adopción, salvo en los casos concretos recogidos en los mismos.[121] De todas maneras, no obstante la falta de una base legal explícita general, la doctrina ha encontrado en el principio de cooperación leal,[122] enunciado en el Art 10 del TCE, la implícita base legal que permite a las instituciones comunitarias celebrar estos acuerdos en todos los sectores donde las mismas estimen oportuno poner en marcha una cooperación institucional. Antes de analizar el impacto que los Acuerdos Interinstitucionales han tenido en el proceso de fortalecimiento de la posición del Parlamento Europeo en la política exterior, es recomendable intentar definir la naturaleza y la tipología de los mismos.

En primer lugar hay que destacar el hecho que los Acuerdos Interinstitucionales van incluidos en la categoría de los actos "*atípicos*" de la UE, en cuanto no están en el listado de actos recogidos en el Art. 249 del TCE, que por ser expresamente indicados en el Tratado vienen definidos como "*típicos*".[123] Es decir forman parte, junto a un conjunto de actos de varia índole y denominación, del fenómeno llamado por los anglosajones *soft law*, donde la peculiar posición "en el límite" entre el derecho y la política, o mejor dicho, entre la obligación legal y la declaración política, complica la tarea de la doctrina de definir con claridad tanto los efectos legales como la posición exacta que ocupan estos actos en el sistema de fuentes del derecho comunitario.[124]

Así que también para los Acuerdos Interinstitucionales se plantea la cuestión sobre si sus disposiciones tienen un efecto jurídico vinculante o no. La heterogeneidad y la ambigüedad en la denominación que tienen estos acuerdos dificultan la identificación de un modelo de Acuerdo Interinstitucional "típico" que permita sacar una regla general sobre la naturaleza vinculante de sus disposiciones.[125] Entonces su eventual naturaleza vinculante se establecerá caso por caso, dejando claro que la última palabra sobre esta cuestión no la tendrán los actores institucionales que dan vida a los acuerdos, sino el Tribunal de Justicia de la UE.[126] Éste ha ido desarrollando una jurisprudencia que recoge

120 MAURER, Andreas; KIETZ, Daniel; VOLKEL, Christian. *Interinstitucional Agreements in CFSP: Parliamentarisation through the backdoor?.* En European Foreign Affairs Review nº 10, 2005, pp. 175-195.

121 El Tratado de la UE contiene 6 autorizaciones explícitas para firmar este tipo de acuerdo que se encuentran en los siguientes artículos: 1) Art. 195.3; 2) 195.4; 3) Art. 202.3; 4) Art. 218.1; 5) Art. 248.3; 6) Art. 272.9.

122 HOFMANN, Herwig C. H. *Agreements in EU Law*. En European Law Review Nº 31, 2006, pp. 812-814.

123 CHITI, Mario. *Diritto Amministrativo Europeo* (1ª ed.). Milano: Giuffré Editore, 2002, pp. 194-200. Existe una versión traducida de este libro en español. Luis Ortega Álvarez. *Derecho Administrativo Europeo*. Madrid: Civitas, 2002.

124 Para un estudio detallado de este fenómeno véase: ALONSO GARCÍA, Ricardo. *El Soft Law Comunitario*. En Revista de Administración Pública, nº 154, 2001, pp. 65-66.

125 HUMMER, Waldemar. *Annex: Interinstitucional Agreements concluded during the period 1958-2005.* En European Law Journal nº 13, 2007, pp. 92-109.

126 HUMMER, Waldemar. *From Interinstitucional Agreements to Interinstitucional Agencies/Offices.* En European Law Journal nº 13, 2007, pp. 47-74.

dos principios básicos: 1) el Tribunal admite el principio que los Acuerdos Interinstitucionales pueden producir efectos jurídicos, incluidos los de naturaleza vinculante;[127] 2) la determinación de sus efectos dependerá, en cada caso, del contenido de las disposiciones concretas objeto del litigio.[128]

En mi opinión, no se puede dar una respuesta general al problema del alcance jurídico de los Acuerdos Interinstitucionales, sin embargo, en aquellos que revisten mayor importancia, por ejemplo los relativos a la disciplina presupuestaria,[129] se manifiesta una voluntad clara de vincularse por parte de las instituciones. Allí no se recogen orientaciones vagas para el futuro, sino disposiciones precisas e incondicionales que forman derechos y obligaciones para las partes. Por eso sostengo que los Acuerdos Interinstitucionales se alejan cada vez más del terreno político, situándose así en un terreno más próximo a lo jurídico.

Dada cuenta del alcance jurídico y de su posición en el sistema de fuentes comunitarias, queda pendiente el análisis sobre la influencia que los mencionados acuerdos han tenido respecto al marco institucional dentro de la PESC. Como se ha visto en los apartados anteriores la falta de claridad de las disposiciones del Tratado sobre las facultades del Parlamento Europeo, ha dado vida a un auténtico pulso institucional entre el Consejo, que defendía una interpretación lo más restrictiva posible de estas disposiciones, y el Parlamento, que sostenía una interpretación más flexible para aumentar en los hechos el peso de su participación en la definición de la política exterior. Gracias a los Acuerdos Interinstitucionales, el Parlamento Europeo y el Consejo han encontrado el cauce adecuado para ir acercando posiciones, evitando que la solución de los conflictos institucionales fuese el farragoso y complicado proceso de revisión de los Tratados. Es evidente que la conclusión positiva de un Acuerdo Interinstitucional depende de varios factores, quizás el más importante sea la percepción compartida de la importancia de resolver el conflicto interinstitucional en cuestión.

En realidad los Acuerdos Interinstitucionales han sido algo más que una solución práctica a los conflictos que han ido surgiendo en la PESC, en el sentido que han tenido el efecto concreto de fortalecer la posición del Parlamento Europeo. Este fortalecimiento es debido al hecho que los Acuerdos Interinstitucionales, en términos generales, hacen que sus facultades sean más efectivas, gracias a la "institucionalización" de reglas y procedimientos específicos relativos tanto a sus instrumentos de control directo (derecho a ser consultado e informado) como al de control indirecto (el uso de su función presupuestaria), reduciendo así el poder discrecional del Consejo de interpretar de forma restrictiva los derechos del Parlamento Europeo sobre la PESC.

El hecho que el Parlamento haya salido en la práctica beneficiado por estos acuerdos ha sido criticado por una parte de la doctrina según la cual el equilibrio institucional fija-

127 Sentencia del TJCE de 30 de Abril 1996, asunto 58/94, *Países Bajos contra Consejo*, Rec p. I- 2169.

128 Sentencia del TJCE de 19 de Marzo de 1996, asunto C-25/94, *Comisión contra Consejo*, Rec p. I-1469.

129 Para una evaluación del impacto de los acuerdos interinstitucionales sobre los conflictos en materia presupuestaria véase: EISELT, Isabella; POLLAK, Johannes; SLOMINSKI, Peter. *Codifying Temporary Stability? The Role of Interinstitucional Agreements in Budgetary Politics*. En European Law Journal nº 13, 2007, pp. 75-91.

do por los Tratados actualmente en vigor, no se hubiese debido modificar a través de éste cauce "informal", sino mediante la vía "formal" de los procedimientos previstos para la enmienda de los Tratados.[130]

Otra parte de la doctrina, en cambio, defiende e impulsa el uso de estos instrumentos del derecho comunitario, porque no sólo vienen considerados como un medio flexible que sirve para prevenir y dar soluciones prácticas a los conflictos interinstitucionales, sino también como el instrumento adecuado para mejorar la participación del Parlamento Europeo en el marco institucional de la UE;[131] representando así el cauce adecuado para interpretar las disposiciones de los Tratados de una forma tal que permita reducir el "déficit democrático" de la UE, y a su vez, abrir el camino para que se produzcan cambios más favorables al Parlamento en los procesos de reforma de los Tratados.[132]

En mi opinión el mérito mayor de estos acuerdos es el de haber "oficializado" el diálogo entre las instituciones europeas, haciendo más concreta su cooperación en el ámbito de la PESC. Paradójicamente, la falta de claridad de las disposiciones contenidas en el Tratado respecto al papel del Parlamento Europeo en la política exterior europea que muchos han criticado, en realidad no ha constituido un perjuicio para el mismo; al contrario, éste ha podido negociar en los Acuerdos Interinstitucionales una interpretación de esas reglas que fortalezca su posición, yendo quizás más allá de la intención original de los redactores del Tratado de la Unión Europea.

5.3. Las propuestas del Parlamento Europeo para fortalecer su papel en la PESC

Mientras los Acuerdos Interinstitucionales han sido las herramientas que le han permitido al Parlamento Europeo dar más contundencia a sus instrumentos de control sobre la PESC, el informe anual de éste sobre los aspectos fundamentales de la misma, en cambio, constituye la oportunidad para mantener vivo el debate sobre el futuro de la política exterior europea y para ejercer aquella presión política necesaria para verse reconocida una mayor participación en la definición de la misma.

Estos informes representan la ocasión del Parlamento Europeo para presentar un paquete de propuestas concretas que sirvan como punto de referencia para el debate "interinstitucional" sobre la mejora de la PESC. En algunos casos, como por ejemplo la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior, es el Parlamento que, en primera instancia, ha impulsado propuestas de mejora institucional,[133] que luego han sido recogidas en los pro-

130 SLOMINSKI, Peter. *The Fabric of Governance: Interinstitutional Agreements in the EU.* En European Law Journal nº 13, 2007, pp. 2-3.

131 PUNTSCHER RIEKMAN, Sonja. *The Cocoon of Power: Democratic Implications of Interinstitutional Agreements.* En European Law Journal nº 13, 2007, pp. 4-19.

132 KIETZ, Daniela; MAURER, Andreas. *The European Parliament in Treaty Reform: Predefining IGCs through Interinstitucional Agreements.* En European Law Journal nº 13, 2007, pp. 20-46.

133 *Informe sobre los progresos realizados en la aplicación de la política exterior y de seguridad común (C5-0255/2000- 2000/2038 (INI)),* Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Exteriores, 21 de Noviembre de 2000, p. 16. Ponente: Elmar Brok [Consultado (el 27 de Agosto de 2000) en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2000-0340+0+DOC+PDF+V0//ES].

cesos de reforma de los Tratados. La última propuesta institucional, muy interesante, presentada por el Parlamento ha sido la creación del puesto de Alto Funcionario para la Política Exterior de Energía bajo la autoridad del futuro Alto Representante/Vicepresidente de la Comisión, para que la UE pueda contar con un cargo que se haga responsable de la coordinación de sus actividades en este ámbito.[134]

Además, este documento representa también la ocasión para el Parlamento de formular propuestas concretas que sirvan para mejorar su diálogo institucional con el Consejo y resolver cuestiones conflictivas. Un ejemplo, en este sentido, es representado por la solicitud del Parlamento Europeo de ser plenamente consultado sobre el nombramiento del Primer Alto Representante /Vicepresidente de la Comisión, que asumirá sus funciones en la fecha prevista de entrada en vigor del Tratado de Lisboa, así como, sobre cualquier otro nombramiento temporal. El Parlamento considera necesario el establecimiento de un procedimiento de audiencias *ad hoc* para el nombramiento del Alto Representante, en el que la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento actuaría como comisión competente,[135] superando así la práctica hasta ahora llevada a cabo por parte del Consejo de nombrar al Alto Representante de la UE sin reconocer al Parlamento el derecho de audiencia del candidato a cubrir el cargo.

De todas maneras, últimamente el Parlamento Europeo está haciendo mucho hincapié sobre el hecho que no debe limitarse a dialogar con las instituciones comunitarias, (Consejo, Comisión, y futuro Alto Representante de la UE) sino extender este diálogo también a aquellos órganos que en dicho ámbito no toman formalmente decisiones, pero contribuyen de manera determinante al proceso de formación de las mismas.[136] El hecho que sobre los asuntos de la PESC la Comisión no tuviera el mismo peso y las mismas tareas asignadas por los asuntos comunitarios, ha obligado al Consejo a construir un nivel administrativo que ejecutara las decisiones tomadas en este ámbito.[137] En efecto la estructura administrativa de la política exterior ha crecido mucho en los últimos años, dada la necesidad cada vez más fuerte de especialización requerida en este campo, donde el trabajo preparatorio de estos órganos tiene un impacto determinante sobre las decisiones que se toman en sede de Consejo de Ministros de la UE.

---

134 *Proyecto de Informe sobre el Informe Anual del Consejo al Parlamento Europeo sobre los principales aspectos y las opciones fundamentales de la PESC (punto G, apartado 43 del Acuerdo Interinstitucional de 17 de mayo de 2006)- 2006 (2007/2219 (INI)),* Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Exteriores, 14 de Marzo 2008, p. 12-13. Ponente: Jacek Saryusz-Wolski. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/714/714131/714131es.pdf].

135 Véase el Art 85.2 del Reglamento del Parlamento Europeo 16º versión, *cit.*

136 VON ONDARZA, Nicolai. Eu Military Deployment- An Exexutive Prerogative?. En *Conference Paper.* Berlin: German Institute for International and Security Affairs, 2008, pp. 8-12. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.ies.be/files/repo/conference2008/EUinIA_IX_2_vonOndarza.pdf].

137 Esta estructura administrativa encargada del buen funcionamiento de la PESC se diferencia de la que actúa bajo el mando de la Comisión, por prescindir del régimen jurídico de la Función Publica Comunitaria que, al garantizar estabilidad en el empleo, asegura la independencia y su acción en exclusivo interés de la Unión, optando, en cambio, por contrataciones temporales o por personal que ni siquiera es de la Unión Europea, como los expertos nacionales en comisión de servicio. Al respecto véase: FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. Cap. XXIII La política exterior y de seguridad común. En LINDE PANIAGUA, Enrique; BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (Eds.). *Las políticas de la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2005, pp. 1001-1002.

El ejemplo más emblemático en este sentido es representado por el Comité Político y de Seguridad que, si bien es cierto, no es formalmente un órgano que tome decisiones, en realidad es allí donde los representantes de los Estados miembros negocian el contenido de las decisiones que luego formalmente se tomarán a nivel de Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores.[138] El Parlamento Europeo consciente del peso real de éste Comité, mucho más allá de lo que se prevé en los Tratados, pide que la práctica de las reuniones mixtas informales, que de hecho ya se realizan,[139] con la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo se institucionalice. Las futuras negociaciones para la revisión del Acuerdo Interinstitucional sobre la disciplina presupuestaria podrían ser el momento oportuno para que éste diálogo se oficialice.

Creo que sería conveniente que este cauce de diálogo se extendiera también a los más de 36 grupos de trabajo que hoy en día se ocupan tanto de temas concretos (Derecho internacional marítimo, Derechos Humanos, no proliferación de armas nucleares, etc.) como de temas relativos a zonas geográficas (Balcanes, América Latina, África, etc.) de la política exterior europea.[140] En efecto también el trabajo preparatorio de estos órganos tiene un impacto determinante sobre las decisiones que se toman en sede de Consejo de Ministros de la UE.[141] Por esta razón estimo conveniente que los presidentes de estos grupos de trabajo presenten un informe una vez al año ante la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento, o estén llamados a comparecer frente a la misma Comisión, antes que ésta tome una resolución sobre el asunto de pertenencia del grupo de trabajo. De esta manera, las resoluciones del Parlamento Europeo sobre un asunto concreto se basarían sobre informaciones y estudios muy actualizados y sobre todo, así tendría la posibilidad de influir *ex ante* sobre las decisiones que finalmente se tomarían a nivel de Consejo de Ministros.

Otra novedad muy interesante, que se encuentra en los últimos informes anuales, es que por primera vez el Parlamento no se limita a pedir simplemente más diálogo con la estructura administrativa de la PESC, sino solicita que le sea otorgado un poder de nombramiento y destitución de los máximos responsables de algunos órganos clave en el desarrollo de la política exterior de la UE. Esta propuesta se refiere al sector específico de los servicios de inteligencia y de seguridad,[142] en concreto, pide que se le confiera la autoridad para designar y destituir al Coordinador de la Lucha Antiterrorista[143] y a los

138 BORN, Hans; ANGHEL, Suzana; DOWLING, Alex; FUIOR, Teodora. Parlamentary Oversight of ESPD Missions. En *Policy Paper* nº 28. Ginebra: Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 2008, pp. 7-9. [Consultado (el 10 de julio de 2008) en: www.dcaf.com].

139 *Informe anual del Consejo al Parlamento Europeo sobre los principales aspectos y las opciones fundamentales de la PESC,* Consejo de la UE, Secretaria General, 2007, p. 79-80. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/ES_PESC.pdf].

140 DUKE, Simon; VANHOONACKER, Sophie. *Administrative Governance in the CFSP: Development and Practice.* En European Foreign Affairs Review nº 11, 2006, pp. 163-182.

141 JUNCOS, Ana; PORMORSKA, Karolina. *Playing the Brussels game: Strategic socialisation in the CFSP Council Working Groups.* En European Integration online Papers nº 10, 2006, pp. 2-17.

142 Para un análisis exhaustivo sobre el desarrollo de una política europea de inteligencia véase: DÍAZ, Antonio; REVENGA, Miguel; JAIME, Oscar; MARTÍNEZ, Rafael. *Hacia una política europea de inteligencia.* En Política Exterior nº 106, 2005, pp. 123-132.

143 El Coordinador de la Lucha Antiterrorista nombrado por el Alto Representante de la UE, tiene como misión la de coordinar a nivel europeo las actividades dirigidas a luchar contra el terrorismo.

Directores del SITCEN[144] y del Centro de Satélites de la Unión Europea (CSUE).[145] Esto implica que el Parlamento Europeo quiere incidir sobre la formación de la nueva estructura que va a ser el eje fundamental de la futura política exterior.

Pienso que una mayor participación del Parlamento Europeo a la hora de nombrar cargos tan importantes, no sólo aumentaría la posibilidad de control del mismo sobre la actividad desarrollada por dichos cargos, sino que, también tendría el efecto de reducir la dependencia de éstos órganos administrativos respecto al Consejo, haciendo que trabajen de forma cada vez más autónoma y menos influenciada por las presiones nacionales.

5.4. Las razones para impulsar un nuevo protagonismo del Parlamento Europeo en la política exterior europea

La caída del Muro de Berlín y la afirmación de un nuevo entorno globalizado son dos factores que requieren que la UE se transforme de mero actor comercial y económico a un actor político y diplomático de peso en la escena internacional.[146] Para que Europa sea un factor de estabilidad en el mundo actual, la UE ha ido tomando conciencia que se debían realizar las reformas necesarias para dotarse de una política exterior y de seguridad fuerte y creíble.[147] No sólo los actores institucionales europeos, sino también los ciudadanos de la Unión Europea opinan que las decisiones relacionadas con la defensa y los asuntos exteriores deberían tomarse conjuntamente en el seno de la Unión.[148]

Ahora bien, la percepción de un interés fundamental común en construir una política exterior choca contra el recelo de los Estados miembros en ceder una de las parcelas de soberanía que más les caracteriza. Esta postura ambivalente se manifiesta no sólo en las actuaciones de los Estados, sino también en las opiniones de los ciudadanos en un ámbito tan delicado de la política exterior como es el caso de la política de defensa. Por un lado el 43% de los ciudadanos europeos opinan que las decisiones que se refieren a la política de defensa europea deben de ser tomadas a nivel de UE, mientras que el 47% de los ciudadanos considera que deberían ser los Gobiernos nacionales quienes tomen la decisión concreta sobre el envío de tropas para la gestión de crisis en un país fuera de la UE.[149] Se nota una contradicción evidente entre el deseo de los ciudadanos de construir una dimen-

144 El Centro Conjunto de Situación (SITCEN) se encuentra en la Secretaria General del Consejo de la UE, y su misión consiste en ofrecer al Alto Representante de la UE y al Consejo análisis estratégicos de las amenazas con base a la inteligencia ofrecida por los servicios de inteligencia de los países miembros.

145 El Centro de Satélites de la Unión Europea es una agencia del Consejo de la UE, que se creó en 2002, dedicada a la explotación y producción de los datos resultantes del análisis de imágenes obtenidas por satélite. Su objetivo es secundar la toma de decisión de la UE en el ámbito PESC.

146 ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco. *La Política Exterior Común en el Proyecto de Tratado que instituye una Constitución para Europa*. En Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 6, 2004, pp. 227-228.

147 Declaración de Laeken sobre el futuro de Europa. Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Laeken, 14 y 15 de Diciembre 2001. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://ue.eu.int/summ].

148 *Public Opinion in the European Unión*, Eurobarometro nº 68, 2007, pp. 28-29. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb68/eb68_first_en.pdf].

149 MANIGART, Philippe. *Public Opinion and European Defense*, 2001, pp. 11-13. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_146_summ_en.pdf].

sión europea en el campo de la seguridad y la defensa y su escepticismo en dejar en las manos de la misma decisiones transcendentales cómo es la de enviar tropas en el exterior.

Dada esta situación, no era pensable, para la construcción de la política exterior europea, utilizar el método de gobernanza que tradicionalmente se ha utilizado en el proceso de integración europeo: el método comunitario.[150] Éste se caracteriza por tener un fuerte elemento supranacional que tiene cierta preponderancia en la elaboración de las políticas, gracias al importante rol reconocido a la Comisión Europea y a la decisiva intervención del Tribunal de Justicia de la UE. La naturaleza peculiar de la política exterior y la presencia de la paradoja antes mencionada, no hacía posible para ella la afirmación de un modelo institucional inspirado en el método comunitario. Por esta razón, se ha pensado en conseguir el objetivo del fortalecimiento de la política exterior europea a través de la afirmación de un modelo institucional basado prevalentemente en la cooperación entre los Estados nacionales. La adopción de este modelo ha llevado a la elección de un método de gobernanza para la PESC caracterizado por tres puntos fundamentales: 1) el predominio del Consejo de Ministros; 2) el rol limitado de la Comisión; 3) la exclusión del Parlamento Europeo y del TJCE.[151]

El camino de la cooperación y la elección de un modelo institucional que concentre todo el poder decisional en manos del Consejo ha representado ante los ojos de los Estados miembros el cauce más seguro para hacer finalmente nacer la política exterior europea. Sin embargo, este modelo institucional que lo basa todo en el Consejo, tiene evidentes problemas de equilibrio en cuanto no prevé mecanismos de frenos y controles eficaces que limiten los eventuales excesos o abusos que puedan ser contenidos en las decisiones tomadas por el Consejo.[152]

Un ejemplo en este sentido lo encontramos en el ámbito de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea en el ámbito de la PESC. Para la adopción de estos acuerdos, contrariamente a lo que pasa para los acuerdos internacionales firmados por la UE en el ámbito del primer pilar comunitario, no se prevé ni el dictamen conforme del Parlamento ni el control jurisdiccional del TJCE, así que el Consejo, frente a materias espinosas y no fácilmente clasificables, tendrá la tentación de firmar acuerdos internacionales tomando como base jurídica el segundo pilar, evitando así someterse tanto al control político del Parlamento como al control jurisdiccional del TJCE.[153] La asociación del

150 MELLADO PRADO, Pilar. *El funcionamiento de las instituciones en la acción exterior de la Unión Europea*. En Revista de Derecho de la Unión Europea nº 9, 2005, pp. 39-44.

151 NOLKE, Andreas. *La gobernanza multinivel en la Unión Europea: condiciones para la relevancia de las redes transnacionales de política*. En Cuadernos Europeos de Deusto nº 35, 2006, pp. 98-101.

152 ESTEVE, Francina; PI, Montserrat. *La proyección exterior de la Unión Europea en el Tratado Constitucional: ¿ mejora o maquillaje?*. Barcelona: Edición Fundación CIDOB, 2006, pp. 15-18.

153 Respecto a la posibilidad de que el TJCE, antes con la Constitución Europea y ahora con el Tratado de Lisboa, pueda ejercer un control preventivo y objetivo sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo internacional firmados por la Comunidad, incluido los que tengan como base jurídica la PESC, véase: MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena; LIOLA DELGADO, Isabela. Aspectos jurídico-constitucionales de la Acción Exterior de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: ¿reformulación o reinvención?. En REMIRO BROTÓNS, Antonio (Eds.). *El Futuro de la acción exterior de la Unión Europea*. Valencia: Edición Tirant lo Blanch, 2006, pp. 43-44.

Parlamento Europeo a la negociación de los acuerdos internacionales en el ámbito de la PESC, constituiría un paso adelante para evitar violaciones de derechos fundamentales,[154] en cuanto éste se ha distinguido por su acción a favor de los mismos, y por eso difícilmente daría el visto bueno a un eventual acuerdo internacional que vulnere dichos derechos.

Según mi opinión, la política exterior si quiere ganar legitimidad y credibilidad no puede seguir concentrando todos los poderes de decisión en las manos de una sola institución; el Consejo, sin prever adecuados mecanismos de control por parte de otras instituciones de la UE sobre su acción. El Parlamento Europeo, a mi manera de ver, sería el actor institucional adecuado para ejercer esta función de control, en cuanto siempre ha impulsado con constancia el interés a una mayor integración en la política exterior europea,[155] siendo así el contrapeso institucional apto respecto a los intereses particulares de los Estados miembros que se hacen presentes en el Consejo y que a menudo ponen en peligro la coherencia y la eficacia de la política exterior europea. El problema al que se intentará dar una respuesta en las conclusiones, es determinar de qué manera el Parlamento puede ejercer una función de control más incisiva sin perjudicar la naturaleza peculiar del modelo institucional de la PESC.

Conclusiones: los pasos a seguir para conjugar eficacia y control parlamentario en la futura política exterior europea

Tras el análisis realizado en esta memoria, queda claro, a mi juicio, que el control democrático de la política exterior europea es la asignatura pendiente de la arquitectura institucional de la Unión Europea. Este déficit democrático no parece ser un producto casual del proceso de cooperación sino el resultado buscado por los Gobiernos nacionales.[156] El miedo de dichos gobiernos es que un eventual reforzamiento del rol del Parlamento Europeo vuelva a plantear los enfrentamientos tradicionales dentro el debate parlamentario que, según ellos, debilitarían la capacidad decisional del Consejo. Sin embargo, estos enfrentamientos no se están dando, ya que el Parlamento Europeo está actuando de manera consensuada,[157] intentando desempeñar un papel más activo en la política exterior europea.

Ante esto, la doctrina coincide en la necesidad de que el Parlamento tenga un mayor peso, pero difiere en la vía a seguir para alcanzarlo. Según una parte de la doctri-

154 Para mayores detalles con respecto a esta propuesta léase: ESTEVE GARCÍA, Francina. *Alcance de las competencias externas de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa*. En Revista General de Derecho Europeo, nº 16, 2008, pp. 30-35.

155 Aldecoa Luzarraga Francisco. *Cincuenta años del Parlamento Europeo. La fuerza de la democracia supranacional*. En Revista Electrónica de Estudios Internacionales nº 15, 2008, pp. 1-3. [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.reei.org/reei%2015/editorial.htm].

156 KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. *Internacional Governance as New Raison d'Etat? The Case of the EU Common Foreign and Security Policy*. En European Journal of International Relations Nº 10, 2004, pp. 147-190.

157 ZANON, Flavia. The European Parliament: An autonomous foreign policy identity?. En BARBÉ, Esther; HERRANZ, Anna (eds.). *The role of parliaments in European foreign policy: debating on accountability and legitimacy*. Barcelona: Oficina d'informacio del Parlament Europeu, 2005, pp. 107-119.

na, el Parlamento debería apostar por el fortalecimiento de sus poderes informales y no pedir una implicación directa en la gestión de la PESC,[158] mientras que otra parte de la doctrina afirma que el control democrático para ser efectivo no puede apoyarse sólo en el ejercicio de los poderes informales, así que el Parlamento Europeo debería pelear para tener la posibilidad de ejercer las mismas funciones que normalmente utiliza en los asuntos comunitarios.[159]

Respecto a la primera posición, si bien es cierto que el ejercicio de una presión política constante sobre el Consejo le está haciendo ganar espacio e influencia al Parlamento Europeo, creo que éste debería poder utilizar otros instrumentos de control de naturaleza más "jurídica" y "formal", si quiere obtener un papel más activo en la definición de la futura política exterior.

Por otro lado, una mayor implicación del Parlamento Europeo en la PESC no pasa, a mi juicio, a través del reconocimiento para él de las mismas funciones que desarrolla sobre las demás políticas comunitarias, entre las cuales la más destacada es la función de co-decisión. El error de partida de esta postura es no tener en cuenta la especificidad que la política exterior europea presenta con respecto a las demás políticas de la UE. La presencia de fuertes aspectos intergubernamentales, como se ha visto sobre todo en los asuntos relativos a la defensa, implica que el Parlamento Europeo no puede actuar en lugar de los Parlamentos nacionales, sino que necesita cooperar con los mismos para ir colmando el vacío de control parlamentario descrito a lo largo de esta memoria.

Así que el rol del Parlamento Europeo con respecto a la futura política exterior europea, en mi opinión, debería pasar por el reconocimiento de unos poderes de control y de sanción efectivos sobre los nuevos órganos administrativos de la UE que están llevando a cabo la PESC. Hasta ahora el control parlamentario sobre la política exterior se ha realizado sólo *a posteriori,* es decir simplemente con finalidad informativa y de denuncia frente a la opinión pública. El reconocimiento de un poder de nombramiento y destitución de los directores de varios órganos y centros que se ocupan de los aspectos más importantes de la política exterior y de seguridad de la UE, y la obligación para los grupos de trabajo de informar al Parlamento de manera constante, le permitiría al mismo realizar un control *ex ante* sobre la política exterior. De esta manera, el Parlamento Europeo podría hacerse oír antes de que las decisiones sean tomadas, y al mismo tiempo tener la posibilidad de sancionar la falta de eficacia de los altos cargos ejecutivos en su actividad que incide de manera determinante en la formulación y ejecución de la PESC.[160]

Tras haber analizado la forma en la que el Parlamento Europeo puede ejercer un mayor control sobre la política exterior europea, queda por responder la pregunta conte-

158 CRUM, Ben. *Parliamentarization of the CFSP through informal institution making? The fifth European Parliament and the EU High Representative.* En Journal of European Public Policy nº 2, 2006, pp. 383-401.

159 LALONE, Natalie. Accountability in the EU's Common Foreign and Security Policy: Lessons from the Common Commercial Policy. En BARBÉ, Esther; HERRANZ, Anna (eds.). *The role of Parliaments in European Foreign Policy: Debating on accountability and legitimacy.* Barcelona: Instituto Universitario de Estudios Europeos (IUEE), 2005, pp. 17-19.

160 KOENIG ARCHIBUGI, Mathias. Rapporto finale conferenza "*Politica estera e di sicurezza dell'Unione Europea e il ruolo del Parlamento Europeo".* Parma: Istituto Affari Internazionali, 2004, pp. 6-7 [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.europa2004.it/Conferenze/Parma040326.PDF].

nida en el título de esta memoria. Es decir este fortalecimiento del control parlamentario, planteado anteriormente, ¿es compatible con la eficacia de la futura política exterior?

La respuesta a esta pregunta parte de la base que todos los debates de reforma o las declaraciones oficiales de las instituciones de la UE ponen como objetivo incrementar la coherencia y la eficacia en la política exterior europea.[161] Por esta razón, un modelo institucional que lo concentra todo en el Consejo y basado en la unanimidad, para hacer creíble los objetivos de la coherencia y de la eficacia, ha necesitado de la creación, como se ha dado cuenta a lo largo de esta memoria, de una administración "técnica" bajo la conducción del Alto Representante.[162] Sin embargo este modelo institucional carece todavía, a mi entender, de una pieza que le permita acercarse a los dos objetivos antes enunciados: la creación de mecanismos de control más sólidos que los actuales respecto a las actividades desarrolladas por la estructura administrativa de la PESC. Esta estructura, que está plasmando la política exterior europea, no puede ser controlada en su actividad ni por al Alto Representante, por ser parte integrante de la misma, ni por el Consejo, en cuanto éste actuaría más inspirando por los intereses nacionales particulares de sus miembros que por la búsqueda de la eficacia. Por lo que el Parlamento Europeo sería, a mi juicio, el sujeto ideal para llevar a cabo dicho control en cuanto es ajeno a esta estructura administrativa y al mismo tiempo lo suficientemente comprometido con el "interés europeo"; sólo que dicho control para ser más efectivo no puede ser simplemente de naturaleza "política" sino también contener un elemento "jurídico". La posibilidad de sancionar, por parte del Parlamento, como se ha descrito anteriormente, las ineficiencias y las incoherencias en el funcionamiento de esta estructura administrativa de la PESC implicaría más efectividad para la función de control parlamentario, que así podría contribuir de manera mejor en tutelar la eficacia y la coherencia de la política exterior europea.

Esta propuesta, a mi juicio, enriquece el actual modelo institucional de la PESC, sin perjudicar el elemento intergubernamental del mismo, dado que no afecta a la capacidad del Consejo (y por ende de los Estados miembros) de tomar las decisiones estratégicas en este campo.

Así que, para finalizar, no sólo considero que es posible conjugar eficacia y control parlamentario en la política exterior europea, sino que la introducción del elemento sancionatorio en la función de control parlamentario[163] es el camino más practicable por parte del Parlamento Europeo para fortalecer su papel en la futura política exterior europea.

161 MESTRES, Laia. La PESC en el Debate sobre el futuro de Europa. En *Working Paper* nº 35. Barcelona: Observatori de Política Exterior Europea, 2002, pp. 3-4 [Consultado (el 27 de Agosto de 2008) en: http://www.iuee.eu/pdf-publicacio/36/Fd3WaHxrPnW7kQrlO5VO.PDF].

162 CEBADA ROMERO, Alicia; PÉREZ GONZALÉZ, Carmen. *El Alto Representante de la PESC y la nueva política europea de seguridad y defensa.* Madrid: Edición Dykinson, 2003, pp. 30-31.

163 A mi juicio la negociación de los futuros Acuerdos Interinstitucionales entre Consejo y Parlamento sería la oportunidad para que esta propuesta se concrete, en cuanto, como se ha descrito en el apartado 6.2, los Acuerdos Interinstitucionales han sido el instrumento más efectivo para el fortalecimiento del papel del Parlamento Europeo en el ámbito PESC.

Tratado de Lisboa
(Algumas Notas)

*João Nuno Calvão da Silva**

I. Breve referência histórica. a) Génese e evolução do projecto europeu. b) Tratado de Nice e "Constituição Europeia". II. Tratado de Lisboa. a) Notas gerais. b) Uma Europa mais social? c) Direito Institucional: novidades. c.1) Parlamento Europeu. c.2) Conselho Europeu. c.3) Conselho. c.4) Comissão. c.5) Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança. c.6) Tribunal de Justiça da União Europeia. d) Reconhecimento do papel dos Parlamentos nacionais. e) Nota final.

I. Breve referência histórica

a) Génese e evolução do projecto europeu

No século XX, a Europa viveu duas Guerras Mundiais, de consequências dramáticas do ponto de vista social e devastadoras nos planos militar, económico e político. Para se alcançar a prosperidade à escala global, importava recolocar o Velho Continente no rumo da paz: sem a estabilização das relações entre as Nações europeias não seria possível um desenvolvimento universal sustentado e harmonioso.

Com a criação da Organização Europeia de Cooperação Económica,[1] de índole económica, da Organização do Tratado do Atlântico Norte,[2] de cariz militar, e do Conselho da Europa,[3] no patamar político, incentivaram-se as relações interestaduais, *maxime* entre os países europeus. Não obstante o mérito destas organizações, a necessidade de os laços de solidariedade europeia se fundarem em métodos de natureza mais integracionista do que meramente cooperativa cedo se foi revelando.

Por outras palavras: a estabilidade e o progresso da Europa não se podiam alcançar somente com a cooperação intergovernamental, exigindo-se mecanismos de raiz supranacional, de tipo federal. E assim se começou a impor a ideia de que só a partilha de soberania podia conduzir a uma Europa forte e unida.

Neste contexto, a Declaração *Schuman* e a instituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço[4] constituíram marcos decisivos na afirmação do projecto europeu.

---

* Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Ciências Jurídico-Comunitárias

1 Instituída em 1948 pela Convenção de Paris, a OECE foi substituída em 1960 pela OCDE.

2 O Tratado institutivo da OTAN foi celebrado em Washington, em 1949.

3 Na sequência do congresso da Haia de 1948, a Convenção de Londres de 5 de maio de 1949 criou o Conselho da Europa, no seio do qual foi concluída a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), assinada em Roma em 4 de novembro de 1950.

4 Em 18 de abril de 1951, com a assinatura do Tratado de Paris. O Tratado CECA caducou em 23 de julho de 2002, após os 50 anos de vigência previstos. Para regular as consequências financeiras da sua extinção,

Num assinalável esforço de articulação em matérias nevrálgicas do ponto de vista bélico/militar, França e República Federal Alemã deram um impulso fundamental à edificação de uma Europa pacificada e vigorosa, através da criação de uma organização de matriz integracionista.[5]

Inebriados pelo êxito da CECA, os sonhadores de uma Europa una rapidamente tentaram fazer evoluir as sinergias europeias do plano económico para as áreas militar e política. Todavia, as tentativas de criação da Comunidade Europeia de Defesa[6] e da Comunidade Europeia[7] mostraram-se prematuras…: as Nações europeias e os cidadãos nacionais dos Estados europeus não estavam preparados, não desejavam qualquer esboço de uns Estados Unidos da Europa.

No entanto, o processo de construção comunitária era já inexorável: em 25 de março de 1957, com a assinatura do Tratado de Roma pelos Estados fundadores da CECA, nascem a Comunidade Económica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atómica (EURATOM), estruturas organizativas que viriam a marcar de forma indelével o percurso europeu.

Desde então, o projecto comunitário tem-se desenvolvido de modo particularmente rápido e impressivo: em pouco mais de cinquenta anos, o clube de seis passou a contar com vinte e sete membros, os sucessivos alargamentos e o dinamismo da vida europeia impuseram várias revisões e o aprofundamento das regras iniciais (Tratado de Fusão, Acto Único Europeu, Maastricht, Amesterdão, Nice).[8]

---

cfr. a Decisão dos representantes dos Governos dos Estados-Membros no Conselho, de 27 de fevereiro de 2000, e o Protocolo relativo às consequências financeiras do termo de vigência do Tratado CECA e ao Fundo de Investigação do Carvão e do Aço, anexo ao Tratado de Nice.

5 Como explica Miguel Gorjão-Henriques, o facto de Jean Monnet, responsável em França pelo plano de modernização económica e conselheiro do Ministro dos Negócios Estrangeiros francês, Robert Schuman, ter sido secretário-geral adjunto da Sociedade das Nações "pode explicar uma certa preferência por um modelo *integrativo*, não puramente intergovernamental". *Vide* Miguel Gorjão-Henriques, *Direito Comunitário*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 37.

6 Em 1952, inspirando-se na CECA, a CED visava criar um exército europeu, comandado pela OTAN.

7 Absorvendo a CECA e a CED, a Comunidade Europeia disporia de amplas atribuições e recursos e de uma estrutura institucional com marcas claramente federalizantes (*v.g.*, o Conselho Executivo Europeu).

8 Para uma descrição e análise da evolução jurídico-política europeia, distinguindo seis fases (períodos de implantação, de sedimentação, de evolução, de diferenciação, de alargamento e actual), *vide* Miguel Gorjão-Henriques, *Ob. cit.*, pp. 42 e ss.

Sobre os benefícios e "desilusões" decorrentes da integração de Portugal nas Comunidades Europeias, *vide* Manuel Lopes Porto, "Aspectos históricos da integração de Portugal na Europa Comunitária", *in A Europa e os Desafios do século XXI*, Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, ARESP – Associação Interuniversitária de Estudos Europeus, Pólo Europeu da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008, em especial, pp. 436 e ss.

Descrevendo vantagens políticas, económicas e culturais, Rui Machete faz um balanço claramente positivo da adesão de Portugal às Comunidades, afirmando: " Quanto à Europa, se usarmos a chamada 'teoria da diferença', tão conhecida dos juristas que a utilizam no campo da responsabilidade civil, poderemos fazer a comparação entre a situação actual de Portugal como entidade política global com a situação hipotética que existiria se o nosso país não tivesse entrado no, então, Mercado Comum em 1986. O resultado do cotejo entre uma e outra é, estou seguro, claramente favorável às vantagens do ingresso." *Vide* Rui Machete, "Portugal na Europa e no Mundo", *in A Europa e os Desafios…, cit.*, p. 492.

b) Tratado de Nice e "Constituição Europeia"

Actualmente, a Europa dos 27 rege-se pelos Tratados da União Europeia e da Comunidade Europeia, com as alterações introduzidas pelo Tratado de Nice, assinado em 26/02/01 e em vigor desde 01/02/03. Este tratado, porém, constitui apenas mais um passo no processo da integração europeia, tendo-lhe sucedido a tentativa de aprovação de um projecto de "Tratado que estabelece a Constituição para a União", assinado a 29/10/04, em Roma.[9]

Rejeitado por holandeses e franceses, o "Tratado Constitucional" foi ferido de morte: a expressividade do chumbo referendário em dois países fundadores da União[10] e o receio de as respostas negativas alastrarem no espaço europeu, em especial em países tradicionalmente euro-cépticos (*v.g.*, Reino Unido e Dinamarca), obrigaram a uma prudente pausa para reflexão, a uma travagem do processo de aprovação da denominada "Constituição Europeia". Este verdadeiro impasse no processo de integração europeia só viria a ser ultrapassado com o abandono do texto constitucional e a assinatura, em 13/12/07, do Tratado de Lisboa.[11]

Parece-nos fundamental encontrar as verdadeiras razões da recusa da "Constituição" para a Europa, porquanto para trilhar caminhos no futuro importa compreender as lições do passado. De facto, se não procurarmos as raízes dos motivos subjacentes ao "não" dos neerlandeses e gauleses e preferirmos o conforto da espuma dos argumentos de política interna, poderemos comprometer irremediavelmente o projecto europeu de paz e prosperidade…

Do nosso ponto de vista, o projecto de "Tratado que estabelece a Constituição para a União" fracassou, essencialmente, por questões de índole política e simbólica.[12] Juridicamente, pelo contrário, a maioria das novidades deste projecto (*v.g.*, direito institu-

---

9 O projecto de "Tratado que estabelece a Constituição para a União" resultou dos trabalhos de uma "Convenção", convocada pelo Conselho Europeu de Laeken (dezembro de 2001), presidida por Valéry Giscard d' Estaing e composta por representantes de Governos e Parlamentos nacionais, da Comissão e do Parlamento Europeu, e por delegados de países candidatos à adesão.
Tendo por objectivo a entrada em vigor a 01/11/2006, o Tratado Constitucional foi ratificado, por via parlamentar (*v.g.*, Lituânia, Hungria, Itália, Alemanha) e referendária (*v.g.*, Espanha), por dezoito países.

10 Em França, a 29/05/05, 54,8% dos eleitores rejeitaram o Tratado, em referendo com uma taxa de participação de 70%. Na Holanda, após consulta referendária com semelhante adesão popular realizada a 01/06/05, a Constituição Europeia teve 61,7% de votos negativos.

11 Durante o impasse pós-referendos francês e holandês, escrevemos: " Restam, porém, poucas dúvidas de que este *Tratado Constitucional foi ferido de morte*: a legitimação social da União Europeia não passa de uma quimera; a cidadania europeia não substitui, de modo algum, o sentimento de pertença a uma Nação; o sonho de um Estado europeu, se não deve cingir-se ao plano da integração económica, não pode traduzir-se num Super-Estado federal." *Vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 269-270.

12 Nas palavras de Jean Claude Piris, "as medidas simbólicas poderiam preparar o espírito das pessoas para qualquer coisa de maior integração a vir mais tarde. Poderiam habituá-las à ideia mesmo de ter uma verdadeira constituição para a Europa, à qual se poderiam fornecer mais tarde, não somente símbolos clássicos de um Estado, mas igualmente verdadeiras competências estatais." *Vide* Jean Claude Piris, "L' Union européenne: vers une nouvelle forme de fédéralisme?", *in RTD eur*, 41 (2), abril – junho 2005, p. 258.

cional) mantém-se e de forma quase inalterada no Tratado de Lisboa, como procuraremos demonstrar no presente estudo.[13]

Destarte, podemos apontar cinco motivos decisivos para a "Constituição Europeia" não ter vingado: a utilização inédita do termo "Constituição", o uso da nomenclatura "Ministro dos Negócios Estrangeiros da União Europeia", a designação de actos comunitários por "leis" e "leis-quadro", a consagração formal de símbolos europeus (bandeira, hino, divisa, dia) e, *last but not the least*, a introdução expressa do princípio do primado do direito comunitário no Tratado.

Na verdade, se substantivamente os Tratados (TUE e TCE) há muito são considerados como a "carta constitucional" da União e Comunidade Europeias,[14] o emprego ostensivo do termo "Constituição" para a Europa constituiu passo demasiado ousado, ferindo a susceptibilidade de povos amantes do espírito europeu, mas ceosos das soberanias nacionais.[15]

Conscientes da importância do abandono da terminologia constitucional, os líderes do eixo franco-alemão, sempre protagonistas dos grandes saltos de integração europeia, preferiram falar em "Tratado simplificado" ou "Tratado Reformador". Por isso, abandonou-se o "Tratado que estabelece a Constituição para a União" e adoptou-se a designação

13 Também Paulo de Pitta e Cunha afirma: "o arranjo a que se chegou (…) veio eliminar alguns dos símbolos do super Estado, mas a verdade é que, na substância, retomou as disposições institucionais do Tratado constitucional." *Vide* Paulo de Pitta e Cunha, "As diferentes visões da integração europeia", *in A Europa e os Desafios…, cit.,* p. 409.
Para uma visão geral das novidades institucionais da "Constituição Europeia", *vide* Claude Bluman, "Les institutions de l'Union dans le cadre du Traité établissant une Constitution pour l'Europe", *in RTD eur*, 41 (2), Abril – Junho 2005, pág. 345 e ss. Barbosa de Melo, em texto publicado nesta colectânea, não hesita "em considerar o texto [o projecto de Constituição Europeia] abaixo da racionalidade jurídica típica da tradição europeia: é prolixo, desorganizado e mal escrito (ou, então, mal traduzido)" (parêntesis nossos). *Vide* Barbosa de Melo, "A nostalgia de uma Constituição Europeia e o Tratado de Lisboa", 2008.

14 Nas palavras de Moura Ramos, "é inegável a existência de uma realidade organizatória que foi constituída, que logrou a sua efectividade e que tem mais de cinquenta anos de existência. Referimo-nos à ordenação base de um corpo institucional, que indica quais os titulares que exercem um poder público no interior de uma organização, que estabelece os seus órgãos e as respectivas competências, que enuncia os fins e objectivos que a esta são assinalados e que estabelece quais as garantias dos particulares no interior desta nova entidade jurídico – constitucional. A este propósito, e referindo-se aos Tratados, falou o Tribunal de Justiça, já em 1986, no *Acórdão Les Verts contra Parlamento Europeu*, em 'Carta Constitucional de base de uma comunidade de direito'. E, de facto, este conceito de 'Constituição Europeia'que apela para o estatuto de que que foi dotada uma realidade institucional, estatuto que permite gerir a forma como o poder se exerce no interior da organização e que contém as 'regras sobre regras' que presidem à sua ordenação, é um conceito que tem sido operativo e que não vemos razões para não utilizar, com este conteúdo e alcance, em termos de ciência jurídica." *Vide* Rui Moura Ramos, "Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa", *in A Europa e os Desafios…, cit.,* p. 187.

15 Segundo Joseph Weiler, se não tivéssemos usado a palavra Constituição, o "Tratado Constitucional" teria sido aprovado, porquanto "uma Constituição afinal é um documento de muito maior gravidade. Numa Constituição não queremos encontrar apenas reformas sensíveis mas uma declaração de identidade, de ideais, de um tipo de sociedade e política que não apenas somos mas que queremos acreditar ser." Continua o autor: "Tínhamos um Tratado Reformador que enganosamente pretendemos dizer constituir uma Constituição. Agora tiramos uma palavra ou duas, deixamos a substância intacta, e enganosamente diremos que a 'Constituição' é um Tratado Reformador, embora na realidade seja a mesma Constituição que foi rejeitada no último ano (2006) e que verdadeiramente era um Tratado Reformador (…)" *Vide* Joseph Weiler, "The Constitution of Europe: Resquiescat in Pacem", *in A Europa e os Desafios…*, *cit*., pp. 182 e 183.

de Tratado Reformador da União Europeia, o qual, tendo sido assinado na capital portuguesa, foi apelidado de Tratado de Lisboa.

Na mesma linha, com o novo projecto de Tratado, o "Ministro dos Negócios Estrangeiros da União Europeia" passa a chamar-se de Alto-Representante da União para os Negócios Estrangeiros e Política de Segurança, para além da manutenção da terminologia tradicional dos actos comunitários (regulamentos, directivas e decisões) em detrimento das "leis" e "leis-quadro". Fórmulas mais neutrais, alterações de relevo indesmentível e fundamental…

Por outro lado, embora os símbolos subsistam há muito na realidade europeia quotidiana, a sua consagração formal em Tratado beliscou o sentir de Nação dos cidadãos dos Estados-Membros. Só assim se pode explicar o abandono da ideia…A bandeira, o hino, a divisa e o dia existem, mas fora dos Tratados.[16]

Por último, o princípio do primado do direito comunitário não foi vertido no Tratado de Lisboa, constando apenas de uma declaração em anexo,[17] a qual remete para a jurisprudência do TJCE. *Mutatis mutandis*, não se contesta este princípio geral do ordenamento jurídico comunitário, afirmado há muito nas instâncias jurisdicionais comunitárias.[18] Trata-se mesmo de uma "exigência existencial do direito comunitário", sem o qual as ordens jurídicas nacionais se sobreporiam à ordem jurídica europeia, pondo em causa a natureza integracionista da organização comunitária. Todavia, não se procedeu à codificação expressa deste princípio no Tratado, por razões seguramente não jurídicas, mas com certeza muito valiosas…

II. Tratado de Lisboa

a) Notas gerais

Enquanto o projecto de "Constituição Europeia" revogava e substituía os tratados em vigor (TUE e TCE), o Tratado de Lisboa, de forma clássica, limita-se à revisão destes. Consequentemente, o texto do Tratado Reformador da União Europeia é de difícil leitura, embora este inconveniente seja ultrapassado por versões consolidadas.

16 Distanciamo-nos da opinião de Valéry Giscard d'Estaing, antigo presidente da Convenção Europeia que elaborou o projecto de Tratado Constitucional, o qual afirmava: "Quanto às propostas lastimáveis que visam suprimir os símbolos europeus como o hino, a bandeira e a divisa, elas seriam risíveis se não ferissem o nosso orgulho ainda frágil de Europeus." *Vide* Valéry Giscard d'Estaing, *Opinião: simplificar ou mutilar o Tratado Constitucional?*, 15/06/2007.

17 Trata-se da Declaração nº 17:
"A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência."

18 Considerado um princípio fundamental do ordenamento jurídico comunitário, o primado do direito comunitário foi afirmado pela primeira vez pelo TJCE no Acórdão Costa contra Enel (Acórdão de 15 de julho de 1964, Processo 6/64):
"Resulta (…) que ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade."

Em termos substantivos, se não pensarmos nas ponderosas mutações simbólicas mencionadas *supra*, o novo Tratado mantém, no essencial, as grandes inovações da "Constituição para a Europa": a reforma institucional, de que falaremos adiante, a fusão entre Comunidade e União, o reconhecimento da personalidade jurídica desta, as competências da UE e o tratamento específico da PESC/PESD são apenas alguns exemplos de como o Tratado de Lisboa, materialmente, pouco difere do "Tratado Constitucional".

Na verdade, com o Tratado Reformador da União Europeia, composto pelos Tratados da União Europeia e sobre o Funcionamento da União Europeia, a UE vê reconhecida expressamente a sua personalidade jurídica[19] e assume-se como pólo subjectivo único, acabando assim o dualismo CE/UE e quaisquer referências ao eixo comunitário da integração europeia.

Por outro lado, em termos de competências,[20] o Tratado de Lisboa não inova significativamente: o aprofundamento das prerrogativas da UE na saúde e na investigação e as novas rubricas da energia e do espaço resultavam da "Constituição Europeia". Pelo contrário, a inclusão das alterações climáticas no rol das competências da UE apenas surge com o Tratado Reformador.[21]

Por fim, ao contrário das matérias relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal,[22] os domínios da PESC/PESD permanecem fora do regime jurídico comum

19 Cfr. artigo 47º do TUE.
Na Declaração nº 32, contudo, clarifica-se: "A Conferência confirma que o facto de a União Europeia ser dotada de personalidade jurídica não a autorizará de forma alguma a legislar ou agir para além das competências que lhe são atribuídas pelos Estados-Membros nos Tratados."

20 O Tratado de Lisboa, à semelhança do que fazia o Tratado Constitucional, distingue três categorias de competências da União: as competências exclusivas, as competências partilhadas com os Estados – Membros e as denominadas competências de apoio (cfr. artigos 3º, 4º e 6º, do TFUE, respectivamente). Sobre a repartição de competências entre a União e os Estados – Membros definida pelo Tratado de Lisboa, *vide* Célia Sampol, "La répartition des compétences clairemente définie dans le traité", *in Europolitique – Traité de Lisbonne: voici ce qui change!*, *édition spéciale*, 7 novembro de 2007, nº 3407, 35º ano, p. 12.
Por outro lado, mantendo-se o clássico princípio das competências por atribuição (cfr artigo 5º do TUE), prevê-se, porém, de forma expressa, no âmbito do processo de revisão ordinário dos Tratados, a possibilidade de redução das competências atribuídas à União (cfr artigo 48º, nº 2, do TUE). Na mesma linha, a Declaração nº 18 menciona a hipótese de o Conselho, por iniciativa de um ou mais dos seus membros, solicitar à Comissão a apresentação de propostas tendentes à revogação de actos legislativos. Trata-se, em nossa opinião, de clarificações importantes.

21 Muitas das novas competências da União consagradas com o Tratado de Lisboa são actualmente desenvolvidas ao abrigo do artigo 308º do TCE, onde se consagra uma cláusula que permite a ampliação dos poderes da Comunidade sem afectar o princípio das competências por atribuição. Em termos muito próximos, o artigo 352º do TFUE prevê igualmente uma cláusula de flexibilidade de actuação da União.

22 Se, após o Tratado de Amesterdão, as matérias relativas aos vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas foram comunitarizadas (cfr. Título IV do TCE), só com o Tratado de Lisboa os domínios da cooperação policial e judiciária em matéria penal (COPOJUP) passam a ficar sujeitos ao método comunitário, afastando-se da lógica cooperativa (cfr. artigo 82º e ss. do TFUE). Por isso, as deliberações são tomadas de acordo com o denominado processo legislativo ordinário (cfr. artigos 82º e 87º do TFUE), decidindo o Conselho por maioria qualificada, salvo em determinadas matérias (*v.g.*, a instituição de uma Procuradoria europeia e o estabelecimento de medidas de cooperação operacional entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da lei nas áreas da prevenção ou detecção de infracções penais necessitam de aprovação unânime no Conselho; cfr. artigos 86º, nº 1, e 87º, nº 3, do TFUE).
Revelando a especificidade e delicadeza da COPOJUP, dispõe o artigo 82º, nº 3, do TFUE:

da União, assentando fundamentalmente na cooperação entre os Estados.[23] Neste âmbito, é de salientar a possibilidade de um grupo de Estados avançar mais rapidamente do que os outros em áreas onde o consenso se revela difícil, através das denominadas cooperações reforçadas e estruturadas permanentes.[24-25]

b) Uma Europa mais social?

Em nossa opinião, o Tratado de Lisboa configura mais um passo na afirmação da dimensão social da construção europeia: a consagração da "economia social de mercado" e a ideia da "protecção dos cidadãos" no âmbito das relações externas como objectivos da União,[26] o reforço da importância dos serviços de interesse geral e a obrigatoriedade

---

"**Quando um membro do Conselho considere que um projecto de directiva** a que se refere o nº 2 **prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal, pode solicitar que esse projecto seja submetido ao Conselho Europeu. Nesse caso, fica suspenso o processo legislativo ordinário**. Após debate, e havendo consenso, o Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, remete o projecto ao Conselho, o qual porá fim à suspensão do processo legislativo ordinário." (negrito nosso)

23 No respeitante à PESC, o cariz intergovernamental depreende-se, designadamente, da sua regulação no TUE (cfr. artigo 23º e ss., do TUE), da tomada de decisões estar sujeita à regra da unanimidade – embora valha o princípio da abstenção construtiva – (cfr. artigo 31º, nº 1, do TUE) e da ausência de poderes do TJUE, salvo ponderosas excepções (cfr. artigo 24º, nº 1, § 2, do TUE).
De referir, porém, a existência de matérias no âmbito da PESC sujeitas a deliberação do Conselho por maioria qualificada (cfr. artigo 31º, nº 2, § 1, do TUE) e a possibilidade de o Conselho Europeu poder "adoptar, por unanimidade, uma decisão que determine que o Conselho delibere por maioria qualificada em casos que não sejam os previstos no nº 2" (cfr. artigo 31º, nº 3, do TUE). Trata-se de uma das denominadas "cláusulas passerelle" do Tratado de Lisboa.
Naturaliter, na PESD, política integrante da PESC (cfr. artigo 42º, nº 1, do TUE), o espírito cooperativo prevalece sobre qualquer matriz integracionista, sendo as deliberações do Conselho adoptadas por unanimidade (cfr. artigo 42º, nº 4, do TUE). Neste domínio, é de realçar o papel da "Agência Europeia de Defesa" (cfr. artigos 42º, nº 3, § 2, e 45º do TUE), ressalvando-se, porém, o respeito dos compromissos assumidos no seio da OTAN, "que, para os Estados que são membros desta organização, continua a ser o fundamento da sua defesa colectiva e a instância apropriada para a concretizar" (cfr. artigo 42º, nº 7, § 2, do TUE). Sobre as principais novidades do Tratado de Lisboa em matéria de defesa europeia, *vide* Nicolas Gros – Verheyde, "L'Europe de la défense consacrée par le Traité de Lisbonne", *in Europolitique…, cit,* pp. 36 e 37.

24 Enquanto as cooperações reforçadas pressupõem decisão unânime do Conselho e participação de, pelo menos, nove Estados-Membros (cfr. artigos 20 º do TUE e 329º do TFUE), para desencadear cooperações estruturadas permanentes, previstas no quadro da PESD, apenas é exigida deliberação do Conselho por maioria qualificada e não é necessário número mínimo de Estados participantes (cfr. artigo 46º do TUE).
Em nosso entender, a previsão destas cooperações estruturadas permanentes e a consagração da "cláusula de defesa mútua", a implicar o auxílio dos outros Estados-Membros no caso de um deles ser alvo de agressão armada no seu território (cfr. artigo 42º, nº 7, do TUE), constituem significativos avanços rumo à construção de uma Defesa europeia.

25 Para uma visão geral dos vários mecanismos concretizadores desta flexibilidade institucional da UE ("Europa a várias velocidades", "Europa *à la carte*"), *vide* Hervé Bribosia, "Multispeed Europe? Flexibility and enhanced cooperation in the EU", *in Challenge Europe…, cit.*, pp. 26 e ss.

26 Diferentemente, Fabian Zuleeg entende que estas mudanças "têm o potencial de causar incerteza e enviar uma mensagem ambígua ao resto do mundo sobre o compromisso da Europa com a integração económica global." Acrescenta o autor: "se ao nível interno, alguns Estados-Membros podem encará-las como uma licença para intervir mais no funcionamento dos mercados; ao nível europeu, pode comprometer o futuro desenvolvimento do mercado único. (…) o preço de maior protecção no contexto da concorrência global é provavelmente a perda de competitividade" *Vide* Fabian Zuleeg, "Business implications of the Lisbon Treaty", *in Challenge Europe…, cit.*, pp. 39 e 40.

jurídica da Carta dos Direitos Fundamentais, entre outros aspectos, parecem justificar a nossa posição.[27]

Deste modo, entre os objectivos da União, onde se referia "concorrência livre e não distorcida", por insistência francesa passou a falar-se de "economia social de mercado" (artigo 3º, nº 3, do TUE), mudança que aplaudimos e de significado político indiscutível. Esta nota social não implica contudo o afastamento, ou mesmo a perda de protagonismo, da concorrência no processo europeu, conforme comprova, por exemplo, o Protocolo relativo ao Mercado Interno e à Concorrência.[28]

No mesmo sentido, ao estabelecer-se, no âmbito das relações com o resto do mundo, o escopo de a UE afirmar e promover os seus valores e interesses e de contribuir para a "protecção dos seus cidadãos" (artigo 3º, nº 5, do TUE), visa-se o triunfo do modelo social europeu no hodierno contexto da globalização. Vale por dizer: a Europa deve vingar na competitiva aldeia global contemporânea com base no respeito de direitos, liberdades e garantias, não cedendo à tentação do *dumping* social e ambiental.[29]

Por outro lado, é de realçar o Protocolo relativo aos Serviços de Interesse Geral,[30] indispensáveis a uma Europa mais social e não virada exclusivamente para metas econo-

27 No mesmo sentido, Vital Moreira defende: "a 'constituição social' europeia que decorre do novo Tratado de Lisboa não só salvaguarda todo o 'acquis' social anterior, como também procede a um indesmentível reforço do 'modelo social europeu', nas suas diversas componentes (coesão social, direitos sociais, serviços públicos, diálogo social, etc.)." *Vide* Vital Moreira, "A nova 'Constituição social' da UE", *in a aba da causa (colectânea de documentos de apoio ao blogue "Causa Nossa")*, 13 de dezembro de 2007.

28 No Protocolo relativo ao Mercado Interno e à Concorrência, estabelece-se:
"AS ALTAS PARTES CONTRATANTES,
TENDO EM CONTA que o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 3º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada,
ACORDARAM em que,
Para esse efeito, a União, se necessário, toma medidas ao abrigo do disposto nos Tratados, incluindo do artigo 352º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia."
Jacqueline Dutheil de la Rochère e Florence Chaltiel explicam a razão de ser deste Protocolo: "se a concorrência não figura mais entre os objectivos do Tratado, pode-se questionar se o regulamento das concentrações, adoptado sobre a base do artigo 308º do TCE (…) tem assim uma base jurídica suficiente. Este problema foi considerado de tal modo sério que se anexou aos Tratados um Protocolo especial a indicar que a concorrência não falseada é intrínseca ao mercado interno e justifica a adopção de medidas ao abrigo do artigo 308º [artigo 352º do TFUE]". (parêntesis nosso) *Vide* Jacqueline Dutheil de la Rochère e Florence Chaltiel, "Le traité de Lisbonne: quel contenu? ", *in Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 513, Dezembro de 2007, p. 619.

29 Na mesma linha, Paz Ferreira defende: "Se é certo que os desafios internos se revestem da maior importância para os cidadãos dos Estados-Membros da União Europeia, aos quais se pede cada vez mais a aceitação de níveis supraestaduais de decisão, não é menos certo que da forma como a União responder aos desafios externos dependerá muito do seu sucesso futuro e da sua capacidade para continuar a ser olhada como um pólo de referência cultural, económico e político." Segundo o autor, "Entre os desafios externos, assume preponderância a cooperação para o desenvolvimento económico." *Vide* Paz Ferreira, "A cooperação externa da União Europeia", *in A Europa e os desafios…, cit.*, p. 160.

30 Dispõe o Protocolo relativo aos serviços de interesse geral:
"AS ALTAS PARTES CONTRATANTES,
DESEJANDO salientar a importância dos serviços de interesse geral,
ACORDARAM nas seguintes disposições de interpretação, que vêm anexas ao Tratado da União Europeia e ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia:
Artigo 1º

micistas ou radicalismos neo-liberais. A previsão de uma base jurídica específica (artigo 14º do TFUE[31]) para o estabelecimento dos princípios e das condições de funcionamento destes serviços parece também reforçar a sua importância na UE.

Last but not the least, a remissão feita pelo artigo 6º, nº1, do TUE, confere à Carta dos Direitos Fundamentais valor jurídico vinculativo,[32] impondo-se os direitos e princípios aí vertidos às instituições da UE e aos Estados-Membros.[33] Trata-se, inequivocamente, de relevante passo rumo a uma Europa cada vez mais respeitadora dos valores sociais.

Os valores comuns da União no que respeita aos serviços de interesse económico geral, na acepção do artigo 14º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, incluem, em especial:
- o papel essencial e o amplo poder de apreciação das autoridades nacionais, regionais e locais para prestar, mandar executar e organizar serviços de interesse económico geral de uma forma que atenda tanto quanto possível às necessidades dos utilizadores,
- a diversidade dos variados serviços de interesse económico geral e as diferenças nas necessidades e preferências dos utilizadores que possam resultar das diversas situações geográficas, sociais ou culturais,
- um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores.
Artigo 2º
As disposições dos Tratados em nada afectam a competência dos Estados-Membros para prestar, mandar executar e organizar serviços de interesse geral não económicos."
Sobre os Serviços de Interesse Geral, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit.*

31 Reza o artigo 14º do TFUE:
"Sem prejuízo do disposto no artigo 4º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93º, 106º e 107º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços."

32 Após insistência britânica, a Carta dos Direitos Fundamentais deixou de figurar no Tratado, como acontecia na denominada "Constituição Europeia" (Parte II).
Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *vide* Moura Ramos, "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Stvdia Ivridica 61, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 2001, p. 981.
Para uma visão geral das etapas do reconhecimento da importância da tutela dos direitos fundamentais no espaço comunitário, incluindo a proclamação da Carta, *vide* Alves Correia, "Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXIX, (separata), Coimbra, 2003, p. 90 e ss.
Neste âmbito, Miguel Poiares Maduro observa: "Para definir que outros papeis devem ser assumidos por uma estratégia da UE em matéria de direitos fundamentais para além de garantir a conformidade da União Europeia com os standards tradicionais nacionais, temos primeiro de chegar a acordo sobre os objectivos políticos do projecto de integração europeia." *Vide* Miguel Poiares Maduro, "European Constitucionalism and Three Models of Social Europe", *in A Europa e os Desafios…, cit.*, p. 489.

33 Em relação à Polónia e ao Reino Unido, porém, consagrou-se em Protocolo anexo ao Tratado:
"*Artigo 1º*
1. A Carta não alarga a faculdade do Tribunal de Justiça da União Europeia, ou de qualquer tribunal da Polónia ou do Reino Unido, de considerar que as leis, os regulamentos ou as disposições, práticas ou acções administrativas destes países são incompatíveis com os direitos, as liberdades e os princípios fundamentais que nela são reafirmados.

c) Direito Institucional: novidades

Tendo constituído a reforma institucional motivo essencial da revisão dos Tratados actualmente em vigor, urge dedicar a nossa atenção às mutações principais operadas neste domínio pelo Tratado de Lisboa. Para este efeito, analisaremos as inovações mais relevantes em relação às várias instituições europeias,[34] seguindo a ordem prevista no artigo 13º do TUE.

c.1) Parlamento Europeu

Na história da evolução europeia, sobretudo desde a sua eleição por sufrágio directo e universal,[35] o Parlamento Europeu tem vindo a assumir crescente relevo no panorama institucional da CE/UE, com a outorga sucessiva de mais poderes e de protagonismo político pelos Tratados.

Com o Tratado de Lisboa, mantém-se a tendência: a extensão do procedimento de co-decisão[36] a cerca de cinquenta novas áreas,[37] o alargamento dos seus poderes orçamen-

---

2. Em especial, e para evitar dúvidas, nada no Título IV da Carta cria direitos susceptíveis de serem invocados perante os tribunais e que se apliquem à Polónia ou ao Reino Unido, excepto na medida em que estes países tenham previsto tais direitos na respectiva legislação nacional.

Artigo 2º

As disposições da Carta que façam referência às legislações e práticas nacionais só são aplicáveis à Polónia ou ao Reino Unido na medida em que os direitos ou princípios nelas consignados sejam reconhecidos na legislação ou nas práticas desses países."

Não podemos deixar de sublinhar, negativamente, as distâncias mantidas por polacos e britânicos relativamente aos seus parceiros europeus em matérias de ordem social, embora este Protocolo tenha de ser considerado positivo, de um ponto de vista político, porquanto viabilizou o reconhecimento do carácter vinculativo da Carta no tratado modificativo.

34 Não obstante mantenham o estatuto de instituições, não analisaremos as disposições relativas ao Banco Central Europeu (artigo 282º e ss. do TFUE) e ao Tribunal de Contas (artigo 285º e ss TFUE).

35 Desde o Acto de 20 de setembro de 1976, os deputados do Parlamento Europeu são eleitos em cada Estado-Membro para um mandato de cinco anos (cfr artigo 190º, nºs 1, 2 e 3, do TCE). O sufrágio é feito nos termos das leis eleitorais de cada país, porquanto as diferenças entre os vários ordenamentos jurídicos não têm permitido alcançar-se a uniformização referida no artigo 190º, nº 4, do TCE. Por esta razão, com o tratado de Amesterdão passou-se a prever um processo eleitoral para o PE "baseado em princípios comuns a todos os Estados-Membros" (cfr. artigo 190º, nº 4, *in fine*, do TCE).

Pode encontrar-se o texto do Acto de 20 de setembro de 1976 em Tizzano/Cruz Vilaça/Gorjão-Henriques, *Código da União Europeia*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 331 a 337.

36 O procedimento de co-decisão, previsto no artigo 251º do TCE, equipara, quanto ao poder legislativo, Parlamento Europeu e Conselho. Se o Tratado de Lisboa entrar em vigor, o procedimento de decisão conjunta entre estas instituições constituirá o "processo legislativo ordinário", o qual "consiste na adopção de um regulamento, de uma directiva ou de uma decisão conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, sob proposta da Comissão" (artigo 289º do TFUE) e é descrito no artigo 294º do TFUE.

Em face do abandono das designações acolhidas pela "Constituição Europeia" para os actos jurídicos da União (leis e leis-quadro) e do retorno à nomenclatura tradicional (regulamentos, directivas e decisões), não compreendemos, nem aplaudimos, a opção do Tratado de Lisboa em adoptar a terminologia de "processo legislativo" e de "actos legislativos" (cfr artigo 289º do TFUE) …

37 Exemplificativamente, o denominado processo legislativo ordinário passará a ser aplicável à cooperação administrativa, à protecção civil, ao desporto e ao turismo – áreas em que a União Europeia dispõe de competência para "desenvolver acções destinadas a apoiar, coordenar ou completar a acção dos Estados-Membros" (cfr artigos 2º, nº 2, e 6º do TFUE) -, bem como em certos domínios de "competência partilhada" entre a União e os Estados (cfr. artigos 2º, nº 5, e 4º, do TFUE) – *v.g.*, energia.

tais[38] e de controlo político[39] consubstanciam claro reforço das prerrogativas do PE.

Outra das novidades diz respeito à composição do PE (cfr. artigo 14º, nº 2, do TUE): não pode, este órgão, após as eleições de junho de 2009, ter um número superior a setecentos e cinquenta membros, "mais o Presidente".[40] continuando-se a assegurar a representação dos cidadãos de acordo com o princípio da proporcionalidade degressiva, o qual beneficia inequivocamente os países mais pequenos.

c.2) Conselho Europeu

Em virtude da extinção da dicotomia UE/CE, o Conselho Europeu torna-se instituição plena da União,[41] mantendo-se, todavia, como órgão de direcção política, sem poderes legislativos, que decide por consenso (cfr. artigo 15º, nºs 1 e 4, do TUE).

No respeitante à composição, para além dos Chefes de Estado ou de Governo e do Presidente da Comissão, os quais podem ser acompanhados, respectivamente, por qualquer Ministro ou outro Comissário, têm assento as duas figuras institucionais emergentes com o Tratado de Lisboa: o *Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e para a Política de Segurança*, que apenas assiste aos trabalhos, e o *Presidente do Conselho Europeu*, "membro de direito" deste órgão, a cujos trabalhos preside (cfr. artigo 15º, nº 2, do TUE).[42]

Eleito pelo Conselho Europeu por maioria qualificada para dois anos e meio, o Presidente desta instituição exerce o seu mandato, renovável por uma vez, a tempo intei-

38 Enquanto actualmente a palavra final no respeitante a grande parte do orçamento europeu (*v.g.*, despesas agrícolas) cabe ao Conselho, o Tratado de Lisboa parece equiparar os poderes decisórios deste e do Parlamento Europeu relativamente à adopção do orçamento anual da União (cfr. artigos 310º, nº 1, e 314º do TFUE).

39 Enquanto actualmente o Parlamento Europeu apenas aprova a designação do Presidente da Comissão, feita pelo Conselho, reunido a nível de Chefes de Estado ou de Governo (cfr. artigo 214º, nº 2, do TCE), com o Tratado de Lisboa, o candidato àquele cargo é proposto pelo Conselho Europeu, "tendo em conta as eleições para o Parlamento Europeu", e "eleito pelo Parlamento Europeu por maioria dos membros que o compõem" (cfr. artigo 17º, nº 7, do TUE).
Em nossa opinião, o novo mecanismo de escolha do Presidente da Comissão, reforçando claramente a legitimidade democrática deste, não provocará, porém, qualquer maior interesse dos cidadãos da União nas eleições europeias. A grande cruz da construção europeia, a sua democraticidade, não é superada pela *remota* perspectiva dos cidadãos nacionais de os Estados-Membros condicionarem, via Parlamento Europeu, a figura do Presidente e demais membros da Comissão…

40 Só com esta referência ao Presidente se conseguiu satisfazer a exigência italiana de ter o mesmo número de deputados da França e do Reino Unido, sem se alterar, de forma aberta, o número máximo de membros do Parlamento Europeu (setecentos e cinquenta).

41 Não obstante o Tratado de Nice falar de "um quadro institucional único" (artigo 3º do TUE), o Conselho Europeu, desde o Tratado de Maastricht, é instituição apenas da União, não constando, por isso, do elenco de instituições comunitárias previsto no artigo 7º do TCE.
Constituindo, com o Tratado de Lisboa, órgão *tout court* da União, os actos do Conselho Europeu são susceptíveis de controlo pelo TJUE. Apenas as decisões em matéria de PESC, domínio de cariz intergovernamental, não estão sujeitas a sindicância jurisdicional.

42 Segundo as regras do Tratado de Nice, o " Conselho Europeu reúne os Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros, bem como o Presidente da Comissão. São assistidos pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados-Membros e por um membro da Comissão" (cfr. artigo 4º do TUE).

ro.[43] Visa-se, assim, ultrapassar a descontinuidade das presidências semestrais rotativas actuais e garantir eficácia e maior visibilidade, em especial no plano externo, à acção da UE.

Não obstante compreendermos as razões subjacentes ao surgimento de um Presidente fixo do Conselho Europeu, somos cépticos em relação à mais valia a emprestar por este à UE.

Na verdade, a ausência de poderes efectivos não nos parece favorecer a afirmação deste novo protagonista institucional europeu, em especial tendo em conta os poderes decisivos do Presidente da Comissão, designadamente, em matérias financeiras e de iniciativa legislativa.[44]

Por outra banda, não se podendo pôr em causa a legitimidade do Presidente do Conselho Europeu, pode, contudo, questionar-se a sua *auctoritas* para lidar com os membros do órgão a que preside, representantes de Governos democraticamente eleitos, ou com o Presidente da Comissão, eleito pelo PE, instituição representativa dos cidadãos europeus.

c.3) Conselho

Como forma de compensar os pequenos países pela perda de visibilidade resultante do fim das presidências semestrais do Conselho Europeu, o Tratado de Lisboa manteve as presidências rotativas dos diferentes "Conselhos de Ministros", na base de *troikas* de três países (cfr. artigos 16º, nº 9, do TUE, 236º do TFUE, e Declaração nº 9).[45]

Encontra-se apenas uma excepção às presidências de rotação semestral e igualitária entre os Estados-Membros: o Conselho dos Negócios Estrangeiros, desligado do Conselho dos Assuntos Gerais,[46] é presidido sempre pelo Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e Política de Segurança.

No respeitante ao modo de deliberação do Conselho, a regra supletivamente aplicável passa a ser a da maioria qualificada (cfr. artigo 16º, nº 3, do TUE),[47] a qual se obtém através do sistema da dupla maioria e já não pela solução actual da ponderação de votos.[48]

Desta sorte, a maioria qualificada corresponde a cinquenta e cinco por cento dos Estados-Membros representativos de sessenta e cinco por cento da população da União,

43 Por isso, e por motivos de isenção e independência, " O Presidente do Conselho Europeu não pode exercer qualquer mandato nacional" (cfr. artigo 15º, nº 6, último §, do TUE).

44 Na União, a ideia de que o Presidente do Conselho Europeu poderia funcionar como o Presidente da Europa, enquanto o Presidente da Comissão seria uma espécie de Primeiro-Ministro, ao estilo do sistema presidencialista francês, não colhe, porquanto este detém os poderes reais na cena europeia e aquele não dispõe das prerrogativas do Presidente gaulês (*v.g.*, de escolha e demissão do Primeiro-Ministro).

45 Ao contrário do que sucede actualmente, "as reuniões do Conselho em que este delibere e vote sobre um projecto de acto legislativo" serão públicas (cfr. artigo 16º, nº 8, do TUE), novidade importante em termos de aprofundamento democrático da vida da União.

46 Segundo o Senado francês, o Conselho dos Assuntos Gerais ou/e o Secretariado Geral do Conselho deverão assumir papel fundamental na coordenação entre o Presidente do Conselho Europeu, o Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e Política de Segurança e as Presidências rotativas dos Conselhos de Ministros. Cfr. *Rapport d'information*, *cit.*, p. 65.

47 Com o Tratado de Nice, se nenhuma disposição consagrar de modo diverso, as deliberações do Conselho são tomadas por maioria simples (cfr. artigo 205º, nº 1, do TCE).

48 Nos termos do artigo 205º, nº 2, do TCE, as deliberações do Conselho que exijam maioria qualificada "são tomadas se obtiverem, no mínimo, 255 votos que exprimam a votação favorável da maioria dos membros sempre que, por força do presente Tratado, devam ser tomadas sob proposta da Comissão." Nos restantes

tendo-se assim em conta não apenas a vontade da maioria dos cidadãos europeus mas também o peso de cada Estado-Membro (cfr. artigo 16º, nº 4, do TUE).[49] Este sistema vigorará, porém, obrigatoriamente apenas a partir de 31 de Março de 2017.

Na verdade, até 31 de outubro de 2014 são aplicáveis, para efeitos de determinação da maioria qualificada, as regras actualmente definidas no Tratado de Nice, igualmente aplicáveis entre 1 de nNovembro de 2014 e 31 de Março de 2017, quando qualquer membro do Conselho o peça (cfr. artigo 16º, nº 5, do TUE e artigo 3º do Protocolo relativo às disposições transitórias).

Neste âmbito, importa ainda destacar a manutenção do Compromisso de *Ioannina*, vertido em Declaração anexa ao Tratado de Lisboa,[50] através do qual um grupo de Estados que se aproxime da minoria de bloqueio conseguirá um prolongamento razoável das discussões no Conselho até se chegar " a uma solução satisfatória que vá ao encontro das preocupações" manifestadas por aqueles membros do Conselho.

Em jeito de síntese: estamos perante um procedimento decisório que, visando facilitar a formação de maiorias e ser mais democrático, é muito confuso e prejudicial, em termos de poder decisório real, para os pequenos e médios países, incluindo Portugal.[51]

c.4) Comissão

Relativamente à composição da Comissão, até 1 de novembro de 2014, continuaremos a ter um comissário por cada Estado-Membro;[52] posteriormente, o número de mem-

casos, "as deliberações são tomadas se obtiverem, no mínimo, 255 votos que exprimam a votação favorável de, pelo menos, dois terços dos membros."
Em qualquer das situações, um membro do Conselho pode pedir que se verifique se a maioria qualificada representa, pelo menos, 62% da população total da União. Trata-se da denominada cláusula de verificação demográfica, constante do artigo 205º, nº 4, do TCE.
Diferentemente do que sucede nas deliberações por maioria simples ou por unanimidade, na maioria qualificada os Estados-Membros têm um peso variável na votação, atendendo às diferenças de dimensão geográfica e populacional. Por isso, a título de exemplo, a Portugal são atribuídos 12 votos e à Alemanha 29.

49 Em derrogação desta regra, o artigo 238º, nº 2, do TFUE, estabelece que "quando o Conselho não delibere sob proposta da Comissão ou do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, a maioria qualificada corresponde a, pelo menos, 72 % dos membros do Conselho, devendo estes representar Estados-Membros que reúnam, no mínimo, 65 % da população da União."
De referir que, segundo o artigo 16º, nº 4, § 2, do TUE, " A minoria de bloqueio deve ser composta por, pelo menos, quatro membros do Conselho; caso contrário, considera-se alcançada a maioria qualificada." Evita-se, assim, que apenas três dos maiores Estados-Membros (*v.g*, Alemanha, França e Reino Unido), embora representativos de 35 % (ou mais….) da população total da União, não possam bloquear deliberações do Conselho, sem pelo menos o apoio de um pequeno ou médio Estado.

50 Cfr. Declaração nº 7 (Declaração *ad* nº 4 do artigo 16º do Tratado da União Europeia e nº 2 do artigo 238º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

51 Por isso, as novas regras deliberativas do Conselho deveriam ter merecido mais contestação por parte dos pequenos e médios Estados-Membros, sobretudo quando, conceituados especialistas nesta matéria, referiam que "ficar com uma versão reparada das regras de Nice é uma opção a merecer consideração." *Vide* Richard Baldwin e Mika Widgrén, "Pandora's (Ballot) Box – Can the Constitution voting rules be improved?", *in Centre for Economic Policy Research – Policy insight*, nº 4, junho 2007, p. 8.

52 Christian Lequesne critica esta solução, questionando: "Lamentavelmente, a UE está condenada a funcionar com um largo Colégio de Comissários por mais sete anos, com uma inevitável sectorização de tarefas e uma questão difícil por responder quando a Croácia se juntar: que pasta pode ser atribuída ao seu comissário, tendo em conta que já não há mais 'verdadeiros' empregos a ser distribuídos?" *Vide* Christian

bros da Comissão corresponderá a dois terços dos países da União, de acordo com um sistema de rotação igualitária entre estes (cfr. artigo 17º, nºs 4 e 5, do TUE).

Percebemos e aplaudimos a nova solução, porquanto os alargamentos sucessivos e a manutenção das regras actuais conduziriam a Comissões demasiado numerosas e sem espírito colegial. Por outro lado, a ausência de representantes permanentes e o direito de voto de todos os comissários constituem garantias de igualdade e de plena participação das Nações da UE. Veremos como reagem os gigantes europeus perante decisões desfavoráveis tomadas em mandatos sem os seus nacionais[53] (*v.g.*, no domínio da concorrência) …

Em termos de poderes, a Comissão mantém o papel de "guardiã dos Tratados" e reforça as suas prerrogativas nos domínios de execução da legislação europeia e de iniciativa legislativa[54] (cfr. artigo 17º, nº 1, do TUE). Também o seu Presidente, porventura em virtude do aprofundamento da sua legitimidade, é cada vez mais um *primus super pares*, podendo demitir qualquer membro do colégio que dirige sem a aprovação dos restantes comissários (cfr. artigo 17º, nº 6, do TUE).

c.5) Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança

Nomeado por maioria qualificada pelo Conselho Europeu, com o acordo do Presidente da Comissão, o Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança conserva o essencial das funções cometidas pelo "Tratado Constitucional" ao Ministro dos Negócios Estrangeiros da União.

Deste modo, o Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e Política de Segurança assume dupla função: a de Vice-Presidente da Comissão, ocupando o lugar

---

Lequesne, "Towards a new institutional balance?", *in Challenge Europe – The people's project? The New EU Treaty and the prospects for future integration, European Policy Centre (EPC), Issue 17*, dezembro de 2007, p. 13.

53 Com efeito, a independência dos comissários, os quais se presume actuarem de acordo com o interesse geral comunitário (cfr artigo 213º, nº 2, § 1, do TCE, e, com o Tratado de Lisboa, artigos 17º, nº 3, § 2 e 3, do TUE, e 245º, § 1, do TFUE) e não segundo os interesses dos respectivos países, é, na prática, relativa. Só assim se compreende terem os Estados-Membros mais populosos (França, Alemanha, Itália, Reino Unido e Espanha), aquando das negociações para a aprovação do Tratado de Nice, abdicado da prerrogativa de ter um segundo nacional na Comissão, em favor de uma reponderação de votos mais generosa nas deliberações do Conselho por maioria qualificada.

54 O monopólio de iniciativa legislativa da Comissão não é posto em causa pelo novo direito consagrado no artigo 11º, nº 4, § 1, do TUE, que reza:
"Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados – Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar os Tratados."
Trata-se, em nossa opinião, de importante instrumento de aperfeiçoamento da democraticidade da União e de aprofundamento da cidadania europeia, sobretudo se tivermos em conta que para apresentar este convite à Comissão basta a iniciativa de um milhão, num universo actual de cerca de 500 milhões, de nacionais comunitários.

do actual Comissário para as Relações Externas, e a correspondente ao cargo actualmente desempenhado pelo Alto Representante para a PESC.[55]

Para apoiar a acção deste novo protagonista da União, prevê-se a criação de um "serviço europeu para a acção externa", composto por funcionários da Comissão, do Conselho e dos Estados-Membros. Não conseguimos descortinar a razão pela qual o Presidente do Conselho Europeu não dispõe de similar apoio burocrático-administrativo…

Por fim, julgamos que os aspectos de acção externa das pastas atribuídas aos outros comissários são da responsabilidade destes, competindo ao Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança tarefas de coordenação, porquanto esta entidade visa garantir a coerência e a unidade da política externa comum da UE.

c.6) Tribunal de Justiça da União Europeia[56]

Em relação ao Tribunal de Justiça da União Europeia, destacamos a clarificação semântica operada: o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, fruto da fusão UE/CE, passa a ser designado por Tribunal de Justiça; o Tribunal de Primeira Instância será apelidado de Tribunal Geral; as actuais câmaras jurisdicionais especializadas serão denominadas por tribunais especializados (cfr. artigo 19º do TUE).

De salientar também a criação de um Comité Consultivo (cfr. artigo 255º do TFUE), incumbido de se pronunciar sobre as escolhas dos Estados-Membros para juízes e advogados-gerais,[57] medida positiva, pois pode contribuir para um melhoramento da qualidade destes.

d) Reconhecimento do papel dos Parlamentos nacionais

Com o Tratado de Lisboa, os Parlamentos nacionais passam a contribuir mais activamente para a vida da União, conferindo-se, assim, maior abertura e transparência à cons-

55 Como acertadamente observa Graham Avery, a criação deste posto implica que "um membro da Comissão que não o Presidente vá ter, pela primeira vez, autoridade sobre outros no colégio. Até agora, o cargo era ape-nas honorífico, não hierárquico: um Vice-Presidente frequentemente tinha responsabilidade em importantes políticas, ou orientava grupos de comissários, mas nunca teve verdadeira autoridade sobre os seus colegas." *Vide* Graham Avery, "The new architecture for EU foreign policy", *in Challenge Europe…, cit.*, p. 19.

56 Sobre as principais novidades no domínio do contencioso europeu, *vide* Nicolas Gros-Verheyde, "Le système juridictionnel européen sort renforcé", *in Europolitique…, cit.*, p. 15.

57 Embora o artigo 252º do TFUE preveja oito advogados-gerais a assistir o Tribunal de Justiça, por exigência da Polónia estabeleceu-se que o número destes magistrados será de onze, sendo um dos advogados-gerais permanentes de nacionalidade polaca. Neste sentido, afirma-se na Declaração nº 38:
"A Conferência declara que, se o Tribunal de Justiça solicitar, em conformidade com o primeiro parágrafo do artigo 252º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que o número de advogados – gerais seja aumentado de oito para onze (mais três), o Conselho, deliberando por unanimidade, aprovará o referido aumento.
Nesse caso, a Conferência acorda em que, como já acontece com a Alemanha, a França, a Itália, a Espanha e o Reino Unido, a Polónia terá um advogado-geral permanente e deixará de participar no sistema de rotação; por outro lado, o actual sistema de rotação abrangerá cinco advogados-gerais em vez de três."

trução europeia.[58] Na lógica do combate ao défice democrático da CE/UE, pode mesmo questionar-se o porquê de só passados mais de cinquenta anos se valorizar o papel das assembleias nacionais representativas dos cidadãos[59-60]…

De entre as prerrogativas elencadas no artigo 12º do TUE, destaca-se a possibilidade de os Parlamentos nacionais controlarem o respeito pelo princípio da subsidiariedade, nos termos previstos no Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.[61]

Deste modo, no caso de os pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade num projecto de acto legislativo representarem, pelo menos, um terço do total dos votos atribuídos aos Parlamentos nacionais,[62] o projecto deve ser reponderado pela Comissão, podendo levar à sua modificação ou retirada.[63] Por outro lado, pode haver recurso para o TJUE com base em violação do princípio da subsidiariedade por um acto legislativo.[64]

Tratando-se de medidas destinadas a aprofundar a *accountability* da UE e a contribuir para maior envolvimento dos cidadãos dos Estados-Membros com as questões europeias, não podemos deixar de as aplaudir. Importa, porém, reconhecer que a fiscalização dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade não facilita, de modo algum, o procedimento decisório europeu[65]…

---

58 Segundo Vital Moreira, as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa "vão no sentido de maior democraticidade, responsabilidade e transparência da vida política da UE". Nesta linha, continua o autor, insere-se o novo papel dos Parlamentos nacionais, "reconhecidos como partes interessadas no funcionamento da UE e nos procedimentos comunitários, sendo essa uma das grandes inovações do Tratado de Lisboa." *Vide* Vital Moreira, "Democracia europeia", *in a aba da causa (colectânea de documentos de apoio ao blogue "Causa Nossa")*, 3 de dezembro de 2007.

59 Não olvidamos, porém, a Declaração relativa aos Parlamentos nacionais e à cooperação interparlamentar anexa ao Tratado de Maastricht e o Protocolo sobre o papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia anexo ao Tratado de Amesterdão.

60 Como justificação, para a tardia assunção pelos Parlamentos nacionais de relevo significativo no palco europeu, são apontadas a ideia de que a função destes é sobretudo a de controlar a actividade dos respectivos Governos no seio do Conselho e a necessidade de afirmação do PE. Neste sentido, cfr. *Rapport d'information*, elaborado pelo Senado francês, nº 188, 2008, p. 59.

61 Também o Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia (artigo 3º, § 1) prevê que " Os Parlamentos nacionais podem dirigir aos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão um parecer fundamentado sobre a conformidade de determinado projecto de acto legislativo com o princípio da subsidiariedade, nos termos do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade."

62 Dispõe o artigo 7º, nº 1, § 2, do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade:
"Cada Parlamento nacional dispõe de dois votos, repartidos em função do sistema parlamentar nacional. Nos sistemas parlamentares nacionais bicamarais, cada uma das câmaras dispõe de um voto."

63 Cfr. artigo 7º, nº 2, do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

64 Cfr. artigo 8º do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

65 Na visão de Simon Hix, "o novo procedimento envolvendo os parlamentos nacionais tem o potencial de atrasar a aprovação da legislação europeia. E, como os governos realmente controlam os parlamentos nacionais, o que o novo procedimento realmente faz é dar a cada um dos governos um poder extra de veto no processo legislativo, sob os auspícios do controlo dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade." *Vide* Simon Hix, "Will the Constitution make EU Decision – Making Easier?", *in A Europa e os Desafios…, cit.*, p. 175.

e) Nota final

Analisadas algumas das principais inovações do Tratado de Lisboa, somos da opinião de que este tratado comporta mutações relevantes para a construção europeia: a fusão UE/CE, o reforço do cariz social da União e a reforma institucional desta, essencial à vida de uma organização crescentemente complexa e numerosa, constituem notas de importância não despicienda.[66]

Não tendo o peso político e simbólico da "Constituição Europeia", o Tratado de Lisboa é, todavia, um passo fundamental na consolidação de uma Europa das Nações, porque e na medida em que permite a superação de impasse perigoso para o projecto europeu.[67] Do nosso ponto de vista, trata-se de um Tratado que, embora substantivamente idêntico ao Tratado Constitucional, aparenta ir ais ao encontro do sentir dos nacionais dos 27 Estados-Membros da União…

Numa palavra e em jeito de conclusão: a ratificação e a entrada em vigor do Tratado de Lisboa são importantes para o projecto europeu. Importa dá-lo a conhecer *efectivamente* aos povos e prevenir que a Europa seja um projecto de tecnocratas, dissimulado e ocultado aos cidadãos europeus.[68] Através do presente

66 Outra das novidades do Tratado é a consagração expressa da possibilidade de qualquer Estado-Membro poder decidir, em conformidade com as respectivas normas constitucionais, retirar-se da União (cfr artigo 50º do TUE). Em nossa opinião, esta disposição, embora desnecessária, é positiva, na medida em que dissipa dúvidas que pudessem subsistir a este respeito.

67 Somos, pois, defensores do projecto europeu, embora não nos revejamos na burocracia e falta de transparência da vida comunitária e na *over regulation* de Bruxelas sobre a vida quotidiana dos europeus. Sobre a regulação no espaço da UE, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit.*, pp. 119 e ss; mais recentemente, *vide* Luís Silva Morais, "A função reguladora e as estruturas de regulação na União Europeia", *in a Europa e os Desafios…, cit.*, pp. 323 e ss.

68 No passado dia 13 de Junho de 2008, foi conhecido o chumbo referendário do Tratado de Lisboa pelos irlandeses. Certos de que razões políticas internas e a crise económico – financeira mundial terão pesado na opção dos votantes, não podemos deixar de reconhecer que a realização de referendos às reformas da integração europeia, visando a legitimidade acrescida desta, tem reflectido grande distanciamento dos cidadãos europeus da vida da CE/ UE.
Elucidativamente, os *slogans* das campanhas pelo "*não*" aos Tratados de Nice e de Lisboa foram semelhantes ("*if you don't know, vote no*!" e "*vote no, because you don't know*", respectivamente), apelando ao desconhecimento das mutações europeias em causa. Por isso, quem acredita no projecto europeu como instrumento decisivo de paz e prosperidade globais, deverá concluir: a Europa só pode avançar com os seus cidadãos e não se escudando permanentemente em subterfúgios que, embora legítimos, têm aprofundado o fosso entre a panóplia burocrática e clientelar de Bruxelas e os povos europeus…Na síntese de Marcelo Rebelo de Sousa, "Porque é que (…) há medo do referendo? (…) Eles não percebem que isso só aumenta os eurocépticos, o medo do referendo da parte daqueles que são defensores, mais ou menos entusiásticos, de certas modificações só avoluma de passo para passo os protestos populares, as exigências legítimas de transparência, a contestação em relação àquilo que é feito a portas fechadas…" *Vide* Marcelo Rebelo de Sousa, "A Presidência Portuguesa das Comunidades Europeias em 2007 e a situação da União Europeia – Mesa Redonda", *in A Europa e os Desafios…, cit.*, pp. 521 e 522.
Pensamos que, à semelhança do ocorrido na Dinamarca com o Tratado de Maastricht e na Irlanda com o Tratado de Nice, o recente voto negativo dos irlandeses não hipotecará o futuro do Tratado de Lisboa. Sem o peso político de franceses ou holandeses e prosseguindo as ratificações parlamentares nos restantes países (Reino Unido incluído…), o Tratado de Lisboa, mais cedo ou mais tarde, com mais uma ou outra derrogação ou alteração de conveniente cosmética, com maiores ou menores dificuldades políticas internas em cer-

trabalho pretende-se, com humildade e conscientes das limitações, contribuir para esse desiderato.[69]

tos Estados (*v.g.*, República Checa ou Polónia), entrará em vigor. Porém, o problema fundamental permanecerá latente, como comprovaremos, uma vez mais, nas eleições europeias de 2009…

69 Essencial para a Europa é, como afirma Sara Hagemann, "dar às pessoas o sentimento de que são donas do projecto europeu", o que terá de passar necessariamente por um efectivo envolvimento dos cidadãos dos Estados – Membros na construção europeia. *Vide* Sara Hagemann, "ratifying EU Treaties: current and future prospects", *in Challenge Europe…, cit.*, p. 61. Não nos parece, todavia, ser o referendo europeu solução para esta legitimação da União, designadamente porque, como defende Antonio Missiroli, é uma via "irrealista" no contexto europeu actual. *Vide* António Missiroli, "No quick fix for Europe's legitimacy problem", *in Challenge Europe…, cit.*, p. 45.

O Tratado de Lisboa: Ser ou não Ser... Reformador (Eis a Questão)*

*Carla Amado Gomes***

Introdução. 1. O que o Tratado de Lisboa não é. 2. O que é o Tratado de Lisboa? I. No plano formal. II. No plano material, o Tratado de Lisboa. 2.1. As inovações. 2.2. As reformas. 3. Notas breves sobre o balanço possível.

Introdução

No dia 13 de dezembro de 2007 foi assinado em Lisboa o Tratado que ditará o fim da Comunidade Europeia e a sua substituição pela União Europeia (que ganha, formalmente, personalidade jurídica[1]), o qual regerá o funcionamento das instituições desta a partir de 2009 – ou do ano em que se verificar a última ratificação por qualquer um dos 27 Estados-Membros. A versão final do Tratado foi objecto de acordo na CIG de 18 de outubro de 2007, já sob a égide da Presidência portuguesa. Mas o seu processo geracional não é assim tão curto.

Na verdade, o Tratado de Lisboa – qual Hamlet no Castelo de Kronborg – está assombrado pelo fantasma do Tratado Constitucional – o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Este instrumento, que teve origem na decisão do Conselho Europeu de Laecken, de 15 de dezembro de 2001, de convocar uma Convenção, presidida por Valérie Giscard d'Estaing; que ganhou forma com a aprovação, por consenso, de um Projecto de Tratado constitucional, em 13 de junho e 10 de julho de 2003 a submeter à CIG 2003/2004; que foi assinado, com alterações, pelos Chefes de Estado e de Governo dos (então) 25 Estados-membros em 29 de outubro de 2004; que não resistiu aos referendos francês e holandês (realizados em 2005) – apesar de ter sido, afinal, ratificado por 18

---

* Este texto resulta de uma deslocação a Washington a fim de apresentar o Tratado de Lisboa a um público (composto de diplomatas e juristas) americano em maio de 2008. Tem, por isso, um carácter eminentemente descritivo e de divulgação – de resto, a minha condição de mera *curiosa* do Direito Comunitário não permitiria muito mais. Aqueles objectivos justificam a *secura* de referências bibliográficas, também suportada pela redução do número de páginas que a publicação implicou.

Cabe aqui um agradecimento profundo ao Doutor Nuno Piçarra, que generosamente aceitou ler uma primeira versão deste texto. A sua leitura atenta e crítica evitou alguns desacertos. Os sobrantes são da minha inteira responsabilidade.

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1 Cfr. o futuro artigo 47 do TUE.

As disposições serão referenciadas pela renumeração que sofrerão, uma vez entrado em vigor o Tratado de Lisboa. Utilizámos a versão consolidada editada por Maria Luísa DUARTE e Carlos Alberto LOPES, **Tratado de Lisboa**, Lisboa, 2008, onde se pode compaginar as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, a par da versão consolidada dos Tratados (da União Europeia e de Roma/sobre o Funcionamento da União Europeia). Relativamente à versão actual, usámos as siglas TUE e TCE, para identificar as normas integradas no Tratado da União Europeia e no Tratado da Comunidade Europeia, respectivamente.

Estados-membros; este instrumento, dizíamos, cujo destino se revelou, durante meses, incerto, determinou intensamente a existência e a substância do Tratado de Lisboa.

Uma velha Constituição ou um novo Tratado? As metáforas variam muito. Falou-se de reencarnação, de ressurreição, de renascimento... enfim, a ligação entre os dois textos é inevitável, quer pela sua proximidade temporal, quer pela filiação do Tratado de Lisboa na decisão de "reforma" do Tratado constitucional anunciada por Angela Merkel em março de 2007, na *Declaração de Berlim* (que pôs fim a um período de reflexão iniciado em 2006 e que abriu caminho, na CIG de junho de 2007, à (re)elaboração de um texto que viria a ser aprovado já sob a égide da Presidência portuguesa, em outubro de 2007) quer, enfim, pelas similitudes que objectivamente revelam.

Mas é o Tratado de Lisboa um mero produto de uma operação cosmética, um disfarce formal do Tratado constitucional com vista a contornar os problemas políticos suscitados em 2006/2007 e que determinaram a sua não ratificação parcial e o seu fracasso? Ou é um novo Tratado, como os líderes políticos não se cansam de afirmar, um tratado de revisão como o Acto Único Europeu, o Tratado de Maastricht, o Tratado de Amesterdão ou o Tratado de Nice – alguns dos quais, tendo embora merecido algumas reservas e até determinado consultas populares e questionamentos dos Tribunais constitucionais nacionais, não originaram comoção idêntica à gerada pelo tratado constitucional...?

O que viria a ser o Tratado de Lisboa também se anunciou, na *Declaração de Berlim*, como "Tratado reformador" – constituiria como que uma refundação da Europa, 50 anos após o seu nascimento na Roma de 1957. Essa natureza reformadora pode, nas circunstâncias presentes, questionar-se a um duplo título. Em primeiro lugar, cumpre descortinar se o Tratado de Lisboa é uma *reforma* do Tratado constitucional, perdendo autonomia face a este, ou se pode considerar-se um substrato diverso (**1.**). Depois de apurado este aspecto, forçoso será avaliar da real vocação reformadora do Tratado de Lisboa face ao *status quo ante*, ou seja, confrontando as suas soluções com os Tratados da União Europeia e da Comunidade Europeia (**2.**). A final, um breve (e extemporâneo) balanço sobre a medida da capacidade inovadora do Tratado de Lisboa (**3.**).

1. O que o Tratado de Lisboa não é

Antes de mais, e partindo do pressuposto do confronto com o Tratado constitucional – de resto, só assim a equação faz sentido –, cumpre sublinhar que o Tratado de Lisboa **não** constitui uma reedição do Tratado constitucional. Com efeito, ainda que muitas soluções já constantes deste se repitam – *v.g.*: a filiação humanista da União; a sucessão da União à Comunidade; a figura do Ministro dos Negócios Estrangeiros (hoje renomeado); a pré-iniciativa legislativa popular junto da Comissão; a vinculatividade da Carta dos Direitos Fundamentais; o desdobramento do procedimento de revisão dos Tratados; o direito de saída... –, a vocação *simbólica* (e politicamente perversa)[2] que a ideia de Constituição acarretou desvaneceu-se (e com ela desapareceram identicamente disposi-

2 Cfr. J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE e F. CHALTIEL, **Le Traité de Lisbonne: quel contenu?,** *in RMCUE*, nº 513, 2007, pp. 617 segs.

ções como as referentes aos símbolos da União, ao primado do Direito da União sobre os direitos internos[3], às "leis europeias"[4]...).[5]

Ou seja, *materialmente*, a esmagadora maioria das soluções inovadoras presentes no texto único substitutivo dos Tratados da União e da Comunidade Europeia no qual se traduzia o Tratado constitucional, ressurgem no texto do Tratado de Lisboa, agora sob a forma de revisão segmentada dos Tratados anteriores – técnica que dificulta o trabalho do leitor, mas representa, ao cabo e ao resto, uma das fórmulas tradicionais de alteração/actualização de um texto convencional. *Formalmente*, porém, a realidade do Tratado de Lisboa é bem diversa da do Tratado constitucional, uma vez que este deixou cair a expressão da intenção *neutralizante* (do que resta) da soberania estadual ao cabo de 50 anos de integração, posicionando-se na continuidade das revisões anteriores. Por outras palavras e descontada a eventual ambiguidade do nosso pensamento, julgamos que enquanto o Tratado constitucional assentava numa *existência* e numa *representação* – o que era e o que simbolizava –, o Tratado de Lisboa reduz-se apenas à sua *existência*, não envolvendo qualquer afirmação política de substituição dos (desgastados) modelos de configuração das soberanias estaduais dos seus membros.

Depois da frustração gerada pela resistência (manipulativamente direccionada) ao projecto constitucional, os Estados-membros, pragmaticamente, abdicaram da "quota de utopia irrenunciável a qualquer poder constituinte" – na expressão feliz de HÄBERLE.[6] Com o "branqueamento" do texto levado a cabo no Tratado de Lisboa, a intranquilidade gerada pela "imprudência semântica"[7] do qualificativo *constitucional* foi ultrapassada – ainda que, na realidade, a alteração qualitativa por ele prometida não tivesse, no defunto Tratado, correspondência. O Tratado constitucional não importava, para a União, *uma mutação da essência*: não havia alteração do fundamento de legitimidade da União (contratualizado entre os Estados, com ratificação pelos Parlamentos nacionais), nem substituição das cidadanias nacionais por uma cidadania da União, nem abandono indiscriminado da regra de votação por unanimidade, nem tão-pouco constituição de um exército europeu – sinais claros de despedida do modelo de "associação de Estados" (*Verbund souveräner Staaten,* na expressão do Tribunal Constitucional alemão, no *Acórdão Maastricht*[8]).

---

3 Note-se que a Declaração nº 17 anexa à Acta Final, na qual se incorpora um parecer do serviço jurídico do Conselho de 22 de junho de 2007, esclarece que "O facto de o princípio do primado não ser inscrito no futuro Tratado em nada prejudica a existência do princípio nem a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça".

4 Com o Tratado de Lisboa, assume-se a natureza de actos legislativos de actos adoptados por processo legislativo – cfr. o nº 3 do futuro artigo 289 do TFUE. Mas abre-se mão da renomeação do regulamento como lei europeia e da directiva como lei-quadro europeia, inscrita no Tratado constitucional, certamente por força da associação estreita (mas falsa) entre esses termos e o avanço para a federação.

5 Sobre o Tratado "que estabelece uma Constituição para a Europa", vejam-se os contributos doutrinais reunidos nos nºs IV/V de 2005 da revista *O Direito*, e na obra coordenada por Ana Maria GUERRA MARTINS, **Constitucionalismo europeu em crise? Estudos sobre a Constituição Europeia**, Lisboa, 2006.

6 Peter HÄBERLE, **Aspectos de una teoría constitucional para Europa**, *in RDPolítico*, nº 64, 2005, pp. 16 segs, 17.

7 Na expressão de Maria Luísa DUARTE nas notas de apresentação ao **Tratado de Lisboa**, *cit.*, p. 6.

8 Acórdão do Tribunal Constitucional alemão de 12 de outubro de 1993. Sobre esta qualificação, Rui MOURA RAMOS, **Maastricht e os direitos do cidadão europeu**, *in A União Europeia*, Coimbra, 1994, pp. 93 segs., 121; Torsten STEIN (criticando porém a utilização do conceito, substituível pela ideia de "estrutu-

Alteração *qualitativa* houve-a, decerto, com o Tratado da União Europeia, que transmutou uma entidade com vocação económica num fenómeno de integração política, ainda que, em certos domínios como a política externa e a cooperação policial e judiciária, bastante mitigada. Alteração *qualitativa* representou, porventura, o Tratado de Amesterdão, quando permitiu ao Conselho, findo o período transitório, decidir (ainda que por unanimidade) passar a deliberar, nos termos do procedimento de co-decisão, sobre um vasto conjunto de matérias relacionadas com a livre circulação de pessoas oriundas de países terceiros no âmbito das políticas de vistos, asilo e imigração (cfr. o artigo 31/1/e) do TUE, 61 e segs e 67 do TCE). Estes foram momentos de despojamento dos Estados-membros de competências típicas do exercício da soberania, através da abertura a uma progressiva e crescente partilha de atribuições, *maxime* em domínios sensíveis, relativos à segurança e ordem públicas. Por essa razão, vários órgãos de controlo da constitucionalidade foram chamados a pronunciar-se sobre a conformidade destes tratados de revisão com as Leis Básicas nacionais. Ora, nada de semelhante se passava no Tratado constitucional – e muito menos no Tratado de Lisboa. O Tratado de Lisboa pode ser – *materialmente* – uma refundição *do* Tratado constitucional, mas não é, *formalmente*, *o* tratado constitucional que viria transmutar a União numa estrutura federal, com todas as consequências, sociais e institucionais, que tal mudança implicaria.

2. O que é o Tratado de Lisboa?

De que falamos, então, quando nos referimos ao Tratado de Lisboa? Antes de passarmos a uma vista panorâmica das soluções em que se traduz, comecemos por identificar, selectivamente, os traços gerais da revisão que anuncia. Neste domínio, destacaremos um ponto que nos merece particular atenção: o desaparecimento da garantia do acervo (comunitário) – **§ único**. Só então passaremos à detecção, mais particularizada, das principais novidades que alberga (**2.1.**), bem como à caracterização das reformas que implementa (**2.2.**). Sublinhe-se que a destrinça entre umas e outras se baseia numa apreciação com forte grau de subjectividade (e selectividade), complicada pelo facto de, em muitos domínios, se estar a aferir a novidade de soluções em função do texto, não em função da prática das instituições e da jurisprudência (já para não introduzir um outro referencial perturbador: o malogrado Tratado constitucional).

Em sede geral, cumpre ressaltar os seguintes aspectos:

I. No plano formal

a) O Tratado de Lisboa foi assinado pelos Chefes de Estado e de Governo dos 27 Estados-membros, após a sua versão final ter sido objecto de consenso na Conferência Intergovernamental. A legitimidade que o sustenta é, assim, estadual, acentuada pelo facto

ra interestatal da União"), **La sentencia del Tribunal Constitucional aleman sobre el Tratado de Maastricht**, *in RIE*, Vol. 21, 1994, nº 3, pp. 745 segs., 763.

de a sua vigência estar dependente da ratificação por todos os Estados-membros, nos termos das suas disposições constitucionais (cfr. os artigos 6 do Tratado de Lisboa (Disposições finais), e 48 do TUE).[9]

b) O Tratado é composto por sete artigos constantes de um texto desdobrado em duas partes: alterações ao Tratado da União Europeia, por um lado, e ao Tratado de Roma, por outro lado (que é, desde logo, renomeado: *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia* = TFUE). Além disso, fazem ainda dele parte 37 protocolos a anexar ao Tratado da União Europeia (11 deles assinados em 13 de dezembro de 2007), constando ainda da Acta Final 65 declarações. Acrescem tabelas de renumeração do articulado dos Tratados e dos protocolos.

Saliente-se, desde já, que o Tratado de Lisboa pressupõe a existência de mais um documento além dos referenciados, além de conferir uma especial relevância a um Protocolo datado de 1998. Por um lado, confere valor vinculativo à Carta dos Direitos Fundamentais, proclamada em 7 de dezembro de 2000 e reproclamada pelo Parlamento Europeu 12 de dezembro de 2007, mantendo a sua existência como documento autónomo[10] – fórmula próxima do modelo francês, no qual, em torno da Constituição de 1958, gravitam duas Cartas de Direitos e Deveres (Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, e Carta do Ambiente, de 2005), que integram a Constituição formal. Por outro lado, incorpora no Tratado sobre o funcionamento da União Europeia o dispositivo do Protocolo nº 33 anexo ao Tratado de Amesterdão relativo à protecção e bem-estar dos animais, cujo dispositivo passará a constituir o artigo 13 do TFUE;[11]

c) Ao abandonar a fórmula do tratado substitutivo, enveredando pela via das alterações e aditamentos aos artigos constantes dos Tratados em vigor, o Tratado de Lisboa surge como um conjunto de disposições cujo sentido não se torna imediatamente apreensível. No entanto, uma vez em vigor, permitirá – à semelhança da sua "sombra", o Tratado constitucional – uma melhor sequenciação das matérias e uma maior intelegibilidade do texto, promovendo assim, teoricamente, a operacionalidade das instituições e o incremento da transparência nos procedimentos de decisão. Na verdade, o facto de fazer suceder a União à Comunidade Europeia (futuro artigo 1 do TUE) faz do Tratado da União Europeia um repositório das disposições gerais, materiais e institucionais, aplicáveis no contexto europeu, sem embargo de continuar a albergar as disposições da vertente intergovernamental relativas à política externa e de segurança comum (que passarão a ser os artigos 21 a 46 do TUE).

---

9 Não há, assim, qualquer tentativa de oferecer uma legitimidade estritamente comunitária/europeia ao novo substrato organizativo. Nomeadamente, não se prevê a aprovação do texto do Tratado saído da CIG pelo Parlamento Europeu — muito menos por uma assembleia eleita especificamente para o efeito —, nem alusão a qualquer mecanismo de ratificação popular — um referendo ao nível da União para *comunicar* ao Tratado a legitimidade do povo europeu. Cfr. o nosso **A natureza constitucional do Tratado da União Europeia**, Lisboa, 1997, pp. 70 segs.; Peter HÄBERLE, **Aspectos...,** *cit.*, p. 23.

10 Por exigência do Reino Unido, formulada e garantida ainda sob a Presidência alemã.

11 Que reza como segue:
"Na definição e aplicação das políticas comunitárias nos domínios da agricultura, dos transportes, do mercado interno e da investigação, a Comunidade e os Estados-membros terão plenamente em conta as exigências em matéria de bem-estar dos animais, respeitando, simultaneamente, as disposições legislativas e administrativas e os costumes dos Estados-membros, nomeadamente em matéria de ritos religiosos, tradições culturais e património cultural".

II. No plano material, o Tratado de Lisboa

a) Coloca os valores da protecção dos direitos fundamentais e do Estado de Direito no centro das preocupações da União, sem prejudicar o respeito pela identidade cultural dos Estados-membros e a liberdade religiosa no seio destes (cfr. o novo considerando 2º do Preâmbulo do TUE; futuros artigos 2, 6, 9 e segs. do TUE; futuro artigo 17 do TFUE). A garantia deste "património comum dos europeus" prolonga-se com a sua promoção no plano das relações externas e concorre para a manutenção da paz, em estreita articulação com os princípios plasmados na Carta da Organização das Nações Unidas (cfr. os artigos que passarão a ser os 3/5 e 21 do TUE). A promoção da qualidade do ambiente tempera a alta competitividade do mercado interno, alimentada pelo incentivo à investigação científica e ao progresso tecnológico – sob a fórmula do desenvolvimento sustentável (já presente, de resto, no artigo 6 do TCE), prevista no que passará a ser o artigo 3/3 do TUE –, objectivo igualmente identificável em sede de relações externas (cfr. o futuro artigo 21/2/d) e f) do TUE).

b) Sustenta as relações entre a União e os Estados-membros nos princípios da igualdade e da cooperação leal (futuro artigo 4/2 e 3 do TUE), realçando o princípio da competência por atribuição da União (futuros artigos 4/1 e 5/2 do TUE), activado nos parâmetros da subsidiariedade e proporcionalidade (futuro artigo 5/3 e 4 do TUE). O controlo político do respeito pelo princípio da subsidiariedade é particularmente reforçado, na medida em que é instituído um procedimento de comunicação de todas as propostas de actos legislativos e suas alterações aos Parlamentos nacionais, os quais podem, num prazo de oito semanas, lavrar pareceres fundamentados no sentido da desconformidade das propostas com tal princípio, forçando, caso reunam uma determinada proporção, a sua reanálise pelo seu autor (cfr. o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, *maxime* artigos 6 e 7);

c) Reforça o avanço no sentido da adopção de uma política comum de defesa, através da criação da cooperação estruturada permanente (futuros artigos 42/6 e 46 do TUE, e Protocolo relativo à cooperação estruturada permanente estabelecida no artigo 42 do Tratado da União Europeia, anexo ao Tratado de Lisboa). Esta nova figura implica, para os Estados-membros participantes (que podem reduzir-se a um), quer o desenvolvimento das suas capacidades de defesa, quer a possibilidade de fornecer, o mais tardar até 2010, unidades de combate especificamente treinadas para as missões programadas a nível europeu, incluindo transporte e logística e que possam estar operacionais por períodos iniciais de 30 dias, prorrogáveis até 120, no mínimo. A actuação da União no plano da defesa externa será conduzida pelo Conselho Europeu, assessorado por uma nova Agência – Agência Europeia de Defesa –, colocada sob a égide do Conselho, com funções de coordenação e avaliação dos dados relativos à defesa, do ponto de vista humano, industrial e tecnológico, aberta à participação de todos os Estados-membros (futuro artigo 45 do TUE);

d) Estende a actuação da União a novos domínios – alguns já trilhados pela Comunidade –, uns em sede de competência partilhada (como a energia), outros em sede de competência complementar (turismo, protecção civil, cooperação administrativa). Tendo-se perdido a *esquizofrenia* derivada da existência de duas entidades distintas

(União e Comunidade Europeia), todas estas atribuições são desenvolvidas pela União, através do quadro institucional único. O que varia, naturalmente, é a natureza dos actos aprovados e o método de votação, no Conselho: por unanimidade – espelhando o domínio dos Estados-membros sobre a matéria –, ou por maioria – manifestando a europeização das atribuições;

e) Coloca o procedimento de criação de novas competências para a prossecução de fins, previsto no artigo 308 do TCE – o qual serviu de suporte para a irradiação da actuação da Comunidade a domínios não expressamente identificados no Tratado como, por exemplo, o ambiente, entre 1974 e 1987, num papel catalisador de autênticas revisões informais do TCE –, sob o controlo dos Parlamentos nacionais, que podem contestar a projectada adopção das medidas com base na desconformidade com o princípio da subsidiariedade (nos termos do Protocolo que se referiu em *b*). De resto, a afirmação dos Parlamentos nacionais como órgãos de tutela da necessidade da acção da União agudiza-se no procedimento de revisão simplificado, a introduzir pelo novo artigo 48 do TUE. Nesse contexto, a oposição de qualquer Parlamento nacional, manifestada num prazo de seis meses após a comunicação da decisão do Conselho Europeu de permitir ao Conselho passar a deliberar por maioria num determinado domínio para o qual estava prevista a regra da unanimidade, inviabiliza a revisão.

§ único. De todas as alterações que o Tratado de Lisboa, a que mais nos impressiona é a remoção da garantia do acervo (comunitário) do artigo 2 do TUE (5º travessão). Trata-se de uma modificação importante no contexto do fenómeno da integração europeia, uma vez que a obrigação de aceitação do "bloco de juridicidade" adquirido pelos novos aderentes, por um lado, e a impossibilidade de retrocesso no nível de integração alcançado, por outro lado, constituiriam factores de diferenciação da União/Comunidade em face de qualquer outro modelo de integração. No fundo, a garantia do acervo traduz, simultaneamente, o penhor do aprofundamento da integração e a impossibilidade de descaracterização desta através de reservas introduzidas, quer por novos aderentes, quer por Estados-membros que pretendam destacar-se de soluções introduzidas em processos de revisão.

Este abandono explícito de um dos aspectos mais característicos do Direito Europeu[12] pode colocar, desde logo, a questão de saber se a garantia do acervo se não deve considerar, ainda assim, implicitamente fundada na essência do fenómeno da integração europeia – por outras palavras, e reeditando uma polémica instalada com o Tratado de Maastricht, se não deve considerar-se o adquirido comunitário/europeu como um limite material de revisão dos Tratados.[13] Esta posição decorre, naturalmente, de uma tentativa de valorização da vertente integracionista em detrimento da dimensão contratual do fenó-

12 Recorde-se que a ideia de *acquis communautaire* foi pela primeira vez referida em 1972, aquando das adesões da Dinamarca, Inglaterra e Irlanda.

13 A favor da existência de limites materiais de revisão dos Tratados comunitários, vejam-se Nuno PIÇARRA e J. M. CRUZ VILAÇA, **Y-a-t'il des limites matérielles à la revision des traités instituant les CE**?, *in CDE*, 1993, pp. 3 segs., e o nosso **A natureza constitucional...,** *cit.*, pp. 63 segs. (e bibliografia citada). No sentido da dimensão eminentemente contratual da Comunidade e da União, Maria Luísa DUARTE, **A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União europeia e os Estados-membros**, Lisboa, 1997, pp. 227 segs e, mais recentemente, **União Europeia e Direitos Fundamentais...,** *cit.*, pp. 214-215.

meno da integração. Os *founding fathers*, ao consagrarem tal proibição do retrocesso, teriam criado uma criatura capaz de se sobrepor ao criador, com uma dinâmica própria.

Descartando, por residuais, os aspectos relacionados com os períodos transitórios e a possibilidade de, a título provisório e por razões vitais de ordem, segurança e saúde públicas, os Estados-membros estabelecerem derrogações a medidas comunitárias – desvios ao princípio da garantia do acervo –, a evolução posterior à acentuação da dimensão política, com o TUE, da integração europeia, forçou progressivamente o abandono da proibição de aceitação selectiva de novas políticas. De uma banda, as cláusulas de *opting out* impostas pelo Reino Unido, Irlanda e Dinamarca no que concerne à introdução do euro aquando da assinatura do Tratado de Maastricht lançaram um precedente perverso, que pôs a nu as fragilidades do princípio do respeito pelo acervo. De outra banda, a introdução do mecanismo das cooperações reforçadas com o Tratado de Amesterdão, veio institucionalizar a Europa a diversas velocidades em qualquer domínio de actuação da Comunidade, desde que não constitua uma atribuição exclusiva (cfr., esp., o artigo 44/1, § 2º, do TUE). Além da infiltração do princípio da subsidiariedade no seio da optimização do exercício de competências partilhadas, com toda a incerteza que a sua utilização dinâmica importa.

O Tratado de Lisboa vem desferir o golpe final na lógica da "conservação do adquirido", na medida em que admite, por um lado, a apresentação de propostas de revisão dos tratados que aumentam ou reduzam as competências da União (futuro artigo 48/2) e, por outro lado, consagra claramente o direito de saída (futuro artigo 50 do TUE). Este último já existia, na prática, apesar de não previsto – o impedimento ao seu exercício residia, como continuará a residir, na "solidariedade de facto" para que apontava profeticamente Robert Schuman no discurso proferido em Paris no dia 9 de maio de 1950, criada pela pertença à União e a todo o seu bloco de juridicidade.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o direito de saída ficará sujeito, em regra, a um procedimento negocial de desvinculação, que se traduz na aprovação de um acordo de saída, entre o Estado-membro e o Conselho, que delibera por maioria qualificada após aprovação do Parlamento Europeu. Entre a assinatura do acordo e a sua entrada em vigor, o Estado-membro cessante deixará de poder participar nas votações de deliberações que lhe digam respeito (mas mantém incólume o seu direito de voto em todas as restantes). Caso não exista acordo validamente celebrado (por ausência de entendimento; por recusa de aprovação do Parlamento Europeu; por impossibilidade de obtenção da maioria necessária no Conselho), passados dois anos sobre a notificação do desejo de sair, os Tratados deixam de ser aplicáveis ao Estado em questão – a não ser que o Conselho Europeu, a pedido do Estado, prorrogue o prazo.

Em contrapartida, a possibilidade de regredir nas vertentes da integração é uma completa novidade, à qual subjaz, latente, a total desvirtuação do princípio da garantia do acervo. A maior ou menor abrangência do futuro artigo 48/2 do TUE depende da adopção de uma de duas premissas, em alternativa: se se pender para uma compreensão pactícia do fundamento da União, a norma terá eficácia retroactiva, podendo os Estados-membros anular dimensões da integração existentes à data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa; pelo contrário, se se pender para uma compreensão integracionista do fundamento da União, então à norma deverão ser apenas reconhecidos efeitos *ex nunc*, ressalvando-se o acervo constituído até à data de entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Na verdade,

a aceitar-se a primeira postura, a desconstrução da empresa comunitária poderá ir até à total descaracterização[14] – mas sempre, obrigatoriamente, com a anuência dos Estados-membros, uma vez que as alterações relevantes são aprovadas em CIG, de comum acordo, e só entram em vigor após ratificação nos termos das disposições constitucionais de cada Estado-Membro.[15]

Anote-se um argumento que milita no sentido desta tese. Enquanto o artigo 4/2 do TCE dispõe hoje – na fórmula que ganhou em 1993, com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht – que a acção da Comunidade em sede de política monetária "implica a fixação irrevogável das taxas de câmbio conducente à criação de uma moeda única", a nova redacção que resultará da entrada em vigor do Tratado de Lisboa reduz este segmento a "(...) essa acção implica uma moeda única, o euro (...) – futuro artigo 119/2 do TFUE. Destarte, a redacção do artigo 48/2 do TUE – bem como uma leitura sistemática do Tratado, do qual se retira que, em domínios fundamentais para a soberania dos Estados (fiscal; penal; orçamental) – aponta para que os Estados têm nas mãos as rédeas do processo de integração. Esta afirmação adquire significação maior no âmbito do procedimento de revisão dos tratados institutivos, nomeadamente na autorização de regressão contida no artigo 48/2. Ou seja: a União será *tudo* aquilo e *só* aquilo que os Estados-membros quiserem dela *ir fazendo*.[16]

Refira-se, por último, que se a nova redacção do artigo 48 do TUE não deixa dúvidas quanto a este princípio da disponibilidade do acervo – ainda que a involução possa transmutar a União Europeia num substrato impensável pelos *founding fathers* (mas estaria o estádio actual nas suas mentes...?) –, a teoria da uniformidade de aplicação do Direito da União continua a ancorar-se firmemente no princípio da cooperação leal (futuro artigo 4/3 do TUE).[17] A União não perde, portanto, a dimensão interna – se assim se lhe pode chamar – da lógica integracionista. No que respeita ao direito derivado, ele é obrigatório para todos os Estados-membros (ressalvados os períodos transitórios), indivisível e inegociável na sua vinculatividade, enquanto se mantiver em vigor, sob pena de perseguição judicial do Estado incumpridor através da acção por incumprimento (cfr. os futuros artigos 258 segs do TFUE). E os novos aderentes devem aceitar o estádio de integração na sua globalidade, não sendo admitidas reservas (pelo menos quanto ao respeito pelos valores inscritos no artigo 2 do TUE, em sede de competências exclusivas e partilhadas; já não assim no plano das matérias objecto de cooperações reforçadas – cfr. o artigo 20/4 do TUE).

14 Sendo certo que existindo agora expressamente o direito de saída, os Estados-membros confrontados com um grau de insatisfação crescente face à involução da União, poderão exercê-lo, desligando-se do projecto.

15 O dispositivo previsto no futuro artigo 48/5 não infirma esta conclusão – pelo contrário. Caso a revisão seja aceite por 4/5 dos Estados e alguns (poucos) não tenham ainda conseguido obter a ratificação ao cabo de dois anos após a assinatura, o tratado de revisão não entra imediatamente em vigor, antes se remete para o Conselho Europeu a consideração de soluções para ultrapassar o impasse...

16 Esta afirmação não anula, pensamos, a obrigação de renegociação ou mesmo desvinculação de anteriores compromissos internacionais assumidos por um novo Estado aderente, nos termos do artigo 307 do TCE (que passará o ser o artigo 351 do TFUE), por forma a não obstar à prossecução dos objectivos da União e à uniforme aplicação do Direito desta.

17 Que prevalece, mesmo no caso de o Estado-membro se encontrar suspenso – cfr. o futuro artigo 7/3, § 2º, do TUE.

Tecidas estas breves considerações gerais sobre o cenário posterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, passaremos agora a identificar, de forma mais particularizada mas forçosamente selectiva, algumas das soluções introduzidas por este instrumento de revisão dos tratados. Por questões de clareza expositiva, decidimos desdobrar o texto, em primeiro lugar, em dois segmentos: o das novidades e o das adaptações/melhoramentos. Em segundo linha, e dentro de cada um destes pontos, descreveremos as alterações consoante elas se insiram no TUE ou no TFUE (cuja dupla manutenção só é explicável pela tentativa de *descolagem* do Tratado constitucional), entrecruzando com estes os Protocolos anexos, quando tal se justificar.

2.1. As inovações

Como novidades relativamente ao actual estado de coisas, o Tratado de Lisboa implicará:

I. No TUE

a) A adesão da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, desde há muito projectada,[18] decorre expressamente do futuro artigo 6/2 do TUE. Esta adesão terá que ser precedida, por um lado, de um acordo que permita ultrapassar a cláusula (implícita) de reserva de ratificação a Estados, que decorre da impossibilidade de outras entidades que não Estados aderirem ao Conselho da Europa (cfr. o artigo 4 do Estatuto do Conselho da Europa) e, consequentemente, caso queira, ratificar a Convenção e os seus Protocolos, sujeitando-se consequentemente à jurisdição obrigatória do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Por outro lado, e tal como é ressalvado no Protocolo relativo à adesão da União à CEDH, anexo ao TUE, o acordo de adesão deverá conter disposições que rejam a articulação entre os Tribunais de ambas as instâncias – *maxime*, entre o Tribunal de Justiça da União Europeia (=TJUE) e o Tribunal de Estrasburgo (=TEDH) –, bem assim como mecanismos que permitam identificar correctamente a parte passiva dos recursos interpostos por Estados terceiros ou particulares.

Deste Protocolo consta uma norma que reserva o exclusivo da jurisdição sobre qualquer caso que envolva a violação de um direito fundamental por uma medida (legislativa ou administrativa – e jurisdicional?[19]) europeia ao TJUE (cfr. o artigo 3, que remete para o artigo 344 do TFUE). Será curioso observar como, em concreto, se gizará tal articulação – a qual, a nosso ver, só será conforme aos objectivos da Convenção Europeia prevendo a possibilidade de recurso[20] de uma decisão do TJUE para o TEDH sempre que esteja em

18 Refira-se, embora com base numa argumentação "datada" (mas ainda válida, até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa), o Parecer 2/94 do Tribunal de Justiça, de 28 de março de 1996, emitido a pedido do Conselho, sobre a possibilidade de a Comunidade aderir à Convenção.

19 Nomeadamente, com base na afronta do princípio da tutela jurisdicional efectiva, inscrito no artigo 6 da Convenção Europeia.

20 Facto que implicará a interpretação restritiva do artigo 292 do TCE, circunscrevendo-o aos recursos ordinários ou ao primeiro grau de jurisdição num determinado litígio. Repare-se que uma interpretação literal

causa a violação, através de uma medida de Direito da União, de um direito fundamental reconhecido nos termos da Convenção, ainda que não previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Tais recursos serão, todavia, previsivelmente escassos, na medida em que o padrão de referência, em sede de salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus por parte das instituições europeias, fruto da jurisprudência do Tribunal de Justiça, já se reporta à Convenção Europeia, que influenciou, por seu turno, o elenco inscrito na Carta;[21]

b) O carácter vinculativo da Carta dos Direitos Fundamentais é afirmado no que passará a ser o artigo 6/1 do TUE. Este *upgrade* da Carta, que neste momento tem mera eficácia interpretativa e integrativa acrescenta muito pouco ao *status quo* actual, em que o TJCE constrói o referente de protecção dos direitos fundamentais a partir das tradições constitucionais dos Estados-membros e da Convenção Europeia. É certo que, nos termos do artigo 52/3 da Carta, quando haja correspondência entre direitos nela previstos e direitos consagrados na CEDH, o mandato interpretativo é no sentido de respeitar o nível de protecção mais elevado. Mas essa já é a orientação das instâncias comunitárias.[22]

Perplexidade (e inquietação) provoca a referência ao direito de protecção de dados pessoais no futuro artigo 16 do TFUE: *primo*, porque constitui uma duplicação relativamente ao direito consagrado no artigo 8 da Carta, neutralizando, de alguma sorte, o sentido da consagração da sua vinculatividade; *secundo*, porque, no confronto com o futuro artigo 39 do TUE (no qual se plasma idêntico direito), percebe-se que enquanto o conteúdo do primeiro está sujeito ao procedimento legislativo ordinário, que envolve a participação do Parlamento Europeu na adopção do regime, já o conteúdo do segundo fica nas mãos do Conselho – que delibera por maioria simples! A diferença residirá em que o direito a que se reporta o artigo 16 do TFUE envolve a protecção de dados de cidadãos europeus *dentro* do espaço da União, enquanto o segundo pode veicular, por decisão do Conselho, a transmissão desses dados a *terceiros* Estados...

Uma outra nota negativa nesta sede prende-se com a derrogação reflexa relativamente à Polónia e ao Reino Unido, no que toca à aplicação dos direitos de solidaridariedade contidos no Título IV da Carta[23] – assim o dita um dos Protocolos anexo ao Tratado de Lisboa.[24] Na verdade, o que está aqui em causa é impedir os cidadãos europeus de sindi-

da norma citada veda, não só a apreciação do caso por qualquer outro tribunal não comunitário, em primeira instância, como a sua apreciação em via de recurso — que sempre será o caso nos termos da Convenção Europeia, uma vez que se estabelece o princípio da exaustão dos recursos ordinários.

21 No sentido da não só desejável como necessária articulação entre o TJCE e o TEDH no domínio dos direitos fundamentais, Maria Luísa DUARTE, **União Europeia e Direitos Fundamentais...,** *cit.*, pp. 405 segs.

22 Desenvolvidamente sobre este ponto, Maria Luísa DUARTE, **União Europeia e Direitos Fundamentais...,** *cit.*, pp. 281 segs.

23 Esta derrogação é tanto mais chocante quando se lê a Declaração nº 62 anexa à Acta Final: "A República da Polónia declara que, tendo em conta a tradição do movimento social *Solidariedade* e o seu contributo significativo para a luta pelos direitos sociais e laborais, respeita inteiramente os direitos sociais e laborais consagrados no direito da União, e em especial os que são reafirmados no Título IV da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia".

24 Protocolo relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido.

car, em tribunais desses Estados-membros, o potencial garantístico de determinada medida legislativa europeia, elaborada à sombra da Carta, em face de medidas nacionais que degradem o nível de protecção – ou mesmo que neguem qualquer tipo de protecção dessa pretensão subjectiva. A solidariedade fica, assim, duplamente posta em causa: em face dos cidadãos que recorram aos tribunais britânicos e polacos, e em face da União, que abre uma excepção ao princípio da aplicação uniforme do seu direito... É de lamentar este desvio a valores fundamentais do Estado de Direito democrático, cujo respeito, nos termos do futuro 7 do TUE, constitui pressuposto da participação plena dos Estados-Membros na integração europeia;[25]

c) A anulação do desdobramento perverso entre União e Comunidade reforça o estatuto da União como actor internacional, em todas as vertentes de acção promovida no plano europeu – e já não apenas no domínio da política de defesa. A União conta, entre os seus objectivos, com a política de relações externas, apresentada no nº 5 do futuro artigo 3 do TUE e com amplo desenvolvimento na nova Parte V do TFUE (futuros artigos 205 e segs). Trata-se, sobretudo, de uma rearrumação, mas destacam-se dois novos matizes:

i) em primeiro lugar, a referência, constante do futuro artigo 8 do TUE, às "relações privilegiadas com países vizinhos, a fim de criar um espaço de prosperidade e boa vizinhança, fundado nos valores da União e caracterizado por relações estreitas e pacíficas, baseadas na cooperação" (nº 1). Este dispositivo aponta para a celebração de acordos de associação (mecanismo com sede actual no artigo 310 do TCE (e também 181A/2 e 3 do TCE) e que passará a ser regulado pelo artigo 218/6/a), i) e 8, do TFUE, o qual implica a aprovação do Parlamento Europeu e a unanimidade no Conselho quanto à celebração do acordo(com os países fisicamente mais próximos das fronteiras externas da União, no que parece poder vir a constituir uma eventual forma de compensar certos Estados (*maxime*, a Turquia, ou mesmo Marrocos) pela não viabilização de adesão à União (quer por razões políticas,[26] quer por motivos de operacionalidade de funcionamento da União);

ii) em segundo lugar, a inscrição das acções de ajuda humanitária no domínio da actuação da União no plano da política externa. Estas acções, estabelece o futuro artigo 214/1 do TFUE, "têm por objectivo, pontualmente, prestar assistência, socorro e protecção às populações dos países terceiros vítimas de catástrofes naturais ou de origem humana, de modo a fazer face às necessidades humanitárias resultantes dessa diferentes situações". A actuação concertada de União e Estados-membros inclui mesmo, a título de instrumento de maximização dos esforços convergentes no contexto europeu, a criação de um Corpo Europeu de Voluntários para a Ajuda Humanitária (artigo 214/5), a actuar em articulação com as instituições integradas na Organização das Nações Unidas.

---

25 (Mau) Exemplo seguido (embora não chegando ao extremo de solicitar uma derrogação) pela República Checa que, na Declaração nº 53 anexa à Acta Final, fez questão de ressalvar que "o disposto na referida Carta apenas tem por destinatários os Estados-membros quando estes põem em execução do direito da União, e não quando adoptam e põem em execução disposições de direito nacional independentemente do direito da União".

26 Resta saber se a necessidade de respeito pelos "valores da União" não impedirá a celebração de alguns destes acordos. Cfr. também os actuais artigos 6/1 e 7 do TUE, que prevêem a aplicação de sanções a Estados-membros que desrespeitem os valores da democracia, da protecção dos direitos fundamentais e do Estado de Direito.

d) A dimensão participativa da democracia é uma preocupação dos Estados-membros bem patente no Tratado de Lisboa. Quiçá pelo desgaste dos mecanismos de democracia representativa, demasiado enfeudados aos partidos políticos, ou também por força de um défice de desinteresse crescente, uma espécie de *mal vivencial* da época, é comum a afirmação – atestada por continuados inquéritos junto da opinião pública europeia – de que a Europa está "longe das pessoas", que se lhes apresenta como uma estrutura pesada, fechada, intensamente burocratizada e cruelmente desligada dos problemas do cidadão concreto. Tentando inverter esse cenário, o novo Tratado aposta no reforço da democracia participativa, como "forma de promover a boa governação" (futuro artigo 15/1 do TFUE), introduzindo formas de concretização desta. É assim que se explica a abertura ao público das reuniões do Conselho que visem a adopção de actos legislativos (futuro artigo 16/8 do TUE),[27] a obrigação da Comissão promover consultas públicas das partes interessadas numa qualquer medida da União em projecto (futuro artigo 11/3 do TUE) e, em especial, o reconhecimento de um direito de pré-iniciativa legislativa aos cidadãos europeus junto da Comissão (futuros artigos 11/4 do TUE, e 24, § 1º, do TFUE), a regulamentar pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho. Estas "iniciativas de cidadania" devem reunir, pelo menos 1 milhão de cidadãos de um "número significativo" de Estados-membros – pressupostos que poderão dificultar a actuação deste direito;

e) O propalado "défice democrático" no seio da União, progressivamente reduzido desde a revisão promovida pelo Acto Único Europeu mas ainda suficientemente ilustrado pelo facto de o Parlamento Europeu não poder fazer prevalecer a sua vontade *positiva* sobre o Conselho, tende a ser minimizado através da associação dos Parlamentos nacionais ao procedimento legislativo, nomeadamente quanto ao controlo da necessidade da medida legislativa a adoptar pela União, nos termos dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Com efeito, o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade anexo ao Tratado de Lisboa confere a 1/3 dos Parlamentos nacionais a prerrogativa de forçar a reanálise do acto legislativo projectado através da emissão, num prazo de oito semanas, de pareceres fundamentados no sentido da inadequação da adopção do acto em face daqueles princípios (cfr. o artigo 7/2).

Em qualquer caso, ainda que tal percentagem não esteja reunida, os pareceres emitidos deverão sempre ser "tidos em conta" pelos autores das propostas e, mesmo que não venham a surgir quaisquer objecções, durante as oito semanas referidas, e salvo casos urgentes devidamente fundamentados, o procedimento legislativo fica suspenso. Talvez seja caso para dizer que o que se ganhará em democraticidade entorpecer-se-à muito provavelmente em lentidão...

Este dever de informação, bem mais intenso do que no estádio actual, vincula identicamente a Comissão a enviar aos Parlamentos nacionais os seus documentos de consulta, o programa legislativo anual e quaisquer outros instrumentos de programação legislativa e política, conforme dispõe o artigo 1 do Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos

27 Frise-se que, actualmente, o TCE impõe a publicitação dos resultados das votações e de todas as declarações proferidas nesse âmbito sobre as medidas legislativas adoptadas pelo Conselho, nos termos do artigo 207/3, *in fine*.

nacionais na União Europeia. O mesmo Protocolo cria também um curioso "direito de petição" entre parlamentos nacionais e instituições europeias (Parlamento Europeu, Conselho e Comissão), no sentido de admitir a apresentação de "contributos" através de uma conferência de parlamentos especializada em assuntos da União (artigo 10). Tais contributos não vinculam os parlamentos nacionais.

O disposto nestes Protocolos reforça o papel das assembleias legislativas nacionais, na medida em que se estabelece um contacto imediato entre estas e os órgãos da União – nomeadamente, os autores das propostas legislativas, mesmo quando se trate de propostas apresentadas por Estados-Membros –, dispensando, por conseguinte, a mediação dos Executivos nacionais.[28] No entanto, convém não olvidar que o efeito prático deste mecanismo – no que toca à alteração da relação de forças Parlamento/Governo em cada Estado-membro no contexto da construção europeia – dependerá, em última análise, da conformação do sistema de governo (e do sistema eleitoral) concretamente instituído. Por outras palavras, Estados em que o Governo seja maioritário tenderão a fazer convergir para este (através dos representantes no Conselho) o controlo da observância dos princípios mencionados. Em contraponto, Estados com pulverização da representação parlamentar por vários partidos, nos quais o Governo não detenha a maioria no parlamento poderão maximizar a participação deste, autonomizando posições no contexto europeu;

f) O actual sistema da Presidência do Conselho Europeu, alterada de seis em seis meses, torna difícil assegurar a continuidade dos trabalhos deste órgão, essencialmente político. Com o intuito de conferir uma maior estabilidade à sua actuação, e não querendo pôr em causa o sistema de rotação igualitária (cfr. o futuro artigo 16 do TUE),[29] o Tratado de Lisboa introduz um sistema de eleição do Presidente pelos Estados-membros, cujo mandato se prolonga por dois anos e meio, renovável por um idêntico período (futuro artigo 15/5 do TUE). Se é verdade que a alteração induzirá a coesão e operatividade da actuação do Conselho Europeu, avizinham-se dificuldades na escolha das personalidades que merecerão a confiança dos Estados-membros para o desempenho da função[30] A regra da maioria qualificada nesta eleição pode suavizar estes dilemas;

---

28 Como sucede em Portugal – cfr. o artigo 161º/n) da CRP e o disposto na Lei 43/2006, de 25 de agosto (sobre o acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do processo de construção europeia). Não só a Assembleia está dependente da comunicação do Governo sobre propostas legislativas pendentes de aprovação no Conselho em matérias da sua competência reservada (e só desta), como os termos da sua pronúncia se resumem a um mero parecer, sem quaisquer efeitos vinculativos da posição do Governo em face da União (nomeadamente, quanto ao sentido do voto no Conselho).
A entrada em vigor do Tratado de Lisboa e dos seus Protocolos obrigarão à alteração da Lei 43/2006, bem como (eventualmente) à supressão do artigo 161º/n) da CRP do adjectivo "reservada" (caso se pretenda alargar a faculdade de consulta a outras áreas).

29 Nos termos da Declaração nº 9 anexa à Acta Final, o Projecto de decisão do Conselho Europeu relativo à Presidência do Conselho prevê que esta seja assegurada por grupos pré-determinados de três Estados-membros durante um período de 18 meses, com base num sistema de rotação igualitária e com respeito pela diversidade e equilíbrios geográficos da União.

30 Nos termos da Declaração nº 6 anexa à Acta Final, "Na escolha das pessoas chamadas a ocupar as funções de Presidente do Conselho Europeu, de Presidente da Comissão e de Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, deverá ter-se na devida conta a necessidade de respeitar a diversidade geográfica e demográfica da União e dos Estados-membros".

g) Desde 1992, com a assinatura do Tratado de Maastricht, que a União Europeia acalenta o sonho de vir a constituir a estrutura de suporte de uma política de defesa europeia comum, *maxime* através da formação de um exército europeu, composto por efectivos dos Estados-membros. Na verdade, trata-se de uma aspiração antiga, que quase deitava a perder o projecto europeu – recorde-se o fracasso da Comunidade Europeia de Defesa, em 1954, que arrastou consigo o projecto de Comunidade Política Europeia. A matéria é sensível e foi "acantonada" num reduto de intergovernamentalidade, no qual as decisões são inapelavelmente tomadas por unanimidade,[31] tendencialmente insusceptíveis de constituirem actos legislativos (apenas acções comuns e posições comuns), e isentas do controlo das instâncias jurisdicionais (cfr. o artigo 46 do TUE). A política de defesa comum é de definição gradual, envolve uma cooperação entre Estados-membros em matéria de armamento e não dispensa a articulação com a Organização do Tratado do Atlântico Norte e com a Organização das Nações Unidas, mormente com o Conselho de Segurança (cfr. os artigos 17 e 19 do TUE).

Na realidade, o artigo 17/4 do TUE já abre a porta a formas de cooperação mais intensa entre dois ou mais Estados-membros neste âmbito – mas as cooperação reforçadas estão excluídas (cfr. o artigo 27B, 2ª parte do TUE). Também é certo que, no contexto da política de defesa comum, a União, através de acções comuns, pode promover intervenções operacionais no plano de missões humanitárias, de manutenção da paz ou mesmo de gestão de crises (que vinculam os Estados-membros de forma activa, caso tenham votado favoravelmente, e passiva, caso se tenham abstido, devendo, por solidariedade, retrair-se de qualquer actuação comprometedora dos objectivos da decisão – cfr. os artigos 14/3 e 23/1 do TUE). Porém, trata-se de situações particularizadas, casuisticamente abordadas, sem estruturação permanente.

Com o Tratado de Lisboa, este cenário pode vir a alterar-se radicalmente – embora sempre sob um controlo apertado dos Estados-membros. Já acima (*supra*, **II.2.***c)* (tivemos oportunidade de aludir à nova figura da cooperação estruturada permanente, a qual se insere no específico domínio da política de defesa comum e se liga à disponibilidade, pela União, de uma "reserva única de forças" (conforme prevê o 2º considerando do Preâmbulo do Protocolo relativo à cooperação estruturada permanente, sediada no artigo 42 do Tratado da União Europeia). Sob a égide da Agência Europeia de Defesa, entidade que coordenará os esforços de cooperação,[32] os Estados-Membros que integrarem estas cooperações estruturadas permanentes deverão, entre outros objectivos, concertar as estratégias de investimento em equipamentos de defesa; aproximar os seus instrumentos de defesa, colocando em comum e especializando o seus meios e capacidades de defesa; incrementar a colaboração no plano da formação e da logística; participar no desenvolvimento de programas comuns de grandes equipamentos; "tomar medidas concretas para reforçar a dis-

31 O disposto no artigo 23/2, § 2º, do TUE, só confirma esta afirmação. Ver também o artigo 24/5 do TUE.

32 De acordo com o futuro artigo 45/2 do TUE, a participação dos Estados-membros na Agência é independente da sua integração numa cooperação estruturada permanente. Por decisão do Conselho, será determinado o seu estatuto, o local de sede e as regras de funcionamento, que deverão ter em conta o grau de participação efectiva nas suas actividades por parte dos Estados-membros que com ele desejem colaborar.

ponibilidade, a interoperabilidade, a flexibilidade e a capacidade de colocação das suas forças no terreno, identificando, designadamente, objectivos comuns em matéria de projecção de forças, o que poderá passar por uma reapreciação dos respectivos processos de decisão nacionais" (artigo 2 do Protocolo citado).

A evolução destas cooperações – sem número mínimo de participantes; à qual podem aderir posteriormente mais Estados-membros que satisfaçam critérios de participação; da qual podem ser suspensos Estados-membros que deixem de reunir tais critérios (cfr. o futuro artigo 46/4 do TUE) – permitirá ao Conselho Europeu, por unanimidade, determinar a adopção de uma política de defesa comum (cuja assunção recomendará aos Estados-membros, nos termos das suas normas constitucionais – conforme o nº 2 do futuro artigo 42 do TUE). Sublinhe-se, por um lado, que a política de defesa – enquanto domínio dominado pelo método intergovernamental – comporta cooperações a dois títulos: reforçada e estruturada permanente, além da adopção de acções e posições comuns (como do antecedente); por outro lado, a fiscalização das medidas adoptadas nesta área ficará subtraída ao TJUE, salvo quando tais medidas envolverem restrições de direitos de pessoas singulares ou colectivas que possam ser sindicados nos termos do artigo 263, § 4º, do TFUE (sucessor do artigo 230, § 4º, do TCE, com redacção renovada) – futuro artigo 275, § 2º, do TFUE;

h) O procedimento de revisão dos tratados, no qual o Parlamento ganhou poder de iniciativa, é desdobrado em dois: ordinário e simplificado (futuro artigo 48 do TUE).

i) O procedimento ordinário é o mais solene, podendo por sua vez ser desdobrado em razão do alcance das alterações propostas. Assim, caso o volume e relevo destas o justifique, o Conselho Europeu,[33] na decisão que viabiliza a análise das alterações propostas e após consulta ao Parlamento Europeu e à Comissão (e também ao Banco Central Europeu, caso se trate de alterações institucionais no domínio monetário), convoca uma Convenção composta por representantes dos Parlamentos nacionais, dos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membros, do Parlamento Europeu e da Comissão. Esta Convenção analisará os projectos e emitirá uma recomendação dirigida à Conferência de Representantes dos Estados-membros. Caso o volume e relevo das alterações não justifique a convocação da Convenção, o Conselho decide, por maioria simples, não a convocar, sujeitando-se esta decisão a aprovação do Parlamento Europeu. Nessa hipótese, o Conselho Europeu estabelece o mandato da Conferência de Representantes dos Estados-membros, a qual, como na primeira situação, vai definir, de comum acordo, as alterações a introduzir nos tratados e a submeter a ratificação pelos Estados-membros.

Acrescente-se que, se ao cabo de 2 anos após a assinatura, subsistirem Estados-Membros não ratificantes, tendo 4/5 dos restantes já procedido à ratificação, o tratado de revisão não entra em vigor (ao contrário do que sucede, por exemplo, nos Estados Unidos da América, cuja Constituição prevê a entrada em vigor das emendas introduzidas em procedimento de revisão, desde que tenham sido ratificadas por 3/4 dos Estados – artigo V), remetendo-se para o Conselho Europeu uma tomada de posição ("analisa a questão", é a

33 O Conselho Europeu recebe os projectos de revisão, apresentados por Estados-membros, pelo Parlamento ou pela Comissão e remete-os, simultaneamente, ao Conselho, para análise, e aos Parlamentos nacionais, para conhecimento.

fórmula utilizada). Esta é uma marca bem clara no sentido da reafirmação do fundamento contratual da União – como já se observou *supra*;

ii) O procedimento simplificado surge também desdobrado em duas modalidades. De uma banda, o nº 6 do artigo 48 do TUE reporta-se a revisões circunscritas à Parte III do TFUE (*As políticas da União*), não podendo em caso algum implicar aumento de atribuições da União (mas, em contrapartida, pode conduzir a uma redução). Os projectos de alteração são submetidos ao Conselho Europeu que, após consulta ao Parlamento Europeu e à Comissão (e ao Banco Central Europeu, se houver alterações institucionais no domínio monetário), decide por unanimidade.[34] Os Estados-membros deverão ratificar o tratado de revisão nos termos das suas disposições constitucionais. De outra banda, o nº 7 do artigo 48 aponta para um procedimento simplificado tendencialmente cirúrgico, na medida em incidirá tão somente na modificação de uma norma habilitativa (ou da sua utilização, num caso isolado), do TFUE ou do Título V do TUE[35] (*Disposições relativas à política externa e de segurança comum*), no sentido de alterar a regra de votação, de unanimidade para maioria (qualificada), ou o procedimento legislativo, de especial para ordinário (actual procedimento de co-decisão).[36] O Conselho Europeu – por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu e não oposição, manifestada num prazo de seis meses após a notificação da iniciativa de alteração, dos Parlamentos nacionais – decide levar a cabo a alteração (ou derrogação) proposta. Também nesta segunda modalidade de revisão se destaca o incontornável controlo dos Estados-Membros, quer através dos seus Governos, quer dos Parlamentos nacionais (cuja não oposição constitui o sucedâneo da ratificação).

II. No TFUE:

a) O alargamento das zonas de intervenção da União é sensível, mas somente no plano das competências complementares (relativamente a atribuições exclusivas dos Estados-membros). Cumpre, em primeira linha, sublinhar a **clarificação formal** promovida pelo Tratado de Lisboa, assente nos princípios da especialidade ou da competência por atribuição ("...a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-membros lhe tenham atribuído" – futuro artigo 5/2 do TUE), da subsidiariedade e

34 Note-se que, neste processo, não há notificação aos Parlamentos nacionais.

35 Deste procedimento estão excluídas as alterações nos domínios militar e de defesa.

36 Atente-se em que este procedimento de revisão simplificado tem carácter geral e não impede a consagração de procedimentos especiais. Por exemplo, o futuro 192/2, § 2º, do TFUE admite a alteração do procedimento de aprovação de medidas relacionadas com matérias conexas com a política de ambiente (medidas fiscais; ordenamento do território; gestão de recursos hídricos; afectação de solos), através de um procedimento de revisão?/derrogação? que difere do previsto no artigo 48/7. Neste caso, existe uma clara diminuição do poder de controlo dos Parlamentos nacionais, pois falha o dever de notificação e a prerrogativa de oposição conferida pelo artigo 48, e nem pelo teste de subsidiariedade essa falha é colmatada: *primo*, porque de acordo com o artigo 48/7, uma oposição de um Parlamento nacional basta para bloquear a alteração proposta – enquanto nos termos do Protocolo sobre a aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, torna-se necessário reunir 1/3 de pareceres desfavoráveis para que o projecto de medida legislativa seja reanalisado (não necessariamente rejeitado); *secundo*, porque mesmo o teste da subsidiariedade parece afastado desta situação, na medida em que não se trata propriamente de uma decisão materialmente legislativa, mas puramente operativa, procedimental.

da proporcionalidade (futuro artigo 5 do TUE, e Protocolo relativo à aplicação destes princípios, já mencionado), e desenvolvido nos futuros artigos 2 e segs. do TFUE.

Com efeito, a revisão promovida pelo Tratado de Lisboa terá um efeito potencialmente simplificador da identificação dos limites de intervenção da União (que, actualmente, se descortina através da análise das normas habilitativas, em sede de cada política, e dos procedimentos de decisão nelas previstos), uma vez que distingue atribuições exclusivas, partilhadas e complementares (futuros artigos 3, 4 e 6 do TFUE, respectivamente). A política económica fica "entalada" entre as atribuições partilhadas e complementares, parecendo, no entanto, pender mais para adquirir a natureza das primeiras, uma vez que se reconhece à União – ao Conselho – competência para ditar orientações gerais nessa sede (cfr. o futuro artigo 5 do TFUE).

Gostaríamos de destacar quatro aspectos:

- Ao futuro artigo 2/1 do TFUE está subjacente a lógica da transferência de atribuições – e não da "mera" delegação. "Quando os tratados atribuam à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos" – dispõe a norma citada. Os Estados-membros abdicam de tais atribuições enquanto integram a União (e, note-se, enquanto não decidirem, de comum acordo, retirar-lhas, através de uma revisão do Tratado), não podendo interferir, através das instâncias nacionais, na conformação de medidas legislativas que as implementem. Para as retomarem a título individual terão que sair da União, direito que passará, como vimos, a ser reconhecido *de jure* com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa;

- A repartição de atribuições assenta numa lógica federal clássica, com eco no artigo X do *Bill of Rights* norte-americano de 1789/1791, que introduz os primeiros dez aditamentos à Constituição de 1776.[37] Nos termos do princípio da competência por atribuição, "as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-membros" (futuro artigo 4/1 do TUE);

- A zona de confluência constituída pelas atribuições partilhadas é, em primeira linha, dominada pelo princípio da subsidiariedade. A intervenção da União pauta-se por uma lógica de preempção, conquanto reversível (precisamente por força da dinâmica imposta pela subsidiariedade) e sectorial. Na realidade, por um lado, "Os Estados-membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua. Os Estados-membros voltam a exercer a sua competência na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua" (futuro artigo 2/2 do TFUE).[38] Por outro lado, nos termos do Protocolo relativo ao exercício das competências partilhadas, "quando a União toma medidas num determinado domínio, o âmbito desse exercício de competências apenas abrange os elementos regidos pelo acto da União em causa e, por conseguinte, não

37 *"Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição nem proibidos por ela aos Estados, são reservados, respectivamente, aos Estados, ou ao povo".*

38 Nos termos da Declaração nº 18 anexa à Acta Final (§ 2º), "O Conselho, por iniciativa de um ou mais dos seus membros (representantes dos Estados-membros) e em conformidade com o artigo 208 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pode solicitar à Comissão que apresente propostas com vista à revogação de actos legislativos".

abrange o domínio na sua totalidade" (artigo único). Estas normas traduzem claros "travões" à voragem competencial da União;

- A associação entre o modelo de atribuição e repartição de atribuições dos Estados-membros à União e o modelo federal é cristalino. Contudo, parece haver um pendor para um *federalismo de tipo horizontal*, com divisão estanque entre atribuições da União e atribuições estaduais, que acaba por reforçar a autonomia dos Estados-membros em face da União. Esta autonomia é depois perturbada por dois factores: por um lado, a grande amplitude de intervenção da União, sobretudo no plano das atribuições partilhadas (e ainda que à prova do princípio da subsidiariedade) – que reduz o domínio de intervenção estadual; por outro lado, a admissão de zonas de intervenção complementar, de incentivo e de coordenação de objectivos, por parte da União (cfr. o futuro artigo 6 do TFUE), na qual a lógica é muito mais aparentada aos modelos de *federalismo vertical* (aqui, a atribuição é verticalmente partilhada, mas o grau de intervenção é diverso – de coordenação ao nível da entidade central, de desenvolvimento ao nível dos entes federados).

b) A extensão competencial é particularmente nítida no campo das atribuições em que a União exercerá uma intervenção complementar, mas também no domínio das atribuições partilhadas há novidades. Identifiquêmo-las sumariamente, agora de um **ponto de vista** sobretudo **material**:

α Ao nível das atribuições partilhadas:

i) A política de ambiente surge aliada ao combate contra as alterações climáticas, uma das maiores preocupações da União Europeia nos últimos anos (cfr. o quarto travessão do nº 1 do futuro artigo 191 do TFUE). Deve relevar-se, neste ponto, os esforços promovidos pela União no sentido da sensibilização mundial para o problema do aquecimento global e para a necessidade de redução das emissões para a atmosfera dos fases com efeito de estufa, através da ratificação do Protocolo de Quioto e da fixação do ambicioso objectivo de redução das emissões em 20% até 2020;

ii) Estreitamente conexa com a luta contra as alterações climáticas posiciona-se a política de energia, agora expressamente assumida como política partilhada na alínea i) do futuro artigo 4 do TFUE, e merecedora de um novo Título XXI na Parte III do TFUE. A adopção, por parte da Comunidade, de medidas no domínio da energia, ancora-se presentemente, na falta de disposição expressa, ou no artigo 308 do TCE em articulação com a livre circulação de produtos, ou no artigo 175/2/c) ou nº 1 do TCE – disposição que serviu de base à emissão da *Green Electricity Directive* (directiva 2001/77/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro, sobre produção de electricidade a partir de fontes de energia renováveis). O novo Título retoma a articulação entre Energia e Ambiente, quer no corpo do nº 1 do futuro artigo 194 do TFUE, quer na alínea c), que apela à adopção de medidas no âmbito da eficiência energética e do desenvolvimento das energias renováveis.

Apesar da delicadeza que a matéria revela – e que tem obstado à afirmação clara de uma política comunitária da energia –, dada a forte intersecção entre geração de energia e utilização de recursos naturais estaduais, o consenso gerado permitirá a consagração da

competência da União para tomar medidas através do procedimento legislativo ordinário (co-decisão), após consulta aos Comités Económico e Social e das Regiões. Certamente a necessidade de reforçar a posição externa da União perante actores como a Rússia conduziu a este consenso, passando a União a poder interferir em domínios como o funcionamento do mercado da energia e a salvaguarda do aprovisionamento energético no espaço europeu. Aliás, o artigo 100/1 do TCE será alterado no sentido de, entre as medidas de política económica de gestão de crises de abastecimento de certos produtos, contemplar justamente aquelas tendentes a combater dificuldades graves no domínio da energia (futuro artigo 122/1 do TFUE);

iii) Os desafios da sociedade de risco implicam a possibilidade de actuação mais intensa da União em matéria de protecção da saúde pública (relembre-se apenas a "crise das vacas loucas", ou a ameaça latente da "gripe das aves"). Embora a protecção da saúde faça parte do elenco de atribuições desenvolvidas a título complementar (futuro artigo 6/a) do TFUE), o Tratado de Lisboa colocou em comum, na modalidade de atribuição partilhada, a salvaguarda da segurança sanitária. Concomitantemente, o futuro artigo 168 do TFUE passará a prever a adopção, através do procedimento legislativo ordinário (co-decisão) e após consulta dos Comités Económico e Social e das Regiões, de medidas de harmonização no âmbito da qualidade e segurança dos órgãos e substâncias de origem humana, sangue e derivados de sangue, bem como nos domínios veterinário e fitosanitário que tenham directamente por objectivo a protecção da saúde pública;

iv) A progressiva comunitarização da cooperação em matéria de Justiça e Assuntos Internos, desencadeada pelo Tratado de Amesterdão, redunda na assunção da política de construção do espaço de liberdade, segurança e justiça como atribuição partilhada, na alínea j) do futuro artigo 4/2 do TFUE, desenvolvida no Título V da Parte III,[39] futuros artigos 67 e segs do TFUE. É neste contexto que surgem:

- as alusões a uma política comum de vistos (futuro artigo 77 do TFUE), a uma política comum em matéria de asilo, de protecção subsidiária e de protecção temporária (futuro artigo 78 do TFUE) – no âmbito da qual se prevê a possibilidade de o Conselho, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, tomar medidas provisórias a favor de Estados-membros que se vejam confrontados com afluxo inusitado de nacionais de países terceiros –, a uma política comum de imigração (futuro artigo 79 do TFUE), que engloba aspectos como o estabelecimento de condições de entrada e residência de nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros e da definição dos seus direitos, como o combate à imigração clandestina e à residência ilegal, como a luta contra o tráfico de seres humanos. Todas estas políticas, trilhadas desde o Tratado de Amesterdão, se traduzem em medidas aprovadas pelo Parlamento e pelo Conselho nos termos do procedimento legislativo ordinário e, no caso da política de imigração, a legislação da União "não afecta o direito de os Estados-membros determinarem os volumes de admissão de nacionais de países terceiros, provenientes de países terceiros, no respectivo território,

39 Refira-se a exclusão da Dinamarca da participação na adopção das medidas incluídas neste Título (embora possa requerer a sua participação posteriormente, ou manifestar a adesão a uma medida), por força do novo Anexo ao Protocolo relativo à posição da Dinamarca.

para aí procurarem trabalho, assalariado ou não assalariado (futuro artigo 79/5 do TFUE). A execução destas políticas rege-se pelo princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-membros (futuro artigo 80 do TFUE);

- as referências à cooperação judiciária em matéria civil (futuro artigo 81 do TFUE), que envolve, por exemplo, o reconhecimento mútuo entre os Estados-membros de decisões judiciais e extrajudiciais e respectiva execução, a cooperação em sede de obtenção de meios de prova, o acesso à justiça, o desenvolvimento de métodos alternativos de resolução de litígios, através de medidas aprovadas pelo Parlamento e pelo Conselho utilizando o procedimento legislativo ordinário e podendo implicar a aproximação (não harmonização) de legislações desde que tal seja necessário para assegurar o bom funcionamento do mercado interno (nºs 1 e 2 do futuro artigo 81 do TFUE). Realce-se que quando alguma destas medidas diga respeito ao direito da família e tenha incidência transfronteiriça (relativamente às fronteiras externas da União), o Conselho delibera por unanimidade após consulta ao Parlamento Europeu (nº 3 do futuro artigo 81 do TFUE);

- as disposições em sede de cooperação judiciária em matéria penal contemplam identicamente a competência da União para definir regras de reconhecimento de todas as formas de sentenças e decisões judiciais, bem como a prevenção de conflitos de jurisdição e a promoção da cooperação entre as autoridades judiciárias no âmbito da investigação e da acção penal (cfr. o futuro artigo 82 do TFUE). O Parlamento Europeu e o Conselho, que intervêm aqui no âmbito do procedimento legislativo ordinário, podem identicamente aprovar medidas de harmonização legislativa tendentes à fixação de regras mínimas sobre: a admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-membros; os direitos individuais em processo penal; os direitos das vítimas da criminalidade; outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho deliberando por unanimidade após aprovação do Parlamento Europeu (futuro artigo 82/2 do TFUE).

Ressalve-se que, nos termos do nº 3 do futuro artigo 82 do TFUE, qualquer directiva que algum Estado-membro considere afectar aspectos fundamentais do seu sistema penal pode ser submetida, por esse Estado, a apreciação pelo Conselho Europeu, acarretando a suspensão do procedimento legislativo ordinário por quatro meses. Caso haja acordo até ao fim desse prazo, a directiva é adoptada pelo Conselho; caso não haja acordo, das duas uma: ou pelo menos nove Estados-membros se pronunciam no sentido da prossecução dos objectivos da directiva através de uma cooperação reforçada, notificando dessa intenção o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão e considerando-se concedida a autorização para o fazerem; ou o dissenso não permite gerar uma minoria de implementação da cooperação reforçada e o procedimento legislativo extingue-se.

O estabelecimento de regras mínimas no domínio penal, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho através do procedimento legislativo ordinário, pode estender-se ainda mais: em primeiro lugar, às infracções penais e sanções nos domínios da criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça (terrorismo, tráfico de seres humanos, exploração sexual de mulheres e crianças; tráfico de droga e de armas; branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada – e outras que o Conselho venha a identificar, por unanimidade e após consulta ao Parlamento Europeu – futuro artigo 83/1 do TFUE); em segundo lugar, "sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-mem-

bros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de directivas regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções no domínio em causa" (futuro artigo 83/2).[40] Também aqui se verifica salvaguarda idêntica à prevista no futuro artigo 82/3 do TFUE, quanto à possibilidade de afectação de aspectos fundamentais do sistema penal dos Estados-membros e à intervenção do Conselho Europeu.

No âmbito da cooperação em matéria penal cumpre ainda fazer referência, por um lado, à EUROJUST, estrutura de cooperação entre os Estados-membros com vista à coordenação de investigações penais em matéria de criminalidade grave que afectem dois ou mais Estados ou que exijam o exercício da acção penal assente em bases comuns (futuro artigo 85 do TFUE) e, por outro lado, a criação, a partir da EUROJUST, de uma Procuradoria Europeia, por deliberação do Conselho, por unanimidade após aprovação do Parlamento Europeu, com intervenção do Conselho Europeu caso não se reuna a unanimidade ou, em último caso, através da implementação de uma cooperação reforçada entre pelo menos nove Estados-membros (futuro artigo 86/1 do TFUE). Uma vez constituída, a Procuradoria terá por finalidade a investigação e perseguição judicial, perante os tribunais nacionais, dos autores e cúmplices das infracções lesivas dos interesses financeiros da União determinadas no regulamento institutivo. Caso o Conselho, por unanimidade e após aprovação do Parlamento Europeu e consulta à Comissão, decida estender o âmbito de actuação da Procuradoria à criminalidade grave com dimensão transfronteiriça, pode fazê-lo, simultaneamente à criação ou posteriormente.

Finalmente, no campo da cooperação policial, os futuros artigos 87 e segs. do TFUE traçam uma evolução idêntica à registada em sede de cooperação judiciária penal. Trata-se de reforçar a cooperação entre as autoridades policiais dos Estados-Membros, que contará com a coordenação através da EUROPOL. Nos termos do futuro artigo 88 do TFUE, esta estrutura, criada por regulamento do Parlamento e Conselho, aprovado de acordo com o procedimento legislativo ordinário, terá intervenção nos domínios do terrorismo, da criminalidade grave e da criminalidade que afecte um interesse comum objecto de uma política da União. As suas funções podem incluir, quer a recolha e tratamento de informações fornecidas pelas autoridades dos Estados-membros ou de Estados terceiros, quer a coordenação e realização de investigações e operações juntamente com as autoridades dos Estados-membros, eventualmente em articulação com a EUROJUST. Sublinhe-se que "a aplicação de medidas coercivas releva exclusivamente das autoridades nacionais competentes" (nº 3 do artigo 88), e que a competência jurisdicional do Tribunal de Justiça para

40 Esta norma permitirá resolver a dúvida de saber se, ao prever a existência de uma política comum, o Tratado pressupõe a possibilidade de a União lançar mão de todos os meios, inclusive a harmonização em matéria penal, para assegurar a consecução dos objectivos fixados. A questão colocou-se recentemente em sede ambiental, e o Tribunal de Justiça pronunciou-se – muito embora algo elipticamente no que respeita à fundamentação – no sentido da admissibilidade da extensão. Cfr. Maria Luísa DUARTE, **Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia**, *in Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, II, Coimbra, 2006, pp. 357 segs; e o nosso **Jurisprudência dirigente ou vinculação à Constituição? Pensamentos avulsos sobre o Acórdão do TJCE de 13 de Setembro de 2005**, *in RMP*, nº 107, 2006, pp. 213 segs.

fiscalizar a validade ou a proporcionalidade destas medidas está expressamente excluída (futuro artigo 276 do TFUE).

Não podemos terminar este ponto dedicado ao espaço de liberdade, segurança e justiça sem chamar a atenção para duas normas, que aqui surgem "fora de ordem", uma vez que estão incluídas nas "Disposições gerais" deste Título V. A primeira consta do futuro artigo 71 do TFUE, e diz respeito à constituição de um Comité Permanente para a promoção e reforço da cooperação operacional em matéria de segurança interna – uma superestrutura de controlo ao nível europeu. A segunda inscreve-se no futuro artigo 75 do TFUE, e dota Parlamento e Conselho da competência de aprovação, através do procedimento legislativo ordinário, de medidas administrativas relativas aos movimentos de capitais e aos pagamentos como o congelamento de fundos, de activos financeiros ou outros ganhos pertencentes a pessoas singulares ou colectivas, desde que não estatais, uma vez verificada a indispensabilidade de tais medidas no contexto da prevenção do terrorismo e actividades associadas.

β. Ao nível das competências complementares

i) O futuro artigo 168/1 e 2 do TFUE, relativo à saúde pública, confere à União competência para aprovar medidas de incentivo da vigilância de ameaças graves para a saúde de dimensão transfronteiriça, bem como para fomentar a complementaridade de serviços de saúde entre Estados-membros em regiões transfronteiriças. Neste campo, Parlamento Europeu e Conselho poderão também aprovar medidas de incentivo no âmbito do combate ao tabagismo e ao alcoolismo – sempre com o limite da impossibilidade de harmonização legislativa (nº 5 do futuro artigo 168 do TFUE);

ii) O novo Título XXII da Parte III é dedicado ao Turismo (futuro artigo 195 do TFUE). A tarefa da União resume-se ao incentivo ao investimento neste sector e à adopção de boas práticas, revelando-se um duplo interesse nesta actuação complementar: por um lado, o fomento da competitividade deste sector; por outro lado, a salvaguarda das condições de leal concorrência entre operadores e, sobretudo, a protecção dos consumidores (ambos, de resto, cobertos por outras normas do TFUE);

iii) O futuro artigo 6/e) do TFUE introduz a política do desporto (no Título XII da Parte III, dedicado à educação, formação profissional, juventude e desporto). A função social e educativa do desporto – bem como a contribuição para o reforço dos laços de identidade entre os Estados-membros – é o principal motivo de interesse da União por esta política, que se destaca das questões estritamente relacionadas com a liberdade de circulação dos desportistas enquanto trabalhadores no mercado interno. Leia-se o futuro artigo 165/2, 7º trav. do TFUE, que entrelaça a promoção da equidade no desporto com a protecção da integridade física e moral dos desportistas, especialmente dos mais jovens;

iv) O novo Título XXIII da Parte III acolhe a complementaridade da actuação da União no capítulo da Protecção civil. Trata-se de incrementar e maximizar os esforços de cooperação interestadual – e de coerência de acção internacional – quanto à prevenção de riscos de catástrofes naturais ou de origem humana (futuro artigo 196 do TFUE). Deve chamar-se à colação, neste ponto, a nova cláusula de solidariedade ínsita no futuro artigo

222 do TFUE, que determina a actuação conjunta da União e dos Estados-membros relativamente a qualquer Estado-membro vítima de um ataque terrorista ou de catástrofe natural ou de origem humana – cláusula habilitativa de operações pontuais de auxílio, que não dispensa o pedido de ajuda do Estado afectado. A cláusula de solidariedade é um *escudo* do Estado vítima, não uma *arma* da União; por outras palavras, previnem-se aqui situações de ingerência ilegítima da União ou de Estados-membros no território de outro Estado (que pode até envolver meios militares), a coberto de um fundamento legítimo (a prestação de auxílio às populações afectadas);[41]

v) O novo Título XXIV da Parte III acolhe a complementaridade da actuação da União no capítulo da Cooperação administrativa. Está em causa a boa execução do Direito da União pelas estruturas burocráticas dos Estados-membros através da melhoria do intercâmbio de informações e de funcionários, eventualmente mesmo de apoio a programas de formação destes. Naturalmente que a complementaridade da acção da União não dispensa os Estados-membros de, no espírito de cooperação leal que decorre do futuro artigo 4 do TUE, desenvolverem toda a sua diligência no sentido da uniforme aplicação do Direito da União (futuro artigo 197 do TFUE);

vi) Estranhamente, não existe no futuro artigo 6 do TFUE, sede das atribuições desenvolvidas a título complementar, qualquer referência à política de investigação e desenvolvimento tecnológico – a qual, de resto, consta do TCE (artigos 163 e segs.) e está expressamente elencada no seu artigo 3/1/n), sede actual dos objectivos da Comunidade. Maior espanto provoca a ausência dada a extensão desta intervenção subsidiária ao domínio do espaço. O futuro artigo 189 do TFUE dispõe que a União define uma política espacial europeia, no sentido de favorecer o progresso científico e tecnológico, a competitividade industrial e a execução das suas políticas. Parlamento Europeu e Conselho estabelecerão as directrizes desta nova política, através do procedimento legislativo ordinário e sob a forma de um programa – excluindo, desta feita, qualquer forma de harmonização legislativa (cfr. o nº 2 do futuro artigo 189) –, que será implementado em estreita articulação com a Agência Espacial Europeia.

c) Além das extensões competenciais promovidas pelo Tratado de Lisboa – algumas, como vimos, já existentes na prática comunitária –, gostaríamos ainda de iluminar apenas mais dois pontos:

i) No âmbito do funcionamento do mercado interno, a fim de incrementar a liberdade de circulação de produtos e a protecção da propriedade intelectual e diminuir a litigiosidade, o Parlamento Europeu e o Conselho podem adoptar medidas de criação de títulos de propriedade intelectual eurocomunitários, instituindo-se um controlo centralizado ao nível da União (futuro artigo 118 do TFUE). "A legislação de patentes é um instrumento de política económica, importante na divulgação e uso de novas tecnologias, normalmente reconhecido como factor de desenvolvimento, de atracção de investimentos nacionais e estrangeiros, de desenvolvimento industrial, de progresso económico e também como instrumento estratégico para o desenvolvimento de um país"[42]. Esta ausência, lamentada

41 Cfr. o artigo 2/7 da Carta da Organização das Nações Unidas.

42 E. PEREIRA LUCAS, **Da necessidade de uma patente comunitária,** *in RCEJ,* nº 12, 2007, pp. 99 segs., 118.

pela Comissão no seu *Livro verde sobre a patente comunitária e o sistema de patentes na Europa,*[43] tem agora a oportunidade de ser colmatada.

A introdução desta figura permitirá circunscrever os litígios relacionados com a patente ao contencioso da União, neutralizando a pulverização que actualmente se verifica, com sérios danos para os operadores económicos, pelos tribunais nacionais. Concomitantemente, ao Tribunal da União será reconhecida, no futuro artigo 262 do TFUE, competência para decidir litígios relacionados com as medidas legislativas que os suportem, uma vez o Conselho, por unanimidade e após consulta ao Parlamento Europeu, assim o determine;

ii.) Ao nível do contencioso da União, destacamos três aspectos inovatórios e de extrema importância com vista ao reforço das garantias da legalidade, de uma banda, e da tutela jurisdicional efectiva, de outra banda. Vejamos. Em primeiro lugar, o novo nº 3 do futuro artigo 260 do TFUE (actual artigo 228 do TCE) prevê a possibilidade de uma antecipação do momento processual de determinação de sanções pecuniárias compulsórias no caso de incumprimento do dever de transposição de directivas. Esta prerrogativa, que a Comissão tinha o poder de desencadear uma vez verificado o não acatamento da decisão condenatória do Tribunal de Justiça, passa a agora a ser accionável (se a Comissão considerar adequado) logo na primeira acção cujo objecto seja a constatação daquele incumprimento. É facilmente apreensível o relevo prático desta alteração.

Em segundo lugar, o longo combate em prol da abertura da legitimidade processual a autores particulares na acção de anulação deu, finalmente, frutos. O § 4º do actual artigo 230 do TCE (e futuro artigo 263 do TFUE) perde o advérbio de modo "individualmente" (respeito) no plano da definição do pressuposto de acesso à justiça da União "contra os actos regulamentares que (...) não necessitem de medidas de execução". É certo que o novo § 5º admite a possibilidade de actos que criem órgãos da União estabelecerem requisitos de legitimidade específicos para as acções de anulação de actos por si produzidos e que digam respeito a autores particulares. Mas esta disposição não pode, em nossa opinião, implicar a regressão do nível de garantia reconhecido pelo § 4º, devendo limitar-se a regulamentar condições instrumentais (*v. g.*, prazos; apensação de acções; representação processual). De fora ficam as acções contra actos legislativos imediatamente operativos; mas, em contrapartida, parecem beneficiar desta abertura as acções de anulação promovidas por entidades associativas defensoras de interesses difusos – *maxime*, o ambiente –, na medida em que a ofensa destes constitui uma lesão *directa* dos interesses que estão na base da sua constituição.[44]

Neste capítulo, deve ainda ressaltar-se a aceleração da tramitação processual no âmbito do processo de reenvio prejudicial quando este se verifique numa situação relativa a uma pessoa que se encontre detida (futuro artigo 267, § 4º, do TFUE).

---

43 COM(97) 314 final, de 24 de Junho de 1997.

44 Sobre esta questão, actualmente, veja-se o nosso **A impugnação jurisdicional de actos comunitários lesivos do ambiente, nos termos do artigo 230 do Tratado de Roma: uma acção nada popular,** *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra, 2006, pp. 875 segs.

2.2. As reformas

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, será o TUE o local de enunciação dos órgãos da União, nomeadamente onde se fará a sua identificação, a indicação das suas funções e a sua composição – as normas sobre o funcionamento ficarão arrumadas no TFUE. Algumas questões pendentes desde 2001 (Tratado de Nice) encontrarão aqui solução – ou, pelo menos, solução provisória...

Vale a pena mencionar:

i) A fixação do número máximo de deputados no Parlamento Europeu em 750, mais o Presidente, bem como o estabelecimento de limiares, mínimo (6) e máximo (96) em representação de cada Estado-membro (futuro artigo 14 do TUE). De acordo com o futuro artigo 14/2 do TUE e com o Protocolo relativo às disposições transitórias, o Conselho Europeu adoptará, em tempo útil antes das eleições parlamentares europeias de 2009, uma decisão que determine a composição do Parlamento Europeu.[45] Até 2009, permanece a composição actual, resultante do compromisso obtido com o Tratado de Nice;

ii) Na Comissão haverá também alterações. O aumento do número de Estados-membros torna inoperante a Comissão a 27 – já mesmo a 15 se tornara difícil gerir um órgão preparado para 6 Estados; daí que o Tratado de Lisboa institua – reversivelmente, muito embora – uma solução de representação rotativa, a determinar por decisão do Conselho, adoptada por unanimidade. No futuro artigo 17 do TUE (veja-se também o futuro artigo 244 do TFUE), estatui-se que a próxima Comissão – nomeada entre 2009 e 2014 – terá ainda 27 Comissários (incluindo o Presidente e o Alto Representante para os Negócios Estrangeiros e para a Política externa), mas a seguinte terá uma composição correspondente a dois terços do número dos Estados-membros – *a menos que o Conselho Europeu, deliberando por unanimidade, decida alterar esse número* (futuro artigo 17/5 do TUE). "Os membros da Comissão são escolhidos de entre os nacionais dos Estados-membros, com base num sistema de rotação rigorosamente igualitário entre os Estados-membros que permita reflectir a posição demográfica e geográfica relativa dos Estados-membros no seu conjunto" – estabelece o futuro artigo 17/5, § 2º, do TUE. Fica bem patente a dificuldade de consenso quanto a este ponto, que levou os Estados-membros a *preparar uma fuga* à solução da representação rotativa.

Perguntamo-nos se não seria politicamente menos delicado e praticamente mais eficaz um desdobramento da Comissão em duas secções – Leste e Oeste, por exemplo –, nas quais teriam assento comissários de todos os Estados-membros, criando-se um Comité de Representantes Permanentes para este órgão, à semelhança do que sucede com o Conselho.[46]

45 Na qual um lugar adicional será atribuído à Itália – Declaração nº 4 anexa à Acta Final.

46 Note-se a preocupação de assegurar a solidariedade entre a Comissão plasmada na Declaração nº 10 anexa à Acta Final (§ 1º), onde se refere que que "a Comissão deverá manter estreito contacto com todos os Estados-membros, contem eles ou não um nacional seu entre os membros da Comissão e, neste contexto, deverá prestar especial atenção à necessidade de partilhar informações e estabelecer consultas com todos os Estados-membros".

Finalmente, o Presidente da Comissão passa a ser eleito pelo Parlamento Europeu por maioria dos seus membros, sob designação do Conselho Europeu, que delibera por maioria qualificada (futuro artigo 17/7, § 1º, do TUE). Depois de eleito, escolhe o elenco de comissários, que deverá ser aprovado pelo Parlamento Europeu (futuro artigo 17/7, § 3º, do TUE), momento em que o Conselho procederá à nomeação da Comissão. Atente-se em que, presentemente, tanto o Presidente como o colégio de Comissários são já sujeitos a um voto de aprovação do Parlamento Europeu, essencial à validade da sua nomeação posterior pelo Conselho. O novo sistema acentua o poder do Parlamento Europeu, investindo-o na competência de eleição do Presidente da Comissão – e não de mera aprovação – e dispensando o Conselho da nomeação. No entanto, a responsabilidade política é única e recai sobre a Comissão enquanto órgão colegial (futuro artigo 17/8 do TUE);

iii) No Conselho, a reforma mais evidente operará ao nível da formação da maioria qualificada. Na verdade, a partir de 2014 e descartados os casos especiais em que Conselho não delibera sob proposta da Comissão (nem do Alto Representante para a política externa e segurança comum) e as situações em que nem todos os Estados-membros votam (cooperações reforçadas; impedimentos provocados por eventuais sanções; derrogações com base em protocolos), a maioria qualificada, que actualmente se pode traduzir numa dupla maioria (258 votos/dois terços dos membros + 62% da população total da União),[47] passará a formar-se com base em 55% dos membros do Conselho, num mínimo de 15 (dois terços seriam 18), devendo estes representar, no mínimo, Estados-membros que reúnam pelo menos 65% da população da União (futuro artigo 16/4 do TUE). Pena é que este sistema, por insistência da Polónia, só entre em vigor em 2017, uma vez que se afigura bem mais eficaz do que o actual.[48]

O que se ganhou com a redução do limiar de formação da maioria qualificada perdeu-se, todavia, na possibilidade de pelo menos 4 Estados-membros constituírem uma minoria de bloqueio que, entre 2014 e 2017, deve corresponder a Estados que representem 3/4 da população (ou 21 Estados = 3/4 do número de membros), e de 2017 em diante 55% da população (ou 55% dos Estados-membros) – Declaração 7 anexa ao Tratado de Lisboa. Esta minoria de bloqueio pode opor-se à votação por maioria qualificada e forçar o Conselho à adopção da regra da unanimidade (ou determinar, por força do esgotamento dos prazos sem alcançar um acordo, a caducidade do procedimento legislativo). Tendo embora consciência de que, desde o *Compromisso do Luxemburgo*, de alguma forma reeditado com o *Compromisso de Ioannina*, a regra da maioria qualificada pode sofrer derrogações pontuais em atenção à salvaguarda de "interesses vitais", individuais ou regionais, a sua expressão na disposição-sede do procedimento legislativo do Conselho constitui uma regressão e mais uma prova da acentuação do vector contratualista no Direito da União.

Refira-se que estas regras não vigorarão de pleno após 2014, por força do disposto no artigo 3 do Protocolo relativo às disposições transitórias. Por um lado, a partir da entrada

47 Cfr. o artigo 205/2 e 4 do TCE, com as alterações promovidas pela Declaração respeitante ao alargamento da União Europeia, anexa ao Tratado de Nice.

48 Expressando idêntico pesar, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE e F. CHALTIEL, **Le Traité de Lisbonne:...,** *cit.*, p. 619.

em vigor do Tratado de Lisboa e até 31 de outubro de 2014, as deliberações na sequência de propostas da Comissão serão aprovadas por maioria de 255 votos/dois terços dos membros + 62% da população total da União, no que representa uma correcção minúscula do sistema presentemente em vigor. Por outro lado, entre 2014 e 2017, estas normas prevalecem sobre as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa sempre que qualquer Estado-membro deseje preferir o sistema transitório (artigo 3/2 do Protocolo citado) – que, como acabou de observar-se, perpetua o actualmente vigente com alterações minímas;[49]

iv) Já assinalámos a mudança promovida pelo Tratado de Lisboa ao nível da Presidência da União. Cumpre agora fazer referência ao cargo de Alto Representante para a política externa e segurança comum, actualmente desempenhado pelo Secretário-Geral do Conselho Europeu, nos termos do actual artigo 26 do TUE. O futuro artigo 18 do TUE dispõe que o Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança (e já não o *Ministro* dos Negócios Estrangeiros de que falava o Tratado constitucional) é nomeado pelo Conselho Europeu, por maioria qualificada, com o acordo do Presidente da Comissão. Depende politicamente do Conselho Europeu, da Comissão[50] (que deve identicamente dar o seu acordo à destituição proposta pelo Conselho e que a promove, através do seu Presidente, segundo o futuro artigo 17/6, § 2º, 2ª parte, do TUE) e do Parlamento Europeu (na medida em que, caso este aprove uma moção de censura contra a Comissão, o Alto Representante deverá igualmente demitir-se na sequência – futuros artigos 17/8 do TUE, e 234, § 2º, do TFUE). As suas funções de condução da política externa e de segurança aproximam-se das do Presidente do Conselho Europeu, o qual tem também, por força do futuro artigo 15/6, § 2º, do TUE, poderes de representação externa da União (sem prejuízo das do Alto Representante...).

O futuro artigo 27 do TUE clarifica estas funções, conferindo-lhe competências: de iniciativa em matérias das suas atribuições; de presidência dos Conselhos dos Negócios Estrangeiros; de execução das decisões adoptadas pelos Conselho Europeu e Conselho em sede de política externa e de segurança comum; de mediação política com terceiros; de expressão das posições da União em organizações e conferências internacionais, *maxime* de apresentação da posição da União junto do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (futuro artigo 34/§3º do TUE);

v) O procedimento de selecção dos juizes do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Geral (*rebaptismo* do Tribunal de Primeira Instância) e dos advogados gerais sofre uma pequeníssima (?) alteração, por via da interposição de um comité consultivo que dará parecer sobre a adequação dos candidatos apresentados pelos Governos dos Estados-membros (futuros artigos 19/2 do TUE e 255 do TFUE).[51] O comité será constituído por sete personalidades escolhidas de entre antigos membros do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, membros dos tribunais supremos nacionais e juristas de reconhecida com-

49 Esta dilação temporal vai ao encontro do desejo de realizar uma "transição suave", veiculado na Declaração nº 7 anexa à Acta Final (1º considerando).

50 Da qual é um dos Vice-Presidentes.

51 Sublinhe-se, que caso o Tribunal de Justiça solicite o aumento de 8 para 11 Advogados-Gerais, o Conselho deverá aprovar, por unanimidade, tal aumento, na sequência do qual a Polónia passará a contar com um Advogado-Geral permanente – Declaração nº 38 anexa à Acta Final.

petência, um dos quais proposto pelo Parlamento Europeu. Será o Conselho, por iniciativa do Presidente do Tribunal de Justiça, a elaborar um regulamento de instituição e funcionamento daquele comité, cuja vinculatividade dos pareceres não ficou determinada – mas poderá resultar da decisão a aprovar (por maioria simples). Os candidatos seleccionados serão nomeados, de comum acordo, pelos Estados-membros, como do antecedente.

Ao nível do TFUE, telegraficamente, registamos como relevantes as reformas seguintes:

i) Como já se mencionou *supra*, a arrumação dos tipos de atribuições fica a ganhar com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Nomeadamente, no campo das atribuições exclusivas, fica expressamente referido que elas se reconduzem à edição de normas de enquadramento: da união aduaneira; da concorrência, sempre que necessárias ao funcionamento do mercado interno; de política monetária para os Estados-membros cuja moeda seja o euro; no âmbito da conservação dos recursos biológicos do mar (no contexto da política comum das pescas); de política comercial comum. Trata-se de uma mera clarificação, mas que contribui para delimitar o campo de intervenção da União com total exclusão da intervenção estadual (portanto, em domínios subtraídos aos testes de subsidiariedade e proporcionalidade);

ii) Também no plano do exercício das competências, agora da Comissão, releva-se a inserção de um artigo (futuro 290 do TFUE) que precisa os contornos do instituto da delegação de poderes de execução pelo Conselho ou pelo Parlamento Europeu na Comissão. Concretamente, estatui-se que "os elementos essenciais de cada domínio são reservados ao acto legislativo e não podem, portanto, ser objecto de delegação de poderes"; que a delegação é revogável pelo delegante; que o acto de delegação só é válido se nenhuma objecção (avocação?) for levantada pelo delegante. A figura da delegação de competências de execução é especialmente importante num sistema como o da União, na medida em que, detendo a Comissão a iniciativa legislativa na generalidade dos casos, seria atentatória do princípio do equilíbrio institucional (sucedâneo europeu do princípio da separação de poderes), que decorre do artigo 7/1, § 2º, do TCE (futuro artigo 13/2 do TUE), a possibilidade de reconformação do acto legislativo, contra a vontade dos órgãos a quem o Tratado atribui competência legislativa;

iii) Uma palavra para a necessidade de articulação com os Parlamentos nacionais no âmbito do procedimento de criação de uma base habilitante de actuação dos órgãos a partir da norma que fixa objectivos de actuação – artigo 308 do TCE –, já referenciado em **2.II.** *e)*. É um controlo importante, atendendo ao historial da norma, mas que – à semelhança de resto, com o que sucederá em todos os casos de articulação com os parlamentos nacionais – certamente induzirá complexidade e morosidade no procedimento legislativo da União;

iv) Finalmente, uma última nota sobre a centralização do procedimento de vinculação internacional da União no Conselho, a reger pelo futuro artigo 218 do TFUE (actualmente previsto no artigo 300 do TCE). Cremos que a designação, pelo Conselho, de um negociador em razão da matéria, a quem fornece directrizes, retira protagonismo à Comissão neste domínio.

3. Notas breves sobre o balanço possível

Fazer um balanço do intuito reformador do Tratado de Lisboa, neste momento, não só enfrenta a incógnita de saber se e quando entrará em vigor (lembre-se que necessita

ainda de ser ratificado por 14 Estados,[52] que na Irlanda terá que ser obrigatoriamente submetido a referendo, e que a data de início de vigência – 2009 – é meramente indicativa), como padece do necessário distanciamento temporal para testar a sua operacionalidade prática. Assumindo, por óbvia, a dimensão de futurologia destas considerações finais, tenderíamos a afirmar que o intuito reformador é passível de induzir complexidade, no procedimento decisório e no processo jurisdicional, e pode mesmo revelar-se excessivo. Isto porque:

i) A consulta aos Parlamentos nacionais relativamente a todas as medidas que, em sede de competências partilhadas, devam ser submetidas a um teste de subsidiariedade, induz democraticidade no sistema mas desvaloriza o papel do Parlamento Europeu como órgão representativo dos interesses dos povos, e é susceptível de entorpecer a tomada de decisão, atrasando-a e, no limite, inviabilizando-a – além de que não imuniza a decisão contra eventuais pedidos judiciais de anulação, com fundamento na violação do princípio...

ii) A projectada adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem pode reflectir-se negativamente sobre a duração dos processos judiciais – quer de anulação, quer de reenvio —, uma vez que intercala mais uma instância num processo que já é longo (na acção de anulação, porque a decisão do Tribunal de Primeira Instância é recorrível para o Tribunal de Justiça; no processo de reenvio, porque o entrelaçamento entre tribunais nacionais e tribunais europeus é já de si moroso). E para quem recorrerão então os particulares lesados por medidas europeias alegadamente atentatórias dos seus direitos fundamentais invocando atraso na administração da justiça?

iii) O desaparecimento da garantia do acervo comunitário, aliado à possibilidade de os Estados regredirem, através de revisão dos Tratados, no estádio de integração, é a faceta mais perturbadora – para nós – que este Tratado revela. Dir-se-ia que já se adivinhava, após Maastricht, a acentuação da vertente contratualista, com a admissão de excepções relativamente a certos Estados-membros. E que não se pode "parar o vento com as mãos", forçando os Estados-membros a permanecer juridicamente comprometidos com um projecto no qual já não acreditam. Mas as perspectivas de descaracterização (e instabilidade) são perturbadoras...

Em suma, arriscaríamos a afirmação de que o Tratado de Lisboa tem uma vocação excessivamente reformadora. Tanto, que a sua entrada em vigor pode bem ser o princípio do fim do sonho de Robert Schuman e Jean Monnet, da constituição de uma "federação de Estados Europeus", uns "Estados Unidos da Europa" de que anos antes falava Winston Churchill. Ou, alternativamente, pode desencadear um novo modelo de integração, mais pragmático e flexível ao inusitado alargamento que a Comunidade sofreu nos últimos

52 Na data em que entregamos este texto para publicação, ratificaram o Tratado de Lisboa 13 Estados-membros: Áustria, Bulgária, Dinamarca, Eslovénia, Eslováquia, Estónia, França, Hungria, Lituânia, Malta, Polónia, Portugal, Roménia.
Em Portugal, a aprovação da Assembleia da República traduziu-se na Resolução 19/2008, de 23 de abril de 2008, a que se seguiu a ratificação do Presidente da República através do Decreto 31/2008, ambos publicados no *Diário da República*, I, de 19 de maio de 2008.

anos. Ao cabo e ao resto, o Tratado de Lisboa limita-se a afirmar, de forma bem mais clara que os seus antecessores, que a Comunidade/União Europeia não é uma estrutura acabada, mas sim um (tão inquietante como estimulante) *work in progress*.

Segunda Parte

Desafios da Integração Regional e Subregional na América Latina: seu Processo de Integração e seus Órgãos Jurisdicionais

Un Paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su Reflejo en los Sistemas Suramericanos de Integración*

*Ricardo Alonso García***

1. Aclaraciones previas: supranacionalidad vs. intergubernamentalidad. 2. El Tribunal de Justicia como motor del mercado común. 3. Las vicisitudes del Tribunal de Justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia. 4. La experiencia europea en los sistemas suramericanos de integración regional, y las posibilidades de una inspiración inversa.

1. Aclaraciones previas: supranacionalidad *vs.* intergubernamentalidad

Sabido es que el Tribunal de Justicia actuó desde los orígenes de las Comunidades Europeas como auténtico "motor de la integración", en el sentido de decidido impulsor del reconocimiento de su naturaleza *sui generis*, propensa a hacer realidad la cesión de soberanía operada en su favor por los Estados miembros.

Tal protagonismo del Tribunal de Justicia, desempeñado en un primer momento, como se acaba de señalar, en el ámbito de la configuración de la naturaleza misma de la integración europea y de los principios esenciales llamados a regir las relaciones entre el Derecho europeo y el Derecho de los Estados miembros, se extendió progresivamente a los demás "ámbitos constitucionales" del ordenamiento jurídico comunitario, significativamente a la hora de definir los contornos del poder europeo, incluidos los límites de ese poder frente al ciudadano.

En efecto, el Tribunal va intervenir de manera decisiva, inspirándose en una visión *pro integratione* de la aventura iniciada en 1951 en el ámbito del carbón y del acero, en la concreción de las reglas de juego entre las instituciones políticas europeas, y del marco competencial de dichas instituciones consideradas en conjunto frente a los Estados miembros; también va a intervenir de manera decisiva en la concreción de las reglas de juego del poder judicial europeo desde una perspectiva global (esto es, incluidos en dicho poder los jueces y tribunales nacionales en su faceta de "jueces comunitarios" a través de ese mecanismo privilegiado de cooperación con el Tribunal de Justicia que es la cuestión prejudicial); y, en fin, decisiva va a ser igualmente su labor a la hora de configurar los límites del poder público europeo (incluido el poder público nacional en su faceta de brazo eje-

* El presente trabajo reproduce, sin notas a pie de página, la exposición presentada por el autor con ocasión de su investidura como *Doctor Honoris Causa* por la Universidad Empresarial Siglo 21 (Córdoba, Argentina), el 18 de octubre de 2007.

** Profesor Catedrático de Derecho Administrativo y Comunitario de la Universidad Complutense de Madrid

cutor del Derecho comunitario) frente a los ciudadanos a través de un sistema de derechos fundamentales elaborado vía pretoriana, complementario del establecido antes del nacimiento de las Comunidades Europeas, en el contexto del Consejo de Europa (a saber, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950).

El presente trabajo pretende, en su primera parte, exponer el referido protagonismo desempeñado por el Tribunal de Justicia en términos *pro integratione*; una segunda parte se dedicará al análisis acerca de si esa labor *pro integratione* se ha mantenido tras el nacimiento formal de la Unión Europea con el Tratado de Maastricht firmado en 1992, sobre todo tras la reforma de Ámsterdam en 1997 y en relación, concretamente, con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Antes de comenzar, no obstante, conviene aclarar qué entiendo por la referida actitud *pro integratione* del Tribunal de Justicia. En esencia, se trata de una actitud tendente a potenciar los elementos supranacionales del sistema europeo de integración frente a los rasgos intergubernamentales no ajenos al mismo.

Ahora bien y a su vez, ¿qué cabe entender por "elementos o rasgos supranacionales", y por "elementos o rasgos intergubernamentales"? También en esencia, la *supranacionalidad* es un concepto al que subyace el fenómeno de la cesión de soberanía a favor de una organización (con la consiguiente conexión directa entre ésta y el ciudadano) y que gira, creo, en torno a cuatro cuestiones: 1) quién decide (la estructura política propia de la organización); 2) cómo decide (mediante unas reglas de funcionamiento que escapan del control individual, y por tanto soberano, de los Estados miembros de la organización); 3) control sobre lo decidido (en manos de una estructura jurisdiccional también propia de la organización); y 4) efectos de lo decidido (obligatorias para los Estados miembros y sus ciudadanos en términos de eficacia directa y primacía derivados del propio ordenamiento de la organización). Como contraposición a la supranacionalidad, la *intergubernamentalidad* nos situaría en un terreno más próximo a las organizaciones internacionales de corte clásico, en el que la respuesta a las mencionadas cuestiones se encontraría en la voluntad última y soberana de los representantes de las Partes Contratantes, auténticas protagonistas del "pacto interestatal" en detrimento de los ciudadanos.

Lo dicho teniendo en cuenta que los rasgos supranacionales y los intergubernamentales pueden coexistir en el seno de una organización y que, de hecho y como adelantaba, coexisten en la Europa comunitaria, paradigma de integración supranacional.

Tomemos como ejemplo el proceso decisorio en un específico sector como la armonización fiscal (artículo 93 TCE), donde el Consejo (órgano integrado por representantes gubernamentales) dispone por unanimidad. Se trata, pues, de un terreno presidido, en principio, por la intergubernamentalidad y la correspondiente ausencia de cesión de soberanía (al mantener cada Estado miembro su poder individual de veto); lo cual, sin embargo, no implica que sea terreno por entero abonado con rasgos intergubernamentales, habida cuenta de que el poder de iniciativa reside en la Comisión (institución independiente de los Estados miembros), y que el Parlamento (compuesto por representantes de los pueblos –que no los Estados- europeos) y el Comité Económico y Social (constituido por "representantes de los diferentes componentes de carácter económico y social de la sociedad civil organizada") intervienen en el proceso decisorio al tener que ser consultados con carácter preceptivo; y en cuanto a la interpretación última y suprema de la armonización

adoptada, corresponde al Tribunal de Justicia, auxiliado en su caso por los jueces y tribunales nacionales vía cuestión prejudicial.

Presencia también, por tanto, de rasgos supranacionales, cuyo peso aumentará en proporción a la pérdida de control de los Estados miembros sobre el proceso decisorio, manifestada principalmente en aquellos sectores (progresivamente ampliados con las sucesivas reformas del Tratado) donde el Consejo decide por mayoría (lo que supone, en una de las manifestaciones más significativas de la supranacionalidad europea, sumisión de los Estados, aun habiendo votado en contra, a la voluntad del Consejo), y acentuada a medida que mayor sea el protagonismo del Parlamento (el cual comenzó en 1986, con el Acta Única Europea, a participar activamente en el proceso decisorio a través de los procedimientos de cooperación y dictamen conforme, participación incrementada con el procedimiento de codecisión introducido por el Tratado de Maastricht) y la exigencia de intervención consultiva, en términos facultativos o preceptivos según los casos, del ya referido Comité Económico y Social, y del Comité de las Regiones (también producto de Maastricht y que agrupa a "representantes de los entes regionales y locales").

2. El Tribunal de Justicia como motor del mercado común

En 1963, el ordenamiento jurídico comunitario ya fue calificado por el Tribunal de Justicia como "propio" y "autónomo" respecto del ordenamiento jurídico internacional y del de los Estados miembros integrantes de las Comunidades Europeas. Tales características las vinculó el Tribunal, refiriéndose específicamente a la entonces Comunidad Económica Europea, al hecho de haber dotado a la misma "de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de soberanía o transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad", que se traduciría en su aptitud para generar normas jurídicas directamente aplicables en los Estados miembros (*asunto Van Gend & Loos*).

Esta posibilidad de los ciudadanos de invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el Derecho comunitario, proclamada concretamente en relación con el artículo 12 del Tratado constitutivo (actualmente modificado y ubicado como artículo 25), que preveía que "los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana, de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones recíprocas", partió de una alteración por el Tribunal de Justicia de la *presunción* de Derecho Internacional consistente en que las obligaciones jurídicas internacionales están orientadas y dirigidas a los Estados, partes contratantes, cuyos respectivos Derechos son los que determinan en qué medida y a través de qué método tales obligaciones pueden en su caso producir efectos jurídicos en el ámbito interno (incluida su invocabilidad por los particulares ante las propias jurisdicciones nacionales), solventándose los posibles incumplimientos en el marco de reclamaciones interestatales.

Cierto es que, en cuanto presunción, podría ser destruida si del tratado internacional se desprendiera la intención de las partes contratantes en favor de su aplicabilidad direc-

ta; pero no lo es menos que tal intención, en cuanto excepción a la regla general, tendría que interpretarse de manera restrictiva.

Así las cosas, bien podía haber prevalecido una aproximación conforme a cánones clásicos de Derecho Internacional respecto de la eficacia del Tratado CEE, pues ninguna disposición suya preveía la posibilidad de su directa aplicación, con la consecuencia de poder implicar *per se* a los particulares, esto es, con independencia de los Derechos nacionales (ausencia de previsión esta, por lo demás, predicable no sólo del Tratado, sino del resto del Derecho comunitario, con la sola excepción de los reglamentos, cuya aplicabilidad directa se recogía expresamente en artículo 189, actual 249), al tiempo que sí preveía (como recalcó en sus Conclusiones el Abogado General de nacionalidad alemana Karl Roemer, partidario de negar la eficacia directa) un proceso por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, incluido el Tratado, en el que los particulares brillaban por su ausencia (artículos 169-170, actualmente 226-227). Es más, el artículo 12 TCEE, en concreto, imponía una obligación de abstención dirigida exclusivamente a los Estados miembros sin mencionar en ningún momento a los particulares (sin que resulte ocioso recordar que los Gobiernos neerlandés, belga y alemán, intervinientes en el proceso, hicieron hincapié en que tal silencio con relación a los particulares revelaba la voluntad inequívoca de los Estados miembros de no conferir al Tratado efecto directo).

El Tribunal de Justicia, sin embargo, objetivando al máximo la intención de las partes contratantes a través de los objetivos y del sistema instaurado por el Tratado, presidido por un espíritu de integración, concluyó que "el artículo 12 del Tratado produce efecto directo y crea derechos individuales que los tribunales nacionales deben proteger".

El Tribunal de Justicia estaría así sentando las bases, por mor del propio Derecho comunitario (e independientemente, pues, del Derecho de los Estados miembros), de un ordenamiento jurídico autónomo, situando las disputas relativas a su correcto cumplimiento no sólo en un plano interestatal-comunitario (a través del proceso por incumplimiento) sino también interno, con unos Estados miembros susceptibles de ser demandados por los ciudadanos ante sus propios órganos jurisdiccionales.

Y lo estaría haciendo, como señalaba, invirtiendo la presunción propia del Derecho Internacional, al establecerla en favor de la aplicabilidad o eficacia directa del Tratado (y del Derecho comunitario globalmente considerado, incluido el derivado, emanado unilateralmente de las Instituciones comunitarias), a concretar en cada caso a través de las exigencias de "claridad, precisión e incondicionalidad" de su contenido; con otras palabras, determinada la potencialidad global del Tratado para producir directamente efectos en los ordenamientos internos, su actualización concreta vendría de la mano del análisis del contenido ("claro, preciso e incondicional") de cada uno de sus preceptos.

Admitida así la eficacia directa con relación al Tratado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se concentraría a partir de ese momento en la eficacia de las directivas, a las que, pese a tener como exclusivos destinatarios los Estados miembros, reconocería su aptitud para poder ser invocadas por los particulares ante los jueces nacionales frente a ausencias de ejecución interna (dentro del plazo prescrito) o ejecuciones incorrectas (*asuntos Van Duyn, 1974*, y *Becker, 1982*).

Incluso más allá del carácter preciso e incondicional de la directiva, el Tribunal de Justicia se decidiría en el *asunto Kraaijeveld (1996)* a recuperar una doctrina sentada vein-

te años antes (*asunto VNO, 1977*) y que había pasado prácticamente desapercibida, en virtud de la cual existiría la obligación de verificar "si, dentro de los límites de la facultad de que dispone en cuanto a la forma y los medios de ejecutar la Directiva, el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva". Posibilidad, pues, de oponerse a la aplicación del Derecho nacional que haya sobrepasado el margen de maniobra permitido por la directiva, que, no obstante, no llega a traducirse en posibilidad de invocarla en caso de pasividad interna (i.e. en ausencia de normas nacionales de ejecución). O lo que es igual, aun en presencia de margen de apreciación, la directiva puede invocarse frente a normativa interna contraria (acción de naturaleza reaccional), no frente a ausencia de normativa (acción de naturaleza sustitutiva o aplicativa en sentido estricto).

También acabaría el Tribunal de Justicia admitiendo (*asunto Inter-Environnement Wallonie, 1997*) la posibilidad de que el particular invoque una directiva, aun no habiendo finalizado su plazo de ejecución, cuyo contenido preciso e incondicional haya sido vulnerado o cuyo margen de apreciación haya sido sobrepasado por el Derecho interno adoptado con posterioridad a la notificación de la directiva en cuestión, si el juez considera imposible, en función de las circunstancias, que, al expirar el plazo prescrito, pueda alcanzarse el objetivo por ella fijado.

Lo dicho, en fin, en un contexto sancionador en el que sería el Estado, responsable de la infracción que determina la entrada en juego de la eficacia aplicativa de la directiva, el único sujeto frente al cual se puede invocar ésta, excluyéndose así la invocabilidad vertical inversa (del Estado frente al particular) y, como recalcaría el Tribunal en el *asunto Faccini Dori (1994)*, horizontal (entre particulares). No obstante y por lo que respecta a esta última aserción, el Tribunal de Justicia parece haberla matizado en términos igualmente *pro integratione*, admitiendo la posibilidad de que un particular invoque una directiva frente a otro a los puros efectos de oponerse a la aplicación de Derecho interno con ella incompatible (*asunto Cia Security International, 1996*). Ello asumido que en estos litigios *inter privatos* (y en cualesquiera otros, con independencia de los actores –públicos o privados– en juego), el juez estaría obligado (doctrina de la "interpretación conforme") a forzar la interpretación del Derecho interno hasta el límite del *contra legem* en la búsqueda de su conformidad con la directiva (*asunto Marleasing, 1990*).

Todo ello muestra, en definitiva, una decidida disposición del Tribunal de Justicia a hacer efectivas en el plano interno las decisiones (en el sentido amplio de la expresión) adoptadas en el plano comunitario, incluso cuando las mismas requieren, en principio, desarrollo o ejecución por los Estados miembros, de manera que la ausencia de desarrollo o la ejecución incorrecta no menoscabe la referida efectividad en los términos expuestos. Incluso dicha efectividad, rodeada de las necesarias precisiones, ha llegado el Tribunal a extenderla al terreno del *soft law* comunitario, por definición no vinculante, exigiendo a los operadores jurídicos a tenerlo en cuenta al aplicar el Derecho nacional o el propio *hard law* comunitario; particularmente, exigiendo en última instancia a los jueces y tribunales nacionales la obligación de motivar sobre el posible descarte del *soft law* comunitario en cuanto parámetro de interpretación de disposiciones internas con él vinculadas (*asunto Grimaldi, 1989*).

Volviendo sobre el *asunto Van Gend & Loos*, recordemos que el Tribunal de Justicia admitió el principio de eficacia directa apartándose de las Conclusiones de su Abogado General (y de la posición sostenida, como también vimos, por tres de los gobiernos intervinientes en el proceso, en un contexto, conviene no olvidar, en el que la Europa comunitaria contaba con sólo seis Estados miembros), quien propuso considerar que el artículo 12 del Tratado CEE sólo contenía una obligación dirigida a los Estados, negando así que pudiera producir efecto directo y crear derechos a favor de los particulares cuya protección correspondería en última instancia a jueces y tribunales nacionales.

En el trasfondo de la opinión del Abogado General pesaba el hecho de que, de reconocerse tal eficacia directa, la disparidad entre los Derechos nacionales en lo concerniente a la relación entre el Derecho supranacional o internacional y la legislación interna (esto es, en función del reconocimiento o no del valor prevalente de aquél sobre ésta) podría desembocar en una ruptura de la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, no acogería los temores apuntados por el Abogado General, a sabiendas probablemente de que la cuestión prejudicial planteada procedía de un tribunal neerlandés, cuya Constitución, como recordó el propio Abogado General, otorgaba primacía a los acuerdos internacionales sobre el Derecho interno; por lo que el reconocimiento de la eficacia directa con relación al artículo 12 del Tratado CEE desembocaría, sin necesidad de pronunciamiento alguno acerca de la primacía del Derecho comunitario, en una inaplicación por el tribunal neerlandés al caso (del cual estaba conociendo y que originó la cuestión prejudicial) de la normativa interna incompatible con dicho precepto.

No obstante lo cual, quedaba en pie qué sucedería cuando en el futuro se planteara la posible incompatibilidad entre el Derecho comunitario y un Derecho nacional carente, a diferencia de lo que sucedía en los Países Bajos, de una apertura constitucional interna hacia el ordenamiento supranacional o internacional.

Pues bien, la cuestión sería resuelta apenas un año después (*asunto Flaminio Costa, 1964*), en el marco de un litigio cuyo importe ascendía a la cifra irrisoria de 1.925 liras (que equivaldría en la actualidad a menos de 1 euro), que Flaminio Costa, Abogado de Milán, se negaba a pagar, en concepto de suministro de electricidad, al Ente Nacional para la Energía Eléctrica, alegando que la Ley italiana de 6 de diciembre de 1962, por la que se había nacionalizado la industria eléctrica en Italia, era contraria a determinados preceptos del Tratado de la CEE.

Al igual que en *Van Gend & Loos*, el Tribunal de Justicia, recurriendo a la naturaleza *sui generis* y autónoma del ordenamiento jurídico comunitario (independientemente, pues, del alcance que cada Constitución nacional reconociera en el ámbito interno al Derecho supranacional o internacional), afirmaría la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, con el efecto de descartar la aplicación de éste por los jueces y tribunales nacionales en el caso de resultar incompatible con aquél.

Así las cosas, puede señalarse que, a día de hoy, la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno infraconstitucional, incluidas las leyes, ha sido aceptada por todos los Estados miembros en los términos sentados por el Tribunal de Justicia en el *asunto Simmenthal (1978)*, que se traducen en la obligación de jueces y tribunales nacionales de inaplicar aquéllas al caso concreto por su propia autoridad, sin esperar a su previa depu-

ración por el legislador o la jurisdicción constitucional correspondiente; lo cual, conviene subrayar, no excluye, en virtud del principio de seguridad jurídica igualmente proclamado por el Tribunal de Justicia (*asunto Comisión v. Francia, 1974*), la obligación por parte de los Estados miembros de eliminar, formalmente y con carácter general (i.e., vía normativa o mediante pronunciamientos judiciales con efectos *erga omnes*), tal contradicción.

Lejos de limitar el alcance del principio de primacía a la inaplicación, sin más, de las normas nacionales incompatibles con el Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia ha ido construyendo a partir de dicho principio y apoyándose en otro como el de cooperación leal (artículo 10 TCE), todo un arsenal de poderes-deberes del juez nacional frente al Derecho interno incompatible con el comunitario: medidas cautelares (*asunto Factortame, 1990*), acciones de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario (*asunto Francovich, 1991*), revisión de sentencias con valor de cosa juzgada (habiendo declarado en el reciente *asunto Lucchini, de julio de 2007*, que "el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretende consagrar el principio de autoridad de la cosa juzgada, como el artículo 2909 del Código Civil italiano, cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión de las Comunidades Europeas"; aunque ceñida al terreno específico de las ayudas de Estado, debe advertirse que apenas un año antes, en el *asunto Kapferer*, el Tribunal había declarado con carácter general que "el principio de cooperación que se deriva del artículo 10 CE no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas procesales internas con el fin de examinar de nuevo una resolución judicial firme y anularla, cuando se ponga de manifiesto que vulnera el Derecho comunitario"), etc.

Y sería conveniente, siquiera como mínimo en aras de la seguridad jurídica, que todo ese arsenal de poderes-deberes del juez nacional en virtud del Derecho comunitario tuviera su reflejo en los textos constitucionales nacionales, la mayor parte de los cuales sólo contemplan la integración en términos de ida, y no de ida y vuelta. Con otras palabras, las Constituciones nacionales suelen abordar la cuestión de la integración en términos de competencias que, cedidas a la Comunidad, pasan a ser ejercitadas por ésta con el correlativo desapoderamiento de los poderes públicos nacionales, incluidos los órganos judiciales. No contemplan, en cambio, el efecto *boomerang* que dicha cesión trae consigo: el apoderamiento en favor de la Comunidad, lejos de producir en términos generales un *vaciamiento* del poder público interno (tanto en el terreno legislativo como ejecutivo y judicial), lo que produce es una *reestructuración* de dicho poder a los fines de la integración, asumido que el ordenamiento jurídico comunitario opera en términos de descentralización funcional.

Lo dicho, por lo demás, sin olvidar que los problemas que pudieran derivar del referido *silencio* constitucional interno ante los retos de esta jurisprudencia "derivada" o "de segunda generación", centrada en llevar hasta sus últimas consecuencias el principio e primacía, se agudizan ante la cuestión crucial del alcance de éste cuando el Derecho comunitario entra en *colisión* con las Constituciones nacionales.

En efecto, no debe obviarse el hecho de que frente a la afirmación de la primacía en términos absolutos y globales (i.e. del Derecho comunitario considerado en su conjunto

sobre el Derecho interno también considerado en su conjunto, incluido el de rango constitucional), que ya apuntaba el Tribunal de Justicia en *Flaminio Costa* y que consagrará explícitamente el *asunto Internationale Handelsgesellschaft (1970)*, los Tribunales Constitucionales y/o Supremos de los Estados miembros han ido formulando límites internos a la integración, reconducidos progresivamente al núcleo duro de la soberanía y de la identidad nacional, incluidos los derechos fundamentales, y también progresivamente matizados, como veremos, sobre la base de la "doctrina de la equivalencia"; ello completado, además, por la negativa a admitir la primacía comunitaria en caso de colisión abierta y manifiesta con disposiciones de los textos constitucionales, cualquiera que sea la naturaleza de la disposición y su ubicación sistemática en el texto constitucional en cuestión.

Siguiendo con la doctrina *pro integratione* del Tribunal de Justicia, hay que señalar que éste, una vez asentados los principios rectores de la relación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales, la extendió, como advertí al comienzo de la presente exposición, a los demás "ámbitos constitucionales" del ordenamiento jurídico comunitario, significativamente a la hora de definir los contornos del poder europeo, incluidos los límites de ese poder frente al ciudadano.

Así, en lo concerniente a la definición de dichos contornos desde una perspectiva horizontal (i.e., de las reglas de juego entre las propias instituciones políticas europeas), destaca el refuerzo por el Tribunal del papel del Parlamento Europeo y de la Comisión en el marco del proceso decisorio.

Valgan como ejemplo, por lo que respecta al Parlamento y a sus poderes en el terreno consultivo, la doctrina según la cual una alteración del texto de un proyecto con posterioridad a la emisión por aquél del correspondiente dictamen, exigiría una reconsulta en el supuesto de que la alteración fuera sustancial (*asunto ACF Chemiefarma v. Comisión, 1970*); o aquella otra en virtud de la cual una consulta solicitada al Parlamento con carácter facultativo, cuando debería haber tenido lugar con carácter preceptivo, podría conducir a la anulación de la disposición adoptada (*asunto Parlamento Europeo v. Consejo, 1994*). Ello acompañado (*asunto Chernobyl, 1990*) de un reconocimiento, pese a su no previsión por entonces en el Tratado, de la legitimación activa del Parlamento para recurrir en anulación en defensa de sus propias prerrogativas (reconocimiento este que constituiría uno de los *overruling* más espectaculares hasta la fecha en la jurisprudencia del Tribunal –concretamente, del *asunto comitología, 1988*–, y que sería incorporado poco después al propio Tratado con la reforma de Maastricht).

En cuanto a la Comisión, significativo resulta su cuasi monopolio sobre la iniciativa del proceso decisorio, potenciado no sólo por la exigencia prevista en el Tratado de obligar al Consejo a alcanzar la unanimidad cuando pretenda modificar la propuesta de la Comisión (salvo matices recogidos en el propio Tratado en el ámbito del procedimiento de codecisión), sino también por la exigencia jurisprudencialmente declarada de obligar al Consejo a que la modificación se mueva en todo caso dentro del "ámbito de aplicación" de la propuesta en cuestión (*asunto Eurotunel, 1997*).

El propio Consejo, en fin, también se vería afectado por la corriente *pro integratione* que tradicionalmente ha inspirado la doctrina del Tribunal, la cual muestra una clara tendencia, a partir del Acta Única (que, recordemos, recuperó en términos políticos el espíritu supranacional que había quedado en entredicho, también en términos políticos, a

partir del Compromiso de Luxemburgo de 1966, al tiempo que reconoció por vez primera un poder real de intervención del Parlamento en el proceso decisorio comunitario), a favorecer las bases jurídicas (i.e., los precepto del Tratado que en cada caso amparan la intervención de la Comunidad, así como el procedimiento que ésta debe seguir a la hora de hacer efectiva la intervención en cuestión) presididas por la mayoría cualificada en el seno del Consejo, en detrimento de aquellas otras presididas por la unanimidad (*asunto aranceles preferentes, 1987*).

Otro tanto cabe decir de la doctrina del Tribunal de Justicia en lo concerniente a la definición de los contornos del poder público europeo desde una perspectiva vertical (i.e., de los límites competenciales de la Comunidad frente a los Estados miembros).

Valga también como ejemplo la política de medio ambiente, incorporada expresamente como política comunitaria en 1986 con el Acta Única Europea. Pese al silencio del Tratado con anterioridad a dicha fecha, lo que parecía inducir a negar la competencia de la Comunidad para intervenir al respecto, lo cierto es que la Comunidad sí que legisló sobre materia medio ambiental recurriendo, en un primer momento, al entonces artículo 100 del Tratado (actual 94), alegando que la legislación en cuestión pretendía, como exigía el mencionado precepto, aproximar disposiciones nacionales que afectaban directamente al establecimiento y funcionamiento del mercado común (caso de las Directivas sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, y sobre niveles de ruido y de emisiones de gases contaminantes por vehículos de motor).

A medida que la legislación comunitaria comenzó a hacerse "más esencialmente" medio ambiental, menor comenzó a ser su "incidencia directa" en el mercado común (y menor, por tanto, la posibilidad de basar tal legislación en el artículo 100), recurriéndose entonces a la doctrina de los poderes implícitos plasmada en el artículo 235 del Tratado (según el cual, "cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes). Ello exigía en todo caso, una lectura generosa de los objetivos mencionados en el entonces artículo 2 del Tratado, donde no figuraba específicamente la protección del medio ambiente. Sí que entendió el Consejo, sin embargo, que tal protección derivaba de la búsqueda de, según rezaba dicho precepto, "un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, y una elevación acelerada del nivel de vida"; visión esta que sería respaldada por el Tribunal de Justicia en el *asunto ADBHU (1985)*, en el que, ante la impugnación de la legislación francesa y de la directiva que ejecutaba por excesivamente restrictivas de la actividad comercial e industrial de tratamientos de aceites usados y en consecuencia contrarias al principio comunitario de libre comercio, el Tribunal sostuvo que el medio ambiente era "uno de los objetivos esenciales de la Comunidad", lo que justificaba que sobre la base del mismo no sólo los Estados, sino también la Comunidad, pudiesen restringir la libertad de comercio.

Si decisiva va resultar la doctrina *pro integratione* del Tribunal de Justicia en el terreno del proceso decisorio, no menos va a resultar su visión de las reglas de juego del poder judicial europeo, y más concretamente, de las relaciones entre los jueces y tribunales

nacionales (en su faceta de "jueces comunitarios") y el propio Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 177 (actual 234) del Tratado, calificada en Luxemburgo como auténtica "piedra angular" del sistema jurídico comunitario.

En efecto, asumido que la mayor parte del Derecho comunitario es desarrollado y ejecutado por los Estados miembros, parece claro que la "comunidad" propia de la fase de producción normativa (en el sentido de una norma común europea para todos los Estados miembros) correría el riesgo de ruptura si la fase aplicativa, que opera según se acaba de señalar en régimen de descentralización, se dejara por completo en manos de los Estados miembros (en última instancia, de sus órganos jurisdiccionales, competentes para conocer de los litigios que surjan en dicha fase aplicativa), con posibilidad de divergencias entre unos y otros y, por tanto, de quiebra en la práctica de la "comunidad" teórica.

A evitar tal riesgo está destinado el mecanismo de la cuestión prejudicial, el cual, calificado por el propio Tribunal, como se acaba de señalar, de "piedra angular" del sistema jurídico comunitario, se encuadra, como recuerda el *asunto Schwarze (1965)*, en el "marco muy particular de la cooperación judicial" en el que compete al juez europeo aclarar la interpretación o validez del Derecho Comunitario y al órgano jurisdiccional nacional resolver el litigio que originó la cuestión prejudicial a la luz de tal aclaración.

Sucede que, más allá del concreto litigio nacional que está en su origen, la cuestión prejudicial tiene por finalidad primordial colocar a una institución comunitaria, el Tribunal de Justicia, en posición de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por jueces y tribunales nacionales a la hora de velar por un correcto y uniforme desenvolvimiento del Derecho comunitario, manteniendo la "comunidad" alcanzada en el estadio de producción normativa al pasar al de su efectiva aplicación: una norma común, comúnmente interpretada y aplicada en todos los Estados miembros a través del diálogo instaurado entre la diversidad de jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, al que pueden o en su caso deben plantear las dudas de interpretación o validez del Derecho comunitario que les surjan con ocasión de los litigios de los cuales estén conociendo, cuya resolución –imprescindible para poder emitir su fallo– por el Tribunal de Justicia, al tiempo que aclara el panorama al órgano jurisdiccional remitente, sienta doctrina uniforme a respetar por cualesquiera otros órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

En tal contexto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha dirigido, por un lado, a reforzar su rol de supremo intérprete del ordenamiento jurídico comunitario a través de las doctrinas del "acto claro" y del "acto aclarado" (*asunto CILFIT, 1982*). La primera propugna la ubicación del órgano jurisdiccional nacional, a la hora de decidir acerca del planteamiento o no de la cuestión, en el marco de la arquitectura judicial comunitaria (de la que forman parte los demás órganos jurisdiccionales nacionales actuando en colaboración con el Tribunal de Justicia), interpretando y aplicando de manera uniforme el Derecho, común, comunitario (autónomo respecto de los Derechos nacionales). Como recuerda el *asunto International Transports (2005)*, el juez nacional debe valorar la eventualidad de una duda interpretativa "razonable" sobre el ordenamiento jurídico comunitario "en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Comunidad". En cuanto a la doctrina del "acto aclarado", implicó el reconocimiento a favor de jueces y tribunales nacionales del poder para aplicar, por su pro-

pia autoridad (i.e. sin plantear cuestión prejudicial), "jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas"; ello en el bien entendido (y es este matiz el que reforzaría la autoridad del Tribunal de Justicia) de que ningún órgano jurisdiccional nacional podría por su propia autoridad apartarse de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Luxemburgo (al que, no obstante, sí que podrían dirigirse para aclarar algún punto oscuro de la jurisprudencia en cuestión, para volver sobre ella a la luz de nuevos argumentos o, simplemente, para intentar una reconsideración de Luxemburgo al respecto).

Mayor aún resultó el reforzamiento del rol del Tribunal de Justicia, más allá del contexto interpretativo, en el marco del puro control judicial, al sentar el Tribunal en el *asunto Foto-Frost (1987)* su monopolio respecto de los juicios negativos de validez del Derecho comunitario (monopolio que, aun no estando previsto en el artículo 177, el Tribunal de Justicia dedujo de una interpretación sistemática –y *pro integratione*- de sus propias funciones: "dado que el artículo 173 [actual 230]", sostuvo, "atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una institución comunitaria, la coherencia del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia"). Monopolio este, por lo demás, que se mantiene, conforme aclararía el *asunto Gaston Schul (2005)*, aun cuando el Tribunal "ya haya declarado inválidas disposiciones equivalentes de [otra norma comunitaria] comparable".

Lo dicho teniendo por lo demás en cuenta que el Tribunal, que en el *asunto U.P.A. v. Consejo (2002)* rechazó la legitimación de los particulares para impugnar directamente actividad comunitaria de carácter general, hizo hincapié en ese mismo asunto, como contrapartida, en la necesidad de reforzar esta vía de impugnación indirecta que es la cuestión prejudicial de validez, declarando que "en este contexto [de asentamiento de un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva], y de conformidad con el principio de cooperación leal enunciado en el artículo 5 [actual 10] del Tratado, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto".

Todo lo cual implica, en última instancia, un fortalecimiento de la naturaleza supranacional del Tribunal de Justicia no sólo en términos de conferirle la última palabra en relación con el alcance del propio Derecho comunitario, sino también en términos de conexión con el ciudadano litigante, en cuya causa, allí donde no existe acceso directo al Tribunal de Justicia, éste amplía las posibilidades de intervenir (indirectamente) a medida que intensifica la presión sobre el juez nacional a los efectos de hacerle asumir su condición de "juez comunitario".

En fin y para concluir este breve repaso de la jurisprudencia comunitaria *pro integratione*, señalemos que decisiva ha sido también la labor del Tribunal de Justicia a la hora

de configurar los límites del poder público europeo frente a los ciudadanos a través de un sistema de derechos fundamentales elaborado vía pretoriana, complementario del que deriva del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, entre las consecuencias que en términos integradores implicó la elaboración por el Tribunal de Justicia de un catálogo comunitario de derechos fundamentales, pueden destacarse:

1) la reafirmación de la naturaleza autónoma del ordenamiento jurídico comunitario, capaz de proporcionar a los ciudadanos un catálogo propio de derechos fundamentales a partir del cual controlar la actividad de las instituciones europeas (y de los propios Estados miembros en su faceta de ejecutores del Derecho comunitario);
2) ello, a su vez, sentó las bases para superar las resistencias de los Estados miembros a la primacía argumentando que, en ausencia de un catálogo comunitario de derechos fundamentales, serían los propios catálogos nacionales los que deberían entrar en juego como límite infranqueable por el poder público europeo;
3) también sentó las bases para la reforzar el monopolio del Tribunal de Justicia para declarar la invalidez del Derecho comunitario por mor del propio Derecho comunitario (esto es, de su propio catálogo jurisprudencial de derechos fundamentales);
4) en fin, la referida autonomía del ordenamiento jurídico comunitario acabaría reafirmándose no ya frente al Derecho nacional (en el sentido señalado de que sólo el catálogo comunitario de derechos fundamentales sería canon de validez de la propia actividad comunitaria, y de que el único competente para manejar tal canon en términos negativos –de invalidez- sería el propio Tribunal de Justicia), sino incluso frente al sistema instaurado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con una renuncia genérica por parte del Tribunal de Estrasburgo (*asunto Bosphorus, 2005*) a ejercitar un control sobre el Derecho comunitario (indirectamente, a través del control ejercitado sobre la ejecución de éste por los Estados miembros, Partes Contratantes, a diferencia de la Comunidad Europea, del Convenio), sobre la base de la "doctrina de la equivalencia", que otorga un amplio margen de confianza a un ordenamiento, como el comunitario, capaz de proporcionar una protección "comparable", que no "idéntica", a la que deriva del propio Convenio, en el marco de un sistema de control jurisdiccional capaz de asegurar la observancia de los derechos amparados por el ordenamiento en cuestión (doctrina esta de la protección equivalente que, por ejemplo y con sus correspondientes matices, asumen también los Tribunales Constitucionales de Alemania y España, y el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado en Francia).

Sucede, por lo demás, que el rol decisivo del Tribunal de Justicia en la configuración pretoriana del sistema comunitario de derechos fundamentales sigue siendo de extraordinaria actualidad pese a la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la

Unión Europea en Niza (2000), no ya porque ésta carece, pese a su evidente valor hermenéutico, de fuerza jurídica vinculante en sentido estricto (según recuerda el propio Tribunal en el *asunto reagrupación familiar, 2006*, primero en citarla de manera expresa), sino incluso porque como recordaba la fallida Constitución Europea (cuya filosofía mantiene la versión provisional del en estos momentos futurible Tratado de Lisboa con el que se pretende superar la actual situación de *impasse* en que se encuentra la Unión), la Carta no excluye que los derechos y libertades en ella reconocidos sean completados, como antaño, vía principios generales configurados por el Tribunal de Justicia inspirándose en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

3. Las vicisitudes del Tribunal de Justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia

Tras este breve repaso del protagonismo desempeñado por el Tribunal de Justicia en el marco comunitario en términos *pro integratione*, corresponde ahora analizar de si esa labor *pro integratione* se ha mantenido tras el nacimiento formal de la Unión Europea con el Tratado de Maastricht firmado en 1992, sobre todo, como adelanté al inicio de la exposición, tras la reforma de Ámsterdam en 1997 y en relación, concretamente, con el conocido como tercer pilar, dedicado a la "Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal".

Comencemos por recordar que el Tratado Maastricht creó una nueva organización, la Unión Europea, que, heredando la doble naturaleza de la integración europea ya presente en el Acta Única (1986), parte en cuanto a su fundamento de las Comunidades Europeas, completadas con formas de cooperación en política exterior y de seguridad común (PESC), y en asuntos de justicia y de interior (AJAI), y que va a recibir como misión "organizar de modo más coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos". Para ello, la Unión va a contar con un marco institucional único, que funcionará con distintas reglas de juego según el ámbito de intervención: esencialmente supranacionales en el terreno de las Comunidades Europeas, y esencialmente intergubernamentales en los ámbitos PESC y AJAI (que puede resumirse en el protagonismo cuasi absoluto de los Estados miembros en un proceso decisorio que nace de su iniciativa, concluye por unanimidad del Consejo y queda expresamente excluido del control por el Tribunal de Justicia), recurriéndose desde entonces a la figura del templo griego para describir plásticamente la estructura del Tratado, con sus tres pilares, el supranacional comunitario y los otros dos intergubernamentales.

Tras el Tratado de Maastricht, la reforma de Ámsterdam (1997) traerá consigo, entre otras modificaciones, un *doble proceso de comunitarización* operado en relación con el tercer pilar, en un contexto en el que entre los objetivos a perseguir por la Unión Europea, se define el de "mantener y desarrollar la Unión como un *espacio de libertad, de seguridad y de justicia*, en el que la libre circulación de personas esté garantizada conjuntamente con las medidas adecuadas relativas a los controles en las fronteras exteriores, la inmigración, el asilo y la prevención y lucha contra la delincuencia".

Por un lado, comunitarización consistente en el traspaso de parte del tercer pilar, el concerniente al control de fronteras externas, la inmigración, el asilo y la cooperación judicial en temas civiles, al propio Tratado de la Comunidad Europea; comunitarización que, sin embargo, no fue total, al quedar sometido el referido traspaso a un régimen *sui generis* respecto del general comunitario en lo atinente tanto al proceso decisorio como al control jurisdiccional. Así, y en relación con el proceso decisorio, se distinguió entre antes y después de transcurridos cinco años a partir de la entrada en vigor de la reforma de Ámsterdam: antes, decidiría el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro (rompiéndose así el monopolio de iniciativa de la Comisión típicamente comunitario) y previa consulta al Parlamento Europeo (desnudo, pues, de sus poderes de intervención propios del pilar comunitario, particularmente del poder de codecisión); después, la Comisión asumiría en exclusiva el poder de iniciativa, y el Consejo podría (por unanimidad) implantar el procedimiento de codecisión. En cuanto al control jurisdiccional, se previó un régimen especial de cuestión prejudicial (limitando la activación de la misma a los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia), al tiempo que se excluyó expresamente la competencia del Tribunal, en el contexto de la progresiva eliminación de los controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, "sobre las medidas o decisiones relativas al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior".

Por otro lado, "aires" de comunitarización, en grado sensiblemente inferior a la operación anterior, consistente en la introducción de algunos rasgos próximos al régimen comunitario en la parte del tercer pilar que allí permaneció como *cooperación policial y judicial en materia penal* (CPJP, ampliada a la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia). Así, se estableció un sistema de instrumentos jurídicos que recordaba al sistema comunitario, aunque con importantes correcciones respecto de los elementos supranacionales propios de éste (negándose expresamente el efecto directo de las decisiones y de las decisiones marco), al tiempo que el proceso decisorio continuaba descansando, como en el segundo pilar (PESC), en el Consejo funcionando en régimen de unanimidad (sin perjuicio de la apertura de la mayoría cualificada a las medidas de aplicación de las unánimemente adoptadas y de la posibilidad de activación de la cooperación reforzada; y sin perjuicio, también, de que la Comisión y el Parlamento Europeo vieran tímidamente incrementados, respecto de Maastricht, sus papeles en dicho proceso). En cuanto a la arquitectura jurisdiccional, se produjo una matizada apertura al control por el Tribunal de Justicia, admitiéndose su competencia prejudicial para pronunciarse sobre la validez (excluidos los convenios entre los Estados miembros) y la interpretación del sistema del tercer pilar, aunque supeditada dicha competencia a su aceptación por cada Estado (en la que, además, se debería especificar qué órganos jurisdiccionales del Estado en cuestión podrían dirigirse al Tribunal de Justicia, esto es, si todos ellos, o sólo aquellos de ultima instancia); también se admitió la competencia del Tribunal para controlar la legalidad de las decisiones y de las decisiones marco vía recurso de anulación interpuesto por los Estados o la Comisión, así como para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros, o entre éstos y la Comisión (quedando expresamente excluida su competencia, en cambio, "para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejer-

cicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior").

La principal conclusión a extraer de esta nueva reforma es que ya no cabría equiparar sin más los dos pilares intergubernamentales de Maastricht: amén del esencialmente supranacional que sería el comunitario, y del esencialmente intergubernamental que sería el correspondiente a la política exterior y de seguridad común, Ámsterdam habría convertido el concerniente a la cooperación policial y judicial en materia penal en un *tertium genus*, de carácter intergubernamental pero con presencia, al mismo tiempo, de peculiaridades supranacionales en los instrumentos de intervención y en los mecanismos de control jurisdiccional.

Sentado lo cual, el interrogante que se planteaba era cuál de los dos pilares en estado más puro, si el supranacional comunitario o el intergubernamental de la política exterior y de seguridad común, estaría llamado a ejercer una mayor *vis attractiva* sobre ese *tertium genus* (con otras palabras: si los rasgos supranacionales propios del tercer pilar tendrían una lectura en términos de potenciación hasta el punto de traducirse en distintivos de su personalidad, o si, por el contrario, serían objeto de interpretaciones restrictivas, convirtiéndolos en imperceptibles en el contexto de una balanza identitaria rigurosamente desequilibrada en favor de la intergubernamentalidad), decantándose el Tribunal de Justicia por una visión *pro communitate* en el *asunto Pupino (2005)*.

Lo que estaba en juego en dicho asunto, concerniente al alcance de determinados preceptos de una Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, era si, negada expresamente por el Tratado de la Unión la eficacia directa de las decisiones marco del tercer pilar, cabía o no admitir su eficacia interpretativa en los términos proclamados por el Tribunal para las directivas (en el ya referido *asunto Marleasing*). Y la respuesta dependía fundamentalmente de la visión que se tuviera acerca de naturaleza misma de las decisiones marco.

Así, una consideración de dicha naturaleza en términos de "actos de Derecho Internacional Público", como defendió el Gobierno británico (que, al igual que los Gobiernos italiano y sueco, todos ellos intervinientes en el proceso prejudicial, se esforzó por resaltar el carácter esencialmente intergubernamental de las decisiones marco), conduciría a reconocer que todos los órganos de los Estados miembros, incluidos los jurisdiccionales, tendrían la obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a dichos actos, salvo (y aquí estaría el matiz esencial introducido por los británicos) que tal forma de interpretación debiera "quedar postergada frente a otras formas de interpretación, en función del Derecho nacional".

En cambio, sí que impondría una "interpretación conforme", según cánones comunitarios y desplazando otras formas de interpretación, un reconocimiento de la naturaleza *sui generis* de las decisiones marco, más próxima a las directivas que a los instrumentos internacionales de corte clásico, y presidida por el principio de cooperación leal.

Y en tal dirección se movió, precisamente, el razonamiento del Tribunal de Justicia.

Por un lado, resaltando las coincidencias frente a las diferencias en las respectivas definiciones por los Tratados CE y UE de las directivas y de las decisiones marco (haciendo hincapié en el carácter vinculante de ambos instrumentos y omitiendo cualquier referencia explícita a la expresa negación en el caso de éstas de la eficacia directa reconocida

jurisprudencialmente a aquéllas). "Con independencia", declararía el Tribunal, "del grado de integración que el Tratado de Ámsterdam pretende que se alcance en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa en el sentido del artículo 1 UE, párrafo segundo, es perfectamente comprensible que los autores del Tratado de la Unión Europea hayan considerado necesario prever, en el Título VI de dicho Tratado [i.e., cooperación policial y judicial en materia penal], el recurso a instrumentos jurídicos que produzcan efectos análogos a los previstos en el Tratado CE, con objeto de contribuir eficazmente a la consecución de los objetivos de la Unión".

Por otro lado, extendiendo el principio de cooperación leal al marco del tercer pilar: también frente a las alegaciones de los Gobiernos italiano y británico en el sentido de que, "a diferencia del Tratado CE, el Tratado UE no incluye ninguna obligación análoga a la establecida en el artículo 10 CE" (en el que se recoge el principio de cooperación leal), el Tribunal de Justicia sostuvo que el Tratado UE "constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa y que la misión de la Unión, que tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por dicho Tratado, consiste en organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos"; y "sería difícil", concluyó, "que la Unión cumpliera eficazmente su misión si el principio de cooperación leal no se impusiera en el ámbito de la cooperación policial y judicial en matera penal".

De resultas de todo ello, el Tribunal declararía que "el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de [la] decisión marco".

Extensión a las decisiones marco, en definitiva, de la doctrina de la "interpretación conforme" elaborada en relación con las directivas, que reviste una notable importancia por cuanto:

1) conforme declararía el Tribunal de Justicia en el *asunto Pfeiffer (2004)*, "si bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho interno a la directiva de que se trate, no se limita, sin embargo, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional nacional todo el Derecho nacional [i.e., "el conjunto del Derecho nacional"] para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la directiva";
2) según puntualizaría aún más el Tribunal en el *asunto Adeneler (2006)*, "a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva [i.e., partir de su publicación o de su fecha de notificación, según los casos], los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta";
3) todo ello teniendo por lo demás en cuenta que en ocasiones el propio Tribunal de Justicia transforma en la práctica su discurso teórico, imponiendo en su fallo

a jueces y tribunales nacionales una suerte de eficacia directa encubierta (de naturaleza reaccional) allí donde la interpretación conforme parecería haber encontrado el límite insalvable del *contra legem* (como sucedió, de hecho, tanto en *Marleasing* como en *Pupino*);

4) y también todo ello sin olvidar, a su vez, que los límites que, aparte del *contra legem*, encuentra esta doctrina de la "interpretación conforme" en el terreno de las directivas, se acrecientan, *ratione materiae*, en el de las decisiones marco (según declararía el Tribunal de Justicia en el *asunto Kolpinghuis Nijmegen, 1987*, "la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de la directiva cuando interprete las correspondientes normas de su Derecho nacional está limitada por los principios generales de Derecho que forman parte del Derecho comunitario", puntualizando en el *asunto Procura della Repubblica, 1996*, que en "en lo que atañe, más concretamente, a un caso relativo al alcance de la responsabilidad penal derivada de una ley promulgada especialmente en ejecución de una directiva, debe precisarse que el principio que prohíbe aplicar la ley penal de manera extensiva en perjuicio del inculpado, principio que es corolario del principio de legalidad de los delitos y de las penas y, en general, del principio de seguridad jurídica, se opone a que se incoen actuaciones penales por una conducta cuyo carácter reprensible no resulte claramente de la ley"; principio este "que forma parte de los principios generales comunes a los Estados miembros, y que ha sido consagrado asimismo en diferentes Tratados internacionales y, en particular, en el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales").

Continuando con la visión *pro integratione* del tercer pilar, el Tribunal de Justicia la extendería pocos meses después del *asunto Pupino* al entramado global de la Unión.

En efecto, asumido que el *asunto Pupino* habría realzado los rasgos supranacionales del tercer pilar sin llegar hasta el punto de descartar sus elementos intergubernamentales expresamente plasmados en el Tratado, el Tribunal de Justicia vino a reconocer en el *asunto sanciones penales medioambientales (2005)* una suerte de *vis attractiva* del primer pilar (y por tanto, de sus técnicas supranacionales de funcionamiento) a la hora de legislar sobre aspectos penales vinculados con políticas comunitarias, en detrimento de las bases jurídicas de intervención de la Unión propias del tercer pilar (y por tanto, de los elementos intergubernamentales subsistentes en éste).

Concretamente, el Tribunal, aun reconociendo que en principio sería la Unión (a través del tercer pilar), y no la Comunidad (en el contexto del primer pilar), la competente en materia penal, afirmaría que "esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente".

Sentado lo cual, el Tribunal consideró que la obligación impuesta a los Estados miembros, a través de una Decisión marco (adoptada, pues, con fundamento en el tercer

pilar), de prever sanciones penales para castigar las infracciones graves de la legislación medioambiental, en la medida en que tendría como objetivo y contenido principales la protección del medio ambiente, debería haberse basado en el Título XIX del Tratado CE (primer pilar), y no en el Título VI del Tratado UE (tercer pilar), procediendo a su anulación conforme había demandado la Comisión apoyada por el Parlamento Europeo.

Tal doctrina, que tendría un extraordinario eco entre las instituciones políticas europeas (cfr. en particular la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de 13.9.2005 dictada en el asunto C-176/03, así como el Informe del Parlamento al respecto, donde se analiza la manera de reconsiderar la base jurídica de otros textos legales europeos con el objetivo de ajustarlos al reparto de competencias entre el primer y el tercer pilar), es susceptible, además y con todo lo que ello conlleva, de ser extendida a las relaciones entre el primer y el segundo pilar (el cual, recordemos, está excluido de la jurisdicción del Tribunal de Justicia), habida cuenta de que el Tribunal ya admitió hace tiempo que su falta de jurisdicción sobre determinados actos de la Unión no se podría llevar hasta el extremo de negar su jurisdicción para controlar que dichos actos no invadan las competencias que las disposiciones del Tratado CE atribuyen a la Comunidad (*asunto tráfico aeroportuario, 1998*).

Volviendo sobre la visión *pro integratione* del tercer pilar, el Tribunal de Justicia perdería una buena oportunidad de profundizar en ella con ocasión de la polémica generada por la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (conocida como "euro-orden").

En efecto, apenas un mes después de haber resaltado el Tribunal de Justicia en el *asunto Pupino* los aspectos supranacionales de las decisiones marco, el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su sentencia de 18 de julio de 2005 (dictada en el marco de un recurso de amparo y concerniente a la inconstitucionalidad de la ley alemana de ejecución de la Decisión marco sobre la "euro-orden"), subrayaría la naturaleza esencialmente intergubernamental de esas mismas normas, destacando que, "en cuanto formas de acción del Derecho de la Unión, las decisiones marco quedan fuera de la supranacional estructura decisoria propia del Derecho Comunitario", por lo que, al igual que el resto del Derecho –no comunitario– de la Unión, han recibido "conscientemente" el estatuto de "Derecho Internacional" (recordando a continuación que el principio democrático, en el marco del tercer pilar, descansaba no tanto sobre el Parlamento Europeo –limitado su papel en la elaboración normativa a dictaminar sin carácter vinculante– como sobre los Parlamentos nacionales; concretamente, sobre su labor de transposición).

El pronunciamiento final, declarando la inconstitucionalidad de la ley alemana de ejecución, se produjo, por lo demás, en un contexto en el que: 1) en España, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó en reciprocidad no autorizar la entrega de ciudadanos españoles a Alemania por el procedimiento de la euro-orden; y 2) el Tribunal Constitucional polaco ya había a su vez declarado la inconstitucionalidad de la ley polaca de ejecución (sentencia de 27 de abril de 2005; posteriormente haría lo propio con su correspondiente ley nacional el Tribunal Supremo de Chipre en su sentencia de 7 de noviembre de 2005, cuidándose todos ellos de no extender el juicio de inconstitucionalidad sobre la propia Decisión marco), decidiéndose finalmente la Corte de Arbitraje belga, ante la que también se discutía la ley de ejecución, por activar el mecanismo de la

cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia que originaría la decisión de éste en el *asunto Advocaten voor de Wereld (2007)*.

Pese a tal panorama, y aun cuando el Abogado General (el español Dámaso Ruiz-Jarabo) no escatimó reflexiones en torno a "un debate de gran envergadura sobre las posibles colisiones entre las constituciones y el derecho de la Unión, en el que el Tribunal de Justicia ha de participar, asumiendo el protagonismo que le corresponde, para situar la interpretación de los valores y de los principios informadores de su ordenamiento en parámetros comparables a los que presiden las estructuras nacionales" (sosteniendo más adelante que frente al escenario propio de la "extradición", el de la "euro-orden" implicaba un "giro copernicano" por cuanto "en el seno de un sistema jurídico supranacional de integración, en el que los Estados, renunciando parcialmente a su soberanía, transfieren competencias a instancias ajenas, con capacidad de producción normativa. Esta aproximación, propia del primer pilar de la Unión, opera también en el tercero, intergubernamental pero con una evidente vocación «comunitaria», como lo ha demostrado la sentencia Pupino, trasladando a las decisiones marco categorías del primer pilar y alguno de los parámetros característicos de las directivas"), lo cierto es que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia se limitó a constatar la validez de la Decisión marco sin profundizar en la naturaleza del tercer pilar más allá de determinadas aclaraciones en torno a la elección de la forma de intervención en su seno y de la tradicional proclamación de su sometimiento a los derechos fundamentales tal y como resultan del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, incluyendo también como fuente de inspiración la Carta de Niza.

Más preocupante resulta, no obstante, la aproximación que unos meses antes hizo el Tribunal de Justicia en el *asunto Segi e. a.* a la cuestión de la responsabilidad extracontractual de la Unión en el marco del tercer pilar, vinculada al problema más general de la inexistencia, tal y como expresamente reconoció el propio Tribunal de Justicia en el *asunto Pupino*, de "un sistema completo de recursos y de procedimientos destinado a garantizar la legalidad de los actos de las instituciones en el marco de dicho Título VI".

Comenzando por esta última afirmación, reiterada en *Segi e a.* ("es cierto que, en el contexto de la Unión, los Tratados han establecido un sistema de medios de impugnación en el que las competencias del Tribunal de Justicia son menores en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea que con arreglo al Tratado CE. Y todavía son menores en el marco del título V"), recordemos que la apertura de las Constituciones nacionales a la integración europea en virtud de la "doctrina de la equivalencia" dependía, en esencia, de la capacidad del sistema jurídico de la Unión para situar la interpretación de sus propios valores y principios constitucionales bajo parámetros comparables a los que presidirían la interpretación de los valores y principios de los ordenamientos constitucionales nacionales.

Y tal capacidad, a su vez, dependía en gran medida de la existencia de una sólida y completa arquitectura jurisdiccional, en el nivel europeo, apta para velar por el debido respeto de tales valores y principios (incluidos los derechos fundamentales). Con palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el citado *asunto Bosphorus*, "la efectividad de las garantías sustantivas de los derechos fundamentales, depende de los mecanismos de control previstos para asegurar la observancia de dichos derechos". O con palabras del Abogado General (el italiano Paolo Mengozzi) en el propio *asunto Segi e.a.*: "La Unión

se basa en el principio del Estado de Derecho y en el respeto de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho no es tanto el basado en las normas y en la proclamación de los derechos, sino el que se funda en mecanismos que permiten hacer respetar las normas y los derechos *(ubi ius ibi remedium)*".

Así las cosas, ¿qué decir de esta capacidad de la arquitectura jurisdiccional europea cuando nos trasladamos del terreno comunitario al del tercer pilar?

Por lo pronto, que el sistema jurisdiccional diseñado por el Título VI del Tratado UE no prevé en ningún caso el acceso directo de los particulares a Luxemburgo.

Ya vimos cómo la dificultad (que no imposibilidad) de dicho acceso directo, en el marco del pilar comunitario, se había visto en gran medida compensada por la potenciación de las vías indirectas de control representadas por la excepción de ilegalidad y, sobre todo, la cuestión prejudicial, traída a colación tanto por el Tribunal de Justicia como incluso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para superar las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva y, en el caso de este último, considerar la protección dispensada por el sistema comunitario como equivalente a la dispensada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sucede, sin embargo, que la referida compensación se ve debilitada en el marco de un tercer pilar en el que, como vimos, admitiéndose la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la validez y la interpretación del sistema, se supedita dicha competencia a su aceptación por cada Estado, la cual deberá en su caso especificar qué órganos jurisdiccionales nacionales podrán dirigirse a Luxemburgo con carácter facultativo (si todos ellos, o sólo aquellos cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno).

Además, quedan excluidas de la competencia prejudicial las posiciones comunes (que definen el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto).

Por otro lado, y como recuerda el Tribunal de Estrasburgo refiriéndose siempre al primer pilar, no hay que olvidar que "los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia por las Instituciones comunitarias o por un Estado miembro constituyen un importante control sobre el cumplimiento de las normas comunitarias que beneficia indirectamente a los individuos", a lo que debe añadirse la posibilidad abierta a éstos de "recurrir a una acción por daños ante el Tribunal de Justicia en el marco de la responsabilidad extracontractual de las Instituciones".

Pues bien, el artículo 35 del Tratado UE no prevé en el marco del tercer pilar ni un recurso por responsabilidad extracontractual como hace el artículo 288 del Tratado CE, ni un recurso por omisión como hace el artículo 232 del Tratado CE; y con relación al control directo de legalidad, a modo del recurso de anulación *ex* artículo 230 del Tratado CE, el plasmado en el artículo 35 del Tratado UE ni comparte la amplitud en términos de legitimación activa de aquél (limitándola a la Comisión y a los Estados miembros), ni alcanza a toda la actividad de la Unión en el marco del tercer pilar (al limitarse el control a las decisiones y las decisiones marco).

Por lo que respecta, en fin, al control de la actividad nacional cubierta por el radio de acción del tercer pilar, no se prevé un recurso por incumplimiento similar al del artículo 226 del Tratado CE ni una potestad del Tribunal de Justicia a los efectos de hacer cumplir sus sentencias a modo de la prevista en el artículo 228, al tiempo que se debilita

en los términos vistos la competencia prejudicial interpretativa del Tribunal (vía indirecta, pero vía por excelencia, de velar por el debido respeto del Derecho comunitario por los Estados miembros).

Con este trasfondo, y volviendo sobre el *asunto Segi e.a.*, el Tribunal de Justicia llevó a cabo cierto reforzamiento del control judicial en el marco del tercer pilar al abrir el mismo bajo, ciertas condiciones, a las "posiciones comunes".

Así, tras afirmar que "una posición común no está llamada a producir, por sí misma, efectos jurídicos frente a terceros" (limitándose a "obligar a los Estados miembros a atenerse a ella en virtud del principio de cooperación leal, que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión Europea"), justificando por ello la exclusión de su competencia para conocer de las mismas vía recurso de anulación o cuestión prejudicial de validez, el Tribunal de Justicia trajo a colación su doctrina comunitaria acerca de su competencia para controlar "disposiciones adoptadas por el Consejo, con independencia de su naturaleza o de su forma, dirigidas a producir efectos jurídicos frente a terceros", para concluir sosteniendo que "debe poder someterse al control del Tribunal de Justicia una posición común que, por su contenido, tiene un alcance que excede el que atribuye el Tratado UE a este tipo de acto".

No se vio capaz el Tribunal de Justicia, sin embargo, de superar las insuficiencias del tercer pilar en lo concerniente a la responsabilidad extracontractual, sosteniendo que "corresponde, en su caso, a los Estados miembros, con arreglo al artículo 48 del Tratado UE, reformar el sistema actualmente en vigor".

Ante el evidente riesgo que suponía dejar indefensos a los ciudadanos, en términos de indemnización, frente a los daños y perjuicios que les hubiera podido ocasionar el poder público europeo, el Tribunal de Justicia optó por la salida de descartar tal indefensión, trasladando la responsabilidad al escalón nacional de manera bastante discutible cuanto menos en lo concerniente a su parca motivación: "Por último", señaló, "es preciso recordar que incumbe a los Estados miembros y, en concreto, a sus órganos jurisdiccionales interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que permitan a las personas físicas y jurídicas impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional que les afecte relativa a la elaboración o a la aplicación de un acto de la Unión Europea y solicitar, en su caso, la reparación del perjuicio sufrido".

Solución ésta escasamente motivada que, como señalaba, se me antoja harta discutible por cuanto:

1) resulta difícil aceptar sin mayores matizaciones el control de legalidad sobre actividad pública de trámite y no definitiva (como son los actos nacionales relativos "a la elaboración" de actos de la Unión), máxime cuando el Tribunal de Justicia descarta la impugnabilidad de los propios actos comunitarios encuadrados en un procedimiento de elaboración de disposiciones generales (por ejemplo, *asunto proyecto de presupuesto comunitario, 1988*) o actos administrativos (por ejemplo, *asunto IBM v. Comisión, 1981*) (sin perjuicio de que las irregularidades habidas durante la tramitación puedan, no obstante, ser invocadas al

discutir la legalidad del acto o disposición definitiva; y sin perjuicio también de la apertura de la legitimación frente a actos de trámite que pudieran producir indefensión, nada de lo cual se traslada al razonamiento del Tribunal en *Segi*);

2) resulta asimismo difícil aceptar también sin matizaciones el traspaso de la responsabilidad a unos Estados miembros que, llegado el caso (aun admitiendo el amplio margen de maniobra del que en principio gozan los Estados en el contexto del tercer pilar, como reconoció concretamente el Tribunal en relación con la "euro-orden"), pueden estar ejecutando actos de la Unión en términos reglados (el Tribunal en ningún momento se plantea siquiera la posibilidad de una repercusión –de la indemnización otorgada por el Estado declarado responsable– sobre la Unión o los demás Estados miembros);

3) resulta aún más difícil aceptar, en fin, la doctrina de un Tribunal que asume la inexistencia de responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión cuando ese mismo Tribunal construyó literalmente, en el marco del pilar comunitario y en ausencia de previsiones al respecto en el Tratado, un régimen de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros derivada de infracciones del Derecho comunitario (responsabilidad que alcanza a todos los poderes del Estado: desde el legislador –*asunto Brasserie du Pêcheur, 1996*– hasta el juez –*asunto Köbler, 2003*–, pasando por declaraciones de funcionarios de la Administración –*asunto AGM-COSMET, 2007*–), argumentado al respecto que la responsabilidad extracontractual no sería sino la expresión de un "principio general" que pone de manifiesto "la obligación de los poderes públicos de indemnizar los daños causados en el ejercicio de sus funciones" (*asunto Brasserie du Pêcheur*), y que la propia Carta de Niza consagraría como derecho fundamental de la Unión, concretamente como variante del derecho fundamental a una buena administración recogido en el artículo 41 (sin que resulte ocioso advertir al respecto que el Tribunal maneja la Carta como fuente privilegiada de inspiración también en el marco del tercer pilar: *asunto Advocaten voor de Wereld,* ya citado).

Sea como fuere, lo cierto es que, asumida por el Tribunal de Justicia la inexistencia de "un sistema completo de recursos y de procedimientos destinado a garantizar la legalidad de los actos de las instituciones en el marco de dicho Título VI", la consecuencia no parece ser otra que la inexistencia en dicho marco de la premisa que sustenta la "doctrina de la equivalencia" y, por tanto, de las condiciones necesarias para eludir un control de la actividad de desarrollo de dicho pilar bajo estrictos parámetros constitucionales internos; ello, además, en un terreno, como es el del tercer pilar, especialmente proclive, *ratione materiae*, a incidir sobre cuestiones concernientes al contenido y límites de muchos derechos fundamentales (tutela judicial efectiva; *ne bis in idem*; libertad personal; *nullum crimen, nulla poena sine lege*, etc.).

Es más, quizás cabría entender la actitud del Tribunal Constitucional Federal alemán en su referida sentencia sobre la euro-orden en clave pro-europeísta, esto es, de exigencia de potenciación del espíritu supranacional en el marco del tercer pilar que, a modo de lo que ha sucedido con el pilar comunitario, permitiría el pleno juego de la "doctrina de la

equivalencia"; lo que, en última instancia, escondería un auténtico respaldo a la filosofía que inspiró el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que el futurible Tratado de Lisboa mantiene, habida cuenta de su inequívoca vocación de asumir el método comunitario como inspirador del quehacer de la Unión Europea.

No esconde tal respaldo, desde luego, el propio Tribunal de Justicia, que, volvamos a recordar, declaró en el *asunto Segi e a.*: "Es cierto que, en el contexto de la Unión, los Tratados han establecido un sistema de medios de impugnación en el que las competencias del Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 35 UE, son menores en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea que con arreglo al Tratado CE (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino, C-105/03, Rec. p. I-5285, apartado 35). Y todavía son menores en el marco del título V. Aun cuando quepa pensar en un sistema de medios de impugnación y, en concreto, en un régimen de responsabilidad extracontractual distinto del instaurado por el Tratado, corresponde, en su caso, a los Estados miembros, con arreglo al artículo 48 UE, reformar el sistema actualmente en vigor".

Y con mayor claridad aún, su Abogado General: "Debe señalarse que, conforme al régimen previsto por el Tratado que establece una Constitución para Europa, aún no ratificado por todos los Estados miembros, en un caso como el de autos el particular tendría en cambio la posibilidad de ejercer ante el juez comunitario ya un recurso de anulación (artículo III-365, también aplicable a los actos de la Unión adoptados en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal), ya un recurso de indemnización por daños contra la Unión (artículos III-370 y III-431, párrafo segundo)". "Admito", concluye en sus observaciones finales, "que la solución de la competencia de los jueces nacionales para conocer de recursos por indemnización de daños como los interpuestos en los casos de autos presenta inconvenientes en lo que respecta a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y, por tanto, de seguridad jurídica. Estos inconvenientes deberían resolverse mediante una oportuna ampliación de las competencias del Tribunal de Justicia cuando se revisen los tratados actualmente vigentes, como la realizada en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Mientras tanto, en relación con dichos inconvenientes, ha de observarse que, especialmente en materia de protección de los derechos fundamentales, es siempre preferible un grado de 'incerteza' del derecho a la certeza del 'no derecho'."

4. La experiencia europea en los sistemas suramericanos de integración regional, y las posibilidades de una inspiración inversa

Si incertidumbre puede generar en Europa la negación de la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión en el marco del tercer pilar, no poca sorpresa puede causar allende los mares, concretamente en sistemas de integración que, como es el caso del MERCOSUR y, sobre todo, de la Comunidad Andina, utilizan el sistema europeo, incluida la doctrina del Tribunal de Justicia, como fuente especialmente cualificada de inspiración.

En efecto, coincidiendo prácticamente en el tiempo con el *asunto Segi* (resuelto por Sentencia de 27 de febrero de 2007), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina abor-

dó, en una importante Providencia de 21 de marzo de 2007, la espinosa cuestión del reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de las instituciones andinas en ausencia de una expresa previsión al respecto en el Acuerdo de Cartagena.

Recordemos que el sistema andino, a la inversa de lo que sucede en el ámbito comunitario, sí que contempla la cuestión de la responsabilidad de los Estados miembros por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares como consecuencia de la infracción por aquellos del ordenamiento jurídico andino, guardando en cambio silencio, como señalaba, en lo concerniente a la responsabilidad de las propias instituciones andinas.

La cuestión sería abordada por el Tribunal de Quito, bien que a modo de *obiter dictum*, en su Sentencia de 17 de noviembre de 2006, en el marco de una acción de nulidad ejercitada por una empresa contra determinadas Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina. En dicha sentencia (que desestimaría la demanda de nulidad) y en lo que aquí interesa, el Tribunal declaró que "la Secretaría General está obligada a cumplir con los plazos que establece la norma y, por tanto, sería responsable por los daños y perjuicios que su demora pudiera haber ocasionado a la parte afectada", insistiendo más adelante en que "la Secretaría General está obligada a cumplir con los plazos que establece la norma y es responsable por los daños y perjuicios que pueda haber ocasionado con su retraso".

No tardaría el Tribunal de Justicia en profundizar sobre la cuestión, ante la solicitud de ampliación y aclaración del proceso presentada por la Secretaría General; y así, en su mencionada Providencia de marzo de 2007, tras descartar que el pronunciamiento contenido en la parte considerativa de la Sentencia de noviembre constituyera vicio de incongruencia por *extra petita* (distinguiendo el Tribunal al respecto entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*), abordó las preguntas formuladas por la Secretaría en los siguientes términos:

1) Al realizar las citadas consideraciones, ¿el Honorable Tribunal se refería a una eventual responsabilidad extracontractual futura de la Secretaría general, es decir, a partir del momento en que el ordenamiento jurídico comunitario contemple la responsabilidad extracontractual emergente de los actos de los órganos del Sistema Andino de Integración?
2) En caso de que el Honorable Tribunal, a pesar de no existir previsión alguna en el ordenamiento jurídico comunitario, considerarse que la Secretaría General podría ser extracontractualmente responsable, ¿tal responsabilidad operaría en caso de que las Resoluciones 800 y 837 hubiesen sido declaradas nulas, o el hecho de que se desestimara la demanda de nulidad interpuesta por EGAR S.A. no perjudica una eventual acción de reparación de daños y perjuicios sobre actos (Resoluciones 800 y 837) que gozan del principio de presunción de legalidad?

El Tribunal de Justicia, tras recordar que en el ordenamiento jurídico andino resultaban aplicables "las normas que son comunes en las legislaciones nacionales de los Países Miembros y que no son sino la correcta aplicación de los principios fundamentales del Derecho comunitario que, como es sabido, se ha construido, fundamentalmente, por vía pretoriana, con las sentencias expedidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", contestó que el incumplimiento de los deberes derivados de la normativa andi-

na o su cumplimiento tardío conllevaba responsabilidad "frente a los particulares", la cual surgiría "del mismo espíritu de la integración sin necesidad de que expresamente se hubiese consagrado en una norma", de modo que "el hecho de que no exista en el ordenamiento jurídico comunitario una vía prevista para reclamar respecto de una "declaración de responsabilidad", no es óbice para que ésta pueda, eventualmente, ser reclamada ante la jurisdicción comunitaria".

Y remató: "Este Tribunal declara que no es necesario que conste de manera expresa en el ordenamiento jurídico comunitario la responsabilidad que pudiera sobrevenir a las Instituciones comunitarias por actos u omisiones en el ejercicio de sus facultades, toda vez que no se podría distinguir entre la situación de los Países Miembros que sí responden frente a terceros por dichas acciones u omisiones, con las Instituciones comunitarias".

No es la responsabilidad extracontractual del poder público, ni mucho menos y siguiendo con nuestro discurso, un ejemplo aislado de inspiración del sistema andino en el sistema europeo, particularmente a la luz de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo. Baste con traer a colación las palabras del Tribunal de Quito en su Sentencia de 3 de diciembre de 1987, en la que puede leerse: "En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el aporte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, Tribunal único de las Comunidades Europeas, en la aplicación de este Derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, sin perder de vista el fin permanente de la norma".

Esta inspiración en el sistema europeo, por lo demás, no se traduce en una importación irreflexiva de principios y técnicas jurídicas, manteniendo el Tribunal como propios del sistema andino rasgos ajenos a los configurados por el Tribunal europeo de Justicia.

Valga como simple botón de muestra el mecanismo de la cuestión prejudicial, en relación con el cual el Tribunal de Quito, que tanto se ha inspirado en la doctrina de Luxemburgo, descarta por el momento la posible entrada en juego de la antes referida doctrina del "acto aclarado" en un intento de potenciar al máximo el efectivo planteamiento de cuestiones prejudiciales por los jueces nacionales, a lo que coadyuva el hecho de que una vez formulada la cuestión, ésta obtenga respuesta del Tribunal en un plazo, a lo sumo, de dos meses (frente al más de año y medio de la prejudicialidad europea). La Sentencia de 10 de agosto de 2005 resume el estado de la jurisprudencia del Tribunal al respecto en los siguientes términos: "Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno –o si sólo fueran procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria (Sentencia del 3 de diciembre de 1987, emitida en el expediente 01-IP-87, caso "Aktiebolaget VOLVO"; publicada en la G.O.A.C. Nº 28, de 15 de febrero de 1988)– están obligados, en todos los procesos en que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la cuestión debatida (Sentencia del 24 de noviembre de 1989, emitida en el expediente 07-IP-89, caso patente de invención solicitada por CIBA-GEIGY A.G., publicada en la G.O.A.C. Nº 53, del 18 de diciembre de 1989) o sobre casos similares o análogos (Caso "Aktiebolaget VOLVO", ya citado)".

Menos eco que en la Comunidad Andina ha tenido hasta el momento la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo en el MERCOSUR, siendo escasos los laudos arbitrales que en el marco del Protocolo de Brasilia se han referido a la misma.

Lo cual, dicho sea de paso, no implica que la experiencia europea haya sido por completo ajena al quehacer de los Tribunales arbitrales *ad hoc*.

Baste con traer a colación el mismísimo I Laudo, de 28 de abril de 1999 (asunto "medidas restrictivas al comercio recíproco"), en el que la doctrina europea elaborada a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia estuvo muy presente a la hora de asumir el enfoque teleológico y el concepto de efecto útil como guías concretas para la interpretación de un proceso de integración como el MERCOSUR (habida cuenta, afirmó el Tribunal arbitral, de que valdrían "no sólo para las formas institucionales más avanzadas y profundas con elementos de supranacionalidad sino también para las demás, incluso cuando los parámetros son todavía tenues").

En todo caso, las escasas referencias en los laudos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo tienen su razón de ser, conectada con la naturaleza misma de un sistema de integración, como el mercosureño, firmemente asentado en pilares intergubernamentales tanto en lo concerniente al proceso de decisión como en lo relativo a la solución de controversias (sin que deba olvidarse que el artículo 19 del Protocolo de Brasilia, al establecer el Derecho aplicable a las controversias, incluía, junto con la normativa MERCOSUR, "los principios y disposiciones de Derecho Internacional").

No obstante, y por lo que respecta al funcionamiento del sistema de solución de controversias, parece que la creación del Tribunal Permanente de Revisión y, sobre todo, la incorporación al sistema del mecanismo de la opinión consultiva, inspirado en parte en la cuestión prejudicial comunitaria, puede llegar a implicar una mayor atención a la doctrina del Tribunal de Justicia europeo.

De hecho, así ha sucedido con la primera Opinión Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión, emitida el 3 de marzo de 2007 a instancias del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Jurisdicción de Asunción (Paraguay).

Permítaseme reproducir *in extenso* el razonamiento del Tribunal (caóticamente expuesto, hay que reconocer, a través de las opiniones de cada uno de sus miembros) al abordar la naturaleza y el objetivo de la opinión consultiva, adelantando ya la declaración adoptada por voto unánime en la parte resolutiva, según la cual: "Las Opiniones Consultivas peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como peticiones prejudiciales consultivas, a la fecha aun no vinculantes. En las mismas, le cabe al TPR interpretar el Derecho de Integración mercosureño, siendo la aplicación de tal interpretación del Derecho nacional exclusiva competencia jurisdiccional de tales órganos judiciales consultantes".

Destaca al respecto la argumentación del Miembro Coordinador de la Opinión, el paraguayo Wilfrido Fernández, en la que comienza por destacar que "el sistema de interpretaciones prejudiciales, por la naturaleza de su función, obviamente debe ser obligatorio para los jueces que se enfrentan a la aplicación de normas comunitarias, cuando éstos fueren de única o última instancia en la causa en cuestión; y opcional para que aquellos magistrados nacionales que se encuentran con la necesidad de aplicación de tal tipo de

normas, cuando éstos no fueren de única o última instancia en la causa en cuestión. Aunque con matices diferentes, este es el sistema prevalente tanto en la Comunidad Andina como en la Unión Europea, dos procesos de integración con mucho mejor desarrollo institucional que el nuestro. La única diferencia es que en la Unión Europea se aplican las teorías del acto claro y del acto aclarado para eximir excepcionalmente a los magistrados nacionales de la obligación de la remisión de la opinión consultiva. A nuestro entender el sistema vigente en la Comunidad Andina es el más apropiado, no sólo para nuestra realidad mercosureña sino para nuestra realidad latinoamericana en general. Primero, porque dada nuestra realidad coadyuva mejor a la concienciación de los órganos judiciales nacionales sobre la importancia de la interpretación prejudicial en el marco del Derecho Comunitario (o Derecho de la Integración), y segundo, porque si bien a riesgo de ser innecesariamente repetitivo, proporciona sin embargo al tribunal comunitario la oportunidad de evolucionar y modificar sus propios criterios anteriores. El Derecho es y debe ser siempre evolutivo".

"En nuestro régimen actual", continúa Wilfrido Fernández, "lamentablemente la mal llamada opinión consultiva no es obligatoria en las circunstancias precedentemente esbozadas, ni mucho menos vinculante para el juez nacional consultante. En primer término, es característica de todo tribunal su imperatividad; pero mucho más que ello, con un sistema no obligatorio ni vinculante respecto al magistrado nacional, se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación prejudicial. Ello atenta principalmente con el objetivo de la consulta del juez nacional en el ámbito de un proceso de integración, que es lograr la interpretación de la norma comunitaria de manera uniforme".

Y tras traer a colación no sólo el sistema andino y el europeo, sino también el centroamericano y el caribeño, y deducir que el modelo del MERCOSUR "no tiene parangón en el Derecho Comparado", concluye: "Teniendo en cuenta lo previsto en el Art. 1 de la reciente Decisión CMC Nº 09/07, a cuyo tenor el CMC instruye «al Grupo de Alto Nivel para la Reforma Institucional del MERCOSUR... a elaborar y someter al Consejo del Mercado Común, antes de fines de junio de 2007, ajustes al Protocolo de Olivos en base a las propuestas de los Estados Partes», instamos muy respetuosamente a que en un futuro cercano, las autoridades pertinentes mejoren las características, hoy día ya absolutamente uniformes en el Derecho Comparado en cuanto al carácter obligatorio del planteo de la consulta, así como en cuanto al carácter vinculante de la respuesta de este TPR".

Por su parte, los Árbitros José Moreno Ruffinelli (Paraguay) y Joao Grandino Rodas (Brasil), argumentaron en los siguientes términos: "El MERCOSUR constituye aún hoy un proceso de integración marcado por el accionar intergubernamental. No obstante ello, el Derecho del MERCOSUR «necesita» no quedar sujeto al albur de lo que establezcan las normas nacionales de los Estados Partes. Esa y no otra es la filosofía de la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en «Costa c. ENEL», dictada cuando la Comunidad Económica Europea había apenas comenzado y no había indicios tan claros de que se llegaría a la supremacía del Derecho comunitario. El TJCE señaló que no hay otra forma posible de hacer funcionar la Comunidad y de hacer respetar las obligaciones asumidas por los Estados que colocar el Derecho emanado del bloque en otro nivel diferente. La supranacionalidad –como superación de lo intergubernamental– es un

término a veces ambiguo. No obstante, el mismo hecho –entre otros- de que los Estados se hayan comprometido a respetar las decisiones de las controversias sometidas al TPR ya crea, en cierto sentido, un marco de supranacionalidad. Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización, contribuyendo así, de manera efectiva, a la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración al avance de todo proceso de integración".

Por ello, concluyen en relación con la consulta planteada, "corresponde fijar algunas precisiones generales muy importantes como pautas interpretativas para éste y otros casos análogos que pudieran presentarse dentro del bloque".

A la influencia que a raíz de esta primera Opinión Consultiva pueda comenzar a tener la cuestión prejudicial comunitaria en la configuración y perfeccionamiento de las "interpretaciones prejudiciales consultivas" mercosureñas, cabe además añadir las posibilidades que empieza a ofrecer la jurisprudencia de Luxemburgo en otros contextos que podrían considerarse, asimismo y aun salvando las distancias, parangonables con el MERCOSUR, como es la producida en el terreno del segundo y del tercer pilar de la Unión Europea.

Por poner un ejemplo, creo que puede resultar perfectamente extrapolable al MERCOSUR la doctrina de la "interpretación conforme" afirmada por el Tribunal europeo, según vimos, en el ámbito del tercer pilar (*asunto Pupino*), pese a la negación de la eficacia directa de los instrumentos en su marco adoptados y aun ausencia en el mismo de una proclamación expresa del principio de cooperación leal.

En efecto, recordemos que entre los argumentos manejados por el Tribunal de Justicia para admitir dicha doctrina en el tercer pilar, figuran: 1) el hecho de que "el artículo 34 UE, apartado 2, letra b), confiere carácter vinculante a las decisiones marco en el sentido de que éstas «obligarán» a los Estados miembros «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»"; 2) el hecho de que la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en el marco del tercer pilar "se vería privada de la esencia de su efecto útil si los particulares no tuvieran derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros"; y 3) la dificultad de admitir "que la Unión cumpliera eficazmente su misión si el principio de cooperación leal, que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión Europea, no se impusiera también en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal".

Pues bien, en lo que concierne al "principio de obligatoriedad" de la normativa del MERCOSUR para los Estados miembros, por mucho que ésta carezca de eficacia directa, recordemos que varios laudos arbitrales han admitido su plena vigencia en el sistema del MERCOSUR. Y otro tanto cabe decir de los principios de "cooperación leal" y del "efecto útil".

Pero no sólo la experiencia europea puede y debe servir para consolidar e intensificar los sistemas de integración en Latinoamérica. Antes al contrario, también la Unión Europea debería prestar atención al desarrollo de éstos, a los efectos de tener en cuenta posibles elementos con los que perfeccionar y enriquecer un modelo que hace gala desde sus orígenes de un dinamismo en constante evolución.

Volvamos a este respecto sobre el discurso que ya adelantaba acerca de la *comunidad de valores y principios* que preside el marco constitucional múltiple y dialéctico en el que se encuadra la Unión Europea: *múltiple*, por cuanto el propio Tratado, como vimos, reconoce ya en su Preámbulo y ratifica en su articulado que "la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros", convirtiendo así a los propios textos constitucionales nacionales, indirectamente, en parte de una suerte de "bloque de constitucionalidad europea", al tiempo que dichos textos, en donde radica la cesión de soberanía que sustenta a la Unión, muestran por su parte una recíproca apertura hacia la integración que cuanto menos se traduce, sin renunciar a su supremacía última, en flexibilizar su lectura en términos *pro integratione*, en el marco de una Unión Europea a cuyo ordenamiento jurídico vienen los Tribunales Constitucionales (o en su caso Supremos) a reconocer, más claramente en el terreno del pilar comunitario que en el de la PESC y la CPJP, una suerte de presunción genérica de constitucionalidad al compartir unos mismos principios y valores esenciales capaces de hacerse efectivos a través de equivalentes sistemas de protección jurisdiccional; y *dialéctico*, por cuanto exige el constante intercambio de argumentos entre, en última instancia, los intérpretes supremos de la pluralidad de textos que integran el referido marco constitucional, a saber, el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales (o similares) de los Estados miembros.

Pues bien, si se asume, como creo que debe hacerse, dicho discurso "interconstitucional", parece obvia la necesidad de facilitar y en su caso potenciar el flujo de ideas entre los referidos intérpretes supremos implicados, cuanto menos en un contexto "informal" (institucionalmente hablando); contexto este en el que Italia ha destacado particularmente con los Seminarios de jueces constitucionales celebrados en el *Palazzo della Consulta*, alimentando el debate desde una modestia compartida**,** pero rico al mismo tiempo en intensos intercambios de opiniones acerca de la manera de entender la integración.

Tales encuentros, eventualmente celebrados en otros foros y con resultados igualmente enriquecedores (baste como ejemplos el XII Congreso de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, o la Conferencia Internacional celebrada en Bled en 2004 y dedicada a "La posición de los Tribunales Constitucionales en el marco de la integración europea"), podrían quizás llegar a formalizarse, tal y como ha sucedido en el MERCOSUR y en la Comunidad Andina.

En efecto, por lo que respecta al MERCOSUR, se acordó solemnemente en virtud de la *Carta de Brasilia*, suscrita en noviembre de 2004 en el marco del II Encuentro de Presidentes de las Cortes Supremas de los Estados Partes del Mercosur y Asociados, "institucionalizar, en Brasilia, el Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR para cuestiones jurídicas de relevancia relacionadas con la integración latinoamericana en general y la mercosureña en particular".

A dicho Encuentro, así como a lo sucesivos, también asistieron como invitados miembros del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, el cual no dudó en dejar "expresa constancia", por boca de su Miembro Coordinador en la primera Opinión Consultiva, de que varios representantes de las Cortes Supremas de Justicia del MERCOSUR se habrían pronunciado, "con ocasión de las diversas reuniones anuales del Foro

Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR y Asociados, llevadas a cabo actualmente en Brasilia en la sede del Supremo Tribunal Federal" en un sentido favorable a mejorar las características del mecanismo consultivo (concretamente y como ya vimos, "en cuanto en cuanto al carácter obligatorio del planteo de la consulta, así como en cuanto al carácter vinculante de la respuesta del Tribunal Permanente de Revisión").

Siguiendo el ejemplo de Foro de Brasilia, la Comunidad Andina convocaría en 2005 el I Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, que tuvo por objetivo "consultar el juicio de sus participantes sobre la conveniencia de activar espacios de reflexión jurídica conjunta, dirigidos a facilitar la participación temprana de las Magistraturas de la CAN y del MERCOSUR en la tarea común de contribuir al desarrollo de un espacio sudamericano integrado", y en cuyo contexto, siguiendo el modelo de la Carta de Brasilia, se adoptó la *Declaración de Arequipa*.

Incluso descendiendo al más concreto terreno normativo, pueden también encontrarse recientes ejemplos de posible interacción, en ambas direcciones, entre los sistemas latinoamericanos de integración y el sistema europeo.

Es el caso del reciente Dictamen emitido por el Tribunal de Justicia andino con ocasión de la Reforma de su Estatuto, cuya aproximación a la cuestión del control indirecto sobre las normas comunitarias, inspirado en el sistema jurisdiccional europeo, presenta notables mejoras si comparado con éste.

Así, al abordar la denominada "excepción de inaplicación", el Dictamen del Tribunal, además de aportar coherencia en el sentido de esclarecer que la misma puede tener su origen bien en un litigio ante un juez nacional (si es nacional el acto de aplicación de la disposición general comunitaria), bien en un litigio ante el propio Tribunal de Justicia, en el marco de procesos de los que esté conociendo (por ejemplo, en acciones de nulidad planteadas contra actos comunitarios de aplicación de disposiciones generales igualmente comunitarias, cuya compatibilidad con otras de rango superior es la que se pone en tela de juicio), "potencia", según sus propias explicaciones, "el principio de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico andino, clarificando su alcance a los ciudadanos y a los operadores jurídicos".

"En efecto", aclara el Tribunal, "en la versión actual del Estatuto y en la que deriva del Proyecto sometido a consulta, una vez que el Tribunal constata la ilegalidad de una disposición de carácter general, la pura inaplicación al caso concreto no conlleva la depuración de la disposición en cuestión. Ello genera incertidumbre en todos los operadores jurídicos: los funcionarios, en principio, están obligados a aplicarla mientras no sea formalmente eliminada del ordenamiento andino; a su vez, los particulares afectados, en el mejor de los casos, esto es, suponiéndoles conocedores de la inaplicación de la disposición en un supuesto anterior, se verán arrastrados a abrir un proceso contra los actos nacionales de aplicación de una disposición cuya ilegalidad ya ha sido constada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (con lo que ello conlleva en términos de costes y de tiempo), para provocar una nueva solicitud de inaplicación cuya respuesta se conoce de antemano (una nueva inaplicación). Cierto es que, teóricamente, una vez que el Tribunal constata la ilegalidad de una disposición general en el marco procesal de una excepción, el "legislador" andino debería proceder a una modificación o derogación de la disposición

en cuestión. Pero mientras ello tiene lugar, la situación real del ordenamiento jurídico andino no será otra que la antes reseñada, presidida por la inseguridad jurídica". "La manera de combatirla", concluye, "consiste en atribuir al Tribunal de Justicia la competencia para dictar una resolución con efectos "erga omnes", en virtud de la cual todos los operadores jurídicos (funcionarios, abogados y, en última instancia, los propios jueces nacionales) estarían no ya facultados, sino obligados a considerar ilegal la disposición así declarada por el intérprete supremo del ordenamiento andino (i.e. el Tribunal de Justicia), único competente para declarar las ilegalidades producidas en su seno (y de una vez por todas, tal y como se defiende en el presente Dictamen)".

No debe obviarse, en cualquier caso y finalizando la presente exposición, que tanto el MERCOSUR como la Comunidad Andina atraviesan en la actualidad un delicado momento, traducido en un incumplimiento que comienza a ser sintomático de los laudos arbitrales y las sentencias, a lo que ha venido a sumarse, en el caso del MERCOSUR, la grave crisis institucional producida con ocasión de la designación del Secretario Judicial del Tribunal Permanente de Revisión, y en el caso de la Comunidad Andina, el debilitamiento del sistema provocado por lo que bien podría calificarse de "espantada venezolana".

Pero también la Unión Europea está viviendo tiempos de profunda incertidumbre, como consecuencia de su última ampliación mal digerida y, sobre todo, de los rechazos francés y holandés al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Y si bien no corren en estos momentos buenos vientos en términos de integración ni a un lado ni al otro del Atlántico, no lo es menos, como escribiera en la década de los sesenta el ilustre integracionista chileno Felipe Herrera, que "no debe causar desaliento la comprobación de que el avance hacia la integración no se realiza en una línea continua de progreso. Los procesos históricos, aun cuando se produzcan de acuerdo con una tendencia irreversible, se manifiestan en forma de avances, estancamientos e incluso retrocesos".

Lo Clásico y lo Novedoso en las Américas. Reflexiones en torno al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

*Laurence Burgorgue-Larsen**

I. El oficio excepcional de Juez interamericano. A. Una competencia material extensa. B. Poderes judiciales excepcionales. 1. Los poderes con respecto a los Estados. 2. Los poderes con respecto a sus resoluciones. II. La profunda metamorfosis de los ordenamientos nacionales. A. La metamorfosis legislativa. 1. La obligación de aprobación normativa. 2. La obligación de supresión normativa. B. La metamorfosis judicial.

Clásico, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos lo es. Las manifestaciones de esta ortodoxia jurídica son múltiples: el sistema ha sido creado merced a la negociación y a la entrada en vigor de un tratado de derecho internacional; instituye una jurisdicción regional de protección siguiendo en eso la experiencia europea; protege un conjunto importante de derechos humanos – esencialmente los derechos civiles y políticos – lo que, hoy en día, aparece sumamente normal. En efecto, el discurso – que podríamos llamar "humanista" – ha invadido todas las esferos del Derecho, más aún, de las Sociedades. De este clasicismo, ha surgido no obstante una profunda y singular *originalidad*. Es la consecuencia tanto del propio texto de la Convención americana que, en algunos puntos, pone de relieve su singularidad, como y sobre todo de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana. Aquí aparece la figura del Juez, pero un Juez singular, ya que su competencia no puede ignorar el contexto tanto político como social del continente latino-americano, marcado todavía por grandes disparidades económicas y sociales y una violencia destructora. Siguiendo la linda metáfora de un autor colombiano, existe tres tipos de jueces: los *artesanos*, autómatas que utilizan exclusivamente sus manos y que producen por ende sentencias en seria y en cantidad industrial sin considerar lo humano y lo social; los *actores* que sí usen sus manos y sus cerebros, empleando los métodos tradicionales de interpretación que les conducen de manera inevitable a transcribir exclusivamente la voluntad del legislador y, por fin, los *artistas* los cuales, con la ayuda tanto de las manos, de la cabeza como del corazón, abren horizontes novedosos a los ciudadanos sin ignorar la realidad y las situaciones concretas.[1] Podemos afirmar que el juez interamericano decidió, una vez por todas, de actuar como un artista: navegando entre los textos convencionales y sus reglas, la delimitación expresa de su competencia pero poniendo la "imaginación al trabajo",[2] creando una nueva manera de proteger los derechos del hombre en un continente fascinante pero siempre duro, violento y desigual. El viaje dentro del

* Profesora Catedrática de Derecho Público en la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

1 A. NANCLARES ARANGO, *Los jueces de mármol*, La Pisca Tabaca, Editores, Medellín, 2001, p. 14.

2 Esta idea de la "imaginación al trabajo" (y no "imaginación al poder" como el eslogan estudiantil de los acontecimientos de Mayo de 1968) surgió después de una conversación inolvidable el 10 de mayo de 2008 con la gran jurista francesa, ahora Catedrática al *Collège de France*, Mireille DELMAS-MARTY.

Sistema Interamericano nos permitirá constatar la importancia del juez merced al cual una verdadera "cultura común" está creándose en este continente que, a pesar de ser siempre sujeto a sus viejos demonios (como el populismo), queda espléndido y lleno de esperanzas. Hablar de "cultura común" en materia de derechos fundamentales induce la idea de reconocimiento de cierto número de principios y valores comunes entre los Estados del Hemisferio Sur. Ahora bien ¿cabe recordar que el continente latinoamericano fue el primero en declarar la existencia de tal *corpus juris* con vistas a orientar y guiar la acción de los Estados en su relación con los Hombres y con el Mundo? La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue así adoptada en abril de 1948, anticipándose de unos meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos que la Asamblea general de las Naciones Unidas se hizo un deber de proclamar el 9 de diciembre de 1948, apenas unos años después de la espantosa Segunda Guerra Mundial.[3] Esta profesión de fe latinoamericana no era sino una de las numerosas manifestaciones del "panamericanismo" que, en aquella época, suscitó a la vez numerosas esperanzas políticas y múltiples análisis doctrinales.[4] Pero declarar y proclamar derechos no es suficiente. La política pionera del subcontinente en la emergencia simbólica de los derechos fundamentales no impidió, ni mucho menos, la llegada al poder de dictaduras militares feroces que, además, se esmeraron en organizar el terror transfronterizo.[5] En este contexto, la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969[6] – otra

3 Para una extensa y precisa presentación histórica (entre otras cosas) de la gestación del sistema interamericano, ver el prólogo redactado por el juez y antiguo Presidente la Corte interamericana entre 2004 y 2007, S. GARCíA RAMÍREZ *in* L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, VII-LXXXVI p.

4 *Ad ex.* A. ALVAREZ, *Le panaméricanisme et la VIème Conférence panaméricaine tenue à la Havane en 1928,* Paris, Les éditions internationales, 1928, 184p.; R-J. DUPUY, *Le nouveau panaméricanisme. L'évolution du système interaméricain vers le fédéralisme,* Paris, Pedone, 1956, 256p.; J.M. YEPES, *Le panaméricanisme au point de vue historique, juridique et politique*, Paris, Les éditions internationales, 1936, 188p.

5 *Operación Condor*. Esa fue, en resumidas cuentas, la tragedia totalitaria de los países del Cono Sur durante los años 70. Proceso interestatal de violación masiva de los derechos humanos, esta funesta operación fue realizada secretamente para luchar contra las personas y/o grupos de personas presentados como "subversivos" según la ideología de la doctrina de la "seguridad nacional" ideada con el fin de contrarrestar las acciones políticas que podían, por poco que fuera, tener alguna relación con el comunismo. Así pues varios regímenes dictatoriales se coordinaron para hacer que reinara un terror absoluto haciendo desaparecer a todo tipo de oponentes. Así, Jorge Videla en Argentina (1976-1983), Hugo Banzer en Bolivia (1971-1978), Humberto Castello Branco (1964-1967), Arthur da Costa e Silva (1964-1967) y la junta militar de Brasil, Augusto Pinochet en Chile (1973-1980), Alfredo Stroessner en Paraguay y Juan María Borderry en Uruguay (1973-1976), estuvieron al centro de una empresa en la que el "terrorismo de Estado" estuvo en su paroxismo. No faltan los trabajos de investigación sobre este periodo. Son históricos (J. DINGES, *Les Années Condor. Comment Pinochet et ses alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents*, Paris, La Découverte, 2005), literarios (A. MELO, M. RAFFIN, *Obsesiones y fantasmas de la Argentina. El antisemitismo, Evita, los desaparecidos y Malvinas en la ficción literaria,* Ediciones del Puerto, 2005, 221p.) y por supuesto jurídicos. Éstos han recalcado el papel clave desempeñado tanto por las Comisiones de la verdad como por los jueces nacionales en la represión de los crímenes (*ad ex.* M. PINTO, *L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2007, 96p., Col. Institut des Hautes Etudes Internationales, Cours et Travaux nº 7).

6 A partir de ahora, Convención Americana o Convención ADH.

manifestación de la contribución latinoamericana al derecho internacional – tarda en entrar en vigor. El continente estaba bajo el dominio de regímenes autoritarios y fue necesario esperar hasta el 18 de julio de 1978 para que este tratado de garantía de los derechos tuviera vigencia. ¿Acaso los Estados del continente latinoamericano sospechaban que estaba en marcha un movimiento que iba a otorgar a la proclamación de los derechos fundamentales de la Persona Humana un valor no sólo simbólico? La instalación de la Corte Interamericana gracias a los mecanismos del Pacto de San José (otro nombre de la Convención Americana) fue el inicio de un proceso de profunda renovación del paisaje jurídico latinoamericano. Los tiempos de la *protección* concreta y efectiva de los derechos sucedían a los de la simple *proclamación.*[7] La Corte de San José empezó a funcionar al principio de los años 80. Sus primeros pasos fueron difíciles. Acceder a su jurisdicción dependía de la buena voluntad de la Comisión Interamericana – creada sin base convencional – que recogía y sigue recogiendo las peticiones.[8] Ésta, al ser de creación anterior a la Corte de San José deseaba preservar a cualquier precio sus prerrogativas frente al nuevo órgano jurisdiccional.[9] Si éste acabó manifestando su autoridad fue primero en el marco de su competencia consultiva contemplada en el artículo 64 de la Convención Americana[10]. En efecto, fue con la opinión del 22 de septiembre de 1982[11] como la Corte Interamericana se dio a conocer a escala internacional y accedió al club muy cerrado de las Cortes Regionales *efectivas*[12] de garantía de los derechos. Antes de que estuviera en condiciones de aplicar su competencia contenciosa – *i.e.* antes de que emitiera su primera resolución, en el caso histórico *Velázques Rodríguez*[13] – la Corte de San José había respondido ya a ocho solicitudes de opinión. Aunque el sistema interamericano de derechos humanos sigue afectado aún por una protección heterogénea – en la medida en que algunos Estados se han empeñado en no ratificar la Convención Americana[14] – el corpus juris-

7 A. ÚBEDA DE TORRES, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano*, Reus, Madrid, 2007, 349p.

8 M. PINTO, *La denuncia ante la Comisión interamericana de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, 251p.

9 J. ALLAIN, *A Century of International Adjudication. The Rule of Law and its Limits,* T.M.C. Asser Press, La Haye, 2000, sobretodo pp.93 y ss.

10 M.E. VENTURA, D. ZOVATTO, *La función consultiva de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios. 1982-1987*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1989, 463p.; M. RÁBAGO DORBECKER, "El avance de los derechos humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Corte interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, M. BECERRA RAMÍREZ (coord.), Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 223-271.

11 Corte IDH, 22 de septiembre de 1982*, "Otros tratados" objeto de la función consultativa de la Corte*, Serie A nº1/82.

12 L. BURGORGUE-LARSEN, "Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international", *La juridictionnalisation du droit international,* Paris, Pedone, 2003, pp. 203-264.

13 Corte IDH, 26 de junio de 1987, Excepciones preliminares, *Velásquez Rodríguez, vs. Honduras*, Serie C nº 1/87, *v.* C. GROSSMAN, "The Velásquez Rodríguez Case: The development of Inter-American Human Rights System", *International Law Stories*, Foundation Press, 2007, pp. 77-113.

14 De los 34 Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (con derechos plenos, *i.e.* excluyendo Cuba), 9 no han ratificado la Convención Americana: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, St Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas. Al final, sobre

diccional no deja de ser hoy particularmente abundante y original. A todas luces, esta Corte ha sido capaz de activar las "fuerzas imaginativas del derecho" para retomar la bonita expresión de Mireille Delmas-Marty.[15]

Hoy,[16] su actividad jurisdiccional está creciendo exponencialmente. En el marco de su competencia contenciosa, se ha pronunciado en cien casos, emitiendo ciento ochenta resoluciones,[17] mientras emitía diecinueve opiniones en el marco de su competencia consultiva.[18] Si una cultura común en materia de derechos fundamentales[19] se difunde y se plasma hoy de forma concreta y original entre los órdenes jurídicos nacionales de las Américas hasta fomentar en su seno una profunda metamorfosis (**II**), esto se debe al *oficio* excepcional del Juez de la Corte Interamericana (**I**).

I. El oficio excepcional de Juez interamericano

Si los principios y valores enunciados en el Pacto de San José – los cuales revelan un indudable arraigo en la universalidad de los derechos humanos – tienen hoy un eco concreto en los Estados del subcontinente, mucho tiene que ver en ello el oficio de Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su competencia *ratione materiae* es particularmente extensa (**A**), lo que le permite examinar las alegaciones de violación de instrumentos interamericanos más allá de la única Convención Americana. Esta extensión de la competencia material de la Corte de San José es por supuesto cardinal como vector de la difusión de una cultura común en el subcontinente. Este elemento tendría un impacto mucho menor sin duda si, en el marco de sus funciones judiciales, la Corte Interamericana disponía sólo de poderes recortados. Pero no es así. Sus poderes – en particular en lo tocante a los Estados Partes – son verdaderamente excepcionales (**B**).

34 Estados, 24 han ratificado la Convención, 1 la ratificó para después denunciarla (Trinidad y Tobago) y 2 no han reconocido la competencia de la Corte (Dominica y Granada) a pesar de haber ratificado el Pacto de San José.

15 Prólogo de su libro *Le Relatif et l'Universel,* Paris, Seuil, 2004, p. 7.

16 A la fecha del 30 de junio de 2008.

17 Durante tiempo, un mismo caso daba lugar a varias resoluciones: sobre excepciones preliminares, sobre el fondo, sobre reparaciones y sobre interpretación y/o revisión.

18 Conviene remitirse a la página web de la Corte IDH donde el lector encontrará en línea el conjunto de la protección judicial de la Corte Interamericana: www.corteidh.org.

19 De manera deliberada, he decidido presentar mi análisis poniendo de relieve el aspecto procedimental del sistema interamericano. Para una presentación material, es decir para el análisis de la jurisprudencia relativa a los derechos consagrados en la Convención Americana, *ver ad ex.*, L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, más específicamente la IIa parte consagrada a la garantía material de los derechos.; M. BECERRA RAMÍREZ (coord.), *La Corte interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 343p.; S. GARCÍA RAMÍREZ, *Los derechos humanos y la jurisprudencia interamericana*, Mexico, UNAM, 2002, 203p. (Instituto de investigación jurídica, Serie Doctrina jurídica, nº 106); M. REVENGA SANCHEZ, A. VIVIANA GARCÉS (dir.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte interamericana y el Tribunal europeo de Derechos Humanos. Derecho a la vida, Libertad personal, Libertad de expresión, Participación política*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, 346p.

A. Una competencia material extensa

Antes de examinar la extensión de la competencia material de la Corte, cabe señalar dos límites que aparecen como obstáculos a la efectividad integral de su autoridad judicial en la región. Primero, su competencia es facultativa; en segundo lugar, es indirecta. Tratándose del primer elemento, el sistema interamericano de los derechos humanos se parece hoy a lo que era el sistema europeo antes de la entrada en vigor del protocolo nº 11, del que se sabe que borró las dos cláusulas facultativas de los artículos 25 y 46, emblemas de una época en que los Estados no estaban dispuestos a renunciar a las manifestaciones más tradicionales de su soberanía. América todavía se encuentra en ese momento político en que los Estados quieren guardar las riendas de su destino. Esto explica que para ser sometidos a la jurisdicción de la Corte deben aceptar previamente la competencia de la Corte en base al artículo 62, § 1, de la Convención Americana.[20] Así, al lado de los nueve Estados que no han ratificado siquiera la Convención, se encuentran Estados que, habiéndola ratificado, aún no se han decidido a presentar una declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte interamericana. Entre estos países encontramos Dominica (ratificación del 3 de junio de 1993) y Granada (ratificación del 18 de julio de 1978). Es de notar que la aceptación de la jurisdicción de la Corte es reversible y puede ser denunciada perfectamente por un Estado que, a pesar del riesgo de ruptura diplomática importante, quisiera desautorizar a la Corte. Hasta hoy, sólo Trinidad y Tobago se ha lanzado en una política jurídica exterior de este tipo.[21] El segundo límite, de menor importancia sin lugar a dudas teniendo en cuenta las recientes modificaciones reglamentarias, estriba en el hecho que el *individuo* – en el sentido genérico de sujeto de derecho internacional – no accede directamente a la jurisdicción de la Corte Interamericana. Si desea denunciar violaciones, debe dirigirse a la Comisión Interamericana cuya sede está ubicada en Washington. Por lo tanto, no tiene el dominio de la presentación de la demanda. Sin embargo, si durante mucho tiempo éste fue aleatorio, guiado por ningún criterio claro y preciso – lo cual constituía un verdadero handicap para la afirmación de una autoridad incontestada del sistema interamericano en una época en que la Comisión estaba altamente politizada – ya no es así hoy en día. Gracias al dominio de la adopción de su reglamento interior (artículo 60 de la Convención)[22] así como de su modificación a la mayoría absoluta de sus miembros (artículo 66 de su Reglamento Interior),[23] la Corte Interamericana ha sido capaz de mejorar el traslado de la demanda por la Comisión estableciendo crite-

20 Artículo 62, § 1, de la Convención Americana: "Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención."

21 Ratificaba la Convención el 28 de mayo de 1991, aceptaba la competencia de la Corte el mismo día y la denunciaba el 26 de mayo de 1998.

22 Artículo 60 de la Convención Americana: "La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento."

23 Artículo 66 del Reglamento Interior: *Reformas al Reglamento*: "El presente Reglamento podrá ser reformado por decisión de la mayoría absoluta de los Jueces Titulares de la Corte y deroga, a partir de su entrada en vigor, las normas reglamentarias anteriores."

rios precisos.[24] La reforma reglamentaria ha operado un cambio radical. De una presentación aleatoria, por ser discrecional, el sistema interamericano optó, casi veinte años después de emitir la Corte IDH su primera resolución, por una demanda rigurosa, estrictamente enmarcada. La consecuencia inmediata fue el aumento sensible de los casos sometidos a la Corte IDH.[25]

Tras este preámbulo, cabe ahora presentar uno de los puntos fuertes del sistema interamericano: estriba en la competencia de la Corte para conocer, además de las violaciones de la Convención Americana, las de otros instrumentos adoptados en el marco del sistema interamericano. Sin embargo, para que así sea, son necesarias dos condiciones. Primero, dicha Convención debe prever la jurisdicción de la Corte; asimismo, tiene que haber sido ratificada por el Estado demandado. Una vez cumplidas estas dos condiciones, el juez de San José no tiene motivo alguno para aplicar al caso especial la convención internacional invocada por la Comisión IDH y/o los representantes de la víctima y/o la víctima como tal. Tanto el Protocolo de Salvador del 17 de noviembre de 1988 sobre los derechos económicos y sociales,[26] como la Convención Interamericana sobre desapariciones forzadas de personas del 9 de junio de 1994 son dos convenios del "sistema" de la OEA que disponen de una cláusula *ad hoc* que prevé expresamente y sin ambigüedad posible la competencia de la Corte IDH – se trata de los artículos 19, § 6,[27] y

24 El reglamento de la Comisión IDH modificado y entrado en vigor el 1 de mayo de 2001 ha introducido una modificación esperada desde hacía mucho. El artículo 44, § 1, establece por vez primera un criterio de demanda Así, todos los casos que implican a los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte – conforme al artículo 62, § 1, – y que no son conformes a las recomendaciones del informe del artículo 50, deben ser sometidos a la Corte IDH, a menos que una mayoría absoluta de la Comisión – o sea cuatro de sus miembros – se opongan a la demanda en una decisión motivada. El § 2 del artículo 44 establece una serie de elementos destinados a guiar a los miembros de la Comisión IDH en su decisión (por mayoría absoluta) de acudir a la Corte. Está especificado que la Comisión IDH debe tomar en consideración "la obtención de justicia" que se fundamenta en varios elementos: a) la opinión del peticionario; b) la naturaleza y la gravedad de la violación; c) la necesidad de desarrollar o de clarificar la jurisprudencia del sistema; d) el eventual efecto de la decisión sobre los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros; e) la calidad de la prueba a disposición.

25 Ya vemos perfilarse en el horizonte los problemas prácticos, de orden material, que la Corte deberá afrontar. Por que si la demanda está ahora enmarcada, esto genera una actividad exponencial de la Corte IDH, la cual padece graves dificultades financieras, poco ayudada por los Estados miembros de la OEA que se hacen rogar para aumentar su presupuesto, a pesar de las llamadas incesantes de la Asamblea General de la OEA y los presidentes sucesivos de la jurisdicción de San José. Aunque la primera reforma del cuarto reglamento de la Corte (entrado en vigor el 1 de enero de 2004) tuvo por objetivo acelerar los trámites y disminuir los costes de funcionamiento, sus efectos no podrán durar si no se encuentra una solución más global y más radical a la cuestión financiera. (M. E. VENTURA ROBLES, "La Corte interamericana de derechos humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente (Efectos de la aplicación del cuarto reglamento de la Corte IDH de junio 2001 a junio 2004, en relación con el artículo 44, § 1, del reglamento de la Comisión interamericana de derechos humanos)", *La Corte interamericana de derechos humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de los Derechos Humanos, San José, 2005, p. 292).

26 *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador", Serie A-52.*

27 Artículo 19, § 6, del Protocole de San Salvador: "En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

XIII[28] respectivamente. Así, la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas – de la que fácilmente se entiende que participa a erradicar una cultura de la violencia y de la impunidad que todavía hoy causa estragos en América Latina – fue de hecho inmediatamente oponible a los Estados que la habían ratificado.[29] Así, Guatemala,[30] Perú[31] y Venezuela[32] vieron sus actos evaluados con los criterios de esta Convención.

No obstante, prever la jurisdicción de la Corte de San José puede a veces aparentarse a una previsión *implícita*, o por lo menos una previsión presentada como tal por la Corte IDH. Está aquí concernido el artículo 8 *in fine*[33] de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura del 9 de diciembre de 1985 adoptada en Cartagena de Indias.[34] La Corte no tuvo en cuenta los eventuales obstáculos que hubieran podido recortar su competencia y lo afirmó sin rodeos en el famoso caso de los "*Niños de la Calle*".[35] Gracias a esta interpretación teleológica del artículo 8 *in fine*, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura es una de las convenciones del sistema interamericano que más a menudo utiliza el juez, que los hechos sean probados o simplemente presumibles, como ocurre en materia de desapariciones forzadas.[36]

Cabe mencionar, para ser completamente exhaustivo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer firmada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará. Se trata del instrumento regional que mayor éxito ha tenido entre los Estados miembros de la OEA puesto que de los treinta y cinco miembros, treinta y dos

28 Artículo XIII de la Convención interamericana sobre desapariciones forzadas de personas: "Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares."

29 El 4 de octubre de 2007, la Convención del 9 de julio de 1994, vigente desde el 28 de marzo de 1996, fue ratificada por Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México (que la combinó con una reserva de tipo temporal), Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, o sea trece Estados de los16 países firmantes. Brasil, Chile y Nicaragua no la han ratificado.

30 Corte IDH, 4 de abril de 2004, Fondo y reparaciones, *Molina Theissen vs. Guatemala*, Serie C nº 106.

31 Corte IDH, 22 de noviembre de 2005, Fondo y reparaciones, *Gomez Palomino vs. Perú*, Serie C nº 136.

32 Corte IDH, 28 de noviembre de 2005, Fondo y reparaciones, *Blanco Romero vs. Venezuela*, Serie C nº138.

33 Articulo 8 de la Convención Interamericana la tortura Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.

34 El 4 de octubre de 2007, la Convención del 9 de diciembre de 1985, vigente desde el 28 de febrero de 1987, fue ratificada por diecisiete de los veinte países firmantes. Se trata de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Haití, Honduras y Nicaragua no la han ratificado.

35 Corte IDH, 19 de noviembre de 1999, Fondo, *Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle") vs. Guatemala*, Serie C, nº 63, §§ 247-248.

36 L. BURGORGUE-LARSEN, "La prohibition de la torture et ses équivalents dans le système interaméricain des droits de l'homme", *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme,* C-A. CHASSIN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 23-46.

la han ratificado.[37] Si esta convención prevé explícitamente la competencia consultiva de la Corte de San José (artículo 11),[38] no es tan clara, sin embargo, por cuanto respecta a su competencia contenciosa (artículo 12).[39] A pesar de las dudas expuestas por algunos en la doctrina, la Corte la ha aplicado directamente en un caso en el que Brasil, demandado en el caso, habiéndola ratificado había sido invocada por el representante común de las víctimas.[40] Así pues los derechos de la mujer surgen con fuerza en el universo judicial interamericano.

Participar a la difusión de los principios y valores convencionales – tal como están recogidos en el Pacto de San José de 1969 así como en las cuatro susodichas convenciones interamericanas – sería casi imposible si el Juez de la Corte Interamericana no dispusiera, en el marco de su oficio, de poderes excepcionales para que la fuerza del derecho prevalezca sobre las múltiples manifestaciones de la "razón de Estado".

B. Poderes judiciales excepcionales

Los poderes judiciales de la Corte pueden ser presentados esquemáticamente sobre la base de una *summa divisio* de la que se espera que es operativa. La Corte Interamericana dispone a la vez de importantes poderes con respecto a los Estados Partes (**1**), y con respecto a sus propias resoluciones (**2**).

1. Los poderes con respecto a los Estados

Tratándose del primer elemento, se puede notar que previamente a su intervención, tiene el poder de ordenar medidas provisionales – se trata de la faceta preventiva de su autoridad[41] –, mientras que posteriormente dispone de la facultad de determinar de forma

37 El 20 de febrero de 2007, la Convención del 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 5 de marzo de 1995, fue ratificada por treinta y dos de los treinta y cinco Estados miembros de la OEA: Antigua, Argentina, Bahamas, Belize, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, St Kitts y Nevis, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela. No la han ratificado Canadá, Cuba y EEUU.

38 Artículo 11 de la Convención de Belém do Pará: "Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención."

39 Artículo 12 de la Convención de Belém do Pará: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos".

40 Corte IDH, 25 de noviembre de 2006, Fondo y reparaciones, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Serie C nº 160.

41 Artículo 63, § 2, de la Convención Americana: "En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión." Ver también el artículo 25 de su reglamento interior.

muy amplia la importancia de las reparaciones que los Estados deberán otorgar a las víctimas y/o a sus familiares a raiz de la constatación de violación.[42]

La facultad de prevenir eventuales violaciones o por lo menos de alertar a los Estados de la obligación de no dejar persistir situaciones preocupantes le otorga una vez más a la Corte un papel que supera con mucho la única esfera jurídica para arbitrar entre los Estados cuestiones altamente sensibles desde un punto de vista político. Tratándose de reparaciones, aunque la jurisprudencia de Corte Interamericana está arraigada, por supuesto, en el derecho internacional general – que desde hace mucho tiempo ha establecido que cualquier violación de una obligación convencional acarrea la responsabilidad internacional del Estado – ha sido capaz, sin embargo, de destacar principios propios y adaptados a los tipos de violación cometidos en el continente. Y darle un relieve muy particular a uno de sus dictámenes clásicos según el cual « *las reparaciones deben guardar relación con las violaciones declaradas*".[43] Si las reparaciones otorgadas por los Estados a menudo tienen como objetivo rectificar daños clásicos, tal como daños materiales (los cuales incluyen el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*) e inmateriales, la Corte ha añadido un daño más original, totalmente inexistente en el sistema europeo. Se trata del daño al "proyecto de vida". Fue en 1998 cuando el concepto irrumpió en el escenario judicial interamericano gracias a la argumentación desarrollada por la propia víctima – inspirándose de trabajos académicos –,[44] María Elena Loayza Tamayo, quien invocó este daño de un tipo particular cuando, siendo catedrática, fue arrestada, secuestrada y torturada a raiz de una delación por supuesta pertenencia al grupo comunista terrorista Sendero Luminoso. En su resolución de reparación, la Corte se esforzó en distinguir este nuevo daño de los daños "clásicos" como el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*, procedentes del universo civilista e inadaptados en este caso.[45] Ésta continúa, afirmando que "*Por lo que respecta a la reclamación de daño al*

42 C. NASH ROJAS, *Las reparaciones ante la Corte interamericana de Derechos Humanos,* Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004, 303p. Ver también los numerosos análisis del antiguo Presidente de la Corte Interamericana: S. GARCÍA RAMÍREZ, "La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones", *La Corte Interamericana de Derechos humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004,* Corte interamericana de Derechos humanos, San José, 2005, pp. 1-85; "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y la justicia penal*, México, Editorial Porrúa, 2003, pp. 285-347; "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*", El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el Umbral del siglo XXIº,* Corte interamericana de derechos humanos, San José, Tomo I, 2ª ed. 2003, pp. 129-158; "Reparaciones", *Los derechos humanos y la jurisprudencia interamericana*, Mexico, UNAM, 2002, pp. 145-153.

43 Corte IDH, 22 de noviembre de 2004, Fondo y reparaciones, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Serie C nº 117, § 89; Corte IDH, 25 de mayo de 2001, Reparaciones, *Paniagua Morales ("Panel Blanca")*, Serie C nº 76, § 81.

44 C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico", *Themis Revista de Derecho*, nº 32, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.

45 Corte IDH, 27 de noviembre de 1998, Reparaciones, *Loayza Tamayo vs. Perú*, Serie C nº 42, § 147: "*Por lo que respecta a la reclamación de daño al "proyecto de vida", conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del "daño emergente" y el "lucro cesante". Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el "daño emergente". Por lo que hace al "lucro cesante", corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos eco-*

"proyecto de vida", conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del "daño emergente" y el "lucro cesante". Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivad inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el "daño emergente". Por lo que hace al "lucro cesante", corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado "proyecto de vida" atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas".[46]

El lector entenderá la importancia de la concepción espiritual de la persona cuyas fracturas de la vida no pueden repararse con como único punto de referencia el aspecto material, hasta materialista. Los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli recalcaron con énfasis este punto de vista del que el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se hace eco: "*el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría".*[47]

Si los daños que la Corte toma en cuenta son profundamente progresistas y novadores (sobre todo cuando se tiene como referente el sistema convencional europeo), las reparaciones en sí lo son también. Aunque también en ello se ha inspirado de los principios clásicos del derecho internacional para determinar las modalidades de indemnización, ha innovado imponiendo a los Estados "medidas de satisfacción". Hacer que la víctima y/o sus familiares puedan *reconstruirse* y retomar mal que bien el curso de sus vidas destrozadas, éste es el objetivo del Juez de la Corte Interamericana al imponer a los Estados que reparen los daños causados. El término "reconstrucción" está tomado adrede del lenguaje sicoanalítico porque es tanto el ser humano y su reconstrucción personal como la de la sociedad en su conjunto –para que pueda arraigarse de forma duradera en la democracia- lo que la Corte toma en consideración.

Tener en cuenta el sufrimiento de las víctimas y reparar lo mejor posible su dolor pasa antes que nada por una "exigencia de justicia interna" imponiendo a los Estados en la fase de la reparación la obligación de investigar, de perseguir y de castigar a los responsables de las violaciones.[48] Otras medidas de satisfacción tienen por objeto demostrar a la víctima y a su familia que el Estado toma en cuenta su sufrimiento. La toma en consideración del sufrimiento es manifiesto cuando la Corte IDH impone al Estado encargarse de los gastos del tratamiento médico[49] o la entrega de los restos mortuarios de la víctima a la

nómicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado "proyecto d vida" atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permite fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas".

46 Corte IDH, 27 de noviembre de 1998, Reparaciones, *Loayza Tamayo vs. Perú*, Serie C nº 42, §§ 147-148.

47 Opinión separada conjunta de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli bajo el caso nº 42, §10.

48 Corte IDH, 29 de agosto de 2002, Reparaciones, *Caracazo vs. Venezuela*, Serie C, nº 95, § 119; Corte IDH, 12 de septiembre de 2005, Fondo y reparaciones, *Gutierréz Soler vs. Colombia,* Serie C nº132, § 97.

49 Corte IDH, 12 de septiembre de 2005, Fondo y reparaciones, *Gutierréz Soler vs. Colombia,* Serie C nº 132, § 101-103.

familia para que por fin pueda ofrecerle una sepultura conforme a sus costumbres y creencias religiosas.[50] Tomar en consideración el perjuicio de las víctimas cobra también a veces una dimensión simbólica como las disculpas públicas del gobierno,[51] la construcción de monumentos a la memoria de las víctimas o aun la inauguración de calles, plazas, edificios a su nombre.[52] Estas manifestaciones públicas en su conjunto participan, a la larga, a orquestar una difusión social de los valores convencionales. El derecho y la exigencia de justicia ya no están confinados en los cenáculos protegidos de las Cortes y tribunales. Este elemento es aún más evidente cuando la Corte IDH toma en consideración la construcción necesaria y existencial de la sociedad en su conjunto. A lo largo de su jurisprudencia, ha imaginado toda una serie de medidas originales que ha impuesto a los Estado s; utiliza para calificarlas la expresión *"medidas de alcance y repercusión públicos"*. Así la carga simbólica es fuerte e importante cuando la Corte IDH impone al Estado la obligación de publicar en los boletines oficiales, o incluso en los diarios de gran tirada, el o los extractos significativos del fallo de la Corte.[53] Lo es tanto más para un país como Colombia – lastrado desde hace cuarenta años por un conflicto armado interno – cuando la publicación se realiza en el boletín de prensa de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, de las que algunos miembros eran responsables de las ejecuciones extrajudiciales.[54] Tales medidas aseguran la transparencia y la información, primeros elementos indispensables al buen funcionamiento de cualquier Estado de derecho. La Corte IDH incluye cada vez más a menudo, en el caso de atentar contra el derecho a la vida (desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales), la obligación para el Estado de reconocer públicamente su responsabilidad y de pedir disculpas a los familiares de las víctimas.

2. Los poderes con respecto a sus resoluciones

Tratándose de los poderes que posee la Corte con respecto a sus propias resoluciones, la situación oscila aquí entre clasicismo y originalidad. Primero, puede interpretar[55] pero también, si se presenta el caso, puede revisar sus resoluciones:[56] hasta aquí estaremos de acuerdo de que no es nada novedoso. Sí lo es, en cambio, el que sea ella la que asegure el

50 Como la cultura Maya en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Serie C nº 91, §§ 79-83.

51 Corte IDH, 22 de noviembre de 2004, Fondo y reparaciones, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Serie C nº 117, § 39.

52 Corte IDH, 8 de julio de 2004, Fondo y reparaciones, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú,* Serie C nº 110, § 236; Corte IDH, 26 de mayo de 2001, Reparaciones, *Villagrán Morales y otros ("Niños de la Calle") vs. Guatemala,* Serie C nº 77, § 103.

53 Corte IDH, 3 de diciembre de 2001, Reparaciones, *Cantoral Benavides vs. Perú*, Serie C nº 88, § 79; Corte IDH, 31 de enero de 2006, Fond et réparations, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia,* Serie C nº 140, § 279.

54 Corte IDH, 22 de noviembre de 2002, Reparaciones, *Las Palmeras vs. Colombia*, Serie C nº 96, § 75.

55 Artículo 67 de la Convención Americana: "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo."

56 Visto el silencio de la Convención sobre este punto, la Corte IDH ha colmado de forma pretoriana esta carencia pero en muy escasas ocasiones: Corte IDH, 16 de abril de 1997, *El Amparo vs. Venezuela*, Serie C nº 46; Corte IDH, 13 de septiembre de 1997, *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Serie C nº 45; Corte IDH, 26 de noviembre de 2003, Interpretación, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Serie C nº 102.

control de su ejecución. Lo afirmaba solemnemente en el caso *Baena Ricardo* mientras Panamá ponía en duda tal poder en el silencio de la Convención Americana.[57] Esto último es una cuestión mayor en la presión que ejerce sobre los Estados Partes que, casualmente, se harían rogar para ejecutar sus obligaciones internacionales. Aunque la *praxis* demuestra la dificultad extrema para la Corte IDH de obtener en unos plazos razonables una rápida y correcta ejecución de sus fallos (tratándose de reparaciones), su dominio del control de ejecución – que corresponde en el 'Viejo Continente' al Consejo de ministros del Consejo de Europa – la convierte en pieza clave del proceso de difusión de principios y valores de los que es el portaestandarte. La presión que ejerce supera con mucho la esfera jurídica y cobra visos políticos bienvenidos. Por eso, si los Estados quieren aparecer con su mejor apariencia diplomática, no pueden ignorar las llamadas al orden frecuentes de la Corte, la cual establece con mucha constancia un estado de la situación de las ejecuciones y no ejecuciones de sus resoluciones.

Esta lista de poderes otorgados a la Corte en base a las prescripciones convencionales participa a la refundación de los sistemas jurídicos nacionales marcados durante mucho tiempo por los estigmas del autoritarismo político y de la arbitrariedad judicial. La metamorfosis está en marcha: aunque puede aparecer como lenta y caótica para numerosos observadores, no deja de ser real y reveladora de un proceso que la Corte IDH pretende que sea irreversible.

II. La profunda metamorfosis de los ordenamientos nacionales

Los poderes de la Corte asociados a sus audacias pretorianas permiten afirmar que está orquestando una metamorfosis de los ordenamientos nacionales que afecta tanto a los poderes legislativos (**A**) como a los poderes judiciales (**B**).

A. La metamorfosis legislativa

La metamorfosis legislativa no es una cláusula meramente retórica. Existe y se aplica gracias a una disposición importante de la Convención Americana: el artículo 2 que contempla lo siguiente "Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Esta disposición es la consagración a la escala interamericana de una norma clásica del "*derecho de la gente"* según la cual todo Estado que ratifique un tratado de protección de los derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar una aplicación fiel de las obligaciones contraídas. "*Principe allant de soi*» que fue determinado desde 1925 por la Corte Permanente de Justicia

57 Corte IDH, 28 de noviembre de 2003, Competencia, *Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá*, Serie C nº 104.

Internacional.[58] La Convención Americana da de este principio una versión específica en el artículo 28 – a propósito de la llamada "cláusula federal" – que tiene por objeto evitar una aplicación diferenciada entre los Estados federales, mayoritarios en el continente americano.[59]

Como lo ha recordado la Corte en varias ocasiones, el artículo 2 no define las medidas pertinentes de adaptación del derecho interno al patrón convencional. De este modo ha colmado de forma pretoriana el laconismo convencional. La operación de adaptación debe orientarse en dos direcciones. La primera concierne "*la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención*"; la segunda toca con "*la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*". Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma.[60] Se presentarán más abajo las obligaciones de aprobación (**1**) y de supresión (**2**) normativas respectivamente.[61]

1. La obligación de aprobación normativa

Es notable que los efectos del artículo 2 se manifiestan de modo magistral en la fase de las reparaciones. Asocia esta exigencia – propia del ámbito de las reparaciones – a la de "*no repetición de los hechos*". Un tipo de reparación con efectos preventivos de cierto modo. Así, imponer que sea integrado a la legislación penal interna el crimen de desaparición forzada conforme al contenido de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas del 9 de junio de 1994 tiene como primera función evitar a toda costa que perdure un sistema de impunidad.[62] Exigir la creación de un registro de detenidos tiene por función evitar que se reproduzcan actos de detención ilegal o por lo menos que puedan ser controlados y sancionados en caso de que ocurran.[63] Asimismo, el hecho de imponer la creación de un sistema de información genética que permita la determinación de la filiación y de la identificación de los niños desaparecidos tiene como objetivo prevenir los errores y las demoras en caso de nuevas desapariciones de niños.[64]

Puede ocurrir, por supuesto, que el esfuerzo de adaptación normativa pase por un proceso complejo que integre una fase previa dedicada a erradicar del orden jurídico leyes

58 CPJI, opinión, 21 de febrero de 1925, *Echange des populations grecques et turques*, Serie B, nº 10, p. 20.

59 Para un ejemplo como Argentina, *v.* A. DULITZKY, "Federalismo y Derechos humanos. El caso de la Convención americana sobre derechos humanos y la República Argentina", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, Vol. VI, pp. 199-249.

60 Corte IDH, 5 de febrero de 2001, Fondo y reparaciones, *La Ultima Tentación de Cristo,* Serie C nº 73, § 85; Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, Fondo y reparaciones, *Almonacid Arrellano vs. Chile*, Serie C nº 154, § 118, subrayamos nosotros.

61 C. MEDINA QUIROGA, "Las obligaciones de los Estados partes bajo la Convención americana sobre derechos humanos", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 209-270.

62 Corte IDH, 27 de febrero de 2002, Reparaciones, *Trujillo Oroza vs. Bolivia,* Serie C nº 92, § 121.

63 Corte IDH, 7 de junio de 2003, Fondo, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Serie C nº 99, § 189.

64 Corte IDH, 1 de marzo de 2005, *Las hermanas Serrana Cruz vs. Guatemala,* Serie C nº 120, §§ 194-195.

no conformes a los patrones convencionales. El caso de la *Ultima tentación de Cristo* es emblemático en particular porque estaba en juego la compatibilidad de la Constitución chilena con la Convención ADH.[65] Ahora bien, la Corte IDH, después de constatar que el Estado violó el artículo 13 (libertad de expresión) y que de este modo no respetó los artículos 1, § 1, y 2 de la Convención ADH, se dirigió al Estado en la fase de determinación de las reparaciones y le instó a proceder en dos etapas. Así, bajo el ángulo del artículo 63, § 1, la Corte IDH afirmó lo siguiente: "*Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película "La Última Tentación de Cristo", ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención*".[66] El punto 4 del dispositivo impone a Chile modificar su derecho interno del que hay que recordar aquí que se trataba ni más ni menos del artículo 19.12 de la Constitución chilena que consagraba el principio de la censura previa…Ordenó al Estado que le entregara, en un plazo de seis meses, un informe sobre las medidas adoptadas a este respecto.

Bien se ve que la distancia es tenue entre la operación de aprobación y la de supresión: en realidad a menudo van juntas, aunque se puede constatar que existe un ámbito en el que la obligación de supresión de leyes no convencionales ha tomado un cariz particular en las Américas en el contexto post-dictatorial.

2. La obligación de supresión normativa

Lo que está aquí en el centro de la problemática es la cuestión crucial de las leyes de amnistía o de las leyes también llamadas de "auto-amnistía" – cuando son el fruto de 'gobiernos de hecho' que fueron los que perpetraron los crímenes.[67] Ahora bien, gracias a las implicaciones del artículo 2, la Corte se ha reconocido la capacidad de operar un control *in abstracto* de tales leyes.

---

65 Corte IDH, 5 de febrero de 2001, Fondo y reparaciones, *Olmedo Bustos y otros (La Ultima Tentación de Cristo) vs. Chile,* Serie C nº 73.

66 Corte IDH, 5 de febrero de 2001, Fondo y reparaciones, *La Ultima Tentación de Cristo,* Serie C nº 73, §§ 97-98.

67 La literatura es abundante. Se citarán aquí sólo algunas referencias: *Amnistía y Reconciliación Nacional: Encontrando el camino de la Justicia*, Guatemala, 1996; G. PACHECO, L. ACEVEDO, G. GALLI (dir.), *Verdad, Justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social,* San José de Costa Rica, Instituto Internacional para la democracia y la asistencia electoral, Instituto interamericano de derechos humanos, 2005, 234p.

Si el sistema convencional europeo reconoce la técnica del control *in abstracto*, se ha limitado a casos a decir verdad escasos y a leyes muy específicas. Entre éstas se encuentran sobre todo las que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos consintientes.[68] La cuestión cobra un cariz bastante más trascendental en el continente americano. Porque de lo que se trata, a fin de cuentas, es de saber si las sociedades latinoamericanas pueden reconstruirse, tras largas y sangrientas dictaduras, sobre el olvido o si, al contrario, no pueden prescindir de la justicia que pasa por arrojar toda la luz sobre la verdad.[69] Fue un caso peruano – el caso *Barrios Altos* – el que dio un golpe fatal a la impunidad, fenómeno demasiado corriente en las sociedades latinoamericanas en el marco de las transiciones democráticas de los años 80. La Corte de San José afirmó de modo genérico "*que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*".[70] Y prosiguió afirmando "*Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto-amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto d otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú*" (§§ 43-44). Tal enfoque fue confirmado en la importante resolución relativa a la interpretación que se emitió en el mismo caso a petición de la Comisión IDH. A la pregunta sobre si la declaración de incompatibi-

68 Corte EDH, 22 de octubre de 1981, *Dudgeon vs. Reino Unido*, Serie A nº 45; Corte EDH, 26 de octubre de 1988, *Norris vs. Irlanda*, Serie A nº 45.

69 La experiencia vivida por numerosos países en América Latina en los años 1980, obligados a afrontar su pasado tras recobrar la democracia, originó un debate importante: en particular, ¿había que aceptar las leyes de auto-amnistía promulgadas en Argentina, en Chile, en Guatemala, en Uruguay, en Perú, en nombre de los imperativos de reconciliación nacional? Juzgar a los criminales, desvelar el desarrollo y la organización de los crímenes, revelar el destino de las personas ejecutadas o desaparecidas, ¿participaba a debilitar o, al contrario, a reforzar las sociedades recién democráticas? Éstas y sus componentes ¿podían prescindir de una confrontación con su pasado ? Todas estas interrogaciones hacen referencia a la "justicia transicional" que estuvo al centro de una multitud de estudios filosóficos y jurídicos en el continente americano en el momento en que numerosos países fueron conducidos a sacar a la luz la o las verdades de su pasado. Aunque el tema está viviendo un nuevo periodo de interés debido a las experiencias que se multiplican al respecto en otras partes del mundo (de la Europa post-comunista a África y pasando por Asia, ver bibliografía) y aunque los especialistas y los trabajos en la materia son muchos, conviene sin embargo mencionar más particularmente al filósofo argentino Carlos Santiago NINO. Este universitario argentino, fallecido prematuramente de modo accidental, se ilustró tanto por sus estudios científicos (*Ad.ex. Radical Evil on Trial*, New Haven-London, Yake University Press, 1996, 220p. C. *Derecho, moral y política II. Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Compilado por G. Maurino, Prologo de O. Fiss, Buenos Aires, Gedisa Editorial, 2007, 234 p.) como por su compromiso político concreto al lado del presidente Raúl Alfonsín, obrando con pasión y convicción para tratar de superar las paradojas vinculadas con la búsqueda de justicia.

70 Corte IDH, 14 de marzo de 2001, Fondo, *Barrios Altos vs. Perú*, Serie C nº 75, § 41.

lidad de las leyes de auto-amnistía estaba circunscrita al caso particular, la Corte IDH respondió recalcando que *"La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado"*.[71] La erradicación de las leyes alevosas – que sofocan las necesidades de la justicia – de los paisajes legislativos nacionales está así orquestada desde "arriba", por la Corte Interamericana, la cual envía una señal muy clara a los legisladores nacionales. Es vano perdurar en un proceso que sería el del olvido, peor aún el de la exoneración de responsabilidades, inadmisible cuando se trata de violaciones lesivas de los derechos humanos.

Si los Estados tienen la obligación de adaptar sus normas internas a los patrones convencionales, entonces, las jurisdicciones nacionales como componente existencial de los órdenes estatales deben velar, en el marco de su competencia, por que la operación de adaptación legislativa sea conforme a las exigencias de la justicia interamericana. La jurisprudencia reciente de la Corte de San José recalca el papel novador – para el continente latinoamericano – del juez nacional elevado a "*juez convencional de derecho común"*, para retomar una expresión grata a los especialistas del derecho europeo de la integración.

B. La metamorfosis judicial

Los casos históricos *Almonacid Arellano* y *La Cantuta* son de cierto modo resoluciones apoteósicas tratándose de la problemática de las leyes de amnistía. En efecto, no sólo confirman una jurisprudencia que se materializó con el caso *Suárez Romero*[72] y que fue muy firmemente establecida por el caso *Barrios Altos*, sino que además y sobre todo abren una perspectiva de gran importancia para el porvenir. Esta perspectiva se encarna en el papel que deben desempeñar los jueces internos. La plusvalía está aquí puesta de manifiesto por la resolución *Almonacid Arellano* ya que inaugura la necesidad de un "*control de convencionalidad"*. El párrafo § 124 es sencillamente capital a este respecto: *"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los caso concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.* (Subrayamos nosotros).[73] Este extracto da a entender que el juez interno tiene el poder de

71 Corte IDH, 3 de septiembre de 2001, Interpretación, *Barrios Altos vs. Perú*, Serie C nº 83, § 18.

72 Corte IDH, 12 de noviembre de 1997, *Suárez Romero vs. Ecuador*, Serie C nº 35.

73 Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, Fondo y reparaciones, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C nº 154.

regular el conflicto entre una ley interna y una disposición de la Convención ADH en provecho de ésta. Más aún, invita al juez interno a acogerse no sólo al texto de la Convención ADH sino también, evidentemente, a la interpretación propuesta por la Corte, lo cual supone que esté atento a la evolución jurisprudencial interamericana. Algunas precisiones complementarias fueron aportadas en cuanto a este control en el caso de los *Trabajadores cesados del Congreso*. Se puede leer que *"los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sin también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones"*.[74] Permitirles que planteen ellos mismos la cuestión de la convencionalidad de las normas internas es muy claramente una manera de dirigirse de nuevo a los jueces internos para que se vuelvan los aliados objetivos de la Corte IDH. La referencia furtiva *"a las competencias y reglas procesales"* no es nada despreciable. En efecto, cada juez deberá adaptarse a las características de su ordenamiento jurídico, *i.e.* con el puesto que ocupan los tratados internacionales de protección de los derechos humanos en la jerarquía de las fuentes, a la existencia de un control concentrado o, al contrario, difuso de constitucionalidad[75] etc.

Los jueces de la Corte de San José habrán considerado que había llegado el momento para América Latina de ver los órganos judiciales de los Estados democráticos aplicar de modo natural y sistemático la Convención ADH tal como interpretada por el juez de San José. Se trata en cierto modo de una nueva era que se abre y que debe caracterizarse por la difusión entre los Estados de jurisprudencia interamericana. Así se respetará la subsidiariedad del mecanismo de garantía[76] y se evitará también que a la larga la Corte IDH experimente los mismos problemas estructurales de entorpecimiento que su homóloga europea… El juez y Presidente actual de la Corte Interamericana, el famoso penalista mexicano Sergio García Ramírez, se ha hecho eco muy claramente de esta última preocupación. En efecto, afirmó con toda lucidez que "dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional –lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos –, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el "criterio de interpretación y aplicación",

74 Corte IDH, 24 de noviembre de 2006, Fondo y reparaciones, *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Serie nº 158, § 128.

75 M. ABREGÚ, C. COURTIS (dir.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 1997, 655p.

76 Para un estudio de fondo a cerca del principio de subsidiariedad, *v.* el muy interesante artículo de P. G. CAROZZA, "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights law", *AJIL,* 38, 3007, pp. 38-78.

éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida –insisto– merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales."[77]

Hoy en día, los sistemas nacionales latinoamericanos son cada vez más permeables al derecho internacional y más específicamente al derecho internacional de los derechos humanos así como a la jurisprudencia de la Corte IDH. Por lo tanto, se puede percibir un movimiento de "responsabilización" del juez nacional.[78] Algunos ejemplos bastarán para demostrarlo.

Las instancias judiciales peruanas se ajustaron con una rapidez y un respeto notables a la jurisprudencia *Barrios Altos*. El caso *La Cantuta* lo demuestra por las muchas referencias hechas a la jurisprudencia de los tribunales internos en el contenido de la resolución.[79] La Corte transcribe en particular en el párrafo § 181 extractos de la resolución del Tribunal Constitucional del Perú del 29 de noviembre de 2005[80] que toma en cuenta *expressis verbis* la declaración de nulidad absoluta de las leyes de amnistía nº 26479 y 26492. De nuevo aquí la señal enviada a los jueces internos es clara. Al valorizar su jurisprudencia – cuando está conforme al patrón convencional – la Corte IDH instaura un diálogo basado en el respeto, en función de especificidades propias a cada sistema nacional, del grado de protección de los derechos así como lo ha determinado la Convención ADH. Los tribunales peruanos no han sido los únicos en ajustarse a la jurisprudencia interamericana en materia de amnistía. Argentina, del mismo modo, se ha lucido al respecto. Ella también había pensado que borrar el pasado, probar el olvido para participar mejor a la "reconciliación nacional" era la mejor solución. Las famosas leyes de "*Punto Final"* del 24 de diciembre de 1986 y de "*Obediencia Debida"* del 4 de junio de 1987 eran adoptadas por el gobierno de Raúl Alfonsín a pesar del riesgo de mantener vivo el sentimiento de injusticia entre las familias de desaparecidos. Era sin contar con la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, el 14 de junio de 2005, en el caso *Simón*, *Julio Héctor y otros,* declaraba nulas dichas leyes apoyándose *expressis verbis* en la jurisprudencia *Barrios Altos.*[81] Asimismo, una de las Cortes constitucionales más atenta y abierta al derecho internacio-

77 Punto 8 de la opinión concordante del juez García Ramírez, Corte IDH, 24 de noviembre de 2006, Fondo y reparaciones, *Trabajadores cesados del Congreso*, Serie C nº 158.

78 D. GARCÍA SAYAN "Una viva interacción: Corte interamericana y tribunal internos", *La Corte interamericana de derechos humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004,* San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 325-384; C. M. AYALA CORAO, "La ejecución de sentencias de la Corte interamericana de derechos humanos", *Estudios constitucionales*, Universidad de Talca, Chile, Año 5 nº 1, 2007, pp. 127-201.

79 Corte IDH, 29 de noviembre de 2006, Fondo y reparaciones, *La Cantuta vs. Perú*, Serie C nº162.

80 Tribunal Constitucional de Perú, 29 de noviembre de 2005, *Santiago Martín Rivas*, caso nº4587-2004-AA/TC.

81 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 2005, *Simón, Julio Hector et autres*, §§23, 27, 29, extractos reproducido en Diálogo jurisprudencial, Derecho internacional de los derechos humanos,Tribunales nacionales, Corte interamericana de derechos humanos, IIDH, IIJ, Konrad Adenauer Stiftung, Corte IDH, Julio-diciembre 2006, nº 1, pp. 257-273. Para una visión global de estas cuestiones*, v.* M. PINTO, *L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'homme*, Paris, Pédone, 2007, 95p.

nal y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el continente latino-americano es, sin la mayor duda, la Corte Constitucional colombiana. Merced a unas disposiciones de la Magna Carta colombiana sumamente "progresistas",[82] el juez constitucional de Bogotá señaló dos importantes reglas. *Primo*, que tienen jerarquía y valor constitucional las normas contenidas en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que no pueden ser suspendidas en estados de excepción así como las normas de derecho internacional humanitario. *Secundo*, que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia – pero cuya suspensión resulta admisible – deben servir de parámetro de interpretación de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales. En tal contexto constitucional pluralista, la jurisprudencia colombiana está influenciada de manera expresa por la jurisprudencia interamericana que participa a la democratización del sistema y la consolidación del Estado de derecho. Así, la jurisprudencia interamericana en lo que concierne el derecho a la verdad, la libertad de expresión, el derecho a un recurso efectivo entre otras cosas ha sido integrada por la Corte constitucional en el derecho colombiano.[83]

La Corte Interamericana representa una institución judicial existencial para el continente latinoamericano. Sus poderes – que en muchos aspectos superan los de su homóloga europea de Estrasburgo – le permiten disponer de los medios para su jurisprudencia bastante audaz. Gracias a la forma inherente a los tratados internacionales de derechos humanos en los órdenes internos,[84] la Corte de San José construye con paciencia un conjunto de "*valores comunes*" de los que los jueces nacionales se hacen los portaestandartes.

82 Se trata de los artículos 93 y 214 de la Constitución. El artículo 93 afirma que "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia." En lo que toca con el artículo 214, se puede leer que: "Los Estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones […] 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos."

83 J. CÓRDOBA TRIVIÑO, "Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* 2007, pp. 665-684.

84 H. FIX-ZAMUDIO, "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte interamericana de Derechos humanos", *Revista latinoamericana de Derecho,* Año 1, nº 1, Enero-Junio de 2004, pp. 141-180; E. JIMENEZ DE ARECHAGA, "La Convención americana de derechos humanos como derecho interno", *Boletín da Sociedade Brasileira de Directo Internacional*, Brasilia, nº 69-71, 1987-1989, pp. 35-55

Consideraciones en torno a la llamada Integración Latinoamericana y su Jurisdiccionalidad*

*Álvaro Enrique Mora Espinoza***

1. Perspectivas del proceso de integración. 2. Condiciones para la integración regional. 3. Diversidad regional. 4. La institucionalidad y jurisdiccionalidad de la integración. 5. Efectos de la integración centroamericana. 6. Una reflexión sobre la consecuencia del proceso de integración y la educación superior. 7. A modo de conclusión.

1. Perspectivas del proceso de integración

La evolución de los acontecimientos que se han dado a través del tiempo en la América Latina (hayan sido éstos políticos, sociales o económicos), han marcado definitivamente el desarrollo del futuro en lo que es hoy la integración regional.

El fundamentar la situación actual de Latinoamérica en ese proceso de integración que ha tenido desde hace varios años (tomando en consideración además las distintas manifestaciones de los instrumentos jurídicos construidos para tal fin), hacen arribar a una primera conclusión de que lejos de haber lograr un avance significativo, más bien se ha retrocedido en la implementación de una idea integral de concertación regional o, de lo que es más, una integración globalizada; inmersa ésta en una realidad mundial de un constante intercambio multifactorial entre países.

Lo expresado incluye no solamente la tan ansiada integración económica del área, sino el lograr un desarrollo conjunto en lo social, en lo político, en lo cultural, en una llamada "transacción pluralista", entre otros logros.

Las razones que mueven a los Estados a involucrarse en un proceso de conjunción de intereses a pesar de sus limitaciones y diferencias, son más profundas que el simple deseo de desarrollo económico, dado que como bien se conoce, con ello va una estructura compleja de interacción basada en las diferencias sustanciales de cada nación.

El llamado "proceso integracionista" de Latinoamérica, ha sido desde hace varias décadas creado e impulsado por los países de la región, con la finalidad de establecer entendimientos en primera instancia de carácter político, para luego llegar a consensos y acuerdos de naturaleza económica, social, cultural, etc.; de forma tal que los acuerdos de integración sean un instrumento en el desarrollo global de las naciones concertantes.

Ésta es la gran disyuntiva a la que se han venido enfrentando los distintos países a la hora de los planteamientos integracionistas; sin embargo, hoy día resulta ser más intenso

* Agradezco la colaboración brindada para la búsqueda de la bibliografía utilizada al Bach. José Carlos Jiménez del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica.

** Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid y Licenciado en Derecho y Notario Público por la Universidad de Costa Rica. Profesor en esta Universidad y en la Universidad Nacional de Costa Rica. Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo.

su debate dadas las circunstancias de necesidad de la región en su competitividad ante los grandes mercados de macro economías, así como bloques de grandes potencias esencialmente en el aspecto económico.

Para muchos, los acontecimientos actuales más bien hacen repensar en el fraccionamiento y en la individualización, no teniendo en consecuencia, un panorama claro de integración regional, con los resultados negativos en no hacerlo y por el contrario las consideraciones sobre los efectos positivos de lograrla.

Muchas son las acciones que se han ejecutado en esta materia por los distintos actores. Muchas agendas de análisis y discusión y variadas acciones conjuntas han sido propuestas en mesas de negociación; sin embargo, hasta el momento no se ha visto una verdadera capacidad de gestión regional ni se ha logrado la concertación anhelada; lo cual afecta invariablemente, a todos los sectores productivos y de consumidores de las sociedades latinoamericanas.

Como atinadamente lo expresa el Dr. Fernando Naranjo, aludiendo al proceso que ha conllevado en la historia reciente de Latinoamérica el asunto de la integración y sus esfuerzos:

> Si sumáramos las declaraciones presidenciales y ministeriales de los últimos cincuenta años en relación a la importancia, necesidad y urgencia de la integración económica de América Latina, posiblemente los documentos pesarían varias toneladas.[1]

Por otra parte, el papel que juegan las organizaciones políticas y societarias con el fin de lograr esta integración, resulta en la mayoría de los casos infértil. Se pueden contabilizar en este sentido, innumerables y variadas políticas internas que tienden a una seudo integración, casi reaccionaria de la actuación de bloques integracionistas de poder externos a la región, como lo es el de la unión europea o el bloque norteamericano, para no citar el nuevo bloque asiático.

En este orden, los pensamientos latinoamericanos difieren integralmente en sus posiciones ideológicas, y por tanto son muchos los obstáculos para llegar a acuerdos o consensos con potencias económicas constituidas en bloques (no se logra el consenso regional, mucho menos se puede llegar con solvencia al consenso con dichos bloques).

Si partimos de lo dispuesto en los distintos instrumentos de derecho que han sido propuestos (algunos ya aprobados) para lograr una integración regional (ya sea parcial o total), podríamos deducir, con toda claridad, los fundamentos sobre los que se ha pretendido en la historia de unificación del área.

Cada instrumento jurídico ha tenido como premisa, un espíritu integrador, la unificación de políticas sectoriales, por medio del establecimiento de una normativa supranacional (globalizada), que en muchas ocasiones precisamente es lo que ha traído como consecuencia la férrea oposición de los pueblos, por reñir ésta en muchas ocasiones con los ordenamientos jurídicos internos.

---

1 Naranjo V, Fernando. Cuadernos Integración en América Latina. Política Exterior e Integración. Oportunidades y Desafíos. Santiago, Chile 13 y 14 de diciembre 2006, p. 8.

De esta forma, por ejemplo el Área de Libre Comercio de las Américas –ALCA– (sin pretender ahondar en un estudio pormenorizado de este instrumento lo cual no es el objeto de esta reflexión), se ha construido sobre la base de ideas de liberalización del comercio de productos agrícolas y energéticos, de la movilidad internacional de fuerzas laborales, de preferencias de trato para naciones pequeñas, etc., lo que denota en definitiva un espíritu integrador, pero que sin embargo no por ello ha estado exento de arduas discusiones, así como propuestas sobre los acuerdos negociados.

Paralelo a ello, algunos sectores poblacionales (que se han sentido sensiblemente perjudicados), se han opuesto enérgicamente a estas negociaciones, dejando sentir sustentadas posiciones en cuanto al concepto de "desarrollo" pretendido.

Para algunos, ciertamente se debe apoyar la iniciativa, en el tanto y en el cuanto estimule el aumento de intercambios regionales para el pleno desarrollo de las economías del hemisferio; dándose distintos acuerdos para favorecer un libre intercambio comercial en la zona, que en una primera etapa se estableció como estrategia donde se sustituía la importación mediante la protección comercial, para lograr la autonomía en la producción (era a lo que se le llamó "época del desarrollismo latinoamericano).

Sin embargo, el problema radicó en el escaso y débil desarrollo tecnológico del área, así como del apoyo logístico, económico y humano que se requería para darse dicha autonomía. A pesar de ello, surgieron propuestas integracionistas, tomando en consideración entre otros aspectos, medidas arancelarias fuertes para las importaciones e intercambios entre países con limitaciones; dentro de las cuales podríamos mencionar el acuerdo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), firmada en 1960 y posteriormente definida como Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI; el Mercado Común Centroamericano (MCCA) también de 1960; la Asociación de Libre Comercio del Caribe (CARIFTA) de 1965, más tarde Comunidad del Caribe (CARICOM); y el Grupo Andino en 1969. Acuerdos que en mayor o menor medida tomaron su inspiración de la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE) en 1957 y en la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) en 1960.

Aunado a estas circunstancias en que quedaba a la luz un debilitamiento económico regional, encontramos una evidente problemática del Área desde el punto de vista político y socioeconómico, lo cual derivó posteriormente en un fuerte problema de tipo bélico, con nefastas consecuencias en el crecimiento de la zona.

Desde los años setenta, se vio mermada la capacidad de evolución del Área, así como la oportunidad de lograr el desarrollo regional, trayendo consigo entonces, nuevas propuestas y estrategias para la integración de la zona.

Peor aún fue la situación una década después, es decir en el año 1980, donde se agravó la crisis del área y por ende también un recrudecimiento de la situación mundial. Nacieron como consecuencia de lo anterior, expectativas de Tratados de Libre Comercio en el área centroamericana, así como el MERCOSUR en Sur América. Asimismo, se destaca de forma relacionada con este último aspecto apuntado, la reactivación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT y las manifestaciones de la Unión Europea.

Lo anterior ciertamente se encuentra ligado a la iniciativa de las Américas, impulsada por los Estados Unidos (lo que propuso precisamente el ALCA), trayendo consecuen-

temente la rúbrica de varios acuerdos a lo interno de los países, como entre países del continente americano.

Este acuerdo representa una distinta consecución de acuerdos de integración que se habían manejado hasta ese momento, permitiéndole a los Estados Unidos competir eficazmente y establecer posiciones determinantes (logrando supremacía en ciertas materias con respecto a los países menos favorecidos con los que lograba el acuerdo, tales como la migratoria y la arancelaria).

Posteriormente a esta situación de inestabilidad, se dio la Declaración de San José, mostrándose una vez más el interés de los mandatarios latinoamericanos por establecer nuevas bases de desarrollo conjunto, esto sobre el trabajo que ya se venía realizando en anteriores concertaciones. Asimismo, destaca como preámbulo, un mayor análisis sobre las diferencias que sustentan a cada nación y la forma de atacarlas desde el punto de vista de su ejecución para llegar a acuerdos que se pudiesen realmente implementar.

Igualmente se dieron extensas y arduas discusiones para definir con claridad los alcances del ALCA, mediante acuerdos que buscaban un consenso y compromiso entre los países suscribientes.

De esta forma y a través de los sendos instrumentos jurídicos presentados y discutidos a través de esta historia integracionista regional, se perfila la integración más que una necesidad, una obligación *sine que non* para los Estados latinoamericanos, con el fin de lograr la subsistencia económica y consecuentemente social de las naciones.

Ahora bien, a tenor de la complejidad de los acuerdos y la variedad de negociaciones que tienen que sustentarse sobre la base del diálogo y la concertación, primero se exige necesariamente el consenso interno, estableciendo por un lado las prioridades y necesidades individuales, para luego llegar a las propuestas conjuntas y multilaterales. Cada nación deberá establecer como preámbulo lo que está dispuesto a "negociar", toda vez que las políticas públicas y las normativas internas de los Estados deben igualmente responder a esa nueva dimensión, de lo contrario la incompatibilidad daría al traste con cualquier negociación.

A la prueba se encuentran los últimos y profundos procesos de inserción en distintos países, del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, el cuál no solo ha sido debatido respecto a sus expectativas de lograr economías sustentables al tratarse de países que se encuentran en vías de desarrollo, sino que han puesto también en la constante corriente de discusión, asuntos como la soberanía y la autonomía de los pueblos para la toma de sus decisiones mas trascendentales.

Lo dicho conlleva necesariamente un replanteamiento del modelo de integración regional y subregional, que supere en alguna medida todos los escollos que a través de estos años han traído los acuerdos logrados.

Los compromisos que se encuentran en la negociación y que se han tomado (amén de la consideración de aquellos que se lleguen a adoptar), deben tomar una nueva dimensión y profundidad. En una relación entre las exigencias que señalan los países más poderosos o "desarrollados", sobre aquellos que se encuentran en un estado de subsistencia más que de subdesarrollo. Porque aquí las preguntas que siempre saltan son: cuál es el concepto de desarrollo que nos planteamos con la integración, a qué obedecen estas estructuras y si ese desarrollo globalizado más responde a un concepto de utopía regional, que a una meta a alcanzar.

Otro gran problema que se plantea en ese proceso, es la congruencia jurídica de las distintas legislaciones continentales, con respecto a los acuerdos y normas bilaterales o multilaterales que se tomen.

De facto, el derecho internacional cobra un nuevo dimensionamiento y por ende el llamado derecho nacional.

Por otra parte, en un estricto planteamiento jurídico, los "mecanismos de solución de controversias" toman un papel protagónico, planteando la problemática de la certeza jurídica y la seguridad jurídica respecto a lo que establezca el derecho interno, toda vez que estaremos en alguna medida supeditando la normativa interna de las naciones, sobre la implementación de una normativa regional o transnacional contenida en los acuerdos. Sin dejar de lado claro está, el papel vinculante que jugaría la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales regionales.

Este régimen jurídico integracionista, se ve compelido por un mayor ajuste a las circunstancias unificadas de la región, así como a un nuevo esquema de aplicación de los principios de Derecho que inspiraron las legislaciones internas y los sistemas tradicionales de Derecho, por ello el cuestionamiento y la resistencia sea aun mayor.

Para nadie es un secreto que la tradición jurídica de nuestro sistema continental de Derecho, se ve disminuida ante la implementación e interacción de otros sistemas jurídicos tales como el "*Common Law*" (Derecho Anglosajón) y que en muchas ocasiones resulta difícil de compatibilizar porque su génesis es también diferente.

Muchos sectores han expresado reiteradamente, que ante un nuevo reto de la integración (esencialmente entratándose de los Tratados de Libre Comercio con los Estados Unidos y actualmente con las negociaciones con la Unión Europea), se requiere por parte de cada país, de un mayor ajuste a la realidad general o regional, requiriéndose entonces dinamizar más la normativa interna de los países así como la "institucionalidad" integracionista (es en cierta forma supeditar el régimen interno al régimen consensuado integrado).

> Al respecto, es preciso preservar la idea central de un mercado ampliado, con libre movilidad de bienes y factores, avances serios hacia la coordinación macroeconómica, mecanismos de solución de controversias efectivamente vinculantes, trato adecuado de las asimetrías, gestación de fondos estructurales para conseguir beneficios equilibrados e iniciativas audaces en energía e infraestructura. Desde esta perspectiva, los procesos de integración siguen siendo claramente una opción superior respecto de los acuerdos de libre comercio. La tarea consiste en lograr que ello sea percibido así por los actores económicos y políticos y esto no acontecerá a no mediar un decidido impulso político que asuma riesgos y combata intereses domésticos que estimulan el proteccionismo. Por cierto, la construcción de esos consensos internos y la relevancia de los liderazgos es aún más urgente en las economías más grandes de la región. En tanto eso no acontezca, será bastante difícil que la integración subregional se adecue oportunamente a los desafíos actuales y futuros.[2]

2 Panorama de la inserción internacional de América Latina y el Caribe, 2004. Tendencias 2005. Capítulo III. Desafíos y perspectivas la integración regional de América Latina y el Caribe. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), p. 82.

2. Condiciones para la integración regional

Si contabilizamos aquellas deficiencias, diferencias, obstáculos y razones que cada "socio" regional tiene para lograr un desarrollo eficaz y eficiente de la integración, podemos derivar innumerables razones para justificar su estancamiento.

Desde señalarse: a) una insuficiente infraestructura que imposibilita no solo el desarrollo económico individual sino el intercambio fluido entre países; b) la consideración de una exigua economía en las naciones latinoamericanas ocasionada por problemas de estabilización política, de largas y anquilosadas dictaduras, gobiernos con altos estándares de actuación bajo figuras de corrupción, c) incapacidad para la exportación y colocación de productos nacionales en los mercados internacionales, agregando una concepción tradicional de productos para la exportación en detrimento de la competitividad; traen como consecuencia que el proceso de integración regional para el desarrollo, se convierta solamente en un esbozo impregnado de múltiples intentos y manifestaciones de voluntad.

Sin duda alguna, hace falta una mayor coordinación macroeconómica intersectorial e interpartes, una producción sostenible para la exportación de productos que conlleven una apertura de mercados, de forma tal que éstos sean plenamente competitivos en un mundo globalizado, claras políticas internas acordes con la política exterior; una consecuente política monetaria, una mayor capacitación de los sectores productivos nacionales, estabilización de los gobiernos de la región, así como menores índices de corrupción y mayor probidad, son solo algunos elementos que pueden y deben establecerse, con el fin de lograr un mayor avance en el proceso integracionista que un día se planteó por toda la región como algo alcanzable.

Sin dejar de lado claro está, una legislación interna que se encuentre ajena a las improvisaciones políticas y de intereses partidistas de los grupos gobernantes y de poder.

Un tema de trascendental importancia en nuestras economías, es la seguridad inversionista en los campos económicos y de producción nacional, lo cual significa que las condiciones que deben establecerse para generar las grandes iniciativas de inversión por las que se apueste, deben responder a la vez a las necesidades generales y no particulares.

Al respecto el citado informe de la CEPAL en relación a las tendencias para el 2005, señaló con toda precisión:

> El principal tema a abordar en los esquemas de integración subregional es el de la certidumbre jurídica para las decisiones de los exportadores, importadores e inversionistas. Ello supone avanzar resueltamente en la incorporación de las decisiones comunitarias a la legislación interna y en su cumplimiento, y que de aquí en adelante solo se aprueben decisiones comunitarias realistas, es decir, que efectivamente puedan incorporarse en la legislación doméstica. Asimismo, los mecanismos de solución de controversias deben ser cada vez más vinculantes, lo que demanda un serio compromiso político de los países miembros –incluidos gobiernos y congresos– en orden a acatar los fallos de los órganos que arbitran las diferencias comerciales entre los socios comunitarios.[3]

3 *Ibidem,* p. 93.

Y es que desde el punto de vista del Derecho Público general, las legislaciones deben adaptarse a las circunstancias que demande la realidad de las sociedades (máxime que tomamos en consideración un marco de mayor jerarquía en el espectro del interés regional).

Se hace necesario entonces, el actuar de todos y cada uno de los Estados interactuantes, que se encuentren sometidos a una legislación que responda al interés público general, determinado por la idea de desarrollo económico.

La llamada institucionalidad debe estar unida con el ámbito sobre el que desarrolla su labor el legislador, lo contrario traería aparejado un ritmo disonante y de debilidad e inseguridad jurídica, conllevando necesariamente la ineficacia en la implementación pragmática.

Las dosis y los métodos están inmersos en los distintos acuerdos y concertaciones que se han dado desde hace muchos años en este proceso de desarrollo regional.

El planteamiento está sugerido, las propuestas de enmiendas legislativas se encuentran en las corrientes parlamentarias, sin embargo no es mucho el avance hasta ahora logrado de forma integral y para la consecución de los objetivos planteados.

Fortalecer los mecanismos alternos, el mejoramiento de las condiciones de bilateralidad y de multilateralidad y la conformación de una sana política institucional monetaria y de macroeconomía, traerán como consecuencia una mayor eficacia en el proceso de desarrollo regional (considerada de forma amplia).

Quizá otro de los aspectos que se encuentra interfiriendo una aplicación sustantiva y eficiente, es el gran desconocimiento sobre los alcances y complejidad de los acuerdos suscritos en la materia, los instrumentos de los que se dispone, así como las políticas que se emiten para implementar los acuerdos. De esta forma, el no tener claro el alcance de los derechos y deberes disponibles, crea necesariamente ambientes de incertidumbre e indefensión.

Por ello, el tema de la integración no se agota en sí mismo, ni siquiera se ha llegado a ahondar en su aplicación efectiva. Muchos son los que han discutido, analizado, propugnado y alimentado el tema de la integración regional y subregional como parámetro del desarrollo en un mundo globalizado, sin embargo tampoco nada novedoso se propone. De allí que pensemos que no se requiere de grandes reformas, sino de mejorar el sistema con el que contamos adaptándolo a estas nuevas necesidades.

Se insiste en que el marco jurídico viene a determinar cómo poder aplicar realmente esta expectativa en una plena integración desde todo punto de vista, económica, financiera, comercial, social, etc.; por ello lo político determina el hacer pero lo jurídico lo hace obligatorio.

Como lo expresa Eduardo Frei: *"No hay que perder de vista que la integración es una iniciativa política con una base económica y cultural".*[4]

Si desde hace ya varios lustros se indicaba tanto por políticos como por economistas, que un elemento importante a tomar en consideración era el "ensanchamiento de los mercados", hoy estamos a la puerta de lograr mayores crecimientos por medio de los mecanis-

4 Eduardo Frei Ruiz- Tagle. Seminario Internacional Paradojas de la Integración en América Latina. Cuadernos de Integración en América Latina, Nuevos escenarios y nuevos temas de la integración. Realizado en Santiago, Chile, diciembre, 2006, p. 8.

mos de la integración de que disponen nuestros gobernantes, así como del conocimiento informado.

Sin embargo, como ya se indicó supra, la obstaculización la causa mayormente el elemento político en la toma de las decisiones para el logro de la integración regional. Por ello los distintos Estados deben emitir políticas claras que den sustento a las propuestas y acuerdos bilaterales y multilaterales, bajo la óptica del interés común y no politiquero.

Lo anterior porque nos encontramos ante sistemas con un alto margen de debilidad política, así como cuestionables –en algunos casos- sistemas de derecho, lo que constituye un obstruccionismo a la aplicación de un sano sistema jurídico regional.

El que una visión de política general sea la que dirija el proceso integracionista, es lo necesario para lograr que se reduzca al mínimo el intervencionismo politiquero obstaculizador. Por ello se debe de reducir la "intermediación" de los políticos, reaccionando aisladamente y ajenos al conjunto que inspira la verdad del integrismo, es decir, lograr una cooperación regional para el desarrollo integral del área de forma colectiva.[5]

Por otra parte, no podríamos hablar de un redimensionamiento del integracionismo regional, en el tanto consideremos nuestros sistemas y nuestras economías como aisladas de las del resto, como entidades que, si bien es cierto, tienen particularidades y diferencias, tienen más cosas en común en la búsqueda del desarrollo conjunto.

La capacidad con la que se analice esta perspectiva de desarrollo y se le dé sustento a los acuerdos suscritos, determinarán la estructuración y reforma interna de cada nación, sin que ello vaya en detrimento de la hegemonía nacional y la defensa de las particularidades específicas de las naciones.

Se propone entonces, entre otras cosas, la supresión de barreras arancelarias sin sustento técnico alguno y que detienen el proceso, eliminación de controles innecesarios a movimientos de bienes, políticas congruentes de migración y trasiego de bienes y servicios (mercancías), homologación de la legislación interna a temas tributarios, así como de propiedad intelectual, de banca, migración, controles sanitarios y apertura de mercados, etc. Son solo algunas temáticas para lograr el desarrollo esperado, fortaleciendo el proceso de integración de la región.

Lo anterior debe entonces conllevar a generar políticas que logren el desarrollo para la América Latina que todos anhelamos y que merecemos, donde imperen las ideas integracionistas fortalecedoras de un sistema interno, pero que la vez se inserte en un nuevo destino de internacionalización.[6]

---

5 Al respecto véase lo dicho por Rojas-Aravena Francisco en Nueva Sociedad No. 125 Mayo-Junio 1993, p. 5, "América latina. El difícil cambio de la concertación y la integración" en cuanto señala: *"Todas estas instancias políticas de interlocución poseen un común denominador en torno a la democracia. Estos foros de concertación y coordinación de políticas destacan como principio rector y eje de la articulación del sistema político democrático. La defensa de la democracia aparece como la clave que posibilita la acción concertada en estos tres diferentes foros: el regional, el hemisférico y el iberoamericano".*

6 Ya lo señalaba desde hace varios lustros Francisco Rojas-Aravena en Nueva Sociedad *Op. cit.*, p. 2, al decir que: *"Ello exige asumir nuevas opciones políticas, de seguridad, y de transformación económica que generen oportunidades y caminos para alcanzar metas de paz regional, en el crecimiento y en la equidad."*

3. Diversidad regional

Otros de los elementos a considerar necesarios para retomar los esfuerzos de regionalización, es el de la consideración de la profusa diversidad regional, a pesar de la unión de múltiples rasgos en la idiosincrasia latinoamericana.

Muchos son los factores que, si bien en muchas ocasiones unen a una forma de ser latinoamericana, ciertamente hacen muy diferentes aun a los pueblos más fronterizos de la región.[7]

Por un lado, el tamaño geográfico es respuesta de una realidad económica distinta, la grandeza, profundidad e inaccesibilidad de algunas regiones del área, constituyen obstáculos infranqueables a la hora de determinar las condiciones de una integración plena y por ende de un desarrollo unificado.[8]

En otro sentido, las estructuras económicas que precisamente han sustentado a cada país de la región, hacen que resulten ser economías que no alcanzan niveles mínimos de solvencia para lograr el desarrollo, igualmente tampoco son unificadas en cuanto a sus políticas y procedimientos. Por otra parte, las marca una débil institucionalidad, una débil coordinación macroeconómica, así como el elemento de intervencionismo político –como se apuntó supra–, en relación con las visiones políticas del futuro de la región, y por consiguiente la particularización de la integración regional y la forma en que se desea insertar la región en la economía mundial.

Es por ello que del análisis de la diversidad que inspira a cada país y a cada proceso integrador, deba dársele mayor consistencia a dichos procesos de integración, con el fin de diseñar esquemas, políticas y unificación de criterios e iniciativas, que traigan como necesario resultado el desarrollo integral regional.[9] Porque muchos han sido los esfuerzos independientes, muchas han sido las iniciativas de integración a través de varios lustros por los distintos países de la región.[10] Sin embargo, no todas han tenido un sustento en un plan regional integrado, en un plan estratégico para que el área se unifique en una políti-

---

7 Fernando Naranjo, *op. cit.,* p. 11: *"La integración económica de hoy está más ligada a las inversiones de naturaleza regional y es mucho más difícil identificar la nacionalidad de los grupos que promueven la integración comercial y económica. Se pasó de una visión "nacional" a un enfoque "multinacional". Este es un cambio cualitativo en el nuevo proceso integracionista."*

8 Ver a Rojas Aravena Francisco y Solís Rivera Luis Guillermo, La integración latinoamericana Visiones Regionales y Subregionales, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica. Artículo de Marco Torrent, Un marco analítico. Para los proceso de integración regional, p. 15: *"La población cuenta, aunque la experiencia demuestra que la diferencia de tamaño entre Estados miembros no necesariamente crea un obstáculo para el éxito de la integración."*

9 Al respecto véase lo que formula Francisco Rojas-Aravena, en Nueva Sociedad 125, *op. cit.*, p. 2 que a la letra dice: *"Viejos conflictos han reaparecido afectando la construcción de un régimen internacional global. Conflictos nacionales, étnicos, religiosos, fronterizos y otros generan incertidumbres y reafirman el hecho de que la paz no es sólo ausencia de guerra. La paz debe ser fomentada, construida y apoyada por la acción del conjunto de los actores. Es decir, fomentar un tipo de relaciones específicas: la cooperación para la paz."*

10 Véase al respecto Baumann Renato, Bustillo Inés, Heirman Johannes, Macario Carla, Máttar Jorge y Pérez Esteban en: "Los procesos de integración de los países de América Latina y el Caribe 2000-2001: avances, retrocesos y temas pendiente" en CEPAL-Serie División de Comercio Internacional e Integración 25, Santiago Chile, Setiembre 2002, p. 15: *"Cabe recordar, en efecto, que la región tiene una larga historia*

ca y economía integradora, logrando unir iniciativas a pesar de que sean muy diversas sus formulaciones, en su encuentro final esté concertada la idea final del desarrollo.

No en vano se señala con todo atino, que nuestra región está perdiendo competitividad mundial, máxime cuando ésta debe colocar su mirada en mercados con altos índices de competitividad y no necesariamente de igualdad, como lo son el mercado europeo y en la actualidad el mercado asiático.[11]

Si tomamos en consideración el modelo de integración europea, en donde las diferencias entre países desde todo punto de vista (salvo el de concepto de desarrollo económico) son sustancialmente distintas (iniciando por las idiomáticas y pasando por las culturales y las históricas), podemos deducir un esquema modélico en cuanto a solidaridad y objetivo común de fortalecimiento de sus economías por medio de la unión entre naciones (es el secreto por el cual han logrado tal desarrollo).

En esta tesitura vemos cómo hubo unificación entre países pequeños (verbigracia, España, Portugal y Grecia) con países más grandes y poderosos (Francia y Alemania), en donde estos últimos establecieron un sistema de transferencia de recursos con el propósito de alivianar las diferencias de ingreso con respecto a los primeros (quedaría a salvo el caso de Inglaterra por las condiciones y características impuestas por esta nación en la historia europea).

Sin embargo, la cuestionante que surge a la luz del proceso regional latinoamericano es, por qué América Latina no puede seguir el mismo modelo de interacción multipaís, como lo hizo Europa. Sin embargo, a la vez que nos hacemos la pregunta, surge paralelamente la respuesta de que contamos con un sistema menos (por no decir inexistente) solidario y menor capacidad de "sacrificarse" los grandes y con más recursos, para aquellos con menos posibilidades.[12]

4. La institucionalidad y jurisdiccionalidad de la integración

Cuando de integración regional y subregional se habla, definitivamente es tema de trascendencia, el abordaje sobre la "certidumbre jurídica". Es decir, la estabilidad y aplicación de los estamentos jurídicos que en dicho proceso se están procesando.

---

de intentos de integración fallidos y de dar marcha atrás en cuanto a los esfuerzos para construir mercados regionales ampliados."

11 Aun prevalece hoy en día el pensamiento de Rojas-Aravena, *op. cit.,* p. 5, al señalar que: *"Consolidar una percepción política común y transformarla en acciones concertadas es una tarea a ser desarrollada por la dirigencia democrática de la región."*

12 Señala Guillermo Yunque, que: *"El gran vacío en Latinoamérica, es la inexistencia de un mecanismo de integración con un carácter regional, que permita fortalecer su capacidad de inserción internacional. Esto ha implicado que se abran negociaciones separadas en forma subregional o bilateral, con la Unión Europea, Estados Unidos y más recientemente con algunos países de Asia."* Relaciones Unión Europea América Latina y el Caribe Más allá de los rituales, un futuro necesario, en: "La integración latinoamericana Visiones Regionales y Subregionales", *op. cit.*, p. 53.

Todas las decisiones que deban tomar los distintos países en materia de integración, se sostendrán en firmes bases del Derecho que son las que le darán la fortaleza a las ejecuciones y a su cumplimiento multipartes.

El sistema jurídico sobre el que descansen los acuerdos, debe estar basado en primera instancia, en la concordancia comunitaria (tomando en consideración los saberes, necesidades y criterios de los sectores involucrados), para que luego ello se traduzca en una sana y transparente normativa interna, trayendo aparejado un realista proceso integratorio.

Igualmente, este sistema jurídico regional debe contemplar en su normativa, una serie de regulaciones efectivas a nivel de solución de controversias, que vengan a ser respaldadas por la propia normativa interna de los Estados, de suerte tal que su aplicación, ejecución y puesta en práctica, realmente logre su objetivo último (criterio de la vinculación de las normas de resolución de controversias a la que se deben sujetar los Estados participantes).

Porque además, para que ese sistema pueda ser realmente efectivo, se requiere de un consenso político y de una voluntad unificada de compromiso, para acatar los fallos que en esta materia se puedan dar como vinculantes y obligatorios.

Ahora bien, al plantearse el sistema jurídico que debe imperar para su ejecución, salta el análisis de los instrumentos que hasta el momento han sido sometidos y, el procedimiento que éstos han llevado en las realidades normativas internas de cada Estado.

El proceso interno es consecuentemente riguroso y tardío. A la prueba está, el largo e infructuoso –en muchos casos- camino que han recorrido estos sendos instrumentos jurídicos, que pretenden en una u otra forma una integración regional (véase el caso de los Tratados de Libre Comercio de Estados Unidos con Centroamérica y el caso particular de Costa Rica para poder ser aprobado, el cual requirió de un referéndum popular, precedido de un arduo, intenso y reñido proceso de consulta popular).

A *contrario sensu* de lo dicho anteriormente, si no contamos con un sistema normativo acorde con un unificado proceso de integración, tendremos entonces una debilidad en la institucionalidad, lo que traerá como consecuencia una huída de los sectores productivos y por ende una disminución económica, que irá contra la competitividad y la innovación que proclama dicha integración.

Ahora bien, dentro del análisis a esbozar cuando de institucionalidad y aplicación jurídica se trata, especial mención merece el tratamiento del Derecho Constitucional de las distintas naciones interactuantes. Lo anterior considerando la organización política y el resguardo de todos aquellos derechos civiles, políticos, sociales, económicos, ecológicos y ciudadanos entre otros, que es quizá lo que más moviliza a la protección cuando se trata de la suscripción de tratados multi o bilaterales, en donde una de las partes es más poderosa que la otra.

No sin razón se ha dicho que el derecho constitucional refuerza cada sistema latinoamericano (preeminencia), y puede influir positiva o negativamente en la promoción del proceso integracionista.

La relación entre el derecho constitucional y la integración regional es intrínseca, toda vez que en muchas ocasiones esta última amerita y trae consigo una interpretación, y hasta reforma de los derechos constitucionales de las distintas naciones participantes.

El traslado de las competencias en cuanto a regulaciones económicas, así como la emisión de políticas diversas desde el punto de vista integral, conlleva que los Estados puedan ver en alguna forma disminuidas o mermadas sus capacidades y funciones, sin que ello implique una disminución de la soberanía particular (verbigracia: podemos pensar en las regulaciones fiscales que demandan estos cuerpos normativos internacionales con respecto a las potestades internas de cada país, asimismo en las regulaciones migratorias o monetarias, las cuales se ven compelidas a la unificación integracionista, para lograr los objetivos de la misma, sin dejar de mencionar los cánones de propiedad intelectual, políticas comunes de desarrollo, medio ambiente, etc. temas por demás sensibles a lo interno de los Estados).

Por otra parte, tomar en cuenta el carácter "supranacional" de algunas de las instituciones de integración con definidas competencias, conduce a pensar respecto a la supremacía de los Estados en el control de su propia normativa, así como el ajuste de las competencias estatales públicas con respecto a las competencias otorgadas por los instrumentos jurídicos de integración transnacional, es decir, un debate constante.

Este proceso de integración traería como consecuencia la creación de órganos supranacionales con competencias acordadas entre los Estados, que se trasladarían a niveles políticos, ya no como simple cooperación entre Estados, sino ocupando el lugar del ordenamiento jurídico aplicable con toda contundencia y sujeción al igual que el nacional (el modelo europeo tiene instituciones propias europeas que determinan la aplicación de normativas específicas y de acatamiento obligatorio, tales como el Parlamento Europeo).

La integración regional no es solamente la unión de voluntades, ni la mera concordancia entre intereses comunes, sino que es precisamente la transferencia de competencias de los Estados que son soberanos, ante la creación de órganos jurisdiccionales con competencia supranacional a los cuales se les confía el cumplimiento de los objetivos, reglas y procedimientos jurídicos comunes.

El respeto a estos órganos en su aplicación, será la tónica que marcará la excelencia en el desarrollo comunitario.

Al hablar de los órganos jurisdiccionales, estamos tratando un tema que en muchas legislaciones y sistemas, puede estar rayando con los conceptos de soberanía y con un planteamiento de reforma sustancial del sistema de derecho interno.

Ya el sistema europeo desarrolla con toda propiedad el derecho comunitario, por lo cual podríamos estar hablando de un "derecho común latinoamericano", el cual conllevaría una regulación específica y general para toda la región, así como la creación de órganos generales encargados de definir reglas comunes, y la creación de órganos jurisdiccionales que apliquen ese derecho a través de la interpretación y del control de la legalidad de actuaciones de los Estados miembros.

Un Derecho que pueda válidamente imponer obligaciones a los Estados al ejercer sus propias competencias, creando además el sistema normativo común entre las naciones suscribientes, dándole de esta forma profundidad a los acuerdos tomados.

Estos órganos jurisdiccionales son lo que llamaríamos Tribunales regionales y estarán divididos con competencias propias y según la región a la que pertenezcan (de conformidad con bloques económicos). Así por ejemplo: zona andina, zona centroamericana, etc. Unificados éstos, con otros tribunales ya existentes en el área con cobertura regional como

son la Corte Interamericana de Derechos Humanos con Sede en San José de Costa Rica, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con funciones de dirimir las diferencias en el tratamiento de los derechos humanos.

Todo lo anterior, sin detrimento del conjunto de funciones con respecto a los órganos jurisdiccionales internos o nacionales, con los cuales lo que tendríamos es un ejercicio de colaboración mutua en la aplicación de la normativa regional, toda vez que nos encontramos con funciones de distinta naturaleza pero que en ocasiones puede coordinarse una interpretación conjunta, con el fin de unificar ambas legislaciones que no tendrían que ser disímiles entre sí, más por el contrario: complementarias.

Según lo expresado, la jurisprudencia comunitaria regional, vendría a constituir el pilar sobre el que se base el acuerdo y la aplicación efectiva común a todas las naciones del área. Toda vez que la jurisprudencia es el instrumento jurídico utilizado por los órganos jurisdiccionales, para la interpretación en la integración normativa.

De esta forma, los Estados miembros incluirán dentro de la normativa general, reglas y procedimientos comunes de los órganos jurisdiccionales respectivos, produciendo de esta forma un derecho general y comunitario latinoamericano.

Lo que se busca con la objetivización de las normas regionales es flexibilizar las normas internas a efectos del objetivo común. Por ende, darle mayor eficacia a los objetivos comunes en su adaptación general. Además -como se indicó- considerar la creación de un derecho que le brinde sustento a la integración regional, con voluntad manifestada común e integradora en cada ordenamiento nacional, dándole eficacia y eficiencia a los acuerdos comunes; dado que históricamente con el solo acuerdo y la voluntad política, el esfuerzo ha resultado vano.

Entonces, el derecho de la integración regional latinoamericana, se constituye en el derecho de los estados comunitarios de la región, el cual incluye las normas y procedimientos que establecen la puesta en ejecución de los acuerdos y tratados suscritos.

5. Efectos de la integración centroamericana

Muchos han sido los intentos por la integración de la región centroamericana, tales como la formación en los años 60 del Mercado Común Centroamericano, cuyos Estados suscribientes fueron: Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica, siendo que Panamá al no formar parte de la región, vino a suscribir acuerdos independientes con cada nación en particular.

Si bien es cierto se configuró este instrumento de cooperación mutua, no ha existido un mecanismo comercial eficiente que haya venido a desarrollar debidamente las relaciones comerciales y la macro economía regional, de allí que en los últimos años el planteamiento de los Tratados de Libre Comercio con los Estados Unidos, son los que han ocupado las agendas de los gobernantes y los parlamentos centroamericanos (y del Caribe), a efectos de ese logro común y de intercambio de mercancías entre ellos y en apertura de mercados más grandes como el norteamericano.

Debe recordarse que Estados Unidos es uno de los principales compradores de la región centroamericana, el 50% las exportaciones de esta región van al país del norte,

señalándose por los defensores del Tratado, la conveniencia y garantía de acceso al gran mercado norteamericano, principal vía para la llamada "internacionalización económica", situación ciertamente cuestionable en sus efectos prácticos y de multiplicidad de materias que trata un Tratado de Libre Comercio, entre ellos –y el de más polémica–, la disminución de las soberanías así como la transnacionalización de la producción.

Como lo señala el economista Fernando Naranjo bajo una óptica de la necesidad de los convenios:

> Centroamérica está viviendo una "nueva integración económica". El anterior modelo ha dado paso a un nuevo proceso. Esta nueva integración económica no se limita únicamente a un mayor intercambio de mercancías entre países. Complementariamente, se realizan inversiones reales por parte de grupos empresariales y de empresas transnacionales que inducen a un mayor intercambio de servicios, a una integración de los mercados laborales, a un aumento en los movimientos de capital y a una integración bancaria y financiera sumamente activa, como no existió en el pasado. Es interesante destacar que las actividades de algunos grupos empresariales centroamericanos transcienden las fronteras del istmo y se extienden a países del Norte y de Sur América. En alguna medida esta nueva integración económica se hace al margen de la institucionalidad y de los convenios de integración económica, aunque es difícil imaginarse la integración de hoy sin el marco de la integración formal de ayer.[13]

Si bien es cierto no se ha llegado a lo deseado por las naciones del área, en materia de integración, el aumento del intercambio comercial, la apertura de fronteras en algunos países de la subregión, así como el trasiego de bienes y servicios, hacen que tome un nuevo horizonte el tema de la integración centroamericana y se impulse por nuevos tratados que conlleven una verdadera unión.

De hecho señala Naranjo:

> Esta nueva forma de integración económica ha conducido a crear una importante red de inversiones a nivel regional, factor que estuvo ausente en las etapas iniciales de la integración. En las primeras décadas del proceso integracionista existía una fuerte rivalidad entre los empresarios de cada uno de los países y las inversiones de ellos en otras naciones eran muy limitadas. Esto ha cambiado radicalmente y ahora las inversiones regionales son el elemento que le ha dado mayor dinamismo al comercio intraregional de bienes y servicios.
>
> Paralelamente a esa intensificación en el proceso de integración regional, Centroamérica en su conjunto o individualmente algunos de los países han negociado tratados de libre comercio con los Estados Unidos, Canadá, México, Chile y República Dominicana, para mencionar los casos más interesantes.[14]

13 Naranjo V. Fernando. Cuadernos Integración en América Latina. Política Exterior e Integración. Oportunidades y Desafíos. *Op. cit.*, p. 19

14 Naranjo, Fernando, *Op. cit.*, p. 21. Se recuerda asimismo que en Costa Rica fue aprobado mediante referendun nacional el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos en el 2007 con un reducido margen de

A pesar de los intentos de acuerdos multilaterales (como el ya varias veces citado Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos), la región centroamericana ha iniciado con sumo interés, las negociaciones con la Unión Europea con el fin de suscribir acuerdos entre esta región y ese bloque europeo. Sin embargo, algunos obstáculos ya se han focalizado desde el inicio de estas negociaciones, tales como la exigencia dada por Europa en cuanto a que la mesa de transacciones sea llevada por un solo interlocutor nombrado entre todos los países miembros de la región; condicionándose además, al mejoramiento del proceso de integración económica, así como al fortalecimiento de las instituciones regionales.

Por tanto, de llegarse a un acuerdo multilateral de la región centroamericana con la Unión Europea (solventando todo escollo en el camino hacia dicho acuerdo), integrándose además la vasta experiencia adquirida en estos últimos años (esencialmente con el trámite dado al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos), podrá arribarse sin duda alguna, al logro de una mayor integración subregional e indudablemente a un camino hacia el desarrollo económico "sostenible".

6. Una reflexión sobre la consecuencia del proceso de integración y la educación superior

Cuando de integración se trata –como ya se ha analizado anteriormente-, se está refiriendo a una consecuente apertura de las economías regionales; es decir, aperturas de mercado, lo cual plantea una mayor demanda de servicios y una mayor competencia en la oferta de fuerza laboral.

Lo anterior plantea entonces, la consideración sobre la oferta que se está generando en las Universidades Latinoamericanas y sobre qué bases se está fundamentando su esquema de oferta académica (no solo por la apertura de los mercados, sino por la forma en que se tendrá que enfrentar la fuerza de trabajo a las necesidades societarias).

La apertura de los distintos sectores del mercado, va invariablemente a condicionar los procesos de oferta técnica y profesional de nuestras instituciones de educación superior, ello ya está ocurriendo en los países latinoamericanos, visualizado en el análisis del papel que juega la educación superior en las sociedades latinoamericanas.

El establecimiento de más transnacionales, de sectores empresariales con una mayor capacidad de absorción de una población no calificada, hacen que el planteamiento y discernimiento sobre la población meta educativa, sea cuestionado y cada vez más protagónico en la planificación estatal (esencialmente) sobre las proyecciones educacionales.

Para nadie sería un secreto, que una gran parte de la población, potencialmente dirigida a la profesionalización, opte por vías de más rentabilidad económica y de mayor eficacia en sus objetivos mediáticos.

aprobación, dado que a pesar de la estabilidad de la democracia y de la sociedad costarricense, los movimientos sindicales y sectores sociales, cuentan con amplia movilización e influencia frente al Estado.

Igualmente habría que analizar profusamente el fenómeno que podría darse ante una mayor "inversión" de parte de la educación privada, cuando se trate de un "negocio" más lucrativo para una mayor rentabilidad; unido al hecho de una mayor y desenfrenada explotación comercial ocasionada por una mayor integración regional sin la debida sostenibilidad, y sin una definición clara de políticas y medidas que salvaguarden un perfecto equilibrio.

Por otra parte, podría considerarse el fenómeno del trasiego de profesionales, así como de los intelectos de los países de la región, hacia nuevos mercados más competitivos y de mayor capacidad que los regionales. Los costos que ello genera en las instituciones estatales de educación superior y la inversión que pueda estar siendo comprometida. Tomando además en consideración, todo lo relativo a las regulaciones en materia de propiedad intelectual que generarán sin lugar a dudas, mayores inversiones para la debida protección en patentes, licencias y derechos, en conjunto con atractivas regulaciones de estímulos para la producción intelectual al servicio de la colectividad (incluyéndose la aplicación de las nuevas tecnologías y por ende las consecuencias de la llamada Sociedad del Conocimiento).

Asimismo, la vinculación tecnológica que demande esta integración de las Universidades traerá consigo nuevas reflexiones, así como nuevas planificaciones sobre la base de mayor competitividad y respuesta a las necesidades poblacionales.

La utilización de las nuevas tecnologías para la educación, así como el acceso a esas tecnologías por parte de la población, son temas que tendrán que necesariamente dimensionarse desde los acuerdos mismos que se tomen entre naciones, en esa búsqueda del desarrollo económico integral. Tómese en cuenta los efectos de la educación a distancia y la educación virtual, que favorecen un esquema de mercado determinado y, por consiguiente pueden venir a modificar los parámetros de desarrollo económico (impulso a sectores empresariales productores de nuevas tecnologías de grandes compañías como INTEL, MICROSOFT, HP, solo por mencionar algunas de ellas).

Igualmente de trascendental importancia en la consideración sobre el papel de la educación superior en el proceso de integración regional, es la interacción de los graduandos de las Universidades del área, respecto a las normas generales de acreditación y validez internacional, con la finalidad de preservar la excelencia y la calidad por medio de la evaluación constante.

Es entonces la relación proveedor-comprador, la que puede determinar de forma negativa o positiva la planificación y generación del conocimiento universitario, lo cual tendrá que ser analizado, reflexionado y determinado debidamente por los acuerdos de integración que se han rubricado así como aquellos que se lleguen a firmar.

Por ello nuestras universidades, en la búsqueda de la excelencia y de concurrir a las necesidades de formación profesional en un contexto regional y mundial, deben tomar en consideración los mercados potenciales a los que se dirigen, exigiendo en ese proceso con rigurosidad y capacidad, la calidad y un alto nivel de preparación, impidiendo que una desmedida e irresponsable inversión comercial educativa, merme (como se ha dado en muchos casos hoy en día en varios países de la región) la capacidad misma de autogestión de nuestros pueblos.

7. A modo de conclusión

Definitivamente el proceso integracionista de la región latinoamericana, no ha dejado de ser eso, un proceso, el cual se ha visto arropado de múltiples y variadas formas de ejecución con los distintos actores de la región, así como de los acuerdos mutuos a los que se ha llegado.

Sin embargo, no se debe dejar de lado que el proceso de integración es el medio por el cual se puede llegar al tan ansiado desarrollo. El proceso es un camino, es un medio para llegar al fin, no es un fin en sí mismo.

Tal y como se ha dicho anteriormente, el camino andado en la integración ha venido en muchos aspectos a dotar de madurez negociadora a los distintos países latinoamericanos, lo cual ha venido a coadyuvar en dotar de mejores instrumentos para una negociación que conlleve un pleno e integral desarrollo para los pueblos de la región.

Este proceso no ha sido total, sino que viene a ser un proceso paulatino y con dosis de ejecución que requiere, indudablemente, de la voluntad política de los gobiernos, así como de una estabilidad regional en todo sentido, tanto política, como económica, como social, etc., estabilidad verdaderamente difícil de alcanzar.

La integración regional y subregional según los acuerdos respectivos, es y será una verdadera necesidad de subsistencia misma, en un mundo globalizado en donde los mercados unificados mundiales, hacen casi imprescindible la unificación de las "pequeñas" economías, evitando una especie de "autodestrucción".

En este orden, la utilización de las estructuras jurídicas existentes para los múltiples acuerdos y procedimientos ya logrados, hacen que el camino para la integración regional sea más llana hacia un desarrollo más equilibrado, más justo e integral que considere desde su base misma, las diferencias y semejanzas que unen a nuestros pueblos, buscando el bienestar de la colectividad, como reza el principal principio del Derecho Público.[15]

Así, el interés público viene a ser también principio informante de un derecho derivado de la integración regional.

Desde el orden jurídico y desde un sistema integrado de normas, el desarrollo de la región se dará logrando insertarse en el juego del libre comercio, compitiendo equilibrada y justamente con los grandes bloques económicos mundiales, en donde la competitividad de las producciones nacionales sea el punto de partida; sin detrimento claro está, de la defensa de los derechos autónomos nacionales y de la protección a los derechos constitucionales de los pueblos.

Las vías para lograr un verdadero desarrollo no son expeditas. Los acuerdos deben dejar de ser solo eso, acuerdos, para convertirse en obligaciones derivadas y concertados debidamente, siendo el camino complejo y el esfuerzo alto, para concertar los distintos y variados intereses regionales.

15 Señala Freire: *"Los procesos no avanzan a punta de declaraciones ni a través de la creación de nuevos proyectos ilusorios y nuevas burocracias, sino mediante la voluntad política de nuestros gobernantes, para lo cual sólo requieren utilizar los instrumentos jurídicos existentes y que hasta hoy han sido subutilizados." Op. cit.*, p. 16.

El consenso viene entonces a ser la herramienta para lograr el beneficio común, el acceso a nuevos mercados contemplando entre otros aspectos de trascendental importancia, la temática de las barreras arancelarias, los subsidios y las cuotas a establecer. Todo, bajo principios de igualdad, solidaridad, razonabilidad y proporcionalidad, integrados en ese cuerpo normativo dispositivo general (Derecho Común Latinoamericano), tutelado por el acuerdo previo de cada país con sujeción a sus propias normas constitucionales, así como bajo la respectiva preparación de éstos, para enfrentarse a la ejecución de los acuerdos comunes, desarrollando las capacidades inherentes para orientar las tareas, tanto de negociación posterior, ejecución como control por parte de los órganos jurisdiccionales regionales.

El Principio Democrático y los Esquemas Regionales. Gobierno, Ciudadanía y Legitimidad en los Procesos de Integración

*Christian Alberto Cao**

Introducción. 1. La democracia procedimental y la democracia sustancial. 2. La democracia y la integración regional. Nuevos planteos para antiguos problemas de legitimidad. 3. La democracia como presupuesto de la integración regional. 4. La democracia y la forma de construir la integración regional. 5. La democracia y el esquema de gobierno del bloque de integración.

Introducción

Las diferentes problemáticas sociales de la actualidad muchas veces exceden los límites de las geografías políticas estatales. La contaminación ambiental, la escasez de los recursos energéticos, el terrorismo y el narcotráfico, la pobreza y la marginación, las catástrofes naturales, las enfermedades endémicas, entre otras, afectan la calidad de vida de los individuos sin observar o respetar fronteras. Los conflictos se regionalizan y, en ocasiones, alcanzan dimensiones globales.

La tecnología, las comunicaciones y el avance de la ciencia acrecientan el campo del conocimiento, y con ello, los problemas que generan sus desarrollos.

Este panorama se vincula íntimamente con los procesos de integración regional que se han puesto en marcha en diferentes latitudes del globo. La Unión Europea, el Mercosur, la Comunidad Andina, el Sistema de la Integración Centroamericana, y otros, son escenarios de constante evolución y crecimiento.

Los motivos, las causas, las consecuencias de ello, han dado lugar a importantes debates en la literatura especializada. ¿La integración regional se debe a procesos graduales o se basan en grandes acontecimientos? ¿el proceso es transformador o básicamente reproductivo? ¿Son aplicables los enfoques neofuncionalistas, institucionalistas, federalistas o regulacionaistas?

Por otra parte, las justificaciones del surgimiento de los distintos bloques regionales han tenido raigambres filosóficas, sociológicas, jurídicas e históricas. Así, el desarrollo económico, la protección de los derechos fundamentales, el sostenimiento de los valores democráticos o, sencillamente coordinar acciones comunes sobre temáticas puntuales han sido algunos de los fundamentos de los procesos de integración regional.

Pero en este océano de interrogantes, amerita detenernos en un concepto que data de tiempos pretéritos pero que demanda intervención en los modelos integracionales: la

* Abogado y Doctorando en Derecho Constitucional. Universidad de Buenos Aires y Universidad Complutense de Madrid. Investigador adscripto al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

democracia. Y, en lo que nos convoca, más precisamente la aplicación del principio democrático en la integración regional.

Justamente, el objetivo del presente trabajo es formular algunas relaciones entre los conceptos "democracia" e "integración regional", a los fines de presentar algunos de los interrogantes que emergen de su estudio.

Indagaremos sobre algunas de las afirmaciones que mayores consensos reúnen sobre los principios democráticos en los bloques, como es el presupuesto democrático de los Estados miembros para dotarlos de legitimidad regional.

Pero además presentaremos algunos de los interrogantes actuales que exhibe la temática de la democracia en los bloques regionales, haciendo particular mención en el Mercosur y su desarrollo, como un claro desafío para fortalecer su legitimidad institucional.

1. La democracia procedimental y la democracia sustancial

Consolidada su definición etimológica, el concepto de democracia ha alcanzado diversas acepciones según sea enfocado desde la ciencia jurídica, la ciencia política o la sociología. No existe un acuerdo unívoco acerca de su contenido, alcance y dimensión. Sin embargo, los sistemas políticos de carácter democrático revisten un amplio consenso en las sociedades modernas, como forma de Estado o de gobierno.

En ellos, las autoridades gobernantes mayoritariamente son electas mediante la democracia electoral. Así, de forma directa o indirecta la ciudadanía participa libremente en la elección de sus autoridades. La definición, calificada de minimalista, de la democracia es la que Norberto Bobbio ha acuñado como "democracia procedimental" o "mínima y suficiente". Para esta postura, la democracia son las "reglas de juego" que permiten tomar decisiones colectivas dirigidas a los miembros de una sociedad de forma vinculante. Ha dicho que "*basta esta definición procedimental para distinguir un gobierno democrático de un gobierno no democrático. No hay necesidad de introducir valores. La introducción de valores ocurre luego a través de los diferentes grupos y partidos que componen la sociedad y compiten entre sí por alcanzar el poder*"[1].

En el mismo orden de ideas pero en diferente sentido del término, Luigi Ferrajoli ha relacionado democracia sustancial y el concepto de derecho, otorgándole un contenido más amplio y material al conectarla con el fundamento de los derechos fundamentales.[2] Con estos aportes de carácter "sustancial" al concepto democracia, se añaden contenidos y valores en los que el gobierno se debería inspirar y se establecen también pautas sobre la "esfera de lo indecidible".[3]

1 Bobbio, Norberto; Fundamento y futuro de la democracia. Editorial Edeval, Valparaiso, 1990, p. 12.

2 Ferrajoli, Luigi; "Derechos fundamentales", en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (editores); Los fundamentos de los derechos fundamentales.. Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 35. Ver también, de la misma obra: Pintore, Anna; "Derechos insaciables", p. 243, y Bovero, Michelangelo "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta", p. 215.

3 Ferrajoli, Luigi; "Derechos fundamentales", ob. cit., p. 36.

De la ciencia política al derecho, de conceptualizaciones amplias a las estrechas, en fin, de fundamentos sociales a liberales de la democracia, hemos dicho, no se ha alcanzado consenso entre los componentes mínimos o necesarios del término aplicado a los Estados nacionales.

Y en la dimensión supranacional, el panorama se torna aún más impreciso ya que sus instituciones tienden a ser difusas, complejas y dotadas de gran dinamismo jurídico y político.

Sin que implique un enrolamiento ideológico en la definición y a los solos fines de la realización del presente trabajo, limitaremos el contenido del término "principio democrático" a la metodología política por la cual la ciudadanía participa activamente en la elección de sus gobernantes conforme a lo establecido en las normas jurídicas fundamentales previamente establecidas. Prescindiremos del contenido material o sustancial del concepto y, aún a riesgo de caer en la teoría analítica de la cuestión y en la insuficiencia de su definición,[4] lo delimitaremos a la regla de juego de la mayoría procedimental.

Así, serán regímenes democráticos –más precisamente de democracia procedimental– aquellos cuyas autoridades han sido elegidas por la voluntad de la ciudadanía en elecciones libres y competitivas. En rigor de la hipótesis planteada en este trabajo, a *contrario sensu*, toda otra forma de selección de los gobernantes que no sea la anteriormente dicha no podrá ser calificada de democrática.

Por ello, la forma democrática de elección de las autoridades será una especie dentro del universo de posibilidades. Y, bajo una óptica dikelógica, seguramente la de mayor aceptación, aunque también prescindiremos de esta percepción a los fines de avanzar en el presente estudio.

2. La democracia y la integración regional. Nuevos planteos para antiguos problemas de legitimidad

Sentada la anterior aclaración y a la luz del presente artículo, plantearemos seguidamente tres interrogantes. El primero de ellos ha alcanzado un importante consenso en la doctrina especializada. La democracia como régimen de gobierno es un presupuesto del derecho de la integración regional.

Los dos restantes son objeto de actuales debates sobre los desafíos que presentan los procesos de integración regional.[5] Por un lado, la forma de manifestación democrática y participativa de la voluntad integradora y, por el otro, la forma democrática y participativa de gobierno de los esquemas regionales.

---

4 Nun, José "La teoría política y la transición democrática", en Nun, José y Portantiero, Juan Carlos (compiladores), Ensayos sobre la trasnsición democràtica en la Argentina, Editorial Puntosur, Buenos Aires, 1987.

5 En el caso particular de la Unión Europea ver, por ejemplo: Duverger, Maurice; Europa de los hombres. Una metamorfosis inacabada. Editorial Alianza, Madrid 1994. También, Majone, Giandomenico; "Integración económica internacional, autonomía nacional democracia trasnacional ¿una trinidad imposible?", en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, año XLV, Nro. 184, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 22, entre otros.

Un mayor éxito en el alcance –pleno, si fuera posible- de los valores democráticos en los planteos enunciados conducirá hacia una *gobernanza*[6] que minimizará el déficit democrático, al mismo tiempo que redundará en un mayor grado de legitimidad de las regiones.

3. La democracia como presupuesto de la integración regional

Primer planteo: ¿Existe relación entre la democracia procedimental de los Estados nacionales y la integración regional?

La integración regional se compone, lógicamente, por dos o más[7] Estados nacionales que al crear un espacio común transfieren un fragmento del ejercicio de sus soberanías a un especio común con la voluntad de coordinar un desarrollo político, económico y social.

Luego, realizamos la primera afirmación: Los Estados miembros que pretendan constituir un bloque de integración regional o bien adherirse a otro preconstituido deben gozar de un régimen democrático para poder manifestar su voluntad integradora de forma legítima.

No concebimos un derecho a integrarse regionalmente en un marco de ausencia de democracia de los Estados candidatos.

Como expresan Roberto Dromi, Miguel Ekmekdjian y Julio Rivera "*no cualquier Estado nacional logra integrarse en una organización supranacional; sólo es posible cuando los Estados nacionales son esencialmente democráticos. No hay derecho comunitario autocrático porque la organización comunitaria exige participación y representación, con estructuras supraestatales nacidas a imagen y semejanza de la democracia interna de cada Estado miembro*".[8]

Este es, entonces, un presupuesto político de la integración regional, o, dicho de otra manera, la integración regional demanda que los Estados miembros posean regímenes democráticos, al menos en su aspecto procedimental.

Andrés Malamud y Philippe Schmitter[9] lo justifican por, al menos, tres razones.

Primeramente, porque la garantía de cumplimiento de los acuerdos que se celebren en la región por parte de sus miembros será mayor en Estados que cuenten con fuerte legitimidad en sus sociedades. Es de recordar que uno de los caracteres de los procesos integradores es el contractualismo, ya que la conformación del bloque –o la adhesión a uno preconstituido– surge a partir de la celebración de tratados internacionales entre miembros, o entre Estados y la región.

---

6 En la experiencia europea, recomendamos ver el Libro blanco sobre la Gobernanza Europea, de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas 25-7-2001, COM (2001) 428 final.

7 Dromi, Ekmekdjián y Rivera señalan un límite máximo a la cantidad de Estados nacionales a integrarse: que no sean todos los Estados, porque de ser así se habría llegado al universalismo. Dromi, Roberto, Ekmekdjián, Miguel y Rivera, Julio; Derecho Comunitario. Régimen del Mercosur. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 50

8 Dromi, Roberto, Ekmekdjián, Miguel y Rivera, Julio; Derecho comunitario, ob. cit., p. 49.

9 Malamud, Andres y Schmitter, Philippe; "La experiencia de integración europea y el potencial de integración del MERCOSUR", en Revista Desarrollo Económico, Vol. 46, Nro. 181, Buenos Aires (abril-junio 2006), p. 12.

A modo de ejemplo, en Argentina "Corresponde al Congreso:…*Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad…" como lo estipula el artículo 75 inciso 24 de su Constitución Nacional en su parte pertinente, o en el caso de Paraguay los artículos 141 y 143 de su Constitución Nacional que establecen respectivamente* "*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…*" y "*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*".

Si los pactos obligan a las partes y por ende deben ser cumplidos de buena fe, sea cual fuere el nivel de integración regional del que hablemos, será necesaria la presencia de un sistema de gobierno que brinde las garantías necesarias de cumplimiento de los compromisos asumidos. La legitimidad jurídica y política que presenta un régimen democrático predispone una tendencia a asegurar esas garantías. Aunque es obligado mencionar que no siempre constituye causa suficiente para el cumplimiento de tales garantías sino, insistimos, marca una tendencia.

En segundo término, lo dicho se argumenta en que la exclusión de la fuerza o violencia para la resolución de las disputas entre los integrantes del bloque es un componente que se encuentra presente en los sistemas democráticos. Teniendo presente que los principios que fundamentan el derecho de la integración surgen sobre la base de la solidaridad, la igualdad, la reciprocidad, la participación, el respeto de los derechos fundamentales, entre otros. ¿Sería posible conciliar estos valores con un régimen no democrático de gobierno? Aún limitando la definición procedimental de la democracia, difícilmente la respuesta pueda ser afirmativa. Contrariamente, un Estado miembro –por más dureza que le imponga a su política referida a las relaciones con el bloque– deberá orientar sus eventuales disputas al sistema de resolución de conflictos regional, a cuya competencia supranacional le ha sido oportunamente delegada. Como explica Gustavo Zagrebelsky, la transformación del concepto clásico de soberanía que propone el esquema integracional debe superar los principios de exclusión y beligerancia.[10]

Por último, la creación de movimientos sociales trasnacionales y su participación en la elaboración de las políticas públicas regionales se encuentra resguardado en las democracias internas de los Estados miembros. Y esa participación de la ciudadanía, por los canales adecuados, es un elemento fundamental en la legitimación del bloque regional, según el pensamiento funcionalista y neo-funcionalista.[11]

A las justificaciones señaladas por los autores añadimos algunas más, que se desprenden de una sola afirmación: un régimen democrático moderno fundamentará sus acciones

10 Zagrebelsky, Gustavo; El derecho dúctil, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 10.

11 Ver figura 1 en: Malamud, Andrés y Schmitter, Philippe; "La experiencia de integración europea y el potencial de integración del Mercosur", ob. cit., p. 6.

de gobierno en el marco de un Estado de Derecho constitucional, el que incluirá necesariamente el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional[12] y en sus tratados internacionales con igual jerarquía y la división de poderes en su orden interno. Explicamos.

La primera de ellas –el reconocimiento y la garantía del ejercicio de los derechos constitucionales y los derechos humanos o fundamentales– permitirá la participación de la ciudadanía en forma colectiva o individual en la vida política, es decir el libre ejercicio de los derechos políticos activos y pasivos. Pero además, un régimen de gobierno democrático en el marco de un Estado de Derecho constitucional será garante también del ejercicio de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales que, en ocasiones han sido justa y precisamente los motores de la cooperación de intereses internacionales, devenida luego en la integración regional institucionalizada.

Como expone Ciuro Caldani, esa integración, es la especial manera de aproximación entre pueblos apoyada en la vinculación de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás, en el desarrollo económico en común y en la voluntad democrática.[13]

Ante ello, y en el marco de la integración regional, el concepto procedimental de democracia parece conducir a dotarlo necesariamente de un contenido sustancial.[14]

La segunda de ellas se justifica en que un régimen democrático moderno –fundado en el mencionado Estado de Derecho constitucional– debe presentar un sistema de división y equilibrio de poderes determinado por la Constitución Nacional. Un régimen no democrático podrá o no dividir su poder estatal, dependiendo de múltiples factores o voluntades. Pero un régimen democrático constitucional no podrá prescindir de esa misma división de poderes. Es un elemento necesario del constitucionalismo moderno. El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece "*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*" A partir de ella y de su interpretación, los Estados miembros podrán delegar competencias y jurisdicción a entidades supranacionales, delegando cierto grado del ejercicio de su soberanía. Este acto "delegativo" deberá llevarse a cabo con arreglo al derecho mencionado, en el cual la ciudadanía participa en forma directa o en forma representativa (consulta por medio de un *referéndum*, o ratificación del tratado por parte del Poder Legislativo, respectivamente) de dicha atribución.

Nótese que en ambas justificaciones hacemos mención a la participación de la ciudadanía, justamente elemento central en el componente democrático que estamos analizando. Esto es así ya que entendemos que la participación debe estar presente tanto en el pro-

12 Sea esta escrita o no, ya que prescindiremos del antiguo debate sobre el tema.

13 Ciuro Caldani, Miguel; "Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, p. 719.

14 Si bien oportunamente y a los fines de este trabajo restringimos el concepto de democracia a su faz procedimental, escindir la relación "reglas de juego" de la mayoría de los contenidos o valores mínimos –en este caso, derechos fundamentales– en un esquema de integración regional se torna aún más complejo dado las motivaciones de dicho proceso que necesariamente se autoreferencian.

ceso de la manifestación de la voluntad integradora (en el sentido de la conformación originaria o la posterior adhesión al bloque) como así también en el esquema de gobierno del bloque. En párrafos posteriores referiremos a esta triple relación ciudadanía-voluntad integradora-región.

Es cierto que los diferentes espacios sociales y políticos que conformen esquemas integradores podrán generar sus propios parámetros de validez y legitimidad. Por otra parte, se debe recordar que este fenómeno es contemporáneo y de construcción permanente. Como consecuencia, debe considerarse la situación jurídica-política de los múltiples regímenes y en las más diversas latitudes a los efectos de contrastarla con la afirmación que aquí efectuamos.

Pero si lo que se busca es constituir una región supranacional orientada a alcanzar sus objetivos comunes, respetuosa de las identidades y competencias nacionales y que garantice la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales, entendemos que la misma debe legitimarse primeramente mediante la comunidad de Estados miembros que posean regímenes democráticos de gobierno al momento de la integración, y que además logren mantener dicho sistema durante su tiempo de permanencia en el bloque.

Fundamentada la afirmación que expresa que todo esquema de integración regional precisa ser legitimado por, entre otras cosas, el carácter de democrático –al menos en lo procedimental– de los Estados miembros, será lo mismo que alegar que su democracia "interna" es un presupuesto de la conformación legítima de todo bloque regional.

Avanzamos así, hacia el segundo interrogante del planteo diagramado en su momento.

4. La democracia y la forma de construir la integración regional

Segundo planteo. ¿Existe relación entre democracia de los Estados nacionales y la metodología de adhesión o constitución del bloque de integración regional?

Como hemos dicho, creemos que todos los Estados miembros de un bloque regional que pretendan constituir o –adherirse a– un bloque regional deben gozar de un régimen democrático de gobierno interno. Esto es un presupuesto del derecho de la integración regional.

En su oportunidad eludimos el análisis acerca del contenido mínimo del concepto de democracia.[15] Empero, sí es preciso indagar en otra clasificación que interesa respecto al análisis de la relación democracia-construcción regional: las formas democráticas representativas y democráticas directas.

Por razones de brevedad, no abundaremos en la explicación del tipo de "democracia directa". Simplemente diremos que se define básicamente por la participación de los ciudadanos sin intermediaciones en la toma de decisiones públicas.

En la literatura específica sobre el tema existe cierto consenso en asociar el concepto moderno de democracia al de "democracia representativa".

Por cuestiones geográficas, demográficas y aún por la complejidad de ciertas políticas públicas, en las sociedades actuales de características complejas, diferenciadas, de masas,

15 Sin embargo, ver también la nota nro. 14.

con economías de mercado, con estado de bienestar,[16] se torna imposible mantener el antiguo esquema de "democracias directas". En el régimen democrático representativo, los actos de gobiernos son llevados a cabo por gobernantes elegidos por la ciudadanía complementando los conceptos de autoridad, representación y participación ciudadana.

Algunas legislaciones comparadas añaden, además, mecanismos de democracia semidirecta o de democracia participativa. Como explica Carlos Fayt, la democracia semidirecta "*consiste en aquella que posibilita la participación directa del pueblo en el proceso de formulación de las decisiones del poder en el Estado. Combina la idea de democracia directa con la idea de la democracia representativa, y sin llegar a sustituir por entero a ésta, satisface el requerimiento de participación directa, que caracteriza la vida política contemporánea*".[17]

El *referéndum,* la iniciativa popular, el *plebiscito*, la revocación popular y la apelación de sentencias son institutos que propenden la participación ciudadana de manera directa en los asuntos públicos.

El caso de Argentina, por ejemplo, luego de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 ha dado, como expresa Néstor Sagüés, un vuelco sensible debido a los reconocimientos de la iniciativa popular –artículo 39 de la norma– y la consulta popular vinculante y no vinculante –artículo 40 de misma–.[18]

En fin, en las sociedades modernas democráticas prima la variante representativa, aunque en algunos casos moderada por los mecanismos semidirectos enunciados.

No ahondaremos en la caracterización de todos y cada uno de los actos de gobierno de los Estados parte y su relación con la participación ciudadana por medio de los mecanismos descriptos. Aquí solamente interesa uno de ellos: la manifestación de la voluntad de integrarse con la mayor legitimidad posible.

¿Cómo manifestar la intención de integrarse de la forma más democrática participativa?

El concepto de manifestación de la voluntad integradora es tomado en sentido amplio. Incluye primeramente todo el *iter* constitutivo que integra la dimensión sociológica: el elemento volitivo o la intención de una sociedad de integrarse, las acciones comunitarias, la búsqueda del consenso y la construcción del espacio comunitario.[19]

Luego ello será plasmado en la dimensión normativa, es decir la celebración del tratado de integración que plasme la mencionada voluntad integradora entre un Estado candidato y un bloque regional (integración ya preexistente) u otro Estado candidato (creación del bloque). Esto es así ya que la integración regional –y también la globalización–

16 Respuela, Sofía; "Las transiciones a la democracia en América Latina. Las teorías de los `80 desde los ´90", en Pinto, Julio (compilador), Las nuevas democracias del Cono Sur: cambios y continuidades, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1996, p. 182.

17 Fayt, Carlos; Derecho político, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988, Tomo I, p. 373.

18 Sagüés, Néstor; Elementos de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo I, p. 269. Cabe destacar que el mecanismo de iniciativa popular ha sido reglamentado en Argentina mediante la Ley 24.747, y el de consulta popular vinculante y no vinculante mediante la Ley 25.432.

19 Pizzolo, Calógero; Globalización e integración. Ensayo de una teoría general., Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 35.

no sólo se muestra como un fenómeno económico y político, sino también jurídico, como apuntan Germán Bidart Campos y Walter Carnota.[20]

El ordenamiento interno de cada Estado candidato determinará la manera de instrumentar la exteriorización de la voluntad integradora, generalmente mediante la ratificación del respectivo acuerdo.

Siguiendo el razonamiento, la voluntad integradora de la ciudadanía podrá manifestarse de forma democrática representativa o bien de manera democrática directa –o, mejor dicho semidirecta–. En esta disyuntiva y a la luz de los procesos de integración regional y la manifestación de la voluntad integradora por parte de la ciudadanía, el debate se reabre.

En la primera de las variantes, la decisión de los Estados candidatos a integrarse regionalmente es tomada en y por el órgano de excelencia de los regímenes representativos: los parlamentos nacionales, por ejemplo al momento de la ratificación del tratado de integración.

En la segunda de las alternativas, la ciudadanía de forma directa –o semidirecta– participa en la manifestación de la voluntad integradora, por ejemplo, en la celebración de un *referéndum* a los efectos de ratificar o emitir opinión –vinculante o no– sobre el tratado de adhesión a un bloque regional.

En el proceso empírico de verificación de lo explicado, las experiencias han sido diversas. En algunos casos se ha observado la manifestación de la voluntad integradora por la ciudadanía de forma semidirecta.[21] En otros, las instituciones públicas –generalmente los parlamentos– han articulado los mecanismos jurídicos y políticos de integración.

La experiencia europea presenta interesantes ejemplos. En 1972, Dinamarca ratificó la adhesión a las entonces denominadas Comunidades Europeas mediante la celebración de un *referéndum* electoral. Sin embargo, en 1982, mediante un referéndum consultivo, Groenlandia, como parte de Dinamarca, se retiró del bloque. También en 1972, pero con diferente resultado, Noruega se pronunció en contra de la adhesión a las Comunidades Europeas por el mismo mecanismo electoral.

Luego del Tratado de Maastricht se intensificaron los mecanismos de *referendums* en sus ratificaciones. Algunos ejemplos los encontramos en Francia en el año 1992, Dinamarca en 1992 y en 1993. En el año 2003, el electorado de Polonia decidió el ingreso de ese país a la Unión Europea. En el año 2005, en Francia y Holanda el electorado rechazó el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. Luego, en el 2008, mediante el *referéndum* celebrado en Irlanda, la ciudadanía rechazó el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

El ordenamiento interno de otros Estados miembros europeos posibilitaron que la ratificación de los diferentes Tratados de Integración hayan sido instrumentados por medio de la democracia representativa, principalmente en la actuación de los parlamen-

20 Bidart Campos, Germán y Carnota, Walter; Derecho Constitucional Comparado, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, Tomo II, p. 88.

21 Una completa base de datos empírica sobre la utilización de mecanismos de democracia directa se encuentra en el sitio de Internet Centre for Research on Direct Democracy http://www.c2d.ch.

tos o asambleas nacionales. En estos casos, la ciudadanía no participa en forma directa y mediata de la formación de la voluntad integradora, obligando a buscar alternativas que compense el déficit democrático o de legitimación.

En otras latitudes, los procesos de integración se llevaron a cabo mediante procesos de claros componentes intergubernamentales. En el caso del Mercosur y tal vez como consecuencia de los diseños de gobierno presidencialistas, los miembros de la diplomacia presidencial han primado en el diseño institucional y el desarrollo de la región, para ser luego ratificados por los legislativos nacionales.

En esta experiencia, sin embargo, una vez constituido el espacio integracional, los encargados de delinear las políticas regionales del bloque continúan siendo los ejecutivos nacionales –Cumbres de Presidentes, Declaraciones Presidenciales, entre otros–, obstaculizando el desarrollo de las embrionarias instituciones u órganos comunes, como por ejemplo el Parlamento regional del Mercosur.[22]

Justamente en esta experiencia, la ciudadanía de los Estados miembros aún no ha manifestado de forma directa-participativa su voluntad integradora. Tampoco han sido diseñados mecanismos que compensen estas falencias.

Es posible concluir que tal vez en ello radique uno de los componentes del déficit democrático y de legitimidad que padece el Mercosur en la actualidad.

Por último, resta avocarnos al tercer interrogante oportunamente planteado.

5. La democracia y el esquema de gobierno del bloque de integración

Tercer planteo. ¿Existe relación entre el concepto de democracia y la forma de gobierno de los bloques regionales?

Todo análisis político sobre la institucionalización regional debe ser adecuado, máxime en términos de oportunidad. Se debe evitar tanto la prematura institucionalización –también excesiva o sobredimensionada–, como también el déficit o la tardía creación de entidades u organismos que canalicen las demandas y avances del bloque.

Pero además, dicha creación de instituciones regionales requerirá el diseño, la articulación y adecuación de sus mecanismos electorales, si se pretende estar a la altura de las circunstancias en cuanto a legitimidad democrática se refiere.

Es bien es cierto que a la fecha, el Mercosur ha optado por un modelo institucional "minimalista"[23] que oscila entre una organización de índole regional y un entendimiento diplomático o intergubernamental. Empero, llegará el tiempo en que la demanda de iniciativas y proyectos regionales requiera de una matriz orgánica supranacional que brinde respuestas a las problemáticas del bloque.

¿Cuál debe ser el sistema a adoptar para elegir a las autoridades regionales y que a su vez no recorte la legitimidad democrática del bloque?

22 Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, firmado en la ciudad de Montevideo en el año 2005.

23 Ventura, Deisy; Las asimetrías entre el MERCOSUR y la Unión Europea; Editorial Konrad Adenauer, Montevideo 2005, p. 56.

Los órganos que allí se creen deberán gozar de la legitimación que el principio democrático les otorga ya que la razón de ser de una institución supranacional descansa en las finalidades que le han dotado los miembros fundadores.

Esa legitimación estará presente si se atribuyen a los órganos de competencia operativa, autonomía funcional y elementos de representación y participación

Apliquemos una suerte de paralelismo de las formas democráticas en la asociación Estados miembros-bloque regional

¿Por qué razón un Estado miembro que elige a sus gobernantes de forma democrática participativa-directa delegará una fracción del ejercicio de su soberanía en un bloque que no designa a sus autoridades de tal forma?

Complementar la integración regional con la participación democrática de la ciudadanía en el gobierno del bloque es un desafío que la propia legitimidad del bloque debe resolver.

Además, si entre las finalidades o móviles de la integración se encuentra la reproducción de los valores democráticos, la defensa de las instituciones y la calidad de la democracia, estas demandas repercuten en el seno mismo del espacio común. Veamos esto recurriendo nuevamente a la verificación empírica.

En la experiencia europea, ninguno de los textos anteriores[24] al actualmente consolidado incluían consideraciones sobre la denominada "cláusula democrática" de los Estados miembros. Años más tarde y luego de un importante desarrollo regional, en la articulación de Maastricht en 1992 ha sido resaltada la identidad nacional en el plano político, estableciendo la exigencia del principio democrático como requisito de membresía y permanencia en la Unión.[25] Así, en el artículo F, el mencionado Tratado de la Unión Europea estableció *"1. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos. 2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario*".

Sin embargo, parte de la doctrina entendía que el respeto de los derechos fundamentales se encontraban ya implícitos en los preámbulos de de los Tratados Constitutivos originarios. De hecho, la acción pretoriana del Tribunal de Justicia de las Comunidades

24 Estos son, el Tratado de París (Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero) y los Tratados de Roma (el Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y el Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica) que son los Constitutivos de las Comunidades Europeas. Sus órganos ejecutivos funcionaron en forma paralela. Recién en el año 1965 han sido fusionados creando las únicas altas autoridades europeas, por medio de la celebración del Tratado de Bruselas. El proceso integrador de desarrolló posteriormente con la instrumentación de múltiples tratados, protocolos y demás documentos internacionales, ente los que se destacan el Acta Unica Europea firmada en Luxemburgo en el año 1986, la firma del Tratado de Maastrich de la Unión Europea de 1992, el Tratado de Ámsterdam del año 1997, el Tratado de Niza del año 2000 y, más recientemente, la firma del mencionado Tratado de Lisboa del año 2007 cuya ratificación por parte de los Estados partes se encuentra en pleno proceso.

25 Mangas Martín, Araceli; Tratado de la Unión Europea y Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 25.

Europeas ha sido fundamental en el reconocimiento de los derechos fundamentales.[26] Cabe destacar que otros documentos previos al año 1992 refirieron a la temática de la democracia,[27] pero sin pretender modificar el rumbo originariamente ideado. ¿O mutándolo lentamente? Como enseñó Robert Schuman en su célebre Declaración del año 1950 "*Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho*".

Diferente ha sido el inicio del proceso regional en el Mercosur. El bloque fue constituido mediante el Tratado de Asunción del año 1991 y el Protocolo de Ouro Preto del año 1994. Su espíritu estaba orientado a constituir un espacio de libre circulación de factores productivos, el establecimiento de aranceles comunes y coordinación de políticas macroeconómicas. En fin, un bloque comercial de desarrollo común.

Sin embargo, en 1992 y mediante la Declaración Presidencial de Las Leñas, los mandatarios destacaron que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición indispensable para la existencia y desarrollo del Mercosur. Luego, en la Declaración Presidencial sobre el Compromiso Democrático en el Mercosur del año 1996, los Estados miembros –a la que adhirieron además los presidentes de Bolivia y Chile– acordaron pautas de procedimiento ante eventuales alteraciones al orden democrático de los Estados miembros. Finalmente, en el año 1998, mediante la celebración del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, (y, la República de Bolivia y la República de Chile) lo relativo a los procedimientos mencionados y a la defensa de las instituciones democráticas de los Estados parte quedó integrado al Tratado de Asunción.

Ante todo lo expuesto, si bien es cierto que la letra del Tratado de Asunción responde a móviles de desarrollo integracionales económicos, también es cierto que durante los primeros años de vida de la incipiente integración se han incorporado cuestiones relativas al sostenimiento de las instituciones democráticas en la región. Por lo tanto, ¿Podrá desconocerse que entre las finalidades originarias de la integración del Mercosur no se encuentra el sostenimiento, desarrollo y calidad de las instituciones democráticas de los Estados parte?

Y si se coincide que corresponde reconocerla como una las finalidades del bloque ¿Puede sostenerse que el desarrollo de la región no debe ir íntimamente asociado con la calidad democrática de las instituciones del bloque? ¿Por qué limitar el alcance de este principio regionalmente reconocido solamente a los Estados miembros?

En este orden de ideas, y en un esquema de integración democrática –como sostenemos que es la del Mercosur–, el principio democrático participativo debe irradiarse desde las democracias "internas" de los Estados miembros, hacia los órganos de gobierno del bloque.

No encuentra lógica jurídica deductiva que un Estado nacional, delegue una cuota del ejercicio de su soberanía en una matriz regional, a partir de las necesidades que tienen los

26 Pizzolo, Calógero, Globalización e integración. Ensayo de una teoría general, ob. cit, p. 285.

27 La Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales del 5 de Abril de 1977, en Luxemburgo; la Declaración Solemne sobre la Unión Europea del Consejo Europeo, del 19 de Junio de 1983, en Stuttgart y el Acta Unica Europea del 17 de Febrero de 1986, en Luxemburgo.

Estados de integrarse, y luego prescinda o renuncie a los valores democráticos –que le han sido exigidos en su orden interno- en cuanto a la forma de gobierno del bloque respecta.

Recordemos además que esta cesión del ejercicio de una porción de soberanía se lleva a cabo mediante un acto de libre determinación capaz de producir efectos jurídicos en condiciones de reciprocidad, igualdad y orientando hacia el progreso común.

Justamente ese mismo progreso es el que Peter Häberle integra con los principios de irrenunciabilidad del pasado, esperanza y responsabilidad en las conductas de los individuos.[28] Recordemos que la democracia no es un valor plenamente alcanzado, sino que debe ser construido día a día. Y ese desafío de los Estados miembros es similar en los procesos regionales de integración.

28 Häberle, Peter; Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional; Editorial Trotta, Madrid, 1998, pp. 87 y ss.

De la Efectividad de la Previsión de un Tribunal Supranacional Independiente como Órgano Determinante para la Consecución de los Objetivos de los Acuerdos de Integración Económica: Caso Venezolano

*Marisol Sarria Pietri**

Introducción. I. La necesidad, viabilidad y efectividad de la creación de tribunales supranacionales en acuerdos de integración económica. II. La experiencia del hoy denominado Sistema Andino de Integración. III. La experiencia venezolana en el Sistema Andino de Integración (SAI). Conclusión.

Introducción

El propósito de este trabajo es determinar, a partir de la experiencia venezolana durante su permanencia en el Pacto Subregional Andino, si la creación de un tribunal supranacional como órgano de una comunidad económica de naciones, es suficiente para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en los territorios de los países miembros, de tal manera que se vea favorecida de manera significativa la obtención de los fines económicos perseguidos con la suscripción del Pacto.

Para ello, después de hacer un bosquejo sucinto sobre la necesidad, viabilidad y efectividad de la creación de tribunales supranacionales en los acuerdos internacionales de integración económica, y de aspectos generales –y por demás obvios– netamente jurídicos de la suscripción de un acuerdo de integración económica, se hace un recuento y se analiza brevemente el desarrollo de la experiencia venezolana como miembro de la Comunidad Andina, a partir de la suscripción del Acuerdo de Cartagena y, especialmente, de la jurisprudencia y legislación venezolanas relacionadas con el derecho del Pacto Andino y su aplicación así como de la aplicación de otros acuerdos internacionales suscritos por Venezuela.

Preciso es sentar la premisa de que en cualquier proceso de integración entre naciones, el aspecto jurídico tiene carácter fundamental. Ello porque desde la concepción misma del proceso se crea la necesidad de implementación mediante acuerdos, con reglas claras y obligatorias para todos los miembros. Imposible resulta obviar el análisis de la

* Abogado graduado Summa Cum Laude de la Universidad Católica Andrés Bello –Caracas– con especialidad en Derecho Mercantil en la misma Universidad y experiencia en el área corporativa de telecomunicaciones y bancaria; en el área judicial en el Tribunal Supremo de Justicia como Abogado adscrito al Despacho nº 2 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; y docente como Profesor contratado de Derecho Civil I en la Universidad Metropolitana.

legislación interna de cada Estado miembro con miras a determinar la factibilidad del proyecto integracionista, la validez de la suscripción de los acuerdos, de las adhesiones y la vigencia y aplicación efectiva del derecho comunitario en cada Estado miembro.

La experiencia generalizada en esta materia permite afirmar que, desde la perspectiva del derecho, ordenamientos jurídicos compatibles entre los Estados miembros o, mejor aún, la homogeneización de leyes, son eficaces mecanismos de integración. No obstante, para la consecución de los fines de los acuerdos de integración económica internacional, resulta notoria la importancia de la creación de tribunales con jurisdicción supranacional.

I. La necesidad, viabilidad y efectividad de la creación de tribunales supranacionales en acuerdos de integración económica

Los pactos de integración internacional, originan comunidades entre los miembros y en las materias que forman parte del pacto. Como toda comunidad organizada con propósitos específicos, la convivencia pacífica y el desarrollo de las actividades tendientes al logro de los objetivos, requieren de una normativa propia y definida que establezca las reglas, las obligaciones y los derechos de los miembros, así como de órganos que hagan efectiva la aplicación de esas reglas, es decir, un sistema de justicia. Si ello es así en toda comunidad, en una comunidad económica de naciones, cada una detentadora de soberanía, características propias y diversas, y ordenamientos jurídicos independientes y, también, diversos, la experiencia ha demostrado que la creación de un tribunal independiente supranacional que garantice la efectividad del derecho comunitario es una condición indispensable para la consecución de los objetivos económicos perseguidos, independientemente de cuales sean estos.

En efecto, la experiencia integracionista sudamericana es conclusiva respecto de que, como ocurre en relación con las organizaciones estatales de corte democrático, la ausencia del órgano jurisdiccional independiente supranacional con amplias facultades, que interprete el derecho comunitario, dirima las controversias que se susciten, determine los incumplimientos de las obligaciones que se produzcan y establezca correctivos, anule actos de los otros órganos de la Comunidad que contraríen el espíritu de la normativa comunitaria y en general, haga efectivo y proporcione seguridad jurídica a la aplicación del derecho comunitario, es un factor impeditivo determinante para el buen funcionamiento del pacto de que se trate, es decir, el Tribunal es un órgano que resulta indispensable para el logro de los objetivos económicos que hayan motivado la celebración del pacto.

Ha resultado obvio que la efectividad de la función cumplida por el Tribunal estará directamente relacionada con las competencias que se le asignen, la accesibilidad que se le establezca, la posibilidad de ejecución de sus sentencias en cada Estado miembro y el carácter vinculante o no, para cada miembro, de sus interpretaciones y decisiones – aunque la integración de los derechos internos de cada Estado miembro con el derecho comunitario y la recepción formal de éste por cada Estado miembro juegan, también, un papel fundamental desde la perspectiva de la efectividad del Tribunal.

Señala José Luís Iglesias, citado por Jorge Luís Suárez,[1] "*… será supranacional la institución que cuenta con facultades suficientes para dictar ordenes jurídicamente válidas a la entidad nacional subordinada*", lo que significa supremacía y aplicabilidad directa e inmediata de la normativa comunitaria – solo posible cuando así se contempla expresamente en el derecho comunitario respectivo y lo permite el derecho interno de cada signatario.[2] Se requiere, también – y ello solo lo garantiza la uniformidad de la jurisprudencia en la aplicación del derecho interno – de seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario con el ordenamiento de los Estados miembros, y asimismo se requiere de coerción en esa aplicación, lo que implica la posibilidad de imputar responsabilidad y exigir reparación al Estado miembro que incurra en el incumplimiento de sus obligaciones. Debe entenderse, en este caso, que si bien cada Estado miembro conserva su soberanía, en alguna manera cede a la estructura comunitaria las decisiones definitivas y vinculantes en determinadas materias, con el objeto de alcanzar el cumplimiento de los objetivos del Pacto.[3] Son los mismos Estados suscriptores quienes, en ejercicio de su soberanía y en aras de la consecución de los fines del Pacto que suscriben, permiten la existencia de la institucionalidad supranacional con facultades de aplicación directa de la normativa comunitaria.[4]

La accesibilidad del Tribunal, o lo que es lo mismo, de la legitimación para su acceso, repercutirá- también- de forma directamente proporcional a su amplitud, en su efectividad para permitir el desarrollo del proceso de integración.

II. La experiencia del hoy denominado Sistema Andino de Integración

El Sistema Andino de Integración no contó, en sus orígenes, con un Tribunal como aquel al cual nos hemos referido, no obstante hoy el Tribunal de Justicia Andino es la institución jurisdiccional por excelencia de los sistemas de integración sudamericanos.

---

1 Suárez M, Jorge Luís. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCESOS DE INTEGRACION. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, SNPRESS C.A., Caracas 2005, p. 31.

2 En el caso venezolano, una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictada el 15 de Julio de 2003, en el Expediente nº 01-0415 en la nomenclatura de la Sala, en una pretendida interpretación constitucional determinó que la posibilidad de la concesión de supremacía y aplicabilidad directa del derecho comunitario o de tratados internacionales, está condicionada a la naturaleza del tratado – de integración económica – y a la ubicación geográfica – integración latinoamericana y caribeña – de los Estados signatarios, excluyendo expresamente los referentes a derechos humanos

3 En el Derecho Internacional publico tradicional, las relaciones entre estados miembros de un Pacto de Integración, se entendían como de cooperación o colaboración, sin autoridades superiores con poderes de coerción

4 Arrieta C., Raúl. Aspectos económicos y políticos de la integración subregional andina. "Jornada sobre Derecho Subregional Andino, Octubre 2003", Universidad de Margarita. Colección Eventos. Verbo Publicaciones, C.A. Margarita, 2003, Venezuela, p. 45 "… la cesión de competencias soberanas y la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, es una consecuencia directa de la voluntad de los Estados de crear un sistema internacional con estas características; no es imposición de la voluntad de un Estado por sobre la de otro, razón por la que no se contraviene ninguno de los principios constitucionales del derecho internacional, sobre los que descansa la soberanía nacional: independencia, igualdad y autodeterminación".

Inicialmente, el Acuerdo de Cartagena, suscrito en 1969, por Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú (Venezuela se adhirió en 1973) dentro de los lineamientos de la ALALC – hoy ALADI – como pacto subregional en materia económica – fundamentalmente aduanera – no contempló la existencia de un órgano jurisdiccional. La carencia – aunque no solo ello pues la normativa misma hubo de ser, con el transcurso del tiempo y la adquisición de experiencia, simplificada, complementada y modificada, amen de otros factores, extrínsecos e intrínsecos y de orden económico o de desarrollo industrial – de un órgano con facultades para hacer efectiva la normativa del Acuerdo, incidió de tan negativa manera en su ejecución y en la consecución de los objetivos económicos perseguidos, que los Estados miembros fueron tomando y desplegando iniciativas tendientes a su creación hasta que, en 1979, suscribieron el respectivo Tratado.

En efecto, en 1969 entró en vigor al Acuerdo de Cartagena, constitutivo del hoy Sistema Andino de Integración, (SAI). Desde entonces, con el desarrollo del proyecto, comienza a dibujarse el derecho comunitario andino de manera que entre la fecha de suscripción del Acuerdo y 1977, se inicia la actividad normativa de la cual se producen el régimen de tratamiento restringido al capital extranjero y sobre marcas, patentes y regalías, normativa para evitar la doble tributación, compañías multinacionales, materia educativa, en el área de salud, integración sociolaboral y transporte. Pero el proceso tuvo muy lentos avances prácticos por lo que se celebraron nuevos acuerdos modificatorios del inicial en cuanto contenían ajustes normativos que respondían a la eliminación de las causas de resistencia al desarrollo del proceso – protocolos de Lima y Arequipa que previeron ajustes necesarios- y se ampliaron los plazos acordados inicialmente para el cumplimiento de metas y obligaciones. En 1979 se creó el Parlamento Andino y se suscribió el Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

El Tribunal de Justicia Andino fue, pues, creado por Tratado celebrado el 28 de mayo de 1979, en vigencia desde 1983, en el marco del Pacto Subregional Andino, hoy Sistema Andino de Integración (SAI) y entró en funcionamiento en 1984, tiene su sede en Quito, esta compuesto por magistrados de la nacionalidad de sus estados miembros y se rige por su Tratado de creación, sus protocolos modificatorios, su Estatuto, su Reglamento Interno y el Acuerdo de Cartagena, y sus facultades se reportan al ordenamiento jurídico comunitario integrado por el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales y/o modificatorios, el Tratado de creación del Tribunal, las normas del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, las resoluciones de la Secretaría General, los convenios de Complementación Industrial y otros tratados, protocolos o convenios suscritos o que se suscriban en el marco del Acuerdo. Este Tribunal constituye un órgano de naturaleza supranacional, independiente de los países miembros y de los otros órganos e instituciones de la Comunidad Andina de Naciones.

Señala el Profesor Luís Enrique Farias Mata[5] que

5 Farias Mata, Luís Enrique. Introducción al Derecho Comunitario Andino. "Jornada sobre Derecho Subregional Andino, Octubre 2003", Universidad de Margarita. Colección Eventos. Verbo Publicaciones, C.A., Margarita, 2003, Venezuela, p. 15.

"*...el ordenamiento jurídico Andino, es, pese a alguna vacilación jurisprudencial ocasional del Tribunal, eminentemente subjetivo en cuanto protege procesalmente solo a los titulares de situaciones jurídicas subjetivas a saber la de los titulares de derechos subjetivos y la de los interesados legítimos, quienes pasan a ser en consecuencia los legitimados activos en el Recurso de anulación comunitario andino.*"

El Tribunal tiene el monopolio de la interpretación del derecho comunitario y es competente para conocer de acciones de nulidad, acciones de incumplimiento, solicitudes de interpretación prejudicial – especie de incidente dentro de un proceso interno – del recurso extraordinario de revisión de sentencias, del recurso por omisión o inactividad de los órganos de la Comunidad, tiene funciones arbitrales y tiene jurisdicción laboral sobre controversias que se susciten entre los órganos de la Comunidad y sus funcionarios o empleados. Sus decisiones, conforme a la normativa del Pacto, deben ser aplicadas directamente en los estados miembros. Cabe señalar que el ordenamiento jurídico comunitario se define como formando parte del ordenamiento jurídico de los Estados miembros y, por lo tanto, aplicable directamente en estos, con efectos directos sobre los habitantes de los mismos – lo que significa que los tribunales internos son competentes para dirimir controversias que surjan entre los administrados y el respectivo Estado miembro, en materia de derecho comunitario. Esto es, que el sistema judicial del SAI, esta constituido por el Tribunal de Justicia Andino y por los tribunales de los estados miembros quienes tienen competencia para conocer de procesos en los que haya de aplicarse la normativa de la Comunidad, pero antes de sentenciar y como un incidente dentro del proceso habrá de solicitar el Juez, según el caso, al Tribunal de Justicia Andino interpretar la materia de que se trate, siendo el criterio que emita el Tribunal Andino vinculante para el tribunal interno que la ha solicitado. El Tribunal de Justicia Andino interpreta el derecho y el tribunal interno lo aplica, en resguardo de la uniformidad de interpretación y de la unidad del derecho comunitario, lo cual provee de seguridad jurídica al Acuerdo.

Afirma Genaro Baldeón Herrera,[6] que la creación del Tribunal de Justicia Andino, fue una necesidad que se hizo patente desde apenas dos años después de suscrito el Acuerdo de Cartagena, como consta en el Acta final del Sexto Período de Sesiones Extraordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena celebrada entre el 8 y el 18 de diciembre de 1971. Dice Baldeón *"… se previó establecer un sistema de* "*control de legalidad … destinado a asegurar el 'respeto' del derecho en la aplicación e interpretación de las normas que forman la estructura jurídica del Acuerdo de Cartagena y garantizar la vigencia y unidad del orden jurídico que de él se desprende*" lo que se concretó con la celebración del Tratado de creación del Tribunal. Pero el Tribunal, por razones ajenas al mismo aunque intrínsecas al Acuerdo y a sus miembros, y también por las restricciones previstas en la normativa respecto de la legitimación activa exigida para acceder a los recursos previstos en la normativa (Solo accesible a la Comisión, la Junta y los países

6 Baldeón Herrera, Genaro. El Protocolo de Cochabamba y las nuevas competencias del Tribunal Andino de Justicia. "Jornada sobre Derecho Subregional Andino, Octubre 2003", Universidad de Margarita. Colección Eventos. Verbo Publicaciones, C.A. Margarita, 2003, Venezuela, pp. 159ss.

miembros) resultó poco activo, lo que llevó al Parlamento Andino a recomendar la ampliación de su acceso y de la esfera de sus competencias, intervención que fue, a posteriori, aprovechada por el Tribunal, que presentó en 1986, un Proyecto de Protocolo Modificatorio en ese sentido, ampliando la esfera de facultades del Tribunal – recurso preventivo de legalidad, recurso por inactividad, recurso contencioso de responsabilidad extracontractual por daños, recurso de resolución de controversias entre partes contratantes, control de función pública subregional, y la obligación para la Junta de interponer la acción de incumplimiento además de otras acciones y facultades arbitrales – y la legitimación activa para hacer uso de los mecanismos jurisdiccionales en la acción de incumplimiento, en la de nulidad, en la interpretación judicial, a los particulares.

Se ha dicho que incumplimientos de la normativa del Acuerdo de Cartagena, motivaron que en 1990, el Consejo Presidencial Andino diera instrucciones tendientes a la formulación de una nueva propuesta de modificación del tratado constitutivo del Tribunal. Las propuestas modificatorias fueron tratadas por diversos órganos del Acuerdo, hasta que en 1996, se suscribió en Bolivia el Protocolo de Cochabamba, por el cual se modificó el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, hoy codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, que, efectivamente amplió la normativa comunitaria, dio a los particulares acceso al Tribunal, previó formulas de protección de la normativa frente a terceros o en las relaciones con terceros y amplió las competencias del Tribunal estableciendo el recurso de inactividad u omisión, la cuestión prejudicial de validez de normativa comunitaria fijada en las Decisiones, Resoluciones y Convenios, la jurisdicción laboral y la función arbitral. El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino de 1979, estableció por primera vez en forma expresa, la aplicabilidad directa de las decisiones de la Comisión, lo cual se amplió mediante el Protocolo Modificatorio de este Tratado suscrito en 1996.

Ahora bien, la efectividad de la creación de un Tribunal como el Tribunal de Justicia Andino en una estructura de integración económica, o lo que es lo mismo, la efectividad de sus decisiones en los estados miembros, no depende exclusivamente de la normativa comunitaria, aunque la posibilidad de previsión tanto de normas de ejecución de las decisiones del tribunal supranacional en los territorios de los Estados miembros como de sanciones por incumplimiento que realmente resulten coercitivas deben ser consideradas.

Los factores sistema político, ideología y derecho interno se revelan fundamentales en esta materia.

El derecho comunitario debe integrarse al derecho interno para que la labor del Tribunal sea realmente efectiva y ello dependerá, en primer término, de las normas constitucionales vigentes en cada Estado signatario relativas a la recepción del derecho internacional, de la uniformidad entre el derecho comunitario y el derecho interno en las materias sustantivas afectadas por el Pacto de que se trate, de la ideología que inspire al sistema político en cada Estado signatario – puesto que para los "revolucionarios" el derecho debe estar al servicio del interés político, definido en cada caso por la autoridad revolucionaria – y de las políticas que implemente cada Estado en las materias que interesan el tratado.

Asimismo, es preciso que cada Estado dé efectivamente cumplimiento a la normativa constitucional o legal prevista para la recepción del derecho internacional, para que la normativa del Tratado sea obligatoria para ese Estado.

III. La experiencia venezolana en el Sistema Andino de Integración (SAI)

Venezuela adhirió en 1973 al Acuerdo de Cartagena suscrito en 1969 por otros países. Para esa fecha, se encontraba vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961, cuyo artículo 128, establecía que:

> "*Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la Republica, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, la Comisión Delegada del Congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación del Congreso.*
> *En todo caso, el Ejecutivo Nacional dará cuenta al Congreso en sus próximas sesiones de todos los acuerdos jurídicos internacionales que celebre, con indicación precisa de su carácter y contenido, estén o no sujetos a aprobación."*

Asimismo, el artículo 129 eiusdem, preveía la obligatoria inserción, en los tratados y convenios internacionales, de una cláusula conforme a la cual las partes se obligarían a decidir las controversias que se suscitaren entre ellas con motivo de la interpretación o ejecución del Tratado, por las vías pacificas previamente convenidas o comúnmente utilizadas en el Derecho Internacional, *"si no fuere improcedente*". Cabe señalar que, por otra parte, el artículo 108 eiusdem, establecía "*La Republica favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes*", norma esta que, aunque programática, pudo haber servido- pero no fue así – de fundamento para admitir judicialmente la aplicación directa del derecho comunitario andino en Venezuela, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia había desarrollado una doctrina según la cual consideraba obligatorias y de aplicación directa las normas constitucionales programáticas, específicamente en materia de amparo constitucional.

Vigente todavía la Constitución venezolana de 1961, se interpuso ante la entonces Corte Suprema de Justicia, un recurso de nulidad que afectaba la Ley aprobatoria del Tratado de creación del Tribunal de Justicia Andino, recurso que fue resuelto ya en vigencia la Constitución de 1999. La sentencia respectiva señala el criterio alegado por los recurrentes y que, puede decirse, era el generalizado en Venezuela antes de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, según el cual la Ley aprobatoria y el acto Presidencial de ratificación, eran nulos porque con ellos se violaba la reserva legal constitucional, en razón de que:

"*…se ha aprobado y ratificado el artículo 3 del Protocolo Modificatorio del Tratado, mediante el cual se han pretendido transferir, ceder o delegar a los órganos de la Comisión Andina (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y Comisión de la Comunidad Andina) competencias legislativas, que conforme a los artículos 136, ordinal 24º 139 y 162 de la Constitución [de 1961] – que se violan – corresponden ser ejercidas exclusivamente por las Cámaras Legislativas; autorizándose, en consecuencia, sin respaldo constitucional, a dichos órganos de la Comunidad Andina, a dictar Decisiones en materias que son de la reserva legal del Congreso y, que sin ser leyes de la República, modifican leyes de la misma, en violación de lo establecido en el artículo 177 de la Constitución, y que se pretende que entren en aplicación en Venezuela, sin la debida incorporación al derecho interno, obligatoriamente requerida conforme al artículo 128 de la Constitución, que también se viola; todo lo cual evidencia que para la mencionada ratificación no se han cumplido los requisitos constitucionales y legales por parte de la República. …omissis…*

… la Constitución venezolana (de 1961) no autoriza, ni en su artículo 108, ni en su artículo 128, ni en ninguna otra de sus normas, al Congreso o Presidente de la República, a transferir, ni a través de una Ley Aprobatoria de un Tratado ni por el acto de su ratificación, competencias exclusivamente atribuidas por los artículos 136, ord. 24º, 139 y 162 de la Constitución a las Cámaras Legislativas (…) a órgano alguno de carácter internacional o supranacional, para que éstos regulen directamente y con efectos inmediatos, sin la aprobación legislativa exigida por el artículo 128 de la Constitución, materias de la reserva legal de las Cámaras Legislativas."[7]

De acuerdo con el criterio expuesto, la Ley aprobatoria y el acto de ratificación eran actos dictados sin facultades constitucionalmente establecidas por las autoridades respectivas, Congreso Nacional y Presidente de la República.

La Ley aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, sancionada por el Congreso en 1973, señalaba, asimismo, que las decisiones de la Comisión que modificaran la legislación interna o trataran materias reservadas a la ley, debían ser aprobadas por el Congreso para tener validez en la República de Venezuela, lo cual, tomando en cuenta también, la dilación que de hecho significa tal trámite, constituyó una limitación muy importante a la aplicación directa de la normativa comunitaria y, como es obvio, implicaba que no se reconocía supremacía al derecho comunitario. Contra esta limitación contenida en la Ley, fue interpuesto un recurso de nulidad que fue declarado sin lugar por la Corte Suprema de Justicia[8] en 1990.

El Tratado de creación del Tribunal de Justicia Andino fue ratificado por Venezuela mediante Ley sancionada por el Congreso el 18 de marzo de 1983, que contenía una mención similar a la de la Ley mediante la cual se incorporó al derecho interno venezolano el Acuerdo de Cartagena. Adicionalmente señaló esta Ley de aprobación del Tratado de crea-

7 Sentencia de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia de 14 de septiembre de 2004. Expedientes nos 00-0835 y 00-0838. www.tsj.gov.ve. Decisiones/Constitucional.

8 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Sala Plena dictada el 25 de septiembre de 1990 en el Expediente nº 172.

ción del Tribunal, que las normas que regulaban la competencia de interpretación prejudicial otorgada al Tribunal de Justicia Andino, debían interpretarse en el sentido que tuvieran las disposiciones venezolanas en cuanto a la independencia y autonomía de los jueces. Las normas venezolanas declaraban la absoluta autonomía e independencia judiciales en el sentido de que su juzgamiento solo estaba sujeto al contenido de la legislación vigente pero tal mención dejó abierto un margen de interpretación que restaba seguridad jurídica a la aplicación de las decisiones del Tribunal en territorio venezolano.

Posteriormente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en vigencia desde 1999, en su artículo 153, estableció que *"Las normas que se adopten en el marco de acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna*"[9] con lo cual

9 Normas de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela, relativas a la materia tratada:
Artículo 152. Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales.
Artículo 153. La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. **Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.**
Artículo 154. **Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República**, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.
Artículo 155. En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a resolver por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración.
Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: … omissis… 5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.
Artículo 217. **La oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República**
Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: … omissis…4. Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.

literalmente se admite constitucionalmente la aplicación directa del derecho comunitario y su supremacía, en materia de integración latinoamericana y caribeña con lo cual quedarían resueltas las diatribas en esta materia. Distinto ha sucedido en la práctica, como se indica mas adelante.

La misma sentencia referida *ut supra*, de fecha 14 de septiembre de 2004, refiriéndose al contenido del artículo 153 de la nueva Constitución venezolana, señaló que éste *"… ampara totalmente la aplicabilidad directa de las normas emanadas de los órganos de la Comunidad Andina, con lo que pierde actualidad cualquier problema planteado. No ignora esta Sala que la disposición del artículo 108 de la Constitución de 1961 no tenía tal amplitud, aun cuando parte de la doctrina nacional más autorizada había considerado que sí podía dar lugar a la incorporación a procesos de supranacionalidad (Andueza, La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena", Revista de Derecho Publico Nº 19, 1984; Linares Benzo, "Cobertura constitucional para la aplicación del Derecho Supranacional en Venezuela", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Nº 92, 1994; Suárez Mejías, "Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno en el Acuerdo de Cartagena: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de julio de 1990", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Nº 100, 199*)".

Asimismo, la citada Sala Constitucional, en otra de sus sentencias, ratificó e criterio ya expresado en los siguientes términos:[10]

> *" Considera esta Sala Constitucional, que la redacción del párrafo subrayado de la … omissis …citada norma constitucional constituye un cambio notable de importantes implicaciones en el proceso de recepción y aplicación inmediata del derecho de la integración económica latinoamericana, con respecto al contenido del artículo 108 de la Constitución de 1961 (.) ya que en la actual norma constitucional sobre la materia se establece no solamente que* ***la República, a través de los órganos competentes del Poder Ejecutivo Nacional, puede suscribir válidamente tratados internacionales que impliquen la atribución a organizaciones supranacionales, como es la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de las competencias (legislativas, jurisdiccionales, etc.) que sean necesarias para llevar a cabo los procesos de integración económica en Latinoamérica y el Caribe****, sino también* ***que las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración son parte integrante del ordenamiento legal vigente de Venezuela, y de aplicación directa y preferente respecto a la legislación interna, sin que el constituyente de 1999 haya condicionado la incorporación de dichas normas al cumplimiento de un trámite administrativo o legislativo interno, o atribuido al legislador nacional la competencia para regular dicha incorporación.***
>
> *… omissis …*
>
> ***En tal sentido, es necesario señalar que con tal previsión, el constituyente de 1999 estableció en el artículo 153 de la Carta Magna un régimen constitucional específi-***

10 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 15 de mayo de 2003, dictada en el Expediente nº 02-1187.www.tsj.gov.ve. Decisiones.

co, aplicable al denominado por la doctrina comparada derecho comunitario derivado *(Cfr. Isaac Guy, Manual de Derecho Comunitario General, Barcelona, Ariel, Traducción de German-Luis Ramos Ruano, 5ta edición, 2000, pp. 185 y ss; Javier Pérez Royo, Las Fuentes del Derecho, Madrid, Tecnos, 4ta reimpresión, 2001, pp. 158-161),* ***constituido por todas las normas y decisiones emanadas de los órganos internacionales que desarrollen Convenciones o Tratados previamente aprobados y ratificados por el Estado venezolano, dirigidos en este supuesto a facilitar el proceso de integración económica de la Nación en el ámbito de Latinoamérica y El Caribe****, que difiere del régimen constitucional ordinario previsto en el artículo 154 del mismo Texto Constitucional, por cuanto éste último (aprobación previa de Tratados por parte de la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente de la República) resulta aplicable, en el caso del derecho de la integración económica, únicamente al llamado derecho comunitario originario que nace de los Pactos, Tratados o Acuerdos Internacionales en los que el Estado venezolano adquiere nuevas obligaciones internacionales, o incorpora a su derecho interno principios no recogidos expresamente por la Constitución, o que impliquen la realización de actos que excedan las competencias ordinarias que la ley o la Constitución atribuyan al Ejecutivo Nacional."* (**Negrillas añadidas**)

Distingue la sentencia referida, dos supuestos constitucionalmente previstos para la adhesión de Venezuela a un tratado o pacto de integración: 1.- El del Derecho Comunitario Originario que requiere para su incorporación al derecho interno de la aprobación inicial del Tratado por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente de la República, fórmula aplicable, según la Constitución de la República, independientemente del área geográfica ocupada por los Estados suscriptores y 2.- El del Derecho Comunitario Derivado que se considera incorporado al derecho interno una vez que se ha suscrito y ratificado el Tratado que constituye el marco de acuerdo, indiscutiblemente en cuanto los suscriptores sean Estados geográficamente ubicados en Latinoamérica y el Caribe. Cabe señalar que la norma constitucional venezolana antes referida- Artículo 153- no determina que el mismo reconocimiento se daría al Derecho Comunitario Derivado de tratados celebrados con Estados de otra ubicación geográfica que Latinoamérica y el Caribe.

Asimismo, el artículo 154 de la misma Constitución distingue entre tratados en general y tratados "**mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios de las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional**" que no necesitan aprobación de la Asamblea Nacional previa a su ratificación por el Presidente, es decir, éste artículo permite interpretaciones respecto de cuales tratados son los que, en concreto, requieren de la aprobación de la Asamblea Nacional antes de su ratificación, lo cual, dada la experiencia jurisprudencial venezolana de los últimos años, atentaría contra la seguridad jurídica en relación con la normativa y compromisos asumidos en el Tratado de que se trate, a excepción de que la aprobación legislativa de un tratado en particular, se haya verificado.

De la interpretación constitucional del artículo 154 citado, en concordancia con el numeral 4 del articulo 236 eiusdem, resultaría que el Presidente de la Republica, siendo quien dirige las relaciones internacionales, tendría cierta discrecionalidad no expresamente definida ni limitada, para suscribir tratados – y en consecuencia denunciarlos – sin aprobación previa del Poder Legislativo.

No obstante la consagración de la normativa constitucional citada con respecto a pactos que interesen integración de Estados de Latinoamérica o el Caribe y de los criterios asentados en las sentencias que anteceden, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, ha llegado a conclusiones contradictorias en esta materia, dependiendo, en cada caso, del interés político subyacente en cada oportunidad. Cierto es que su actuación ha respondido a los criterios señalados por la referida Sala Constitucional – y reiterados posteriormente- en su sentencia de 9 de diciembre de 2002, dictada en el Expediente nº 02-2154, Caso Julián Isaías Rodríguez, conforme a los cuales:

> "*… La interpretación constitucional posibilita el giro del proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (verfassungskonforme Auslegung von Gesetze).* ***Tal conformidad requiere del cumplimiento de varias condiciones****, **unas formales**, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. Les Forces créatrices du droit, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.];* ***y otras axiológicas*** *(Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional),* ***pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.***
>
> *Quiere decir, por tanto, que un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, no puede colocarse por encima de la Constitución, ni que su interpretación llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta. Desde esta perspectiva es nugatoria cualquier teoría que postule derechos o fines absolutos y, aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre éstas y los principios jurídicos (verfassungswidrige Verfassungsnormen) [normas constitucionales inconstitucionales],* ***la interpretación o integración debe hacerse*** *ohne Naturrecht (sin derecho natural),* ***según la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de vali-***

deces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1º eiusdem" (**negrillas añadidas)**

Tales criterios de interpretación- "***según la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano …(.) desde una perspectiva política ¨in fieri*** " interpretados por el juez en cada caso sin ningún parámetro pre-establecido – responden a las concepciones que del derecho y la justicia son propias del Estado revolucionario comunista y ajenas al Estado democrático.

Así, en sentencia dictada el 15 de julio de 2003, en el Expediente nº 01-0415 en la nomenclatura de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en un recurso de nulidad incoado por el abogado Rafael Chavero contra normas de una modificación del Código Penal venezolano recién promulgada, que consagraba un conjunto de normas tendientes a penalizar con privación de libertad las expresiones ofensivas- como concepto jurídico indeterminado- dirigidas contra funcionarios públicos e instituciones del Estado, al referirse la dicha sentencia específicamente a Tratados que interesan los derechos humanos- algunos de los cuales suscritos por Venezuela no necesariamente excluyen aspectos económicos como es el caso del Pacto de San José de Costa Rica- y respecto de los cuales la Constitución venezolana de 1999 consagra su "jerarquía constitucional",[11] la Sala señaló:

"… omissis …
El artículo 23 constitucional, reza*: '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 en 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'*
… omissis …
Repite la Sala, que ***se trata de una*** *prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero* ***no de los informes u opiniones de organismos internacionales****, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro:* ***la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional,*** *conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y* ***así se declara.***
… omissis…
Resta así que ***es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno;***

11 Artículos 19, 22 y 23 C.N.

al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.

… omissis …

La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.

… omissis …

Si en la mayoría de los Convenios, debe agotarse conforme al derecho interno, las vías judiciales, en Venezuela, tal agotamiento debe cumplirse previamente, incluso para el decreto de medidas cautelares por organismos internacionales, si ellas son posibles conforme al derecho interno, a fin de no burlar la soberanía del país, y a su vez para cumplir con los Tratados y Convenios Internacionales. Si con esta tramitación no se cumple, Venezuela no puede quedar obligada por la decisión, que nace írrita.

(.)

En lo atinente a actos jurisdiccionales, estos organismos podrían dividirse en:

1) Supranacionales, cuyas decisiones de cualquier clase se ejecutan forzosamente en los países signatarios de los Convenios que los crean, quienes al suscribirlos ceden en alguna forma su soberanía y de allí que la ejecución de los fallos sea incondicional.

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son –por ejemplo– las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 eiusdem). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos per se, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos

derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República.

Las decisiones pueden resultar obligatorias respecto a lo decidido, creando responsabilidad internacional por el incumplimiento (por ejemplo el artículo 87.7 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), pero nunca en menoscabo de los derechos contenidos en el artículo 1 constitucional, disminuyendo o enervando las competencias exclusivas de los órganos nacionales a quienes la Constitución atribuye determinadas competencias o funciones.

… omissis …

Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía.

La única ventaja que tienen las decisiones de estos órganos que resuelven litigios, donde está involucrado un Estado, es que para la ejecución del fallo en el territorio de ese Estado, no se requiere un proceso de exequátur previo, convirtiéndose el juez ejecutor en el controlante de la constitucionalidad.

… omissis…

Afirma la Sala, como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos, ya que el sistema internacional dentro del cual vivimos, desde sus orígenes en el siglo XVI, tiene como principios existenciales los siguientes:

***1)** La coexistencia en el globo terráqueo de un conjunto de Estados soberanos por definición;*

***2)** La existencia de un sistema jurídico generado entre ellos, cuyas normas solo son obligatorias en la medida en que no menoscaben dicha soberanía, aun cuando hayan sido adoptadas entre ellos voluntariamente.*

Distinto es el caso de los acuerdos sobre integración donde la soberanía estatal ha sido delegada, total o parcialmente, para construir una soberanía global o de segundo grado, en la cual la de los Estados miembros se disuelve en aras de una unidad superior. No obstante, incluso mientras subsista un espacio de soberanía estatal en el curso de un proceso de integración y una Constitución que la garantice, las normas dictadas por los órganos legislativos y judiciales comunitarios no podrían vulnerar dicha área constitucional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración.

Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los

órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o ***ad hoc*** *(arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario,* ***no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.***

El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales, como se colige del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o el artículo 46 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o del artículo 41. 6 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscritores de los Convenios o Tratados.

(.)

El recurrente se refiere a ellos y plantea una colisión entre varias normas del Código Penal y la Constitución vigente, fundando la antinomia en una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual pretende es de obligatorio acatamiento por Venezuela, y que contendría los criterios que adquieren rango constitucional y coliden con el Código Penal.

(.)

Si la Corte tiene tal facultad, y no la Comisión, es forzoso concluir que las recomendaciones de ésta, no tienen el carácter de los dictámenes de aquélla y, por ello, la Sala, para el derecho interno, declara que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no son obligatorias.

(.)

Las recomendaciones tienen lugar en un tiempo determinado y, por lo regular, son producto de los burócratas de los derechos humanos que en ese tiempo conforman la Comisión.

A juicio de esta Sala, las recomendaciones de la Comisión sobre las leyes de desacato, persiguen frenar la persecución política proveniente del Poder Público, pero para nada toma en cuenta la posibilidad de que dentro de una sociedad se expresen y comuniquen pensamientos e ideas, provenientes del poder económico privado o de grupos políticos que, actuando como un cartel limitante de la pluralidad, que es la base de la libertad de expresión, conformen un bloque o matriz de opinión que busque debilitar las instituciones del Estado para fines propios o ajenos, si es que obran en confabulación con Estados o grupos económicos, políticos, religiosos o filosóficos extranjeros o transnacionales, y que tal debilitamiento y hasta parálisis de las instituciones se adelante mediante ataques persistentes, groseros,

injuriosos, desmedidos y montados sobre falacias, contra los entes que conforman el tejido institucional del país.
… omissis…" (**subrayado y negrillas añadidas**)

La sentencia referida ut supra, determina que es al mismo juzgador – es decir, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia – y no a los organismos que señalen los Tratados, a quien corresponde interpretar las normas del derecho comunitario. En forma clara establece que, aún cuando la normativa de los Tratados suscritos por Venezuela contemple un órgano al que atribuya la facultad exclusiva de interpretación de las normas que integran el derecho comunitario, es a esa misma Sala Constitucional a quien corresponde esa interpretación, lo cual – como es obvio– resulta en un desconocimiento a priori de la normativa del Tratado cuando ésta contemple la creación de uno o varios órganos con facultades exclusivas de interpretación de la normativa comunitaria, arguyendo la Sala, para fundamentar sus determinaciones, que las normas referentes a la creación del Tribunal u organismo supranacional, son de carácter adjetivo lo cual, en su criterio, justifica que no se apliquen con preferencia. No obstante lo expuesto, el argumento central que – según la jurisprudencia comentada – justificaría el criterio de que es la interpretación de la Sala Constitucional y no la del Tribunal u organismo que prevea el Tratado la que priva al interpretar el derecho comunitario en lo que se refiere a Venezuela, es el de que, puesto que esa normativa entra a formar parte del denominado por la Sala "Bloque de Constitucionalidad" y puesto que el máximo interprete de la Constitución venezolana es, de acuerdo a la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es a ella a quien corresponde la facultad de interpretación de la normativa comunitaria porque, argumenta, admitir que otro órgano pueda tener primacía en ese particular conduciría a " una enmienda" de la Constitución realizada por una vía no constitucional.

Huelga comentar la lógica falaz de la argumentación expuesta.

Asimismo, estableció la Sala Constitucional, en la referida sentencia, como requisito previo a la apertura de la vía judicial ante órganos judiciales internacionales, el agotamiento de la vía interna con lo cual limita de forma indirecta a sus nacionales o residentes venezolanos el acceso al Tribunal.

Siguiendo la misma "línea" de argumentación, la Sala crea el concepto de derechos **"fundamentales**" de la República – que no pueden ser menoscabados- remitiéndose al artículo 1[12] de la Constitución venezolana, para señalar que permitir la ejecución en el territorio nacional de sentencias dictadas por órganos supranacionales "*disminuyendo o enervando las competencias exclusivas de los órganos nacionales a quienes la Constitución atribuye determinadas competencias o funciones"* atenta contra la soberanía.

12 "Artículo 1. Venezuela se declara República Bolivariana, irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.
Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional."

Establece, la sentencia, la necesidad de *"respeto al derecho interno de cada país"* obviando que la misma Constitución[13] que pretende estar defendiendo, determina que la normativa contenida en los tratados internacionales relativos a derechos humanos no solo tiene jerarquía constitucional sino que, en caso de ser su normativa mas favorable al goce y ejercicio de los derechos humanos que la normativa del derecho interno – Constitución y leyes – será de aplicación directa e inmediata en el territorio venezolano, por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Estos criterios,[14] suplementarios en la sentencia comentada, habrían obedecido a la necesidad de asentar precedentes para eventuales pronunciamientos que se hubieran de efectuar en relación con denuncias de violaciones de los derechos humanos en Venezuela, especialmente relacionadas con los sucesos acaecidos el 11 de abril de 2002,[15] que han motivado la interposición de acciones por organizaciones no gubernamentales y por familiares de personas fallecidas en esos sucesos, ante distintas instancias internacionales, algunas fundamentadas en la normativa del Estatuto de Roma.

Cabe mencionar que en el mes de abril de 2006, Venezuela, mediante el Ministro de Relaciones Exteriores, siguiendo instrucciones impartidas públicamente – vía medios televisivos – por el Presidente de la Republica, sin participación alguna de la Asamblea Nacional – que, en cambio, tiene establecida expresamente que debe aprobar la suscripción de tratados mediante Ley antes de su ratificación – denunció ante la Secretaria General de la Comunidad Andina con sede en Lima, Perú, el Acuerdo de Cartagena, acogiéndose al artículo 135 del mismo, aunque debe mantenerse en vigencia, al menos durante cinco años, el Programa de Liberación Comercial que regula la zona de libre comercio existente entre los países andinos.

Alegó Venezuela, lo siguiente:

> **"1.** Las recientes negociaciones y firma de los Tratados de Libre Comercio por parte de Colombia y Perú con los Estados Unidos de Norte América, han conformado un nuevo cuerpo legal que pretende asimilar la normativa de los TLC a la Comunidad Andina, cambiando de facto su naturaleza y principios originales.
> **2.** Los TLC privilegian los intereses particulares sobre los intereses de los pueblos, incrementando las injusticias sociales e irrespetando los derechos humanos que en nuestro caso, deben garantizarse por mandato expreso de rango constitucional. El

13 Artículo 23.

14 Ratificados en sentencia de la misma Sala Constitucional dictada el 5 de noviembre de 2007, en el Expediente nº 07-1005 en la nomenclatura de la Sala. Fuente www.tsj.gov.ve.

15 El 11 de abril de 2002, en una marcha de ciudadanos desarmados organizada por la oposición política venezolana para pedir la renuncia del Presidente Chávez, ante las medidas económicas y administrativas que se consideraban ilegales y arbitrarias, como lo que se calificó de politización indebida y desconocimiento de la política interna de ascenso por méritos de la compañía petrolera estatal venezolana PDVSA, fue emboscada con armas de fuego por sujetos, a quienes no se les impidieron in situ sus acciones ni fueron apresados, no obstante la presencia de la Guardia Nacional y la Guardia Presidencial, con resultados de algunas decenas de muertos en su mayoría opositores. A la fecha no se han establecido responsabilidades. Ver www.11deabril.com; www.venezuelanet.org; www.marthacolmenares.com. Es preciso señalar que la información oficial sobre los sucesos del 11 de abril de 2002, lo sindica de Golpe de Estado.

> Estado democrático y social de derecho y justicia propugna, en nuestro caso, la preeminencia de los derechos humanos como fundamentales. Aceptar la vulneración de éstos, sería, en la práctica, equivalente a derogar nuestra Constitución.
> **3.** Los TLC propulsan una injusta distribución de la riqueza y frenan el impulso del desarrollo integral del pueblo, provocando la progresiva desaparición de sectores productivos nacionales y la consecuente pérdida de soberanía económica.
> **4.** En general, los TLC, poseen la misma concepción neoliberal del Alca traduciéndose en injusticia, desigualdad, exclusión, privilegios de las minorías, discriminación y quebrantamiento de los principios de igualdad y progresividad en la garantía y disfrute de derechos, estableciendo nuevas formas de colonialismo.
> **5.** La autorización otorgada a través de la decisión 598 de 2004 mediante la cual aprobamos, por respeto a la soberanía de los países miembros de la CAN, el permiso para la negociación con terceros países, no significa que la República Bolivariana de Venezuela esté dispuesta a asumir la normativa de los TLC con los Estados Unidos de Norte América, toda vez que éstos implican el establecimiento de principios y normativas similares a los propuestos en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)."[16]

Con respecto a ésta denuncia del Acuerdo de Cartagena se interpusieron acciones ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que las desechó, sin pronunciarse sobre el fondo de los asuntos planteados.

Así, el 19 de agosto de 2006, el abogado Jorge Luís Suárez Mejías – autor una de cuyas obras se ha citado en este trabajo – interpuso acción de amparo constitucional contra la denuncia realizada el sábado 22 de abril de 2006 por el ciudadano Presidente de la República, a través de su Ministro de Relaciones Exteriores, del Acuerdo de Integración Subregional Andino, arguyendo, entre otras alegaciones, que

> al haber sido de Venezuela excluida del mismo por decisión unilateral del Presidente de la Republica, sin control parlamentario alguno y sin participación ni consulta ciudadana de ningún tipo, no ocurrió solamente un retiro del Estado venezolano de la misma, sino que realmente se retiró a todo un país – sus ciudadanos – de un sistema jurídico muy complejo y completo, que le otorgada directamente a éstos beneficios y efectos reconocidos (.) Ello porque, más que una organización internacional, es una comunidad de Estados, es decir, una estructura de naturaleza supranacional que desde 1973 ejercía poder público atribuido, entre otros, por Venezuela, lo cual se hizo a través de los mencionados tratados constitutivos del Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, ambos con sus Protocolos Modificatorios aprobados todos por Ley, motivo por el cual, como regla fundamental del proceso de integración andino, sus normas eran de aplicación directa y prefe-

16 En el mismo sentido: Jeannette Chavez Gómez.Centro de Estudios Internacionales. Artículo:EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CENTROAMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS: ANALISIS JURIDICO CONSTITUCIONAL. Managua. Nicaragua. Fuente: Internet www.ceinicaragua.org.ni.

> rente en nuestro país, no sólo, insisto, al Estado venezolano, a sus poderes públicos en todos los niveles territoriales, sino también directamente a sus ciudadanos" y que "la afectación directa a los derechos ciudadanos que produce el retiro inconsulto y sin control de Venezuela de la Comunidad Andina, será perjudicial no solo para ejercer muchos de nuestros derechos en Venezuela, al poder estar regulados por normativa andina, sino que también varios de nuestros derechos constitucionales no los podremos ejercer en el territorio de demás países miembros como podíamos hacerlo hasta ahora. Ello puede verse con especial claridad en los derechos a la libertad económica, al libre tránsito de bienes y personas y al trabajo, entre otros"; que "el Presidente de denunció el Acuerdo de Cartagena sin haber determinado con fidelidad lo que convenía al país y los intereses generales al no realizar ninguna consulta con los sectores interesados o los ciudadanos afectados ni permitió alguna participación ciudadana y mucho menos el control de los representantes del pueblo – a través de Ley Aprobatoria

Asimismo arguyó que, si bien el artículo 154 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no establece expresamente la necesidad de control parlamentario en el caso de la denuncia de un tratado, se debe interpretar, aplicando el principio del paralelismo de las formas, que la "ley aprobatoria" de la denuncia debió ser solicitada, como se requirió para la ratificación del Acuerdo y, con ello, permitir dicho control y la participación indirecta de la ciudadanía. Arguyó, también, que la aplicación del principio jurídico de progresividad de los derechos fundamentales- contemplado expresamente en la Constitución venezolana- así como la afectación directa e inmediata de los derechos al trabajo, de libre circulación de personas y cosas, y de libertad económica, hace necesario que esa Sala Constitucional actúe a fin de evitar el menoscabo de la calidad de vida de los venezolanos; y que

> (...) al estar en presencia más que de un simple tratado entre estados, de un sistema jurídico nuevo, muy complejo, realizado de acuerdo con los criterios constitucionales y que constituye una evolución en los derechos constitucionales de los ciudadanos, una decisión tan trascendental como denunciar un tratado de este tipo, que implica la eliminación definitiva de todo este entramado, debe ser objeto de consultas o control mínimos, si no se quiere perjudicar la situación jurídica de os ciudadanos y no se quiere violar postulados fundamentales de nuestra Constitución como es la necesidad de existencia de pesos y contrapesos entre los distintos poderes públicos venezolanos y la de un Estado de Derecho y de Justicia el que la democracia es sustancial a su existencia y la participación ciudadana es determinante para la adopción de las grandes decisiones públicas"; que "...la regulación de la materia internacional tiene en este momento en nuestra Constitución diferentes niveles e intensidades, en donde a los tratados que tienen que ver con los Derechos Humanos se les da jerarquía constitucional (art. 23) y a los de integración supranacional (art. 153) venezolana les prevé unos efectos jurídicos tan importantes y trascendentales en la vida jurídica de los particulares como la aplicación directa y preferente de normas comunitarias y ser estas parte integrante del 'ordenamiento legal vigente', por lo que elimi-

narlos, al hacer retroceder la protección de los derechos de los ciudadanos y poder producir una reducción de su calidad de vida, tendría que ser objeto de un gran debate nacional, de una efectiva consulta pública y de una fuerte aplicación ciudadana, para determinar si ello conviene a los intereses generales y no se afecte el principio de progresividad constitucional"; que "...cuando un Estado atribuye el ejercicio de competencias propias a una organización supranacional, ello no es un simple tratado internacional que puede durar poco tiempo y que está al vaivén a los caprichos del gobernante de turno como puede ocurrir con los tratados de cooperación internacional, sino que la integración supranacional, al ser tan trascendental en la vida de los países, al involucrar compromisos tan profundos, permanente y estable, que se plantea para un largo plazo y crea un nuevo sistema jurídico de carácter autónomo, que genera su propio derecho y que a través de él los ciudadanos mejoran en sus situaciones jurídicas, lo que no depende del reconocimiento interno que hagan las autoridades nacionales, no podría un Presidente de pretender, sin estar claras o justificadas las razones de interés general que pudieran estar presentes, si las hay, abolirlo o eliminarlo, no ya el tratado en sí sino el sistema jurídico completo, sin que al menos se activen los mecanismos mínimos de control de los demás poderes públicos, especialmente de, que es el órgano llamado a evitar el perjuicio de los derechos de los ciudadanos, cuya garantía máxima es el principio de reserva legal.

Solicitó el accionante, que se ordenara al Presidente de la Republica, revocar la denuncia del Acuerdo de Integración Subregional Andino – Acuerdo de Cartagena – y, con ello, dejar sin efecto del retiro de Venezuela de la Comunidad Andina y además, solicitó que, en caso de que el Presidente de la República decida denunciar posteriormente el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, deba solicitar, previamente a tales denuncias, una ley aprobatoria a la misma.

La Sala Constitucional, mediante sentencia dictada el 15 de febrero de 2007, declaró, con dos votos salvados y cinco a favor, inadmisible la acción ejercida.

Igualmente, el 1 de junio de 2006, los abogados Pedro Perera Riera e Inés Parra Wallis, invocando su condición de agentes de la propiedad industrial, interpusieron ante la misma Sala, acción de interpretación constitucional acerca del contenido del artículo 153 de la vigente Constitución, *«con el objeto de determinar si la normas que se adoptan en el marco de los acuerdos de integración se incorporan al ordenamiento jurídico nacional y si, por ende, las normas adoptadas por los órganos del Comunidad Andina de Naciones en el marco del Acuerdo de Integración Subregional Andino, se encuentran vigentes en nuestro país, con ocasión a la denuncia del referido acuerdo realizada por Venezuela".* Dicha acción fue admitida el 21 de noviembre de 2006 y acumulada a otro expediente (nº 06-1178) y el 13 de marzo de 2006, la Sala, emitió nueva sentencia posponiendo la cuestión de fondo planteada- no resuelta para el mes de marzo de 2008- al argüir que, en criterio del sentenciador, no se había cumplido un requisito de admisibilidad de la acción. Expresó la Sala:

UNICO

La interpretación requerida se apoya, según las alegaciones vertidas por los solicitantes, en la coyuntura normativa surgida con ocasión de la cesación de las obligaciones

de al haberse denunciado formalmente el Acuerdo de Cartagena el 22 de abril de 2006, conforme a lo estipulado en el artículo 135 del precitado instrumento internacional. En tal sentido, pretenden que, en ejercicio de su facultad interpretativa del Texto Constitucional, aclare la vigencia de la normativa secundaria dictada por los Órganos Comunitarios Andinos (políticos y técnicos) en el ordenamiento jurídico interno, así como la pervivencia de los efectos jurídicos de aquellas decisiones jurisdiccionales adoptadas por el Órgano de Justicia Andina, ello, como se dijo, a la luz del postulado contenido en el artículo 153 constitucional.

Ahora bien, esta Sala observa que en las causas acumuladas, no consta algún recaudo que permita precisar el ámbito concreto de la interpretación requerida, esto es, que aclare la situación actual de ante Andina o ilustre a este Alto Tribunal sobre aquellos aspectos jurídicos concretos que, por la incertidumbre normativa acusada inicialmente, se hayan visto afectados en su normal desarrollo. Asimismo, tampoco se evidencia de autos la consignación de opinión alguna por parte de los organismos cuya notificación se ordenó en las sentencias que admitieron las pretensiones de interpretación.

Las circunstancias antes anotadas incide sobre uno de los presupuestos de admisibilidad que ha delineado para esta especial categoría procesal: la utilidad de la interpretación de una determinada norma o principio constitucional adminiculada a una concreta situación de hecho – debidamente constatada – que amerite la necesidad de la consulta (Vid. Sentencia de esta Sala nº 278 del 19 de febrero de 2002, caso: "Beatriz Contasti Ravelo") (Negrillas añadidas)

Pese a lo anteriormente advertido, esta Sala no puede desconocer que las relaciones internacionales, concretamente las desplegadas en el ámbito comunitario andino como supuesto del presente examen, revisten especial importancia como manifestación de su soberanía, por lo cual no puede obviarse el pronunciamiento jurisdiccional correspondiente.

De allí que, se impone a el deber de resolver la consulta planteada en un doble sentido: de una parte, en torno a la eficacia temporal de las normas comunitarias, y por la otra, dirigida a precisar aquellos aspectos sobre los cuales cesarían o no los efectos de los actos jurídicos (normas, resoluciones y actos jurisdiccionales) derivados de los órganos supranacionales del Acuerdo de Cartagena.

En tal sentido, la concreción de aquella situación de hecho sobre la cual recaerá, de forma directa, los efectos de la interpretación, es de vital importancia pues, como se ha dejado de manifiesto en torno al objeto del recurso de interpretación de normas constitucionales: "El poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido a esta Sala, implica dar solución a dudas respecto al alcance y contenido de una norma integrante del ya mencionado bloque de la constitucionalidad, siempre que se encuentren dadas las siguientes condiciones básicas: a) que respecto a dicha duda no se encuentre predeterminado un cauce procesal adecuado, y b) que la norma en cuestión resulte de un marcado problematismo, bien sea para la buena marcha de las instituciones, bien para el ejercicio de los derechos fundamentales o bien para el mantenimiento del orden público y la paz social" (Destacado de este fallo. Cfr. Sentencia de esta Sala nº 278/2002, supra mencionada).

En virtud de lo anterior, esta Sala no suplirá -en los términos pedidos por los solicitantes en sus escritos iniciales- la carga probatoria que a ellos corresponde. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 13 del artículo 19 de Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala debe requerir a los solicitantes que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, proporcionen aquellos elementos probatorios que, dentro del ámbito de los intereses que representan, ilustren a este Alto Tribunal sobre la necesidad de la interpretación requerida.

Asimismo, esta Sala insta a la Defensoría del Pueblo, al Procurador General de la Republica y al Ministerio Público para que, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, consignen a los autos la opinión requerida en las sentencias que admitieron las solicitudes de interpretación de la norma contenida en el artículo 153 constitucional.

Por último, y también de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 13 del artículo 19 de Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivariana de Venezuela, esta Sala ordena la notificación del Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, como órgano de Pública Central Nacional competente para la conducción de las relaciones internacionales de (ex numeral 1 del artículo 8 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de Pública Nacional) para que dentro del lapso de diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, consigne la opinión de ese Despacho respecto de la interpretación requerida a esta Sala. Dicha notificación deberá acompañarse con copia de este fallo y de los escritos continentes de las solicitudes de interpretación presentados por Venezolana de Exportadores (AVEX) y por los ciudadanos Pedro Perera Riera e Inés Parra Wallis (…)

Forzoso es afirmar que durante el período "revolucionario" venezolano reciente – no concluido – si bien en lo que se refiere estrictamente a asuntos relacionados con registros de patentes y similares, los criterios del Tribunal Supremo de Justicia guardan una cierta uniformidad, no puede decirse lo mismo con respecto a asuntos que tengan alguna significación política, en los que podría afirmarse que los pronunciamientos de fondo o bien responden al interés del gobernante o bien se omiten y, en todo caso, no son uniformes. Ello proporciona un clima de inseguridad jurídica en nada positivo, tanto a nacionales como a extranjeros, con respecto al contenido y aplicación del derecho comunitario o al derecho de cada tratado internacional del que Venezuela es parte.

Conclusión

Con fundamento en la experiencia venezolana reciente, puede afirmarse que no resulta bastante la creación de un tribunal independiente supranacional con amplia accesibilidad en la normativa del derecho comunitario, que aplique e interprete de manera uniforme ese derecho, para asegurar la efectividad de los pactos y convenciones asumidas por los Estados miembros de una comunidad económica sino que los factores sistema político y derecho interno se revelan determinantes en esta materia, de tal manera que no bastaría la creación de un tribunal supranacional independiente, de amplia cobertura jurídi-

ca y la declaratoria de supremacía y aplicación directa del derecho comunitario en los Estados miembros de un sistema de integración económica, ni el cumplimiento efectivo de las formalidades previstas en el derecho interno de cada Estado miembro para la suscripción del Tratado, para garantizar seguridad jurídica con todos los efectos prácticos que su garantía conlleva, sino que ésta deberá garantizarse mediante una normativa que asegure la ejecución de sus sentencias incluso de manera efectivamente coercitiva en el territorio de los Estados signatarios o en su contra, en caso de incumplimiento de la normativa comunitaria, la homogeneización del derecho de los Estados miembros, o por cualesquiera otros medios, especialmente en Latinoamérica y otros territorios similares, puesto que en condiciones de subdesarrollo, los sistemas políticos y las ideologías que los inspiran, generalmente ni son uniformes ni son estables.

El Largo Camino para la Consolidación de las Bases Constitucionales de la Integración Regional Andina y su Abandono por el Régimen Autoritario de Venezuela

*Allan R. Brewer-Carías**

I. Algo de historia sobre el proceso de integración en América Latina y el Acuerdo de Cartagena de 1968. II. La carencia de bases constitucionales para el inicio del proceso de integración andina, la excepción de Colombia y las discusiones ante las jurisdicciones constitucionales. III. La cuestión constitucional pendiente en 1999 y la propuesta para establecer las bases constitucionales para la integración regional que se acogió en la Constitución de 1999. 1. La integración económica y las exigencias constitucionales. 2. La consecuencia de la integración: el derecho comunitario. 3. Los principios rectores del derecho comunitario y su solución constitucional. 4. La Constitución de 1961: su insuficiencia, y la propuesta de Reforma Constitucional de 1992. 5. El contenido en materia de integración del Proyecto de Constitución Bolivariana propuesto por el Presidente Chávez: sus insuficiencias y contradicciones. 6. Propuesta de norma constitucional para el nuevo texto. IV. El abandono de la integración andina por Venezuela y la solicitud de adhesión al MERCOSUR.

I. Algo de historia sobre el proceso de integración en América Latina y el Acuerdo de Cartagena de 1968

Como consecuencia de las actividades desarrolladas por la Comisión Económica para la América Latina (CEPAL) de las Naciones Unidas, y de las negociaciones llevadas a cabo a finales de la década de los cincuenta entre diversos países latinoamericanos, puede decirse que fue en 1960 cuando se inició el proceso de integración económica en América Latina, con la firma del Tratado de Montevideo que creó la Asociación Latinoamericana del Libre Comercio (ALALC) y la zona respectiva en todo el ámbito suramericano.[1]

Este Tratado, al cual se adhirió Venezuela en 1966,[2] tenía entre sus objetivos inmediatos la constitución de una zona de libre comercio, es decir, la eliminación de los derechos de aduana y demás restricciones en el comercio de los productos originarios de los países miembros de la zona, pero conservando cada uno de ellos la individualidad aduanera respecto de terceros países no miembros de tal área. Como toda zona de este tipo, la ALALC buscaba la liberación del comercio intrazonal, pero sin llegar a constituir una unión aduanera.

---

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela.

1 El Tratado de Montevideo fue ratificado por Argentina, Bolivia (1967), Brasil, Chile, Colombia, (1961), Ecuador (1961), México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (1966). La ALALC en esta forma, constituyó el área de integración más amplia de los países en vías de desarrollo con una superficie de alrededor de 19 millones de Km^2.

2 Véase la Ley Aprobatoria del Tratado en *Gaceta Oficial* nº 1.244 Extr. de 10-10-68.

El proceso de conformación y perfeccionamiento de esta zona de libre comercio, que debía haberse concluido definitivamente en 1972 y que por las dificultades de funcionamiento de la ALALC, se extendió hasta 1980,[3] se dificultó por la excesiva protección de las economías nacionales que permitía el Tratado y la ausencia de poderes supranacionales de los órganos de la Asociación: todas las decisiones fueron adoptadas, después de un laborioso proceso de negociaciones entre las partes. En todo caso, en la Declaración de Presidentes de América de 1967, suscrita en Punta del Este,[4] se indicó que el Mercado Común Latinoamericano que había resuelto crear progresivamente a partir de 1970 en un período no superior a 15 años, se debía basar en el desarrollo completo y la progresiva convergencia entre el Mercado Común Centroamericano y la ALALC.

Estas dos organizaciones de integración se estimaron entonces como los instrumentos adecuados para la formación del futuro Mercado Común Latinoamericano, que después de la reforma de la Carta de la OEA de 1967, constituía, en cierta forma,un objetivo del sistema interamericano.[5]

Pero el impulso que aparentemente se le dio desde el punto de vista político a la ALALC, hizo temer a los países de menor desarrollo relativo y los de mercado insuficiente, que la ALALC podía resultar un proceso en definitiva ventajoso para los países más desarrollados de la región (Argentina, Brasil y México) en perjuicio de aquéllos, lo que provocó que los países andinos se comprometieran en la creación entre ellos de una unidad económica subregional dotada de un mercado ampliado, tarifa externa común y política industrial coordinada que les permitiera participar en términos de equilibrio y equidad, en un Mercado Común Latinoamericano.

La fórmula del acuerdo subregional, en esta forma, ya había sido promovida por la Declaración de Bogotá de 1966, adoptada por los Presidentes de los países andinos y ratificada en la Declaración de los Presidentes de América de 1967.[6]

Ello condujo al establecimiento, mediante el Acuerdo de Cartagena de 1968, del "Grupo Andino" de Integración Subregional que se configuró, sin lugar a dudas, como el esquema de integración económica más acabado y desarrollado de América Latina, y que a partir de 1996, se fue transformando en la Comunidad Andina de Naciones.

---

3 Así se dispuso en el Protocolo de Caracas modificatorio del Tratado de Montevideo de 12 de diciembre de 1969. Véase en *Foro Nacional sobre Venezuela y la Integración Latinoamericana 1971.* Documentación Informativa, Tomo I, Caracas, 1971, p. 566.

4 Véase en *Foro Nacional sobre Venezuela y la Integración Latinoamericana, 1971,* Documentación Informativa, Tomo I, *cit.*, pp. 297 y ss.

5 Artículo 40 del Protocolo de Buenos Aires, por el cual se reformó la Carta de la OEA, establece expresamente que los Estados miembros reconocen que la integración de los países en desarrollo del Hemisferio es uno de los objetivos del Sistema Interamericano y, en consecuencia, deben orientar sus esfuerzos y adoptar las medidas necesarias para acelerar el proceso de integración, con miras a establecer un Mercado Común Latinoamericano en él menor tiempo posible.

6 La Declaración de Bogotá de 1966 fue firmada por los Presidentes de Colombia, Chile y Venezuela y por los representantes personales de los Presidentes de Ecuador y Perú, el 16 de agosto de 1966. Bolivia se adhirió a dicha Declaración en 1967. Véase el texto en *Foro Nacional sobre Venezuela y la Integración Latinoamericana 1971,* Documentación Informativa, Tomo II, Caracas, 1971, pp. 7 y ss.

Debe mencionarse, por otra parte, que la finalización del período de transición previsto en el Tratado de Montevideo que constituyó la ALALC, para fines de 1973, prorrogada por el Protocolo de Caracas, hasta fines de 1980, aunado al estancamiento y crisis de la ALALC derivado, fundamentalmente, de la fórmula empleada para su implementación a través de negociaciones producto por producto; llevaron a los países miembros en 1980, en la Conferencia de la Asociación celebrada en Acapulco, México, a aprobar el proyecto de un nuevo Tratado de transformación de la ALALC en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) que fue constituida por el Tratado de Montevideo de 1980, suscrito el 12 de agosto de 1980 por los gobiernos de Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela,[7] dado que estaban persuadidos "que la integración económica regional constituye uno de los principales medios para que los países de América Latina puedan acelerar su proceso de desarrollo económico y social, a fin de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos".

En cuanto a la integración andina, el impulso final partió de la Declaración de Bogotá de los Presidentes de Colombia, Chile y Venezuela y de los representantes de los Presidentes de Ecuador y Perú de 16 de agosto de 1966, en la cual éstos asumieron el compromiso de acelerar el proceso de integración dentro del marco de la ALALC y de adoptar medidas concretas a favor de los países de menor desarrollo relativo y mercado insuficiente.

Asimismo, asumieron compromisos para coordinar sus políticas de desarrollo industrial; suscribir convenios de complementación para establecer nuevas industrias o expandir las existentes: establecer una Corporación de Fomento para la promoción y realización de los proyectos de interés común; y establecieron una Comisión Mixta Intergubernamental para elaborar el acuerdo subregional de integración de los países andinos.

Posteriormente, en la Declaración de los Presidentes de América de 1967 se propició, la concertación "de acuerdos subregionales, de carácter transitorio, con regímenes de desgravación interna y armonización de tratamiento hacia terceros, en forma más acelerada que los compromisos generales y que sean compatibles con el objetivo de la integración regional".

En el mismo año 1967, en la reunión, del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la ALALC, se dictaron sendas Resoluciones relativas a las normas a las que debían ajustarse los acuerdos subregionales que se firmasen en el seno de la ALALC; y a las bases del acuerdo subregional, entre Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, delegándose al Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC el examen y declaración de compatibilidad del Acuerdo subregional con el Tratado de Montevideo.[8]

Así, el 26 de mayo de 1969, después de un largo período de negociaciones, los países signatarios de la Declaración de Bogotá de 1966,[9] con excepción de Venezuela, firmaron

7 Véase la Ley aprobatoria en *Gaceta Oficial nº* 3.033 de 18-10-82.

8 Resoluciones nº 202 (CM-II/VI-E) N 203 (CM-II/VI-E) de 2 de septiembre de 1967 y nº 222 (VII) de 17 de diciembre de 1967. Véase en *Foro Nacional sobre Venezuela y la Integración Latinoamericana 1971, cit.,* Tomo I, pp. 199 y ss.

9 Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. El Acuerdo quedó abierto a la adhesión de las demás partes contratantes del Tratado de Montevideo (Apt. 109). Venezuela inició el proceso de adherirse al firmarse el Consenso de Lima el 13 de febrero de 1973 y al aprobar la Comisión del Acuerdo la Decisión nº 70, relativa a las "Condiciones para la adhesión de Venezuela al Acuerdo de Cartagena".

el Acuerdo de Cartagena, es decir, el Acuerdo de Integración Subregional del Grupo de países andinos al cual se adhirió Venezuela en 1973.[10]

El Grupo Andino nació entonces, y ante todo, como un proceso de integración económica que se realizó dentro de los marcos del Tratado de Montevideo y, por tanto, de la ALALC. De ahí que una de las primeras decisiones que se adoptaron después de su firma, fue la Resolución de la ALALC,[11] declaratoria de la "compatibilidad" del Pacto Andino con el Tratado de Montevideo, como el mismo texto del Acuerdo de Cartagena lo requería.[12]

Ello no significó, sin embargo, que el Acuerdo de Cartagena no tuviera autonomía propia, sino que conformó un mecanismo complementario de los esfuerzos que dentro de la ALALC se desarrollaban para la formación del futuro Mercado Común Latinoamericano, que a partir de 1980 es el objetivo de la ALADI.

El Acuerdo de Cartagena, en esta forma, puede considerarse como el único efectivo proceso de integración en América Latina acordado entre los países andinos y que estableció las bases para un Mercado Común Andino entre Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, que superaba los 5.440 millones de Km^2, con una población en ese entonces superior a los 68 millones de habitantes, y con un volumen de comercio exterior al constituirse, superior a los 11.000 millones de dólares. Mediante el esquema de integración andina previsto en el Tratado y sus varias modificaciones,[13] se perseguían tres objetivos fundamentales: promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un Mercado Común Latinoamericano.

Para realizar dichos objetivos el Acuerdo de Cartagena previo diversos mecanismos entre los cuales deben destacarse: la armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales; la programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas industriales; un programa de liberalización del intercambio comercial; un arancel externo común e integración física (Artículos 1 y 2, del Acuerdo).

Una pieza fundamental de ese proceso fue la decisión de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, nº 24 de 1970 que aprobó el Régimen Común de Tratamiento de los

10 Véase el texto del Acuerdo en *El Pacto Andino,* Madrid, 1973, pp. 303 y ss. La Ley Aprobatoria se publicó en *Gaceta Oficial* Extraordinaria nº 1.620 de 1-11-73.

11 Véase, Resolución del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC, nº 179, de 9 de julio de 1969, que declara la compatibilidad con el Tratado de Montevideo del Acuerdo de Integración Subregional suscrito por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, en *Foro Nacional sobre Venezuela y la Integración Latinoamericana 1971, cit.,* Tomo I, p. 284.

12 El artículo 110 de Acuerdo de Cartagena exigía que el mismo fuera sometido a la consideración del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC a los efectos de que éste declarara la compatibilidad de aquél con el Tratado de Montevideo.

13 Véase el Protocolo adicional de 1976, el Protocolo adicional de Lima de 1977, el Protocolo adicional de Arequipa de 1978, aprobados por Ley y publicados, respectivamente, en *Gaceta Oficial* nº 31.109 de 12-11-76; nº Extra 2.118 de 30-12-77; y nº Extra 2.310 de 20-9-78. Véase el "Protocolo de Quito" modificatorio del Acuerdo de Cartagena, aprobado por ley publicada en *Gaceta Oficial* nº 33.958 de 4-5-88.

Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías,[14] con lo cual se reguló uniformemente en todos los países miembros del Grupo, el régimen de las inversiones extranjeras; y otra fue la Decisión 85 sobre Régimen Común de la Propiedad Industrial, la cual nunca fue aprobada por Ley en Venezuela, por lo que nunca fue aplicada en el país. Esta decisión fue sustituida por la Decisión 313 sobre el mismo Régimen Común, la cual, sin embargo, y sin aprobación legislativa, se publicó en *Gaceta Oficial*[15] y comenzó a ser aplicada.

En efecto, con esa publicación efectuada conforme a las normas del artículo 2 del Tratado que creó el Tribunal Andino, se comenzó a aplicar la Decisión 313 en el país, razón por la cual un reclamo de inconstitucionalidad fue intentado en 1992 contra el referido acto de publicación, argumentándose que era necesaria una ley aprobatoria previa. La Decisión nº 313 fue posteriormente derogada y sustituida por la Decisión nº 344 de 21-10-93 publicada en la *Gaceta Oficial* del Acuerdo de Cartagena nº 142 de 29-10-93, y publicada también en la *Gaceta Oficial* de la República, sin aprobación legislativa previa.[16]

El marco institucional del Acuerdo de Cartagena, se conformó, además por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo, que era un órgano de mero carácter intergubernamental, y por otros cuatro órganos comunitarios principales: la Comisión, la Junta, el Tribunal Andino de Justicia, y como órgano deliberante común, el Parlamento Andino.

En 1996 se adoptó el Protocolo de Quito que cambió el nombre al Grupo Andino por el de Comunidad Andina, consolidándose su marco supranacional, la cual Venezuela abandonó en 2006.

II. La carencia de bases constitucionales para el inicio del proceso de integración andina, la excepción de Colombia y las discusiones ante las jurisdicciones constitucionales

Desde el punto de vista constitucional, el proceso de integración europeo, desde sus inicios y en todas sus fases, siempre fue precedido de un *reacomodo de las Constituciones de los Estados miembros,* para permitirlo y posibilitarlo, de manera de evitar, en lo posi-

14 Esta Decisión nº 24, de 31 de diciembre de 1970 fue aprobada por Ley. Véase *Gaceta Oficial* nº 1.620 Extra de 1-11-73. La referida Decisión nº 24 fue objeto de ajustes en la Decisión nº 37 de 24 de junio de 1971, mediante el cual se establecieron los "ajustes al régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros sobre marcas, patentes, licencias y regalías" cuyo texto también se aprobó por Ley. Véase *Gaceta Oficial* nº 1.620 Extra de 1-11-73. Con motivo de la adhesión de Venezuela al Grupo Andino, en la Decisión nº 70 de la Comisión de 1973, se aprobaron además otras modificaciones a los artículos 1 y 13 de la Decisión nº 24 (Artículos 33 y 34 de la Decisión nº 70), también aprobadas por Ley. Véase en la misma *Gaceta Oficial* nº 1.620 Extra de 1-11-73. Posteriormente en 1973, mediante las decisiones nºs 103 y 109 se reformó nuevamente la Decisión 24, las cuales fueron aprobadas por Ley. Véase en *Gacetas Oficiales* nºs 2.052 de 20-6-77 y 2.112 de 22-12-77, respectivamente.

15 *G.O.* nº 4.451 Extra de 5-8-92.

16 Véase *G.O.* nº 4.676 Extra de 18-1-94. La decisión nº 313, además, había sido reglamentada por Decreto nº 2.887 de 15-4-93, *G.O.* nº 35.226 de 4-6-93.

ble, todo conflicto entre lo que ha significado, jurídicamente, la integración económica, la Comunidad y la Unión; con lo previsto en las Constituciones de los Estados miembros; siendo las reformas constitucionales una exigencia y a la vez, consecuencia lógica y necesaria para el avance de la integración.[17]

En efecto, para garantizar la ejecución de los fines de la integración, progresivamente resultó indispensable que los Países miembros transfirieran a los órganos comunitarios, competencias originalmente reservadas por las Constituciones nacionales a los órganos de los poderes nacionales. Así sucedió por ejemplo, con el establecimiento de un arancel externo común, que tuvo que pasar a ser una competencia "comunitaria" no siendo posible, una vez establecido, que los países miembros pudieran llegar a fijar aranceles distintos a los que estableciera el órgano comunitario competente. Para ello fue indispensable que en casos como el señalado, los órganos Nacionales cedieran sus competencias en esas determinadas materias a los órganos supranacionales.

Desde el punto de vista jurídico, la consecuencia fundamental del surgimiento de dichas instituciones supranacionales, fue el nacimiento de un nuevo derecho: el derecho comunitario, conformado por el conjunto de tratados que originaron la comunidad y por las normas dictadas por los órganos comunitarios para garantizar el cumplimiento de los objetivos comunes fijados. La doctrina y jurisprudencia europea tradicionalmente señalaron que el referido derecho comunitario comprendía a su vez, el derecho comunitario originario, constituido por los tratados suscritos por los Estados miembros como actores del derecho internacional público y sus modificaciones; y el derecho comunitario derivado, integrado por el conjunto de normas de diverso rango, emanadas de los órganos comunitarios o supranacionales creados. El derecho comunitario, por lo tanto, es un derecho distinto, novedoso, que cabalga entre el derecho internacional y el derecho interno de cada país miembro.

La vasta doctrina y jurisprudencia europea han dejado claramente definido el criterio de que para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en los Países miembros es indispensable el cumplimiento de al menos tres requisitos: en *primer lugar*, la atribución de competencias propias de los órganos constitucionales de los Estados a los órganos comunitarios; en *segundo lugar*, la primacía del derecho comunitario y su exclusión del ámbito de los controles constitucionales internos de cada país; y, en *tercer lugar*, la aplicación directa de la normativa dictada por dichos órganos. Para ello, como lo enseña el ejemplo europeo, la única manera para garantizar el cumplimiento de los principios antes señalados en cada uno de los Países miembros, es que sus respectivas Constituciones consagren expresamente, por una parte, la posibilidad de transferir competencias a órganos comunitarios y, por la otra, el efecto directo de dicha normativa en el ámbito interno.

De ello resulta que no se puede llegar a desarrollar un régimen de integración económica efectivo, desconociendo o coartando en el orden interno el contenido y aplicación de los principios que rigen el derecho comunitario, a cuyo efecto las Constituciones de los países miembros deben regular el tema.

17 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998.

Por ello, si se analiza la experiencia europea se puede apreciar que todos y cada uno de los Estados de la actual Unión Europea consagraron en sus Constituciones, previamente al ingreso a las Comunidades o a la Unión, la posibilidad de atribuir competencias que corresponden a los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales nacionales a órganos comunitarios, con la previsión expresa de aceptar limitaciones a su soberanía.

Además, a medida que se fue profundizando el proceso de integración europea, como por ejemplo sucedió con el paso de la Comunidad Europea a la Unión Europea, y su consolidación a través de los Tratados de Maastricht y de Amsterdam, la aprobación de estos instrumentos conllevó a que se realizaran reformas constitucionales (como por ejemplo, los casos de Alemania, Francia y España, países que tuvieron que proceder a realizar dichas modificaciones, después de emitidas las decisiones de sus respectivos Tribunales Constitucionales, que así lo impusieron) e incluso *Referéndum,* (como fue el *Referéndum consultivo* de Francia, o el de Dinamarca) en los Estados de la Unión.

De lo anterior resulta, por tanto, que en Europa, el problema jurídico de la integración *siempre encontró solución en las normas constitucionales de los Estados Miembros,* de manera que el derecho comunitario se fundamenta, en último término, en la Constitución de cada uno de ellos.[18]

En América Latina, en cambio, en las últimas décadas, paralelo a los esfuerzos de implementar procesos de integración económica, muy poca importancia se le dio a las bases constitucionales necesarias para el mismo; y si bien la cuestión constitucional de la integración constitucional de la integración latinoamericana, discutida ampliamente en la década de los sesenta,[19] particularmente de la integración andina, la misma sólo fue resuelta en Colombia en la víspera de la suscripción del Acuerdo de Cartagena, mediante una reforma constitucional sancionada en 1968, al incorporar al artículo 76,18 relativo a las atribuciones del Congreso que ejerce mediante Leyes, lo siguiente:

> Ord. 18: Aprobar o inaprobar los tratados o convenios que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.
> Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso, podrá el Estado obligarse para que sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas *instituciones*

18 Idem. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, "Las exigencias constitucionales de los procesos de integración y la experiencia latinoamericana" en *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho,* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999, pp. 279-317.

19 Véase en general, Alberto A. Natale, *La integración latinoamericana y la cuestión constitucional,* Buenos Aires 1997; Emilio J. Cárdenas, "En torno a la constitucionalidad de un eventual Mercado Común Latinoamericano", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12-13, febrero 1967; Arturo Fajardo Maldonado, "Soberanía y Derecho Internacional en el Proceso de integración económica centroamericana", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,* Universidad de San Carlos de Guatemala, nºs 3 al 6, 1967-1968, páginas 49 a 82; Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, *Mesa Redonda sobre la integración de América Latina y la cuestión constitucional,* Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 6-8 Febrero 1967, *Informe de la Secretaría General*, Washington, 1967, 106 páginas; Allan R. Brewer-Carías, *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas 1968.

supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica de los Estados.

Este artículo equivale al artículo 150, ordinal 16 de la Constitución de 1991 que atribuye al Congreso:

> Aprobar o inaprobar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.
> Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, *transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos supranacionales*, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

Además, el artículo 227 de la Constitución, dispone:

> Artículo 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen *organismos supranacionales*, incluso para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la Constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

En contraste con estas precisas normas constitucionales colombianas, ninguno de los otros Estados signatarios del Acuerdo de Cartagena (Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela) habían resuelto en sus Constituciones las exigencias que plantaba un proceso de integración; y en el caso de Venezuela -Estado que si bien no se incorporó al Acuerdo en 1968 sino en 1973- en la Constitución de 1961 sólo se estableció una cláusula de principio respecto de la integración, que estaba contenida en el artículo 108, que disponía:

> Artículo 108. La República *favorecerá* la integración económica latinoamericana. A este fin procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes.

Esta norma, que había sido redactada cuando ni siquiera en Europa estaba clara la idea de supranacionalidad y del derecho comunitario (1960), pues recién en 1958 se habían suscrito los Tratados de Roma, sólo podía ser lo que era, una norma de principio y de aspiración, que la Exposición de Motivos de la Constitución expresó (explicó) así:

> La formulación de una hermosa y sentida aspiración hacia la integración económica latinoamericana, mediante la coordinación de recursos y esfuerzos dirigidos a fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y la seguridad comunes.

La aspiración a la integración económica que preveía la norma –y no podía ser de otro modo al momento de redactársela– debía lograrse mediante la coordinación de recur-

sos y esfuerzos entre los países, principio que no daba fundamento alguno para deducir de ello posibilidad constitucional de transferencia, cesión o delegación de poderes constitucionales de las Cámaras Legislativas, por ejemplo, en materia de legislación que le estaba constitucionalmente reservada (por ejemplo, arts. 136, ord. 24, 139 y 162), a organizaciones supranacionales, cuyo concepto, incluso, en 1961 era desconocido en Europa.

A pesar de estas deficiencias y de la falta de respaldo constitucional, el Acuerdo de Cartagena, con excepción de Chile, fue aprobado en todos los países mediante Leyes aprobatorias o actos ejecutivos con igual valor que las Leyes. En Chile, en cambio, el camino fácil de incorporación del Acuerdo al derecho interno por la sola ratificación ejecutiva, dado el supuesto "carácter derivativo" del Acuerdo de Integración Subregional Andino respecto del Tratado de Montevideo de la ALALC, provocó que, en 1974, también por Decreto ejecutivo, Chile se separara definitivamente del Grupo Andino.

Ahora bien, en Colombia, país donde se había reformado la Constitución para asegurar con bases sólidas, la incorporación a un proceso de integración, la Ley 8ª de 21 de marzo de 1973 que aprobó el Acuerdo de Cartagena, no obstante estableció, en su artículo 2, lo siguiente:

> Artículo 2. El Gobierno Nacional podrá poner en vigencia las decisiones de la Comisión y de la Junta del Acuerdo Sub-regional Andina, *siempre que no modifiquen la legislación o no sean materia del Legislador*.
> En cambio, tales decisiones, para su aprobación y entrada en vigencia, deberán ser sometidas al Congreso por el Gobierno, *cuando sean materias de la competencia del Legislador o modifiquen la legislación* existente o cuando el gobierno no haya sido investido de facultades legales anteriores.

En esta forma, en la ley colombiana aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, sin tener en cuenta la novedosa norma constitucional incorporada al Texto en 1968, se negó la aplicación inmediata del derecho comunitario en el orden interno, reservándose al legislador la aprobación de todas y cada una de las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que se refirieran a materias de la competencia del Congreso o que modificaren la legislación existente.[20]

El legislador colombiano, así, a pesar de la autorización constitucional, rechazaba toda idea de transferencia de poderes legislativos a la Comisión del Acuerdo y de aplicación inmediata de las decisiones comunitarias en el orden interno.

En Colombia como en Venezuela, desde el siglo XIX existe un control concentrado de la constitucionalidad de las leyes –en paralelo al control difuso– que se ejerce mediante una acción popular, atribuido desde 1992 a la Corte Constitucional, pero hasta ese momento a la Corte Suprema de Justicia en la cual, incluso, se había creado una Sala Constitucional, como luego ocurrió en Venezuela en 1999.

---

20 Véase Jaime Vidal Perdomo, "Aspectos jurídicos de la aprobación del Acuerdo de Cartagena", *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá,* nº 11, junio 1993, páginas 35 a 39.

En tal virtud, el mencionado artículo 2 de la Ley colombiana aprobatoria del Acuerdo de Cartagena fue impugnado mediante una acción de inconstitucionalidad, al considerarse que vulneraba el artículo 76, ordinal 18 de la Constitución, que autorizaba lo contrario. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, mediante sentencia de 27-2-75, anuló el artículo impugnado, reconociendo la existencia en el orden constitucional de la posibilidad de un traslado de competencias a los órganos comunitarios, lo que significaba una "pérdida de potestades legislativas" del Congreso, "figura cuya inserción en los órdenes internos ha requerido de una reforma constitucional" (la de 1968) contenida precisamente en el artículo 76, ordinal 18 de la Constitución.

Por ello, señaló la Corte:

> Después de la reforma no cabe discusión sobre la capacidad de que pueden gozar ciertas organizaciones internacionales para legislar, con efectos en Colombia, sobre asuntos de su competencia, en los términos que la Constitución establece.

Con base en ello, la Corte Suprema anuló el artículo 2º de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, al considerar que infringía la Constitución, "cuando establece presupuestos a una aptitud del Gobierno que la Carta no ha condicionado", lo que daba origen a una "notoria" contrariedad entre la disposición legislativa y el ordenamiento constitucional.[21]

En esta forma, el problema constitucional de la integración fue resuelto en Colombia, de manera que incluso la Corte Suprema de Justicia, en la aplicación posterior del derecho comunitario andino, se ha pronunciado sobre ello estableciendo, por ejemplo, en sentencia de 1-9-88, que:

> (...) dado el carácter preeminente del derecho comunitario, autorizado por nuestra Constitución, una norma legal doméstica anterior contraria a una de derecho de la integración ha de entenderse derogada, según la operancia de este fenómeno en el derecho colombiano, o *suspendida o desplazada como acostumbra a decirse en aquel derecho;* y una posterior debe tenerse como inconstitucional, no tanto por la fuerza que tenga o el respeto que merezcan los tratados constitutivos o iniciales que constituyen temas controvertibles, sino porque la competencia para regular esas materias, como atributo de la soberanía nacional, ha pasado de las autoridades internas a las comunitarias y esto se ha hecho con fundamento en preceptiva específica de la Carta Política. *Hay, indudablemente, una limitación y una transferencia de potestades de los poderes nacionales a favor de los organismos supranacionales que así, por traslado o cesión, ganan la respectiva competencia.*[22]

En el caso de Venezuela, como se dijo, la Constitución de 1961 sólo contenía la cláusula de principio del artículo 108 que declaraba que la República debía favorecer la inte-

21 Consultada en copia del original.

22 Véase en Galo Pico Mantilla, *Derecho Andino*, 2ª Edición, Quito 1992, páginas 66 y 67.

gración económica latinoamericana. Sin embargo, la discusión constitucional se planteó en idénticos términos que en Colombia, pero a falta de un texto constitucional terminante como el colombiano, el resultado, después de ejercida una acción de inconstitucionalidad contra la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, fue radicalmente opuesta a la solución colombiana.

En efecto, en la Ley Aprobatoria de 1973 del Acuerdo de Cartagena y de las Decisiones más importantes de la Comisión del Acuerdo,[23] que incidían en materias legislativas internas, como la relativa a las inversiones extranjeras, el Congreso –en la misma orientación de la norma de la Ley Aprobatoria de Colombia anulada por la Corte Suprema de Justicia de ese país–, agregó una *declaración interpretativa*, mediante la cual indicó el sentido preciso que atribuyó a las disposiciones del Acuerdo, con el siguiente texto:

> Parágrafo Primero: Las decisiones de la Comisión del Acuerdo que modifiquen la legislación Venezolana o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación mediante Ley del Congreso de la República.

Tal como lo explicó detalladamente la Exposición de Motivos de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena de 1973, la inclusión del parágrafo segundo del artículo Unico de la Ley Aprobatoria obedeció al hecho de que:

> algunas de las Decisiones de la Comisión tienen carácter normativo y contenido general y que las mismas al incorporarse al derecho interno de los países, constituyen normas de rango legal y son, por tanto, de obligatoria observancia por todos los ciudadanos y los órganos del Poder Público. Otras, por el contrario, no tienen tal carácter y, por tanto, se limitan a uniformar políticas o criterios a nivel administrativo, entre los Gobiernos de los países miembros.

Por ello, la misma Exposición de Motivos planteó la cuestión constitucional derivada de la aprobación pura y simple del Tratado, al señalar:

> Esto plantea, necesariamente, el problema de la validez inmediata de los actos comunitarios ya que, si bien se trata de actos previstos en el Acuerdo mismo, y, por tanto autorizados por el Poder Legislativo al menos en principio, cuando se produce la ratificación del Tratado, *no cabe duda de que en el Sistema Constitucional Venezolano la facultad de legislar compete al Poder Legislativo y, en consecuencia, resulta procedente que el Congreso de la República ratifique aquellas Decisiones que contengan normas referentes a las materias que la Constitución define como constitutivas de la "Reserva Legal", colinden o no con disposiciones del Derecho Interno*.

Al igual que sucedió en Colombia, esta norma fue impugnada por medio de una acción de inconstitucionalidad por ante la Corte Suprema de Justicia, la cual en sentencia

23 Véase en *Gaceta Oficial* nº 1.620 Extra, de 1-11-73.

de 10 de julio de 1990 –y contrariamente a lo que había sucedido en Colombia quince años antes– declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad al considerar la aplicabilidad del artículo 128 de la Constitución de 1961, la inaplicabilidad de las excepciones de dicha norma en relación con las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y que la norma no violaba la Constitución, decidiendo lo siguiente:

> 3º) La necesidad de esa aprobación, comporta –acorde al mismo artículo 128– *excepciones:* que el convenio trata de "ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la Ley atribuye al Ejecutivo.

Ahora bien, considera la Corte que, en el caso, *no ocurren esas claras excepciones* a la regla de la aprobación; en efecto:

> a) Al aprobar el Poder Legislativo el Pacto que prevé la Comisión con facultad para dictar Decisiones, en el acto mismo de su aprobación se dejaron a salvo la vigencia y obligatoriedad de aquellas que modifiquen en la legislación nacional o que sean materia de la *competencia del Poder Legislativo.* Entonces, lejos de contener una obligación preexistente, el propio acto legislativo hizo la salvedad del caso. Distinto habría sido la salvedad en Ley posterior que modificara el Tratado.
> b) Lejos de reconocerse principios aceptados por la República, el acto hizo la advertencia respecto de ciertas Decisiones de la Comisión del Acuerdo.
> c) No puede afirmarse que *dar validez absoluta y plena a esas Decisiones signifique ejecución de actos ordinarios,* porque éstos son simplemente los que sirven para cumplir, sin necesidad de requisitos, los convenios ya aprobados, que, pues, no tienen una trascendencia normativa como para convertirse en reglas obligatorias para los habitantes de Venezuela, y por ello la salvedad que se hizo en la Ley aprobatoria estuvo destinada, precisamente, a impedir la fuerza automática de algunas Decisiones, por lo que es imposible encontrar en éstas carácter rutinario o intracedente; y
> d) Desde luego que la salvedad no invade la competencia del Ejecutivo en materia de Tratados, pues, al contrario, la reserva es sólo para los actos de la Comisión que puede modificar la ley interna de Venezuela o correspondan a materias que en nuestro país son de la reserva legal; esto es, en modo alguno se invade el ámbito de atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional en materia de relaciones internacionales.

Efectivamente, la Comisión –y la Junta– se creó para cumplir el Pacto, pero si dentro de la propia Ley aprobatoria se consignó la salvedad, de esa manera fue formulada tal Ley y se promulgó con la excepción, el Ejecutivo celebra el Tratado, pero, en ejercicio de su facultad constitucional de aprobación, el Congreso *puede incorporar limitaciones que no menoscaben ni invadan atribuciones de aquél, y en el caso la salvedad se contrajo, justamente, a las modificaciones de leyes internas (que es potestad del Congreso acorde al*

artículo 177) o actos de la Comisión que, en Venezuela, tienen el carácter de "reserva legal", esto es, que solamente pueden ser dictados por el Poder Legislativo venezolano. Por eso, la salvedad es parte integrante de la aprobación y en esas condiciones quedó debe ser cumplida, porque el Congreso lo que hizo fue *dejar constancia de que actos de su competencia interna no están sometidos a la determinación de la Comisión del Acuerdo, convirtiéndolo en organismo supranacional de índole legislativa.*

No puede verse en las Decisiones de la Comisión actos de simple ejecución del Tratado, porque nuestro Congreso no lo quiso así al ejercer la atribución constitucional, recordando que en lo interno sólo él tiene la potestad legislativa. Nuestro Congreso no aceptó delegar su competencia en la Comisión, y esa determinación no vulnera la Constitución, sino que, por lo contrario, tiene la trascendencia del acto soberano del órgano encargado de dictar leyes y de derogarlas, modificarlas o reformarlas, así como de ejercer, exclusivamente, los actos que por la Constitución, ameritan de una Ley. El Tratado fue aprobado en esas especiales condiciones y si ello trae como consecuencia situaciones difíciles, *la Corte no puede, pasando por la voluntad del Congreso que no ha contrariado el texto constitucional, dejar sin efecto una norma dictada en ejercicio de la potestad legislativa de ese órgano nacional.*

En conclusión, juzga la Corte que en la norma impugnada no se incurrió en violaciones de la Constitución venezolana, por lo cual la nulidad no procede.[24]

En consecuencia, conforme a esta sentencia, las Decisiones de la Comisión que modificaran la legislación nacional o incidieran en materias reservadas al legislador, debieron ser aprobadas por Ley para que pudieran entrar en aplicación en Venezuela.

Para declarar sin lugar la demanda de nulidad, la Corte Suprema afirmó dos principios fundamentales relativos a las relaciones del derecho internacional con el derecho interno en el ámbito de la integración andina:

En *primer lugar,* que las Decisiones de los órganos del Acuerdo de Cartagena, -ahora Comunidad Andina-, no se podían considerar como actos ordinarios en las relaciones internacionales a los cuales se podrían aplicar las excepciones que establecía el artículo 128 de la Constitución en cuanto a la exigencia de su aprobación por Ley especial.

En segundo lugar, que en Venezuela existían materias constitucionalmente reservadas, en cuanto a su regulación, al Congreso, es decir que, "tienen el carácter de "reserva legal", esto es, que solamente pueden ser dictados por el Poder Legislativo venezolano".

En esta forma por decisión del órgano judicial que tenía a su cargo el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, la exigencia fundamental del proceso de integración, quedaba entrabada.[25]

Debe señalarse que antes de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en 1983, el Congreso había sancionado la Ley Aprobatoria del Tratado que crea el Tribunal de Justicia

24 Véase en *Revista de Derecho Público*, nº 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, p. 100.

25 Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carías, "El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de Tratados Internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana", *Revista de Derecho Público*, nº 44, Caracas 1990, páginas 225-229.

del Acuerdo de Cartagena,[26] en la cual, en igual forma que la declaración interpretativa de la Ley Aprobatoria del Acuerdo, incorporó un artículo con el siguiente texto:

> Artículo 2. Las decisiones de la Comisión *que modifiquen la legislación venezolana, o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación, mediante Ley del Congreso de la República*.

De acuerdo con estas normas legales, en consecuencia, fue práctica regular en Venezuela, hasta 1992, que todas las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que se refirieran a materias legislativas, fueron aprobadas por Ley del Congreso; y las que no fueron aprobadas por ley, como las decisiones sobre propiedad industrial (Decisiones 85 y 311), no tuvieron aplicación en el país.

Sin embargo, el propio Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena establecía en su artículo 2 que "Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobados por la Comisión".

Esta norma, precisamente contraria a lo previsto en el artículo 2º de la Ley Aprobatoria del propio Tratado, se interpretó en el sentido de que la aplicación inmediata de las decisiones de la Comisión sólo se refería a aquellas que no tuvieran por objeto materias de la competencia del legislador nacional venezolano. Así sucedió, como se dijo, hasta 1992, de manera que todas las decisiones de la Comisión que incidían en la legislación, o fueron aprobadas por Ley en cada caso, o no tuvieron aplicación en Venezuela.

La situación, sin embargo, cambió radicalmente en Venezuela a partir de 1992, por las exigencias prácticas del proceso de integración. En efecto, a partir de la *Gaceta Oficial* nº 4284 de 28-6-92, el Ejecutivo Nacional comenzó a publicar en la misma, sin aprobación legislativa y sin ningún acto estatal o nota alguna siquiera que razonara la publicación, las Decisiones de la Comisión del Acuerdo, que incidían sobre cuestiones legislativas, como sucedió con la Decisión 282 sobre Normas Antidumping; la Decisión 284 sobre Normas restrictivas a las exportaciones; la Decisión 285 sobre Normas restrictivas de la Libre Competencia; la Decisión 291 sobre Régimen de Capitales Extranjeros; la Decisión 292 sobre Empresas Multilaterales; la Decisión 313 sobre Régimen Común de Propiedad Industrial y su reforma, la Decisión 344 publicada en 1994, y que modificó la Ley de Propiedad Industrial de 1955; y la Decisión 351, sobre Régimen Común de Derecho de Autor y derechos conexos, que a su vez modificó la Ley sobre Derecho de Autor.

El Ejecutivo Nacional, incluso, reglamentó algunas de estas Decisiones, como sucedió con el Reglamento de la Ley sobre Derecho de Autor y de la Decisión nº 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena[27] e, incluso, la Corte Suprema de Justicia, aplicó en

26 Véase en *Gaceta Oficial* nº 3.216 Extraordinario de 7-7-1983. Véase los comentarios sobre ese texto en Allan R. Brewer-Carías, "La proyectada creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena y la cuestión constitucional en el proceso de integración económica latinoamericana" en *Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado D. Roberto Goldschmidt*, Caracas 1978, Maracaibo 1979, páginas 148-197.

27 Decreto nº 618 de 11-4-95, en *Gaceta Oficial* nº 4891 Extraordinaria de 26-04-95.

sus sentencias el texto de algunas de esas Decisiones, como la Decisión 313 sobre Régimen Común de Propiedad Industrial.[28]

En esta forma, sin previsión expresa constitucional alguna y durante algún tiempo, incluso, en forma manifiestamente contraria a lo establecido en las Leyes Aprobatorias de los dos instrumentos mas importantes del proceso de integración andina, el Acuerdo de Cartagena y el Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo, Venezuela pretendió avanzar en el proceso de integración, sobre la base de interpretaciones, sin bases constitucionales sólidas.

En todo caso, debe mencionarse que la declaración interpretativa antes mencionada que incorporó el Congreso en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena de 1973, se eliminó en la Ley Aprobatoria del Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) del 10 de marzo de 1996[29] (Protocolo de Trujillo); y en igual sentido, dicha cláusula interpretativa, que se había incorporado en la Ley aprobatoria del Tratado que crea el Tribunal Andino de Justicia de 1983, también se eliminó en la Ley aprobatoria del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 28-5-96.[30]

Esta no inclusión de la mencionada declaración, por supuesto, no tenía efecto alguno, pues la cláusula del mencionado Parágrafo Segundo del artículo Único de la Ley Aprobatorio de 1973, *continuó vigente*, pues los Protocolos Modificatorios posteriores a la Ley de 1973, como el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Andina de 1996, fueron reformas parciales, en este último caso, destinada a sustituir el Capítulo II del Acuerdo relativo a "la Comunidad Andina y al Sistema Andino de Integración" agregando varios artículos, pero dejando el resto del Acuerdo tal como fue aprobado por la Ley Aprobatoria de 1973 y sus modificaciones parciales posteriores, *la cual continuó vigente junto con su Parágrafo Segundo del artículo Único,* que la antigua Corte Suprema encontró ajustado a la Constitución.

En todo caso, la razón constitucional por la cual se había incorporado la referida declaración interpretativa en las Leyes aprobatorias de dichos Tratados de 1973 y 1983, respectivamente, siguieron siendo las mismas, ya que la Constitución de 1961 sólo fue modificada para subsanar las exigencias constitucionales de la integración andina en 1999, por lo que la no inclusión de la declaración en las leyes aprobatorias de los Protocolos modificatorias de los Tratados, no cambió en nada la situación constitucional que derivaba de la no previsión, en el Texto Fundamental de 1961, de norma alguna que autorizase la transferencia de competencias que se atribuían al Legislador, a los órganos de la Comunidad Andina. Ello, incluso, fue así, por disposición expresa del Acuerdo de Cartagena, por ejemplo, en materia de Propiedad Industrial, cuyo régimen común, conforme al artículo 52 de la Codificación del Acuerdo de Cartagena,[31] la Secretaría General *debía someter a la consideración* de los países miembros, por supuesto, para que estos lo adoptasen, pues de acuer-

28 Caso *Nintendo*, Corte Suprema de Justicia, Sala Política Administrativa de 03-08-1995.
29 *Gaceta Oficial* nº 36116 de 30-12-96.
30 *Gaceta Oficial* nº 5187 Extraordinaria de 5-12-97.
31 Decisión nº 406 de 25-6-97, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* nº 273, Lima 4-7-97.

do a dicha norma, estos se "comprometen a adoptar las providencias que fueren necesarias para poner en práctica" ese régimen común. Ello, por tanto, excluía cualquier aplicación directa de decisiones de la Comisión en esa materia, en los Estados miembros.

De acuerdo con el artículo 128 de la Constitución de 1961, que adoptó el modelo dualista,

> Artículo 128.- Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser *aprobados mediante ley especial* para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, la Comisión Delegada del Congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación del Congreso.
> En todo caso, el Ejecutivo Nacional dará cuenta al Congreso, en sus próximas sesiones, de todos los acuerdos jurídicos internacionales que celebre, con indicación precisa de su carácter y contenido, estén o no sujetos a su aprobación.

Por tanto, puede decirse que el artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 1997 estaba en abierta contradicción con dicha norma, al establecer en los artículos 2 y 3 que:

> Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.
> Artículo 3.- 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 a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo*, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Mediante esta norma se pretendieron transferir, ceder o delegar a los órganos de la Comisión Andina (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y Comisión de la Comunidad Andina) competencias legislativas que conforme a los artículos 136, 24, 139 y 162 de la Constitución de 1961, correspondían ser ejercidas exclusivamente por las Cámaras Legislativas; autorizándose, en consecuencia, sin respaldo constitucional, a dichos órganos de la Comunidad Andina, a dictar Decisiones en materias de la reserva legal del Congreso y, que sin ser leyes de la República, modificaban leyes de la misma, en violación de lo establecido en el artículo 177 de dicha Constitución, y que se pretendió que entraran en aplicación en Venezuela sin su debida incorporación al derecho interno, conforme al artículo 128 de la Constitución de 1961, que también se violó; todo lo cual

evidenciaba que para la mencionada Ratificación no cumplieron "los requisitos constitucionales y legales por parte de la República".

La Constitución de Venezuela de 1961, ni en su artículo 108, ni en su artículo 128, ni en ninguna otra de sus normas, autorizaba al Congreso ni al Presidente de la República a transferir por una Ley Aprobatoria de un Tratado ni por el acto de su ratificación, competencias atribuidas por los artículos 136, 24, 139 y 162 de la Constitución exclusivamente a las Cámaras Legislativas actuando como cuerpos colegisladores, a órgano alguno de carácter internacional o supranacional, para que estos regulasen directamente y con efectos inmediatos, sin la aprobación legislativa exigida en el artículo 128 de la Constitución, materias de la reserva legal de las Cámaras Legislativas, como sucedió, por ejemplo, con la Decisión nº 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sobre Régimen Común sobre Propiedad Industrial, de fecha 21-10-93, y que fue publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela nº 4676 Extraordinario de 18-1-94, en un acápite denominado "Junta del Acuerdo de Cartagena". Dicha Decisión, sin embargo, estuvo en aplicación fáctica en el país y derogó parcialmente la Ley de Propiedad Industrial de 1955, la cual sin embargo estaba vigente, pues sólo el Congreso estaba habilitado constitucionalmente conforme al artículo 177 de la Constitución, para derogarla por otra ley dictada conforme al artículo 162 del mismo Texto Fundamental.

En igual sentido, la Decisión Nº 418 de la Comunidad Andina de 30 de julio de 1997 sobre Expedición de Registro o Inscripción Sanitaria, que entró en vigencia el 1º de enero de 1998, la cual ni siquiera se publicó en la *Gaceta Oficial* de Venezuela, al establecer el silencio positivo en los procedimientos de registros sanitarios, modificó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo cual no podía hacerse sino mediante otra Ley Orgánica dictada por las Cámaras Legislativas.

Esta era la situación en la víspera del proceso de reforma constitucional que se inició en Venezuela en 1999 mediante la convocatoria y elección de una Asamblea Nacional Constituyente, lo que fue una ocasión propicia para resolver la cuestión constitucional de la integración.

III. La cuestión constitucional pendiente en 1999 y la propuesta para establecer las bases constitucionales para la integración regional que se acogió en la Constitución de 1999

De acuerdo con el conjunto de actos normativos reguladores de una Comunidad Andina, el artículo 3 del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, sin duda, constituye una pieza esencial dentro del proceso de integración regional, que tiene por objeto asegurar los poderes de los órganos supranacionales del Acuerdo de Cartagena (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y Comisión de la Comunidad Andina) en la regulación de las materias de su competencia (independientemente de que puedan constituir materias de reserva legal en cada Estado Miembro), y que las *Decisiones* que dicten (así sean en las mismas materias que en los Estados Miembros corresponden ser reguladas por Ley de los órganos legislativos), deben tener no sólo aplicación directa e inmediata en los Estados Miembros, sin nin-

gún requisito de incorporación al derecho interno (salvo que la misma Decisión, en su texto, así lo disponga) sino, consecuencialmente, primacía o prelación en cuanto a las leyes que formen el derecho interno de los Estados Miembros.

Esta concepción que deriva del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, sin duda, respondió al más clásico de los principios de la integración regional comunitaria que derivaban de los más de cincuenta años de experiencia del proceso europeo. En ningún otro continente del mundo se ha desarrollado ni se desarrolla un proceso de integración fundado en los principios de supranacionalidad y derecho comunitario, salvo en Europa, con las Comunidades Europeas y la Unión Europea, y en América Latina, con la experiencia del Acuerdo de Cartagena y de la Comunidad Andina. Por tanto, los principios que debían regir el proceso andino no tenían otra fuente de inspiración conceptual y jurídica que los derivados del proceso europeo, los cuales se elaboraron, más que por nuevas concepciones del derecho internacional aplicado a la integración, gracias a los aportes del derecho constitucional originados en los aportes de las Constituciones de cada uno de los países de la Unión Europea.

Incluso, a pesar de las precarias bases constitucionales del proceso de integración andino, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en diversas decisiones, tocó y decidió sobre los aspectos fundamentales de las exigencias constitucionales del proceso de integración. Por ejemplo, en sentencia de 10.6.87 (caso nulidad Decisión 252 de la Junta), se refirió al proceso de la integración en el Pacto Andino, como:

> una manifestación de la soberanía conjunta y compartida de los Países Miembros, por lo que no puede ser desconocido y tampoco alterado por ninguno de ellos, mucho menos por sus órganos de gobierno...Todo proceso de integración consiste, fundamentalmente en superar los límites nacionales de los países que intentan integrarse para lograr el surgimiento de una unidad mayor que funcione como tal, en conjunto.[32]

En otra sentencia de la misma fecha 10.6.87 (caso nulidad de la Decisión 253 de la Junta), el Tribunal señaló que:

> el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es *imperativo, de aplicación obligatoria,* en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Organos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una *comunidad de derecho* cual es la constituida en el Pacto Andino.[33]

En el mismo año, en una decisión del 3-12-87 dictada con motivo de la interpretación de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo, al constatar que con la creación del

32 Véase en Galo Pico Mantilla, *op. cit.*, p. 58.
33 *Idem*, p. 59.

Tribunal de Justicia del Acuerdo los Estados miembros "han delegado en el órgano judicial comunitario" la interpretación de las normas comunitarias, señaló que era:

> necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internacionales o nacionales, por ser *característica esencial del Derecho Comunitario*, como requisito básico para la construcción integracionista.[34]

Así lo reconoció, por otra parte, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en su XXIX período de sesiones de 1980, al declarar que:

> a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tienen identidad y autonomía propia, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamiento jurídicos nacionales; b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros; c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el Artículo 21 del Reglamento de la Comisión. En consecuencia, dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia.

Por su parte, en el Acta de Caracas de mayo de 1991 suscrita por los Presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela con ocasión del Quinto Consejo Presidencial Andino, se declaró expresamente en relación a los aspectos institucionales y al cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, la voluntad de:

> a) Reiterar el principio de la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el Artículo 3º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión.

Por ello, en el Protocolo Modificatorio del Tratado que creó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su artículo 2º se reiteró este principio, como antes se ha señalado.

En esta forma, indudablemente, en el área andina la integración llevó siempre dos ritmos: uno voluntarista, de compromiso con la integración básicamente a cargo de órganos Ejecutivos de los Estados Miembros; otro, absolutamente escéptico en relación al proceso, a cargo de los órganos Legislativos de los Estados Miembros, apoyados en la ausencia de soluciones constitucionales adecuadas para cumplir con las exigencias de la integración. Con este doble ritmo, sin duda, no podía avanzarse seriamente en el proceso. Ese era, desde el punto de vista institucional, el problema de la integración andina, a lo que se

34 *Idem*, p. 60.

sumaba la inexistencia de fundamento constitucional en los Estados miembros (con la excepción de Colombia) para todos los propósitos y principios de la integración regional.

En contraste, en Europa, en la mayoría de cuyos países se seguía el criterio dualista en relación al derecho internacional público –que dicho sea de paso no es nada clásico ni obsoleto–, no habría sido posible la construcción de la doctrina de la supranacionalidad si no hubiese sido porque las Constituciones autorizaron expresamente a los órganos constitucionales internos, la posibilidad de transferir competencias constitucionales y porciones de su soberanía –concepto que tampoco es obsoleto, sino muy actual, como lo expresaron hace algunos años el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Consejo Constitucional francés, al juzgar la constitucionalidad del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea en 1992– a los órganos supranacionales comunitarios de las entonces Comunidades Europeas y ahora de la Unión Europea.

Por ello, la integración europea es lo que es actualmente, gracias a las previsiones constitucionales en cada Estado Miembro, sin las cuales simplemente no habría ni supranacionalidad, ni limitaciones a la soberanía de los Estados, ni derecho comunitario.[35]

En América Latina, como se ha dicho, no se siguió el mismo modelo; y en cambio se pretendió seguir los principios que en Europa fueron producto de previsiones y reformas constitucionales en cada uno de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas, sin previsiones constitucionales expresas que autorizasen las limitaciones a los poderes soberanos constitucionalmente otorgados en cada Estado Miembro a sus órganos constitucionales, y la transferencia, cesión o delegación de esos poderes a órganos supranacionales comunitarios. En el área andina, como se ha visto, hasta 1999 sólo la Constitución colombiana tenía previsiones expresas en este sentido y la Constitución venezolana de 1961 nada preveía sobre la posibilidad de limitar la competencia legislativa del Congreso regulada y prevista expresamente en los artículos 136,24, 139 y 162 y de que el propio Congreso mediante una Ley Aprobatoria de un Tratado, pudiera transferir, delegar o ceder dichas competencias legislativas a órganos supranacionales comunitarios, como era la Comisión de la Comunidad Andina, la cual en tal virtud, tendría la potestad de legislar sobre materias que el artículo 136 de la Constitución atribuía al Poder Nacional, incluso con primacía sobre las leyes que en las mismas materias sancionaran las Cámaras Legislativas.

Al contrario de lo que sucede en todos los Estados Europeos miembros de la Unión Europea y de lo previsto en la Constitución de Colombia, en Venezuela no había norma constitucional alguna que permitiera estas limitaciones a los poderes de los órganos constitucionales nacionales y la transferencia, cesión o delegación de los mismos a los órganos de la Comunidad Andina.

Por tanto, en países cuyas Constituciones no resuelven la cuestión constitucional, como era el caso de Venezuela, por más voluntad integracionista que existiera, los obstáculos constitucionales no podían ser superados con simples interpretaciones, que pueden

35 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Implicaciones constitucionales del proceso de integración económica regional,* Caracas, 1997; Allan R. Brewer-Carías, "Las exigencias constitucionales de los procesos de integración y la experiencia latinoamericana" en *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho,* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999, pp. 279-317.

ser cambiantes, sino con reformas constitucionales, como ocurrió en Europa; y menos aún podía interpretarse que la Constitución había sido reformada por la ratificación de los Tratados del Acuerdo de Cartagena y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Ello no era posible en la Constitución de 1961, la cual tampoco admitía la posibilidad de interpretar que todas las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, así fueran las que modificaran la legislación interna, eran "derivativas" de obligaciones preexistentes de la República, y que conforme al artículo 128 de dicha Constitución no requerían de aprobación por Ley. Ello, habría significado sido vaciar de contenido el artículo 128 de la Constitución de 1961 y modificarlo por vía interpretativa.

Precisamente, por ello, con razón, la necesidad de darle fundamentos sólidos al proceso de integración en Venezuela, había venido originado propuestas para incorporar a la reforma de la Constitución que había estado estudiando desde 1992, en la norma que se refiere a la integración, un párrafo con el siguiente texto:

> En los Tratados que tengan por objeto promover o consolidar este proceso podrá convenirse en atribuir a los organismos e instituciones de integración, el ejercicio de determinadas competencias que esta constitución haya conferido a los poderes del Estado. Las decisiones de éstos organismos o instituciones tendrán efectos directos para la población en la medida en que lo establezca el Tratado.

Pero no fue sino hasta 1999, cuando con motivo de la elección de la Asamblea Nacional Constituyente que se instaló en agosto de 1999, que surgió la posibilidad real de resolver el problema constitucional de la integración regional. Con tal motivo, al mes de haberse instalado la Asamblea, mediante comunicación de 6 de septiembre de 1999, presentamos a la misma una comunicación en relación con la necesidad de resolver, en el nuevo texto constitucional que debía elaborar, *las exigencias jurídico-constitucionales de la integración regional,* en particular, de las que planteaba la Comunidad Andina, las cuales no habían podido ser resueltas con la exigua norma contenida en el artículo 108 de la Constitución de 1961. En dicha comunicación expresamos lo siguiente:

1. La integración económica y las exigencias constitucionales

En efecto, uno de los procesos de mayor importancia para el futuro de América Latina, sin duda, es el proceso de integración económica. Los Estados europeos lo diseñaron como la única vía para recomponer sus economías y, en consecuencia, mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Para ello, después de la II Guerra Mundial procedieron a la constitución de un bloque económico, a través del cual implementaron mecanismos de cooperación, facilitando el intercambio de bienes y servicios entre los Estados. Inicialmente el proceso de integración fue por sectores, razón por la cual en 1951, nació la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) mediante la firma del Tratado de París y, posteriormente, abarcó otros aspectos a cuyo efecto suscribieron, en 1957, los Tratados de Roma que crearon a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom).

En todo caso, y a pesar de tratarse de un proceso novedoso en el campo internacional, debe decirse que desde el punto de vista constitucional, el proceso de integración europeo, desde sus inicios y en todas sus fases, siempre fue precedido de un *reacomodo de las Constituciones de los Estados miembros,* para permitirlo y posibilitarlo, de manera de evitar, en lo posible, todo conflicto entre lo que ha significado, jurídicamente, la integración económica, la Comunidad y la Unión; con lo previsto en las Constituciones de los Estados miembros; siendo las reformas constitucionales una exigencia y a la vez, consecuencia lógica y necesaria para el avance de la integración. (Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas 1998).

En América Latina, el proceso de integración en proceso de implementación de más vieja data fue el iniciado en 1969, por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, al cual Venezuela se adhirió, con posterioridad, en 1973. Mediante dicho Acuerdo los países miembros convinieron, entre otros objetivos, en la armonización de las políticas económicas y sociales, la aproximación de sus legislaciones en las materias pertinentes, la adopción de un arancel externo común y el desarrollo de un programa para la liberalización del intercambio comercial.

Sin embargo, en contraste con lo que sucedió en Europa, las Constituciones de los países de América andinos, salvo el caso de Colombia, no han solucionado los problemas jurídicos que plantea el ingreso a procesos de integración económica de carácter comunitario. Por ello, en América Latina, el problema constitucional de la integración es el problema jurídico más importante que debe ser resuelto, pues sin su solución, no podrán existir las bases jurídicas sólidas que requiere el proceso de integración regional.

2. La consecuencia de la integración: el derecho comunitario

Ante todo debe señalarse que el desarrollo de las Comunidades Europeas y del Pacto Andino (hoy Comunidad Andina), ha implicado el surgimiento de una serie de instituciones que deben velar por el cumplimiento de los fines de la integración o "comunitarios", los cuales, en más de una oportunidad pueden ser distintos e, incluso, opuestos a los de los Estados miembros. En esta forma, en el ámbito europeo nacieron la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia Europeo. En nuestro contexto, el Acuerdo de Cartagena creó a la Junta (hoy Secretaría General), la Comisión y el Tribunal de Justicia Andino.

Por otra parte, para garantizar la ejecución de los fines de la integración, progresivamente resultó indispensable que los Países miembros transfirieran a los órganos comunitarios, competencias originalmente reservadas por las Constituciones nacionales a los órganos de los poderes nacionales. Así sucede por ejemplo, con el establecimiento de un arancel externo común, que tiene que pasar a ser una competencia "comunitaria" no siendo posible, una vez establecido, que los países miembros puedan llegar a fijar aranceles distintos a los que establezca el órgano comunitario competente. Para ello es indispensable que en casos como el señalado, los órganos del Poder Público Nacional cedan sus competencias en esas determinadas materias a los órganos supranacionales.

Desde el punto de vista jurídico, la consecuencia fundamental del surgimiento de dichas instituciones supranacionales, es el nacimiento de un nuevo derecho: el Derecho Comunitario, conformado por el conjunto de tratados que originan la comunidad y por las normas dictadas por los órganos comunitarios para garantizar el cumplimiento de los objetivos comunes fijados. La doctrina y jurisprudencia europea tradicionalmente señalan que el referido Derecho Comunitario comprende a su vez, el Derecho Comunitario originario, constituido por los tratados suscritos por los Estados miembros como actores del Derecho Internacional Público y sus modificaciones; y el Derecho Comunitario derivado, integrado por el conjunto de normas de diverso rango, emanadas de los órganos comunitarios o supranacionales creados.

El Derecho Comunitario, por lo tanto, es un derecho distinto, novedoso, que cabalga entre el Derecho Internacional y el Derecho interno de cada país miembro.

3. Los principios rectores del derecho comunitario y su solución constitucional

La vasta doctrina y jurisprudencia europea así como la andina, han dejado claramente definido el criterio de que para garantizar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en los Países miembros es indispensable el cumplimiento de al menos tres requisitos: en *primer lugar*, la atribución de competencias propias de los órganos constitucionales de los Estados a los órganos comunitarios; en *segundo lugar*, la primacía del derecho comunitario y su exclusión del ámbito de los controles constitucionales internos de cada país; y, en *tercer lugar*, la aplicación directa de la normativa dictada por dichos órganos. Para ello, como lo enseña el ejemplo europeo, la única manera para garantizar el cumplimiento de los principios antes señalados en cada uno de los Países miembros, es que sus respectivas Constituciones consagren expresamente, por una parte, la posibilidad de transferir competencias a órganos comunitarios y, por la otra, el efecto directo de dicha normativa en el ámbito interno.

De ello resulta que no se puede llegar a desarrollar un régimen de integración económica efectivo, desconociendo o coartando en el orden interno el contenido y aplicación de los principios que rigen el Derecho Comunitario, a cuyo efecto las Constituciones de los países miembros deben regular el tema. Por ello, si se analiza la experiencia europea se puede apreciar que todos y cada uno de los Estados de la actual Unión Europea consagraron en sus Constituciones, previamente al ingreso a las Comunidades o a la Unión, la posibilidad de atribuir competencias que corresponden a los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales nacionales a órganos comunitarios, con la previsión expresa de aceptar limitaciones a su soberanía.

Además, a medida que se ha ido profundizando el proceso de integración europea, como ha sucedido con el reciente paso de la Comunidad Europea a la Unión Europea, y su consolidación a través de los Tratados de Maastricht y de Amsterdam, la aprobación de estos instrumentos conllevó a que se realizaran reformas constitucionales (como por ejemplo, los casos de Alemania, Francia y España, países que tuvieron que proceder a realizar dichas modificaciones, después de emitidas las decisiones de sus respectivos Tribunales

Constitucionales, que así lo impusieron) e incluso *Referéndum,* (como fue el *Referéndum consultivo* de Francia, o el de Dinamarca) en los Estados de la Unión.

De lo anterior resulta, por tanto, que en Europa, el problema jurídico de la integración *siempre ha encontrado solución en las normas constitucionales de los Estados Miembros,* de manera que el derecho comunitario se fundamenta, en último término, en la Constitución de cada uno de ellos.

En Latinoamérica con excepción de las Constituciones de Argentina, Colombia y Paraguay, ninguna otra resuelve en forma clara y expresa la problemática de la transferencia de competencias a órganos comunitarios, sin lo cual resulta imposible concebir un régimen de integración.

En el área andina, en todo caso, se destaca la Constitución de Colombia que establece en su artículo 227 (norma inicialmente incorporada en la reforma de 1968, previa a la suscripción del Acuerdo de Cartagena), lo siguiente:

> El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe, mediante la celebración de tratados que, sobre las bases de equidad, igualdad y reciprocidad, *creen organismos supranacionales*, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La Ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

Adicionalmente, en el artículo 150, numeral 16, del Capítulo 3, de la misma Constitución relativo a la formación de las leyes, establece que el Congreso, entre otras, tiene la siguiente función:

> Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, *transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados*.

Ninguna otra Constitución de los países que conforman la Comunidad Andina resuelve, en esta forma, el problema jurídico de la integración económica, lo que hace el desarrollo del proceso absolutamente precario.

4. La Constitución de 1961: su insuficiencia, y la propuesta de Reforma Constitucional de 1992

En el caso de Venezuela, la Constitución de 1961 sólo contiene un artículo que hace una referencia muy general al proceso de integración, como sólo podía suceder en 1961, cuando aún el proceso de supranacionalidad no había encontrado carta de naturaleza en Europa. En efecto, el artículo 108, ubicado en el Capítulo V que versa sobre los Derechos Económicos, pauta que:

> La República *favorecerá la integración económica latinoamericana.* A este fin se *procurará* coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes.

Parte de la doctrina nacional ha pretendido fundamentar en este artículo el proceso de integración andina; al contrario, consideramos que dicho texto no es suficiente para que pueda proceder la delegación de las competencias constitucionales atribuidas a los órganos nacionales, hacia los órganos supranacionales.

Precisamente, en virtud de las discusiones que han surgido por la insuficiencia del contenido del artículo 108 antes citado, como fundamento del proceso integracionista, y en vista de la necesidad de darle una base incuestionable a éste, surgió, en 1992, la propuesta de incorporar a la reforma de la Constitución que se discutía en aquel entonces, en la norma que se refiere a la integración, un párrafo con el siguiente texto:

> En los Tratados que tengan por objeto promover o consolidar este proceso *podrá convenirse en atribuir a los organismos e instituciones de integración, el ejercicio de determinadas competencias que esta Constitución haya conferido a los poderes del Estado. Las decisiones de éstos organismos o instituciones tendrán efectos directos para la población en la medida en que lo establezca el Tratado.*

Con una norma de esta naturaleza, el problema jurídico de la integración económica regional quedaría, sin duda, resuelto para Venezuela.

5. El contenido en materia de integración del Proyecto de Constitución Bolivariana propuesto por el Presidente Chávez: sus insuficiencias y contradicciones

Ahora bien, en contraste con aquella propuesta, en el Proyecto de Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez Frías a la Asamblea Nacional Constituyente, sólo se incorpora un artículo tendiente supuestamente a fomentar el proceso de integración económica, que como una voluntad integracionista, sigue el sentido del artículo 108 de la Constitución de 1961, cuyo texto es del tenor siguiente:

> Artículo.- *La República favorecerá la integración económica latinoamericana y caribeña, defendiendo los intereses económicos, sociales y políticos del país, para insertarse en óptimas condiciones en el proceso de cambios mundiales ya en marcha.* Para estos fines procurará fortalecer la cooperación económica, técnica y la coordinación de recursos y esfuerzos entre los Estados, para incrementar el desarrollo humano sustentable.

Es evidente, que con dicho artículo, a estas alturas del proceso de integración del área andina, no se resuelve la cuestión constitucional de la integración, puesto que prácticamente repite o tiene el mismo alcance del artículo 108 de la Constitución de 1961. Si

Venezuela quiere avanzar efectivamente en un proceso de integración como parte de la Comunidad Andina, se requiere, repetimos, una norma constitucional que permita, en forma clara y diáfana, la transferencia de competencias constitucionales atribuidas a los órganos de los poderes nacionales, a órganos supranacionales y sostener, por ende, la primacía del derecho comunitario.

La norma que se propone en el Proyecto presentado por el Presidente Chávez, no atiende a la verdadera consagración de un régimen de integración que exige, insistimos, la recepción automática de las normas de los organismos comunitarios en el ordenamiento jurídico interno, verdadera base y garantía de un sistema comunitario.

En consecuencia, se puede afirmar que en el Proyecto presentado por el Presidente Chávez persiste la falta de fundamento constitucional para la integración, puesto que la norma señalada, ubicada en el Título V "Del Sistema Socioconómico", además de ser insuficiente, es de carácter programático, en la cual se califica la integración como económica y como latinoamericana y caribeña**,** lo cual significa una limitación a su ámbito, porque la verdadera no sólo opera en el campo económico, sino que abarca otros ámbitos, como por ejemplo, el social.

Al contrario, en la nueva Constitución se requiere una norma constitucional que autorice expresamente la transferencia de competencias nacionales a los órganos supranacionales y la consecuencial limitación a los poderes constitucionales de los órganos constitucionales nacionales, entre ellos, del Congreso.

Pero además de la insuficiencia del Proyecto presentado por el Presidente Chávez en la solución de las exigencias constitucionales de la integración, debe destacarse el contenido de otra norma del mismo Proyecto que se encuentra ubicada en el Título V "Del Sistema Socieconómico", que resulta totalmente contraria a la posibilidad de resolver la cuestión constitucional de la integración; según el cual:

> Artículo.- *Se considera nula y no escrita cualquier cláusula que, como consecuencia de compromisos* crediticios, tecnológicos, comerciales, educativos o de cualquiera otra índole, *condicione o limite la potestad soberana de la República para legislar y adoptar medidas en materia económica*. (Cursivas agregadas)

Conforme a este artículo, entonces, cualquier cláusula contenida en un compromiso internacional de orden comercial (léase, ámbito económico), que limite o condicione la potestad soberana de la República para "legislar y adoptar medidas en materia económica" será nula.

Por tanto, aún cuando se considerase que el primer artículo antes comentado consagrase una verdadera posibilidad de integración económica, con todas las consecuencias que ello acarrea (entiéndase, la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por los órganos comunitarios supranacionales, que éstas sean directa e inmediatamente aplicables, teniendo primacía el derecho comunitario sobre el derecho interno), resultaría imposible sostener ambos artículos a los fines de que se desarrolle un verdadero régimen de integración, puesto que éstos, en su contenido, son contradictorios y, por ende, excluyentes.

En efecto, cualesquiera decisiones que adoptasen los órganos comunitarios supranacionales relativas a materias económicas que, precisamente, con motivo de la integración

económica constituyen una limitación a la competencia legislativa y ejecutiva nacional, y pasan a tener prevalencia sobre las que al respecto haya dictado el poder legislativo nacional, con ocasión de la transferencia de competencias a dichos órganos supranacionales, serían, según el artículo del proyecto constitucional propuesto, nulas. Con ello, existiría una evidente contradicción con la norma integracionista, rompiéndose así uno de los principios o pilares fundamentales del derecho comunitario, como lo es, la sumisión del derecho interno a lo que en materias ya reguladas en la legislación nacional dicten los órganos comunitarios supranacionales, en virtud de las competencias transferidas a éstos.

Por tanto, dicho artículo anula cualquier voluntad integracionista y más aún, la posibilidad real y efectiva de instaurar un régimen de integración, en virtud de que imposibilita la transferencia de competencias legislativas en materia económica a los órganos supranacionales.

6. Propuesta de norma constitucional para el nuevo texto

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto y en virtud de las numerosas discusiones que ha planteado la redacción tan vaga del artículo 108 de la Constitución de 1961, así como las observaciones críticas que hemos formulado a las normas contenidas en el Proyecto de Constitución Bolivariana, presentado a la Asamblea por el Presidente Chávez, proponemos a la Comisión la inclusión en el Proyecto de Constitución, en sustitución de las normas mencionadas, del siguiente artículo:

> *Artículo – De la integración:*
> La República favorecerá y promoverá la integración económica, social y política, particularmente con los países latinoameri-canos y del Caribe. Con tal objetivo, el Estado podrá celebrar tratados, acuerdos o pactos que sobre la base de la equidad, igualdad y reciprocidad, establezcan organismos supranacionales, a los cuales se les podrá transferir determinadas competencias atribuídas a los poderes públicos nacionales, estadales o municipales. Las normas dictadas por dichos organismos supranacionales serán de aplicación directa en la República, a menos que requieran ser desarrolladas por normas de rango inferior.
> La ratificación por parte del Ejecutivo Nacional de aquellos tratados, pactos o protocolos que modifiquen y amplíen las competencias atribuídas a los referidos órganismos, requerirán la previa aprobación de la mayoría de absoluta de los miembros de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta.

Con una norma como esta se resolverían todos los problemas constitucionales de la integración económica aún no resueltos en el país; exigiéndose que la ratificación que vaya a realizar el Ejecutivo Nacional, actuando en representación del Estado venezolano como sujeto de Derecho Internacional, de tratados que conlleven a transferir a los órganos comunitarios nuevas competencias a las ya atribuidas, se requerirá la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta. Esto se requeriría, por ejemplo, si en el futuro, la Comunidad Andina decide transferir a los órga-

nos comunitarios, como acaba de ocurrir con el Tratado de Maastricht en Europa, competencias en materia monetaria. Dicho Tratado, en esos casos, requeriría ser previamente aprobado por dicha mayoría parlamentaria, para que el Presidente lo ratifique.

Por último, debe llamarse la atención sobre el capítulo en el cual debe incluirse el artículo sobre la integración. Como se señaló anteriormente, la Constitución de 1961, en materia de integración, sólo contiene un artículo de integración ubicado en el capítulo relativo a los "Derechos Económicos".

Sin embargo, si como se pretende, la integración y, concretamente, la Comunidad Andina, debe dirigirse hacia un proceso más amplio que supere el aspecto económico, es a todas luces inconveniente colocar el artículo de la integración en el campo de los "Derechos Económicos". Basta recordar que en la última modificación del Acuerdo de Cartagena mediante el "Protocolo de Trujillo" (*Gaceta Oficial* nº 36.116 de fecha 30/12/96) se creó el "Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores" el cual está conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países miembros, a quien se le otorgan, entre otras facultades la de:

> "a) Formular la política exterior de los Países Miembros en los asuntos que sean de interés subregional, así como orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración; d) Suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación".

Por este motivo, estimo que el artículo relativo a la integración que proponemos, se debe colocar en el capítulo que verse sobre las relaciones internacionales de la República.[36]

Con base en la propuesta que formulamos, la cuestión constitucional de la integración regional afortunadamente fue definitivamente resuelta en el artículo 153 de la Constitución de 1999,[37] al desecharse la propuesta formulada por el Presidente Chávez y superarse la precaria previsión del artículo 108 de la Constitución de 1961 que impedía a Venezuela ingresar decididamente al proceso. En dicha norma se dispuso, en efecto, lo siguiente:

> *Artículo 153:* La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante trata-

36 Véase el texto de la comunicación, en cuya redacción colaboraron las abogadas Marianela Zubillaga de Mejías y María Alejandra Estévez, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto-8 septiembre), Caracas 1999, pp. 171 a 182.

37 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999,* Caracas 2000, pp. 88 y 89.

dos, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

De esta norma debe destacarse, por su importancia en materia de integración, en *primer lugar,* la aceptación por el orden constitucional interno de la creación de órganos supranacionales, a los cuales se pueden atribuir competencias que la Constitución asigna a los órganos del Poder Público, para que pueda existir un derecho comunitario; y *segundo lugar*, que las normas comunitarias dictadas por los órganos supranacionales no sólo tienen aplicación directa e inmediata en el derecho interno, desde que se considera que son parte integrante del ordenamiento legal vigente, sino que tienen aplicación preferente en relación con las leyes nacionales que se les opongan. Por tanto, las decisiones de los órganos jurisdiccionales comunitarios también tienen aplicación inmediata en el país.[38]

Sobre esta materia, sin embargo, se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia nº 1492 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de artículos del Código Penal sobre las llamadas leyes de desacato*), partiendo de la premisa de que 'Por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la

38 Véase en general, Jorge L. Suárez, "La Constitución venezolana y el Derecho Comunitario", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 253-276; Marianella Zubillaga, "Los fundamentos del Derecho Comunitario y su soporte constitucional: la experiencia europea y andina", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 281-307; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional,* Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 292 y ss.; Jorge L. Suárez M., "La Comunidad Andina, la responsabilidad del Estado y la Constitución venezolana", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón,* Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 489-648; Jorge L. Suárez M., "La Constitución venezolana de 1999 y la integración regional", en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* Volumen I. Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 440-472; Nelly Herrera Bond, "El Derecho Comunitario en la nueva Constitución", en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela",* Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000, pp. 7-10; Patricia L. Kegel, "Las Constituciones Nacionales y los procesos de integración económica regional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.* Editorial Grancharoff, Buenos Aires, 2000, pp. 295-316; Eloísa Avellaneda Sisto, "Relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en el marco del Acuerdo de Cartagena", en *Libro Homenaje a Antonio Linares,* Instituto de Derecho Público, Caracas, 1999, pp. 440-472; Eduardo Caligiuri; Jorge Petit, "Los principios de auto-ejecutividad e inmediatez de los tratados internacionales en materia de integración a la luz de la Constitución Venezolana de 1999, en el marco de la Comunidad Andina de Naciones", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV,* nº 122, Caracas, 2001, pp. 153-168; Fernando Delgado, "La integración económica y las industrias culturales", en *Libro Homenaje a Antonio Linares,* Instituto de Derecho Público, Caracas, 1999, pp. 73-88; y Véase Juan Carlos Sainz Borgo, "La regulación constitucional del proceso de Integración Andino", en *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, Temas sobre la Constitución de 1999,* Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 241-271.

Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país". La Sala se refirió a los organismos internacionales que emiten verdaderos actos jurisdiccionales con el carácter de órganos supranacionales, y "cuyas decisiones de cualquier clase se ejecutan forzosamente en los países signatarios de los Convenios que los crean, quienes al suscribirlos ceden en alguna forma su soberanía y de allí que la ejecución de los fallos sea incondicional", agregando lo siguiente:

> Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.
> Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son –por ejemplo– las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 *eiusdem*). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos *per se*, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
> Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.
> Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no puede menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República.
> Las decisiones pueden resultar obligatorias respecto a lo decidido, creando responsabilidad internacional por el incumplimiento (por ejemplo el artículo 87.7 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), pero nunca en menoscabo de los derechos contenidos en el artículo 1 constitucional, disminuyendo o enervando las competencias exclusivas de los órganos nacionales a quienes la Constitución atribuye determinadas competencias o funciones.

La Sala, sin embargo, en la misma sentencia aclaró recurriendo al más clásico concepto de soberanía, que:

> Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía...

Afirma la Sala, como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos, ya que el sistema internacional dentro del cual vivimos, desde sus orígenes en el siglo XVI, tiene como principios existenciales los siguientes:

1) La coexistencia en el globo terráqueo de un conjunto de Estados soberanos por definición;

2) La existencia de un sistema jurídico generado entre ellos, cuyas normas solo son obligatorias en la medida en que no menoscaben dicha soberanía, aun cuando hayan sido adoptadas entre ellos voluntariamente.

Distinto es el caso de los acuerdos sobre integración donde la soberanía estatal ha sido delegada, total o parcialmente, para construir una soberanía global o de segundo grado, en la cual la de los Estados miembros se disuelve en aras de una unidad superior. No obstante, incluso mientras subsista un espacio de soberanía estatal en el curso de un proceso de integración y una Constitución que la garantice, las normas dictadas por los órganos legislativos y judiciales comunitarios no podrían vulnerar dicha área constitucional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración.

Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o *ad hoc* (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.[39]

IV. El abandono de la integración andina por Venezuela y la solicitud de adhesión al MERCOSUR

La voluntad contraria a la integración andina y a la participación de Venezuela en un proceso de integración que implicase cesión de áreas de soberanía a órganos supranacionales era clara no sólo de la propuesta de reforma constitucional formulada en 1999 por el Presidente Hugo Chávez a la Asamblea Nacional Constituyente que antes hemos analizado, totalmente contraria a buscar solucionar las cuestiones constitucionales a la integración, sino de las propias ejecutorias del Ejecutivo Nacional en el entrabamiento de las relaciones con la Comunidad Andina y con los países que la integran, como consecuencia de

39 Véase en *Revista de Derecho Público*, nº 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003.

lo cual, en varias ocasiones, el Tribunal Andino de Justicia dictó decisiones condenando el incumplimiento de Venezuela de sus obligaciones comunitarias.

Después de seis años de complicadas relaciones internacionales, el 20 de abril de 2006 el Presidente Chávez anunció una reunión que tuvo lugar en Asunción, con los presidentes de Bolivia, Paraguay y Uruguay, el retiro de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), de la que dijo "había muerto a raíz de los tratados de libre comercio TLC firmados por Perú y Colombia con los Estados Unidos" agregando que si antes había dicho que la Comunidad Andina de Naciones "está herida de muerte",

> (…) hoy puedo decir que está muerta, la mataron. No existe, y nos estamos preparando para denunciarla: Venezuela se sale de la Comunidad Andina, no tiene sentido, hay que hacer otra cosa [...] le sirve a las élites, a las trasnacionales, pero no le sirve a los indios, a los negros, a los blancos o a los pobres. No le sirve a nuestro pueblo y no sólo no le sirve, lo afecta.[40]

Días después, el 22 abril 2006, la Secretaría General de la Comunidad Andina recibiría la comunicación del Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, por medio de la cual se informaba formalmente la decisión de denunciar el Acuerdo de Cartagena, con lo cual, efectivamente, se hería gravemente el esfuerzo de integración andina.

La posición anti-integracionista del gobierno del Presidente Chávez por otra parte, quedó plasmada en la propuesta de reforma constitucional que se formuló en 2007, y que a pesar de haber sido sancionada por la Asamblea nacional en noviembre de ese mismo año, fue rechazada por la voluntad popular expresada en el referendo de 2 de diciembre de 2007.

En efecto, en esa reforma constitucional se propuso eliminar el muy importante artículo 153 de la Constitución, y sustituirlo por una norma con el siguiente contenido:

> Artículo 153. La República promoverá la integración, la Confederación y la unión de América Latina y del Caribe a objeto de configurar un gran bloque regional de poder político, económico y social. Para el logro de este objetivo el Estado privilegiará la estructuración de nuevos modelos de integración y unión en nuestro continente, que permitan la creación de un espacio geopolítico, dentro del cual los pueblos y gobiernos de nuestra América vayan construyendo un solo proyecto Grannacional, al que Simón Bolívar llamó "Una Nación de Repúblicas".
> La República podrá suscribir tratados y convenios internacionales basados en la más amplia cooperación política, social, económica, cultural, la complementariedad productiva Grannacional, la solidaridad y el comercio justo.

En esta forma, las bases constitucionales que se habían establecido en la Constitución de 1999, como una importante novedad, para que la República pudiera participar con seguridad jurídica en los procesos de integración económica latinoamericana, se pretendía

40 Véase en Rosalba Cubillos. "Presidente Hugo Chávez anuncia su retiro de la CAN, *La República*, Bogotá, 20-04-2006.

que fueran totalmente eliminadas en el proyecto de reforma constitucional de noviembre de 2007, y en su lugar se pretendía establecer un conjunto de principios de política exterior, que nunca fueron explicados, ni podrían serlo, para crear una "Confederación y unión de América Latina y del Caribe" como "un gran bloque regional de poder político, económico y social", como un "espacio geopolítico, dentro del cual los pueblos y gobiernos de nuestra América vayan construyendo un solo proyecto Grannacional, al que Simón Bolívar llamó 'Una Nación de Repúblicas'".

Lo que en realidad se pretendía, con esta reforma, era eliminar las bases constitucionales para que Venezuela pudiera efectiva y permanentemente formar parte de un proceso de integración regional de orden supranacional.

Sin embargo, no debe dejar de mencionarse que en paralelo al abandono de la Comunidad Andina de Naciones, y a los intentos de introducir cambios constitucionales limitativos a la posibilidad de participación efectiva en procesos de integración supranacional como los antes mencionados, Venezuela solicitó su ingreso como País Miembro a MERCOSUR, en particular, al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto y al protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del MERCOSUR, adhesión que ha sido aprobada mediante el Protocolo de 4 de junio de 2006, el cual como instrumento internacional ya ha sido aprobado internamente por Argentina y Uruguay, y está pendiente de aprobación por Brasil y Paraguay.[41]

En este proceso, en todo caso, el Estado venezolano tiene que pasar por el filtro del cumplimiento de la cláusula democrática que estableció en 1998 el Protocolo de Ushuaia, en cuyo artículo 1º se dispuso que *"La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo*", y que los paises miembros del MERCOSUR tienen que evaluar. Lamentablemente, el régimen autoritario de Venezuela establecido en fraude a la Constitución y a la democracia en la última década, no cumple con dicho condicionamiento, considerada la democracia en los términos de la *Carta Democrática Interamericana* de 2001.[42]

41 Véase Roberto Chacon de Albuquerque, "El Mercosur y la adhesión de Venezuela", en *Revista de Derecho Público,* No. 111, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

42 Véase, Allan R. Brewer-Carías, "El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia y su formalización en Venezuela mediante la reforma constitucional. (De cómo en un país democrático se ha utilizado el sistema eleccionario para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta "dictadura de la democracia" que se pretende regularizar mediante la reforma constitucional)" en *Temas constitucionales. Planteamientos ante una Reforma,* Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 2007, pp. 13-74; "Democracia: sus elementos y componentes esenciales y el control del poder", en Nuria González Martín (Compiladora), *Grandes temas para un observatorio electoral ciudadano, Tomo I, Democracia: retos y fundamentos*, Instituto Electoral del Distrito Federal, México 2007, pp. 171-220; "Reforma electoral en el sistema político de Venezuela", en Daniel Zovatto y J. Jesús Orozco Henríquez (Coordinadores), *Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007,* Universidad Nacional Autónoma de México-IDEA internacional, México 2008, pp. 953-1019.

El Derecho Administrativo Global y las Limitaciones, de Derecho Interno, para la Ejecución de los Fallos de Condena al Pago de Sumas de Dinero dictados contra la República: Juicio Crítico sobre los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la Nación a la luz de los Tratados Bilaterales de Inversión (Bits)

*José Antonio Muci Borjas**

Introducción. I. La ejecución de los fallos de condena contra la República. Consideraciones generales. II. La ejecución de los fallos de condena contra la República. La jurisprudencia anterior al Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 2001. III. La ejecución de los fallos de condena contra la República. El Decreto-Ley del 2001. IV. La ejecución de los fallos de condena contra la República. La jurisprudencia posterior al Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 2001. V. El régimen de Derecho interno para la ejecución de los fallos de condena contra la República y su incompatibilidad con los Tratados Bilaterales de Inversión (Bits). Conclusiones.

Introducción

1. La ley venezolana le reconoce una serie de privilegios y prerrogativas a la República cuando ésta es llevada a juicio.[1] Esos privilegios y prerrogativas, exorbitantes del Derecho común, constituyen excepciones –de orden público[2]– al principio general conforme al cual las partes de un proceso judicial se hallan en un plano de igualdad.

2. Algunas de esas ventajas o beneficios procesales guardan relación con la sustanciación de la controversia, esto es, con la fase cognoscitiva del juicio o proceso. Así, cuando la República obra en juicio como parte demandada no puede producirse la confesión ficta prevista por los artículos 347 y 362 del Código de Procedimiento Civil, porque si los representantes de la Nación no asisten al acto de la contestación de la demanda, ésta siempre

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello.

1 En propósito, consúltense LEPERVANCHE PARPACÉN, RENÉ, "Privilegios del Fisco en el Derecho venezolano", *Revista de Hacienda*, Tomo X, nº 19, Caracas, 1945, y NEHER ÁLVAREZ, JORGE ANDRÉS, "Privilegios y prerrogativas de la Administración en el contencioso-administrativo", en *Liber Amicorum, Homenaje a la obra científica y docente del Profesor José Muci-Abraham*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 419 y ss.

2 El Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Gaceta Oficial de la República nº 5.554 Extraordinario, del 13 de noviembre de 2001) establece en sus artículos 13 y 8 que "los privilegios y prerrogativas procesales de la República son *irrenunciables* y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procedimientos ordinarios y especiales en que sea parte la República", y que "las normas de este Decreto Ley son de *orden público* y se aplican con preferencia a otras leyes".

ha de entenderse como contradicha en todas y cada una de sus partes.[3] Contra los bienes, derechos, rentas o acciones de la República, además, no puede decretarse medida preventiva alguna.[4] Derogando el principio conforme al cual la parte demandada, una vez citada, se encuentra a Derecho, y, por tanto, no hacen falta ulteriores notificaciones, la ley venezolana dispone que cualquier sentencia dictada en un proceso en el que la República sea parte debe serle formalmente notificada a ésta, por órgano de la Procuraduría General de la República.[5] Vale la pena destacar también que los fallos contrarios a la pretensión, excepción o defensa que hubiere hecho valer la República en juicio deben ser necesaria y obligatoriamente consultados al Tribunal Superior competente.[6]

3 Copiado a la letra el artículo 66 del Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que cuando el Procurador General de la República o los abogados que ejerzan la representación de la República "…no asistan a los actos de contestación de demandas intentadas contra ésta, o de las cuestiones previas que les hayan sido opuestas, las mismas se tienen como contradichas en todas sus partes, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario por los daños causados a los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República". Por su parte, los artículos 347 y 362 del Código de Procedimiento Civil disponen, respectivamente, que "si faltare el demandado al emplazamiento, se le tendrá por confeso como se indica en el Artículo 362, y no se le admitirá después la promoción de las cuestiones previas ni la contestación de la demanda, con excepción de la falta de jurisdicción, la incompetencia y la litispendencia…"; y, que "si el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos indicados en este Código, se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si nada probare que le favorezca. En este caso, vencido el lapso de promoción de pruebas sin que el demandado hubiese promovido alguna, el Tribunal procederá a sentenciar la causa, sin más dilación…".

4 El artículo 73 del Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que "los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva". Esa norma tuvo como antecedente el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que disponía textualmente lo siguiente: "Los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la República, no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales, ni en general a ninguna medida de ejecución preventiva o definitiva. Los jueces que conozcan de ejecuciones de sentencias contra la República, suspenderán en tal estado los juicios, y notificaran al Ejecutivo Nacional, por órgano del Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que haya de cumplirse lo sentenciado. Cuando se decrete alguno de los actos arriba indicados sobre bienes de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio público o a una actividad de utilidad pública nacional, antes de su ejecución el Juez notificara al Ejecutivo Nacional, por órgano del Procurador General de la República, a fin de que se tomen las medidas necesarias para que no se interrumpa la actividad a que este afectado el bien. Vencidos sesenta (60) días a contar de la fecha de la notificación, sin que el Ejecutivo Nacional se haya pronunciado sobre el acto, *el Juez podrá proceder a su ejecución*".

5 A tenor del artículo 84 del Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, "en los juicios en que la República sea parte, los funcionarios judiciales, sin excepción, están obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de toda sentencia interlocutoria o definitiva. Transcurrido el lapso de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la consignación en el expediente de la respectiva constancia, se tiene por notificado el Procurador o Procuradora General de la República y se inician los lapsos para la interposición de los recursos a que haya lugar. La falta de notificación es causal de reposición y ésta puede ser declarada de oficio por el Tribunal o a instancia del Procurador o Procuradora General de la República."

6 El artículo 70 del Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que "toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente".

Otros privilegios y prerrogativas guardan relación con la ejecución de lo decidido por el juez (nacional) competente. En concreto, la ley dispone que contra los bienes, derechos, rentas o acciones de la República no puede decretarse ninguna medida ejecutiva,[7] puesto que está prohibido trabar ejecución contra bienes concretos. Más aún, los fallos definitivos de condena dictados contra de la República deben ser "ejecutados" de acuerdo a un procedimiento especial[8] que, digámoslo desde ya, dista mucho de ser expedito; un procedimiento especial que, por tanto, conspira contra el derecho de la parte favorecida por la sentencia a recibir tutela judicial *efectiva*, esto es, amparo o protección judicial *idóneos*.

Complementariamente, la ley establece que la República no puede ser condenada al pago de costas.[9]

3. En este breve ensayo centraremos nuestra atención en el procedimiento (judicial) para la ejecución de los fallos definitivos de condena al pago de sumas de dinero dictados contra la República,[10] porque de lo que se trata es de evaluar ese lento procedimiento especial, esa ventaja o beneficio exorbitante del Derecho común, que concluye con el pago de lo adeudado, a la luz del Derecho Administrativo Global y, en con-

---

7 *Supra*, nota a pie de página número 4.

8 Según el artículo 85 del Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, "cuando la República sea condenada en juicio, el Tribunal encargado de ejecutar la sentencia notificará al Procurador o Procuradora General de la República quien, dentro del lapso de sesenta (60) días siguientes, debe informarle sobre su forma y oportunidad de ejecución. Dentro de los diez (10) días siguientes de su notificación, la Procuraduría General de la República participará al órgano respectivo de lo ordenado en la sentencia. Este último deberá informar a la Procuraduría General de la República sobre la forma y oportunidad de ejecución de lo ordenado en la sentencia, dentro de los treinta (30) días siguientes de recibido el oficio respectivo". Por su parte, el artículo 86 *eiusdem* dispone: "La parte interesada, previa notificación, puede aprobar o rechazar la proposición del organismo público que corresponda y, en el último caso, el Tribunal debe fijar otro plazo para presentar nueva propuesta; si la misma no es aprobada por la parte interesada, o si el organismo respectivo no hubiere presentado alguna, el Tribunal debe determinar la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes: 1. Si se trata de *cantidades de dinero*, el Tribunal, a petición de la parte interesada, debe ordenar que *se incluya el monto a pagar* en la partida respectiva de los *próximos dos ejercicios presupuestarios*, a cuyo efecto debe enviar al Procurador o Procuradora General de la República copia certificada de la decisión, la cual debe ser remitida al organismo correspondiente. El monto que se ordene pagar debe ser cargado a una partida presupuestaria no imputable a programas. 2. Si se trata de entrega de bienes, el Tribunal debe poner en posesión de los mismos a quien corresponda. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a actividades de utilidad pública o a un servicio público prestado en forma directa por la República, el Tribunal debe acordar la fijación del precio mediante avalúo realizado por tres peritos, nombrados uno por cada parte y el tercero de común acuerdo. En caso de desacuerdo, el tercer perito es nombrado por el Tribunal".

9 De acuerdo al artículo 74 del Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, "la República no puede ser condenada en costas, aún cuando sean declaradas sin lugar las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se dejen perecer o se desista de ellos".

10 Sobre el tema de la ejecución de sentencias en Venezuela puede consultarse AYALA CORAO, CARLOS, "La ejecución de sentencias contencioso-administrativas", y MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "La ejecución, según el Derecho venezolano, de los fallos dictados por los jueces contencioso-administrativos", publicados, ambos, en *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, coedición de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo y la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pp. 511 y ss. y 551 y ss., respectivamente.

creto, de los compromisos que para la República se derivan de los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs).[11]

I. La ejecución de los fallos de condena contra la República. Consideraciones generales

1. El derecho a recibir protección o tutela judicial, entendido aquí como derecho fundamental, supone o exige, no puede caber duda al respecto, el cabal cumplimiento de la orden o mandato contenido en la sentencia. Por consiguiente, bien puede afirmarse que el derecho a la ejecución coactiva de la sentencia constituye uno de los elementos sustanciales de aludido derecho. Si el ordenamiento jurídico, frente al incumplimiento del fallo por el vencido, no le permite al demandante-ganancioso exigir la ejecución forzosa del fallo judicial favorable, el derecho a la tutela judicial se desdibuja, se desnaturaliza, porque pierde uno de sus atributos básicos o esenciales, esto es, uno de los elementos que define o que distingue al derecho a la tutela judicial, porque es elemento consustancial, propio de su naturaleza.

En palabras del Tribunal Constitucional español, "...el derecho a la tutela judicial efectiva... no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia..., ni se limita a garantizar un resolución de fondo fundada, si concurren todos los requisitos procesales. Exige también *que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea* repuesto en su derecho y *compensad*o, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellos comportan a favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones".[12] Cabe citar igualmente la sentencia dictada por ese Tribunal el 28 de enero de 1.991, conforme a la cual "una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el derecho a que se *respeten y ejecuten* las resoluciones judiciales firmes *en sus propios términos*, pues sin él la tutela judicial se vería reducida a producir decisiones puramente declarativas que no ampararían los intereses de quienes la imperasen. Ejecución en sus propios términos, pues la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales es también un valor jurídico consustancial a una tutela judicial efectiva".[13]

---

11 Sobre el Derecho Administrativo Global véase BATTINI, STEFANO, "*Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo Internazionale"*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NIKO y STEWART, RICHARD B., "The emergence of Global Administrative Law", en *Law and Contemporary Problems Vol. 68*, Summer & Autumn 2005, Nos. 3 & 4, Duke University School of Law, pp. 15 y ss., CASSESE, SABINO, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, prima edizione, Roma, 2006, CASSESE, SABINO, "*La Globalización Jurídica"*, Instituto de Administración Pública-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006, y MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

12 En RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales, Doctrina Jurisprudencial*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1.995, p. 292. Consúltese también a GONZALEZ PEREZ, JESÚS, *El derecho a tutela jurisdiccional*, segunda edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1.989, p. 227.

13 GUI MORI, TOMÁS; *Jurisprudencia Constitucional 1981-1991, Estudio y Reseña Completa de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992, p. 186.

Los conceptos manejados por la jurisprudencia comparada también han sido utilizados –*mutatis mutandis*– por la Corte Suprema de Justicia venezolana, para quien "...en el derecho constitucional de acceso a la justicia, no sólo se comprende la acción, como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten"[14]. Dicho en otros términos:

1.1 El Estado, primero que nada, se halla obligado a permitir el acceso a los tribunales de justicia. Así lo establece el artículo 26 de la Constitución venezolana, a tenor del cual las personas, sean naturales o jurídicas, tienen "…derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses…";

1.2 El Estado, además, debe garantizar que el proceso concluya, precisa el artículo 26 de la Constitución, con una decisión de fondo fundada en Derecho, esto es, con una decisión conforme a Derecho; y,

1.3 El Estado, finalmente, está obligado a *asegurar que se cumpla* –cabal y oportunamente– *lo decidido* por el tribunal, porque cuando el vencido no acata voluntariamente el fallo judicial y no existe la posibilidad de constreñirlo a que cumpla con prontitud lo ordenado por el juez, no hay reparación, no hay justicia. Es precisamente por ello que el artículo 26 de la Constitución agrega que la *justicia*, incluso en la fase de ejecución de lo decidido, ha de impartirse de manera *expedita*. Es precisamente por ello que el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil venezolano dispone -he aquí el régimen general en materia de ejecución- que "los jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza pública, si fuere necesario", y que "para el mejor cumplimiento de sus funciones, las demás autoridades de la República prestarán a los Jueces toda la colaboración que éstos requieran".

2. No obstante lo expuesto, el derecho a la ejecución de los fallos que condenan a la República al pago de sumas de dinero se encuentra *limitado*, mejor dicho, *fuertemente condicionado*. Y para comprender a cabalidad las razones que justifican tales limitaciones permítasenos una breve digresión, que guarda relación con la ejecución de las sentencias pronunciadas contra la Administración Pública nacional –*id est*, contra la República–. En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, esto es, de la justicia administrativa, el ordenamiento jurídico tradicionalmente le ha reconocido a los particulares una tutela jurídica *menos intensa* –*menos acabada*– que aquella que el propio ordenamiento le reconoce a los particulares en sus relaciones con sus pares, y a la base de esa concepción de una tutela jurídica *pobre* cuando los particulares se enfrentan en juicio a la Administración Pública se encuentran diversos postulados, de los que, por razones de espacio, sólo quisiéramos destacar tres:

2.1 En primer lugar, razones históricas justificaron que en el siglo XVIII se le prohibiera a los jueces ordinarios franceses "perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos". La ejecución de las decisiones contencioso-administrativas le fue encomendada a la propia Administración Pública, pues los revolucionarios

14 Sala Político-Administrativa, Sentencia nº 6.810, del 22 de noviembre de 1990, caso *Parque Nacional "Mochima"*, en *Revista de Derecho Público*, número 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 170 y ss.

franceses entendían que la ejecución de tales decisiones sólo podía ser llevada a efecto mediante actuaciones "materialmente administrativas", incompatibles con el principio de separación de poderes.[15] En síntesis, por razones históricas al juez contencioso-administrativo le ha estado vedado sustituir o reemplazar a la Administración. Sin embargo, en el Derecho venezolano el "principio de separación (absoluta) de poderes" es, hoy por hoy, un concepto superado, que ha sido reemplazado por el "principio constitucional de división del poder", y, por ello, al obrar con base en las diversas funciones estatales –cuyo ejercicio no es ni exclusivo ni excluyente– los distintos órganos que ejercen el Poder Público se hallan en el deber de colaborar entre sí para el logro de sus fines. En otras palabras, desde el punto de vista organizativo hoy en día *no existe óbice* alguno que le impida al juez con competencia en lo contencioso-administrativo *ejecutar forzosamente sus propias decisiones*, para así obtener el "restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa" al cual alude el artículo 259 de la Constitución venezolana.

2.2 En segundo término, esa tutela jurídica *pobre* es producto de la situación de supremacía que la ley le ha reconocido a la Administración frente a los ciudadanos, habida consideración que aquélla se ocupa de los intereses de la colectividad. Por su condición de tutora del interés general o colectivo, en caso de que se produzca un conflicto entre el interés general por ella tutelado y el interés individual de un particular, el interés singular del individuo, en nuestro caso, del actor-ganancioso, debe subordinarse -debe, *rectius*, ser "sacrificado" en mayor o menor medida- a la superior jerarquía o entidad del interés del grupo. No obstante lo dicho, conviene acotar que la doctrina más calificada ha procedido a revisar el principio de supremacía o preponderancia del interés general sobre el interés individual, y que producto de esa revisión ha sostenido que cuando al "interés general" se contrapone un "derecho fundamental" -como serían, a título de ejemplo, el derecho a la tutela judicial o el derecho de propiedad-, aquél, por la naturaleza de las cosas, no puede privar -se halla en la incapacidad de prevalecer- sobre éste. En propósito, cabe citar a Don Eduardo García De Enterría, para quien si el ciudadano "…es titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se intenten hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario no servirá absolutamente para nada, pues éstos deben ceder a la primacía de aquéllos. Ha concluido, pues, la invocación ritual de los intereses generales como sinónimo de superiores...".[16]

2.3 Finalmente, para garantizar la tutela cabal del interés general la ley debe asegurar la buena marcha -*il buon andamento*- de la Administración. Para garantizar la prestación regular y continua de los servicios públicos y demás actividades de interés general, la ley le habría confiado la ejecución de los fallos a la propia Administración, en la creencia de que ésta, en su doble condición de tutora del interés general y de prestataria de tales servicios y actividades, es la única que puede determinar cómo -es decir, en qué medida-

15 Beltrán De Felipe, Miguel, *El Poder de Sustitución en la Ejecución de las Sentencias Condenatorias de la Administración*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 23.

16 Garcia De Enterria, Eduardo, "Los ciudadanos y la Administración: Nuevas tendencias en el Derecho español", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 59, Civitas S.A., Madrid, 1988, p. 332.

puede dar cumplimiento al mandamiento del fallo sin que se ponga en peligro la regular y permanente prestación de los servicios y actividades encomendados a la Administración Pública. Empero, en el marco del Estado constitucional de Derecho, esta circunstancia hay que destacarla, no puede concebirse que haya actos u omisiones administrativos –en este caso, los que guardan relación con la ejecución de lo decidido por el juez– exentos de control y revisión judicial.

3. Los postulados que justificaron la tutela judicial *pobre* brindada al particular que enfrenta en juicio a la República –*id est*, a su Administración– deben ser revisados. Deben serlo porque sólo puede hablarse de jurisdicción, esto es, de poder –de verdadero poder público– para sentenciar y hacer ejecutar lo juzgado, si el vencedor en un proceso puede exigir el cumplimiento del fallo en sus propios términos, si puede en última instancia demandar la ejecución forzosa de la sentencia. Si la ejecución de los fallos queda librada a la buena voluntad de los funcionarios estatales, los privilegios y prerrogativas judiciales creados por la ley pueden terminar *anulando*, haciendo *nugatorio*, el derecho del demandante reconocido por la decisión judicial.[17] Si la ejecución de los fallos queda librada a la buena voluntad de los funcionarios estatales, la obligación impuesta a la República a través de la sentencia pudiera llegar a transformarse –a convertirse– en una obligación "natural" (*obligatio naturalis*), en una obligación total y completamente incoercible,[18] en mero deber moral en palabras de Pothier.[19] De admitirse que la ejecución de los fallos judiciales –y, por tanto, el respeto y acatamiento de la norma de Derecho individual creada por el juez para decidir, con fuerza cosa juzgada, la controversia que fue sometida a su consideración– puede quedar librada a la voluntad unilateral de la Administración, a su buena voluntad, tendría que admitirse que el "principio de legalidad" que informa y condiciona el Estado de Derecho constitucional cuenta con una odiosa, con una inadmisible excepción. El interés en el respeto de la "ley" –entendida en sentido *lato*, para que incluso comprenda las normas particulares contenidas en las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada– es, a un mismo tiempo, interés del individuo y del grupo social, pues de lo contrario se socava o pone en peligro la vigencia misma del Estado constitucional de Derecho.

Los postulados, decíamos, deben ser revisados, porque el derecho a la ejecución de los fallos judiciales es uno de los *atributos esenciales* del derecho fundamental a la tutela judicial garantizado por el Artículo 26 de la Constitución venezolana. En otras palabras, el derecho a la ejecución de las sentencias forma parte del *contenido esencial* –del *núcleo duro*– del derecho fundamental y, consecuentemente, el derecho a la ejecución no puede ser *alterado*, *desvirtuado* o *desnaturalizado* por la regulación que de él haga el legislador, puesto que habida consideración de su condición de derecho fundamental, constituye *barrera infranqueable* incluso para la ley.

---

17 El Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido que los privilegios y prerrogativas procesales crean una "desigualdad legítima", pero que esa desigualdad, permitida por la Constitución, no puede hacer nugatorio –no puede, esto es, frustrar o burlar– el derecho del demandante (Sala Constitucional, Sentencia 1.104, del 23 de mayo de 2006, en *Revista de Derecho Público Nº 106*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 141 y ss.).

18 GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, "Prólogo", en BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL, *op. cit.*, p. 17.

19 MOSCATI, ENRICO, "Obbligazioni naturali", en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXIX, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1979, p. 354.

II. La ejecución de los fallos de condena contra la República. La jurisprudencia anterior al Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 2001

1. Comencemos por destacar que la ejecución de los fallos contencioso-administrativos no plantea inconvenientes dignos de mención cuando lo que se exige es el cumplimiento forzoso de la resolución judicial que obra *en contra de un particular*, "...pues éstos no gozan de privilegios ni de prerrogativas procesales".[20] Y es que el problema de la ejecución surge en toda su dimensión cuando en dichos fallos se condena a la República. Por ser ilustrativo, vale la pena destacar que en oportunidades la jurisprudencia ha interpretado –erradamente sin duda– que en nuestro ordenamiento jurídico la ejecución forzosa de los fallos contencioso-administrativos compete o incumbe a la propia Administración Pública vencida en juicio. Según nuestros jueces:

> "...esta Corte no puede dejar de advertir la problemática inherente al cumplimiento de las sentencias que dictan los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya *ejecución* está *confiada a los propios órganos de la Administración* Pública, en atención al singular *status* de que goza ésta y que se proyecta a través del proceso mismo y también en la fase previa a éste, [y] dista mucho de haber completado su evolución y de ofrecer soluciones que preserven el sistema de garantías del administrado que la vía jurisdiccional supone. La situación se agrava ante la ausencia de una legislación específica en materia contencioso-administrativa que instrumente adecuadamente la facultad del Tribunal Contencioso Administrativo para ejecutar sus sentencias utilizando, incluso, como agente ejecutor al propio órgano administrativo, autor del acto recurrido. La dificultad se acrecienta ante los *privilegios y prerrogativas* que el ordenamiento en vigencia reconoce a la Administración Pública que mediatizan la aplicación de las normas que en el proceso ordinario regulan esta materia (Código de Procedimiento Civil, Artículo 446 y siguientes).
>
> No facilita la Ley al Juez Contencioso-Administrativo la aplicación de medidas dirigidas a evitar que en último término la Administración eluda el cumplimiento cabal de las sentencias que él dicta, de allí que, aparte de la previsión que consagra el Artículo 174 de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para sancionar con *multa* a los funcionarios que estando obligados a hacerlo, 'no acataren sus órdenes ni le suministraren oportunamente las informaciones, datos o expedientes que solicitare de ellos, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar', sólo parece viable acudir, por el interesado, a la *técnica de la responsabilidad patrimonial*, exigible *en un proceso ulterior*".[21]

---

20 Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 7 de Octubre de 1993, asunto *Carlos Roberto Russo Gasparini*, publicada en *Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia*, número 10, Repertorio Mensual de Jurisprudencia, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1993, p. 198.

21 Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia del 27 de Noviembre de 1986, publicada en *Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo*, Repertorio Mensual de Jurisprudencia, nº 29, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1986, pp. 90 y 91.

2. El criterio jurisprudencial citado contrasta con la postura que había sido previamente defendida por la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual la ejecución del fallo dictado en sede contencioso-administrativa no queda librada al arbitrio de la Administración, "...puesto que *reserva* el legislador al *juez* de lo contencioso… la *última palabra* acerca de lo que considere como más adecuado y racional a los fines de la *ejecución* del fallo, una vez oídas las partes o en ausencia de sus opiniones y examinadas y ponderadas todas las circunstancias del caso".[22] En idéntico sentido, cabe citar otra decisión de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual:

> "... de acuerdo a lo contemplado en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, la orden de ejecución consiste en la fijación de un lapso… para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario, transcurrido el cual, sin que se hubiere dado tal cumplimiento, se procederá la ejecución forzada… En otras palabras, que dicho lapso se establece bajo la amenaza de proceder al embargo de bienes de la propiedad del deudor para su posterior remate…
>
> Ahora bien, en el caso de ejecución de sentencias en contra de los entes del Estado, las anteriores reglas están modificadas por la *prerrogativa procesal* de la inembargabilidad de sus bienes… y por el llamado principio de la legalidad presupuestaria… Según el primero de tales principios, no es posible decretar embargos, sino que por el contrario, los jueces deben limitarse a notificar al Procurador General de la República, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado. Y de acuerdo al segundo de [tales]… principios… cuando se trate de compromisos originados en sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, [las deudas] se pagarán con cargo a la partida del presupuesto que para tales fines se prevea para cada ejercicio. En otras palabras, que *en realidad es la propia Administración la que ejecuta sus sentencias* y no el Poder Judicial, *lo que podría dar lugar a que tales sentencias resulten ineficaces en la práctica*, a pesar de que se haya seguido previamente todo un proceso. Por ello, la Sala entiende que en el *derecho* constitucional del acceso a la justicia, no sólo se comprende la acción como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de *lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten*…, derechos éstos que a esta Corte, como órgano del Poder Judicial, corresponden garantizar… Poderes éstos que esta Sala ha proclamado en diversas sentencias en las cuales se han dictado condenas contra la Administración Pública…
>
> Por tanto, aún respetando los anteriores principios, *la Sala no puede dejar de ejercer su plena potestad jurisdiccional, garantizando la ejecución de sus fallos, como un modo de garantizar el derecho a la justicia*…".[23]

---

22 Sala Político-Administrativa, Sentencia del 11 de julio de 1983, asunto *Horacio Morales Longart*, publicada en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Repertorio Mensual de la Jurisprudencia, nº 7, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1983; pp. 27 y 28.

23 Sala Político-Administrativa, Auto del 9 de Mayo de 1991, asunto *Servicios Técnicos Sanitarios Municipales, C.A.*, publicado en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Repertorio Mensual de Jurisprudencia, nº 5, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1991, pp. 150 y 151.

3. Ahora bien, comoquiera que la ley no contemplaba ningún procedimiento judicial, de obligatorio cumplimiento, para la ejecución de los fallos judiciales que condenasen a la República al pago de sumas de dinero, con el objeto de evitar que la ejecución quedase librada a la sola voluntad de la Administración demandada los tribunales recurrieron a la analogía a fin de dejar sentado que tales fallos debían ejecutarse de acuerdo a los trámites previstos en el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, hoy en día derogada.[24] La norma legal citada establecía cuanto sigue:

> "Artículo 104.- Cuando el Municipio… resultare condenado en juicio, el tribunal encargado de ejecutar la sentencia lo comunicará al Alcalde, quien dentro del término señalado por el tribunal, deberá proponer al Concejo o Cabildo la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia. El interesado, previa notificación, aprobará o rechazará la proposición del Alcalde, y en este último caso, el Tribunal fijará otro plazo para presentar una nueva proposición. Si ésta tampoco fuere aprobada por el interesado o el Municipio no hubiere presentado alguna, el Tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes:
> 1. Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de parte interesada, ordenará que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva en el próximo o próximos presupuestos, a cuyo efecto enviará al Alcalde copia certificada de lo actuado. El monto que se ordene pagar se cargará a una partida presupuestaria no imputable a programas.
> El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del presupuesto del Municipio o Distrito.
> *Cuando la orden del Tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, el Tribunal*, a instancia de parte, *ejecutará la sentencia conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil*…".

4. La aplicación analógica del artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal *autorizaba*, por la remisión que dicha norma en su parte final hacía al Código de Procedimiento Civil, la *ejecución forzosa* de la sentencia. En este sentido cabe destacar que con base en esa norma la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la sentencia podía ser ejecutada "…conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil…", y que a tales efectos la Corte podía librar "…*mandamiento de ejecución* a cualquier juez de la República *para la ejecución forzada*".[25]

---

24 Entre otros, Corte Primera de la Contencioso-Administrativo, Sentencia del 7 de Octubre de 1993, asunto *Carlos Roberto Russo Gasparini*, publicado en *Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia*, Repertorio Mensual de Jurisprudencia, nº 10, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1993, p. 198.

25 Sala Político-Administrativa, Sentencia del 21 de noviembre de 1996, asunto *Instituto Nacional de Hipódromos (INH)*. El criterio sentado en el aludido fallo fue ratificado pocos días después por la propia Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 28 de noviembre de 1996, asunto *Plásticos El Guárico, C.A. v. Corpoindustria*. Las dos decisiones judiciales citadas pueden ser consultadas en ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS, *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado (1961-*

III. La ejecución de los fallos de condena contra la República. El Decreto-Ley del 2001

1. La laguna o vacío normativo que dio pie a la aplicación analógica del artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal para la ejecución de sentencias de condena dictadas contra de la República fue colmado a través del Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (en lo adelante, por causa de brevedad, el "Decreto-Ley"), cuyos artículos 85 y 86 establecen un singular o especial procedimiento de ejecución de sentencias, que cabría resumir en los siguientes términos:

1.1 La sentencia que condena a la República al pago de sumas de dinero debe serle notificada al Procurador General de la República y éste, tras las consultas de rigor, debe informarle al Tribunal, dentro de los sesenta días siguientes a dicha notificación, cuál será la *forma y oportunidad* de la *ejecución*.

1.2 El demandante-ganancioso puede aprobar o rechazar la proposición que se le haga. De ser rechazada la proposición formulada por la República, el Tribunal debe concederle al Procurador General de la República un nuevo plazo, para que éste presente una segunda propuesta.

1.3 Si la República no presenta una nueva propuesta, o si dicha propuesta es también rechazada por el acreedor, incumbe al Tribunal "determinar" la forma y oportunidad en que ha de darse cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, en el entendido, empero, que si en la sentencia lo que se manda o dispuso es el pago de sumas de dinero, el Tribunal debe simplemente ordenar, no tiene alternativa, "…que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva de los próximos dos ejercicios presupuestarios…".[26]

2. Una detenida lectura de las normas legales mencionadas *supra* permite observar cuanto sigue:

2.1 Primero que nada, el Decreto-Ley le concede a la República un lapso de sesenta (60) días para la ejecución voluntaria. Ese largo lapso contrasta con el de diez (10) días que -como máximo- concedía la Corte por aplicación del Código de Procedimiento Civil.[27] Contrasta, además, con el lapso de diez días concedido a los Municipios por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.[28] Y, por añadidura, a ese lapso inicial de sesenta días (60) puede seguir otro, un segundo, si el actor-ganancioso rechaza la primera propuesta de cumplimiento elaborada por la Administración.

2.2 En segundo lugar, cuando no hay acuerdo entre las partes procesales, porque las propuestas de la República vencida en juicio fueron rechazadas, el monto de la condena debe necesariamente dividirse o fragmentarse en dos partes, a los fines de que lo manda-

1997), coedición de la Editorial Jurídica Venezolana (FUNEDA) y la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1997, pp. 1.011 a 1.014, ambas inclusive.

26 *Supra*, nota a pie de página número 8. El Tribunal Supremo de Justicia ha precisado cada una de esas cuotas debe representar "…la mitad de la suma total" (Sala Político-Administrativa, Sentencia número 172, de fecha 14 de febrero de 2008, asunto *Banco del Caribe, C.A., Banco Universal v. Centro Simón Bolívar*).

27 *Supra*, nota a pie de página número 23.

28 Gaceta Oficial nº 38.421, del 21 de abril de 2006.

do por la sentencia sea saldado con partidas previstas o contempladas en los dos presupuestos siguientes a la orden de ejecución dictada por el juez.

Como si no bastara lo ya dicho, debe subrayarse que los tiempos requeridos para la ejecución son aún más largos cuando el actor demanda la entrega de unos bienes específicos y el Tribunal, so pretexto de que tales bienes están afectados a un uso público, ordena sustituir el cumplimiento en especie por el pago por equivalente, porque en estos casos el *quantum* de la condena debe ser determinado en fase de ejecución mediante una experticia complementaria del fallo.[29]

La *benigna* regulación de los artículos 85 y 86 del Decreto-Ley para el cumplimiento del fallo que condena al pago de sumas de dinero contrasta con la contemplada por la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que permitía incluir el monto total de la condena en el presupuesto inmediatamente siguiente, esto es, en un único presupuesto;[30] y contrasta, además, con el artículo 158 de la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal, a tenor del cual la condena puede ser incluso saldada con cargo al "…presupuesto vigente…" cuando en éste "…exista provisión de fondos…". El *retroceso* o *involución* en materia de ejecución de sentencias es más que evidente. Esa *benigna* regulación luce además *incompatible* con el principio de diligencia debida, esto es, con el deber (legal) de la Administración –*rectius*, del Estado– a no posponer el cumplimiento de lo sentenciado más allá de lo estrictamente necesario.[31] La benigna regulación procesal, perjudicial para los derechos del actor-ganancioso, contrasta, finalmente, con los mucho más breves procedimientos o regímenes de ejecución del Derecho comparado.[32]

Complementariamente, luce pertinente destacar que la especial regulación en materia de ejecución fue elaborada por el Poder Ejecutivo Nacional, y que de acuerdo a la mentada regulación es al propio Poder Ejecutivo a quien también incumbe ejecutar lo sentenciado. Estamos, pues, frente a un traje que el Poder Ejecutivo se hizo a su medida.

2.3 Desdiciendo el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en el distante 1983, por obra de la entrada en vigencia del Decreto-Ley el juez ha dejado de de tener "…la última palabra acerca de lo que considere como más adecuado y racional a los fines de la ejecución del fallo…".[33] De hecho, la norma legal que sólo autoriza al juez para dividir en dos el monto de la condena, a los efectos de que se incluyan esas fracciones "…en la partida respectiva de los próximos dos ejercicios presupuestarios…", le impide al tribu-

29 *Supra*, nota a pie de página nº 8.

30 En propósito, Sala Político-Administrativa, Sentencia número 6033, de fecha 27 de octubre de 2005, caso *Asfaltos El Morro, C.A. v. Municipio Los Guayos del Estado Carabobo*.

31 Sala Político-Administrativa, Sentencia número 1671, de fecha 18 de julio de 2000, asunto *Félix Enrique Páez v. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV)*.

32 PAREJO ALFONSO, LUCIANO, "La ejecución de las sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el Derecho español", en *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, coedición de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 499, y CANCELADO RUIZ, INGRID, "La tutela judicial efectiva y la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública a la luz de la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional*, nº 4, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 88 y 95.

33 Sala Político-Administrativa, Sentencia número 144, del 11 de julio de 1983, asunto *Horacio Morales Longart*, publicada en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Repertorio Mensual de la Jurisprudencia, nº 7, Oscar Pierre Tapia, Caracas, 1983, pp. 27 y 28.

nal ponderar, en fase de ejecución, "…todas las circunstancias del caso".[34] Al juez venezolano el Decreto-Ley, la verdad sea dicha, lo ha atado de pies y de manos para que en materia de ejecución prácticamente *nada* puede hacer. Nadamos contra la corriente: A diferencia de otros sistemas de Derecho comparado, en los que el Derecho Procesal ordinario y el Derecho Procesal administrativo tienden a converger, y en lo que, por consiguiente, los poderes del juez tienden a ampliarse, toda vez que se reconoce que el Derecho procesal administrativo halla *al servicio del ciudadano*, en el Derecho venezolano, al menos en lo tocante a la ejecución de las sentencias, tales poderes van en franco retroceso, y prueba de ello es el mayor distanciamiento existente entre la regulación que comentamos y aquella que disciplina al juez ordinario.[35]

2.4 A diferencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, cuyo artículo 104 establecía que "cuando la orden del Tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, el Tribunal, a instancia de parte, ejecutará la sentencia conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil…", en el Decreto-Ley no se hace remisión alguna al procedimiento ordinario de ejecución previsto por el Código de Procedimiento Civil. El incumplimiento de la orden dictada para que se incluya el monto de la condena en los dos presupuestos siguientes –y otro tanto cabe decir respecto de la falta de ejecución de la partida incluida en el presupuesto en ejecución de la sentencia– no tiene la consecuencia jurídica que el artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal contemplaba. Esa patente –y grave– omisión *pareciera excluir* la posibilidad de ejecutar forzosamente los fallos de condena en contra de la voluntad de la República, en los términos previstos por el Código de Procedimiento Civil. Y es que la omisión contrasta, además, con la más severa regulación del artículo 158 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, derogatoria de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, según la cual el Tribunal, de mediar incumplimiento, "…ejecutará la sentencia conforme al procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de sentencias de condena sobre cantidades líquidas de dinero". Desde este punto de vista el Decreto-Ley se aparta también de cuanto disponía el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que cumplidas ciertas condiciones adjetivas o procesales autorizaba al juez *in extremis* para ejecutar forzosamente la sentencia que condenaba a la República al pago de una suma de dinero.[36]

3. De acuerdo al Decreto-Ley y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, la *ejecución* de los fallos que condenan a la República al pago de sumas de dinero *escapa* del *control* del juez venezolano. La ejecución escapa a su control porque el Decreto-Ley le impuso la rígida forma en que lo sentenciado debe ser pagado, y porque al juez, por

34 *Ibid*. Para "justificar" el diferimiento del pago de la condena el Tribunal Supremo de Justicia se ha conformado con sostener, sin mayor análisis previo, que habida consideración que el monto que la parte perdidosa debe pagar "…es una suma considerable de dinero…", el "inmediato cumplimiento afectaría el normal funcionamiento…" del ente estatal vencido en juicio (Sala Político-Administrativa, Sentencia número 172, de fecha 14 de febrero de 2008, asunto *Banco del Caribe, C.A., Banco Universal v. Centro Simón Bolívar*).

35 FROMONT, MICHEL, "La justice administrative en Europe. Convergences", en CHAPUS, RENÉ, *Mélanges. Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 204 y ss.

36 *Supra*, nota a pie de página número 4.

tanto, le está vedado tomar en consideración las circunstancias particulares del proceso en el que se produjo la condena. Frente a *la parte condenada en juicio que*, vaya contrasentido, *está llamada por la ley a ejecutar ella misma su propia condena*, el juez natural de la controversia es un invitado de piedra, pues de acuerdo al Decreto-Ley es impotente para tomar medidas de coacción que aseguren la satisfacción -efectiva- de la obligación prevista en la sentencia. El juez es cualquier cosa menos un *decision-maker*, y por causa de la desnaturalización de sus funciones deja de ser el garante del *even-handed treatment* al cual el particular tiene derecho. Y no obstante la grosera invasión por el Ejecutivo de las funciones y competencias judiciales, contraria, por la naturaleza de las cosas, al "principio de división del poder", los jueces venezolanos no han ejercido el poder que los autoriza para desaplicar las normas contrarias a la Constitución.[37]

4. Una reflexión complementaria: El Decreto-Ley fue expedido por el Ejecutivo Nacional *sin cumplir* con el *procedimiento previo* previsto por la Ley Orgánica de la Administración Pública.[38] Sus normas fueron elaboradas por la organización llamada a cumplir lo sentenciado *sin consulta previa* y, por vía de consecuencia, en abierta infracción del *principio de transparencia*.[39]

IV. La ejecución de los fallos de condena contra la República. La jurisprudencia posterior al Decreto-Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 2001

1. Comencemos por destacar que la jurisprudencia ha venido dejando sentado que con posterioridad a la fecha de la condena no pueden hacérsele ajustes –*ningún ajuste*– a la cantidad que la República debe saldar por el hecho de haber sido vencida en juicio.

1.1 En propósito, cabe invocar en primer término la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia conforme a la cual una vez determinada la cantidad que debe ser pagada, incluyendo los intereses de mora hasta la fecha de publicación del fallo definitivo, no resulta procedente "…acordar posteriores indemnizaciones por mora en el pago, ya que al tratarse de una demanda contra la República debe cumplirse con el *procedimiento especial para la ejecución* de las sentencias…", por "*…el transcurso del tiempo en la fase de ejecución*" no puede exigirse "*…pago por intereses…".*[40] En la decisión judicial apenas citada, el cri-

37 Sobre el control difuso de la constitucionalidad, véase BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *El control de constitucionalidad de los actos estatales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, HARO, JOSÉ VICENTE, "El sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad", en *Revista de Derecho Constitucional, nº 4*, enero-julio de 2001, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, y MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El abuso de la forma societaria. El levantamiento del velo corporativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 2005, pp. 55 y ss.

38 Gaceta Oficial nº 37.305, del 17 de Octubre de 2001. Véase MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "El ejercicio de la función administrativa por la Administración Pública venezolana", en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 785 y ss.

39 MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)*, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

40 Sala Político-Administrativa, Sentencia nº 2.697, del 29 de noviembre de 2006, asunto *David Antonio Castillo v. República*.

terio jurisprudencial se tradujo en la *congelación* del monto de la condena por un período superior a los veintinueve (29) meses. Durante ese largo tiempo, es eso y no otra cosa lo que afirmó el más alto Tribunal de la República, la acreencia del actor-ganancioso ningún fruto civil produjo. El anterior, esta advertencia debe hacerse, no es un precedente judicial aislado, porque en otro asunto el Tribunal Supremo de Justicia arribó a idéntica conclusión: La obligación al pago de una suma de dinero determinada mediante fallo del 8 de noviembre de 2006, pagadera con cargo a los presupuestos de 2008 y 2009, ningún fruto podía producir entre el 8 de noviembre de 2006 y la fecha de su pago.[41] De acuerdo a esta última decisión, Para el Tribunal Supremo de Justicia, he aquí todo un despropósito, un verdadero sinsentido, el actor-ganancioso, ganancioso sólo en el papel, debe *soportar* indemnemente *la pérdida del valor de su acreencia*, producto de su irrazonable congelación mientras la República realiza los interminables trámites para el pago que el Decreto-Ley prevé.

1.2 En propósito, cabe invocar también –si bien *mutatis mutandis*– la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la que se afirma que el monto de la condena no puede ser indexado, esto es, ajustado por inflación, pues los entes públicos, en el caso de la especie, los municipios, no tienen ingresos para ser condenado por este concepto.[42]

1.3 Y como si lo ya dicho no bastara, debemos subrayar ahora que la corrección o ajuste monetario que quepa realizar para actualizar *hasta la fecha del fallo* –y no hasta la fecha del pago– la cantidad expresada en la demanda, debe necesariamente hacerse con base en el artículo 87 del Decreto-Ley, que textualmente reza así: "En los juicios en que sea parte la República, la *corrección monetaria* debe ser fijada sobre la base del *promedio* de la *tasa pasiva anual* de los seis (6) primeros bancos comerciales del país". ¿Qué relevancia tiene esa norma? La respuesta la brinda la *data* oficial suministrada por el Banco Central de Venezuela: La tasa de interés que los seis primeros bancos del país pagaron entre 2002 y 2007, ambos inclusive, por los depósitos o colocaciones a noventa (90) días, ha sido siempre *inferior a la inflación* registrada en el país.[43] Por consiguiente, el tiempo que demanda la sustanciación de la causa se traduce en la pérdida de valor (cierta) de lo reclamado.

En síntesis, para la República condenada en juicio al pago de sumas de dinero no existen incentivos para el pago -pronto, diligente- de lo adeudado, porque a la República la demora en el pago no le irroga perjuicios económicos. El Decreto-Ley y jurisprudencia venezolanas, si algo crean, son incentivos para la "mora", para el velado desconocimiento del derecho del vencedor en juicio, para el encubierto desacato del mandamiento judicial que no es ejecutado "en sus propios términos".

---

41 Sala Político-Administrativa, Sentencia nº 1.001, de fecha 13 de junio de 2007, asunto *Consorcio Técnico de ingeniería, Coteinca, C.A. v. Centro Simón Bolívar.*

42 Sala Constitucional, Sentencia nº 1.869, de fecha 15 de octubre de 2007, asunto *Municipio Bolívar del Estado Anzoátegui v. República*, ratificada pocos días después por la propia Sala Constitucional mediante Sentencia nº 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 26 de octubre de 2007, asunto *Municipio Tucupita del Estado Delta Amacuro v. República.*

43 Con índices de inflación del 22,50% (2007), 17,00% (2006), 14,40% (2005), 19,20% (2004), 27,10% (2003) y 31,20% (2002), durante esos años la tasa pasiva anual de los seis primeros bancos ha sido de 10,89% (2007), 10,20% (2006), 11,74% (2005), 12,93% (2004), 17,58% (2003) y 28,29% (2002).

2. Los criterios jurisprudenciales que niegan el derecho a la corrección del monto de la condena y, por tanto, la *congelan* en el tiempo, *no pueden ser reconciliado*s con la tesis, defendida por el Tribunal Supremo de Justicia, conforme a la cual "…las prerrogativas [procesales de la República] *no constituyen un impedimento para el ejercicio del derecho a la justicia y a la tutela judicial efectiva*, que se vería materializado, en este caso, con la ejecución de la sentencia…".[44] No pueden ser reconciliados, decíamos, porque entre la realidad, o sea, los graves daños derivados de la congelación de la condena, y la declaración de principios del Tribunal Supremo de Justicia, media un insalvable abismo. Y otro tanto cabe decir, a título de ejemplo, de las gravosas consecuencias que se derivan de la norma del Decreto-Ley que autoriza la corrección monetaria hasta la fecha del fallo, de acuerdo a un parámetro que a lo largo del tiempo ha sido notable o sustancialmente inferior a la inflación.

3. En el pasado el Tribunal Supremo de Justicia ha ordenado indexar, con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el Banco Central de Venezuela, las sumas a cuyo pago fue condenado el particular vencido en juicio.[45] Según el Tribunal, esa indexación -favorable a un ente público- debía practicarse "…desde la fecha en que se originaron las respectivas obligaciones… *hasta la fecha del efectivo pago de la cantidad*…" adeudada por el particular al Banco Central de Venezuela. Invocamos este fallo porque el Banco Central de Venezuela *goza*, así lo ha dejado sentado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *de los privilegios y prerrogativas de la República,*[46] y porque de cuanto ha sido observado se derivan consecuencias dignas de mención, a saber:

3.1 Primero, que la indexación de lo adeudado al Banco ha de realizarse *con base en el (históricamente mayor) Índice de Precios al Consumidor (IPC)* que periódicamente publica el Banco Central de Venezuela, y no con base en la (históricamente menor) tasa de interés pasiva de los seis primeros bancos comerciales del país,[47] que es lo que puede reclamar el particular que venció a la República en juicio.

3.2 Segundo, que lo adeudado al Banco se ajusta *hasta que el pago se produzca*, y no hasta la fecha del fallo definitivo, como ocurre con los fallos desfavorables a la República.

Con este modo de proceder el Tribunal Supremo de Justicia pareciera consagrar lo que bien podría denominarse la *ley del embudo*: Lo ancho es siempre para el Estado –el Estado venezolano, no sólo el Banco Central de Venezuela, porque ¿existen acaso razones que permitan desconocerle a la República un trato dispar, menos favorable, que el brindado por el Tribunal Supremo de Justicia al Instituto emisor, teniendo, como en efecto tiene aquélla, los mismos privilegios?–, mientras que lo angosto, lo estrecho, es, en cambio, para el parti-

44 Sala Constitucional, Sentencia número 2.935, de fecha 28 de noviembre de 2002, asunto *Instituto Autónomo de Salud del Estado Apure*.

45 Tribunal Retasador del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa, Sentencia número 883 del 28 de noviembre de 2006, asunto *Aerovías Nacionales de Colombia, S.A. (Avianca) v. Banco Central de Venezuela*.

46 El Banco satisface los dos extremos exigidos en el asunto *Consorcio Técnico de Ingeniería, Conteinca, C.A. v. Centro Simón Bolívar, C.A.* (*supra*, nota a pie de página número 41), para dispensarle los privilegios y prerrogativas del Fisco a un ente público no territorial, porque, primero, es una sociedad cuyo capital pertenece en su totalidad a la República, y, segundo, por mandato de ley se encuentra obligado a someterse a la normativa presupuestaria.

47 *Supra*, nota a pie de página número 41.

cular. Las *asimetrías* o *desigualdades* entre los derechos de las partes procesales por el (preferencial) trato dispensado al Banco Central de Venezuela –y, por vía de extensión, ¿por qué no?, a los demás entes públicos con privilegios y prerrogativas procesales– son *irrazonables*, y, por consiguiente, la *iniquidad* resultante es lisa y llanamente grosera.

4. El Tribunal Supremo de Justicia ha entendido que puede recurrirse a la ejecución forzosa prevista en el Código de Procedimiento Civil cuando el condenado en juicio es un municipio. En estos casos el Tribunal ha admitido el recurso a la ejecución forzosa ordinaria por la remisión –la *expresa remisión normativa*– que el artículo 158 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal hace al procedimiento de ejecución previsto en el Código de Procedimiento Civil. En palabras de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,[48] comoquiera que los bienes del Municipio pueden ser objeto de embargo en los casos previstos por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en virtud de la remisión al ordenamiento procesal a los efectos de la ejecución de los fallos "…existe la posibilidad de embargar [ciertos] bienes [municipales], en razón… de que la prerrogativa contenida en el artículo 158 no puede convertirse en la negación de los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva…".

A diferencia de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el Decreto-Ley establece tajantemente que los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no pueden ser sometidos a ninguna medida ejecutiva. No hay excepciones. Más aún, a diferencia de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el Decreto-Ley no remite al Código de Procedimiento Civil a los efectos de la ejecución de los fallos de condena dictados en contra de la República. Por *argumentum a contrario*, en sus decisiones el Tribunal Supremo de Justicia pareciera insinuar que la República *jamás ni nunca* puede ser embargada, lo que, parafraseando al más alto Tribunal,[49] a fin de cuentas se traduce en la negación del derecho fundamental a la justicia.

5. Una reflexión final: En la hipótesis, negada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, de que se pudiera trabar ejecución contra bienes específicos propiedad de la República –de que se pudiera, esto es, practicar el embargo ejecutivo de uno de sus bienes–, ésta podría poner fin a la ejecución forzosa del fallo dando "muestras" –bastan *muestras*, o sea, *señales*, meros *indicios*– de su intención de cumplir lo sentenciado. En propósito cabe invocar, *mutatis mutandis*, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo de Justicia, para quien comoquiera que "…a lo largo del procedimiento de ejecución de la sentencia definitivamente firme…" el municipio demandado "…*dio muestras de cumplir con el fallo*…", porque se pagó el cuatro como ochenta y uno por ciento (4,81%) de lo adeudado y en el presupuesto municipal se incluyó una partida por el saldo, en ese caso no procedía la ejecución forzosa –la ejecución coactiva– de lo sentenciado.[50] A diferencia

48 Sala Constitucional, Sentencia número 1.869, de fecha 15 de octubre de 2007, asunto *Municipio Bolívar del Estado Anzoátegui v. República.*

49 *Ibid.*

50 Sala Constitucional, Sentencia nº 3.290, de fecha 31 de octubre de 2005, asunto *Municipio Manuel Plácido Maneiro del Estado Nueva Esparta v. República*. Vale la pena destacar que para el momento en que esa Sentencia fue dictada (finales de 2005), no constaba aún el expediente judicial que la partida incluida en el Presupuesto de 2003 para saldar la obligación derivada de la sentencia 2002 hubiere sido efectivamente ejecutada.

del procedimiento (ordinario) de ejecución regulado por el Código de Procedimiento Civil, que sólo puede suspenderse cuando el vencido acredita haber cumplido íntegramente la sentencia,[51] para suspender o detener la ejecución de un fallo dictado contra un ente público –en este caso, un Municipio– bastaría dar *muestras* de que se hacen esfuerzos por cumplir lo sentenciado.

V. El régimen de Derecho interno para la ejecución de los fallos de condena contra la República y su incompatibilidad con los Tratados Bilaterales de Inversión (Bits)

1. A la luz de las circunstancias reseñadas en el capítulo que antecede, el procedimiento (especial) para la ejecución "forzosa" de sentencias de condena al pago de sumas de dinero contemplado por el Decreto-Ley luce *injusto*. Injusto, primero que nada, porque las normas que lo disciplinan fueron diseñadas sin consulta y sin procedimiento previos. Injusto porque, por su duración, por su lento decurso, luce *inadecuado* para brindar tutela judicial efectiva. Injusto porque el procedimiento, por su defectuoso o imperfecto diseño, constituye un obstáculo para el *adecuado funcionamiento* de los órganos de administración de justicia y, por ende, impide al demandante-ganancioso obtener con prontitud *satisfacción plena*. Y es que, a nuestro entender, de *recta aplicación de la justicia* no puede hablarse si a quien ya venció en el proceso se le obliga a esperar *durante años* por el pago de la acreencia prevista en la sentencia, esto es, por la *reparación* –la *definitiva y efectiva* reparación– del *perjuicio* ya constatado en virtud de decisión judicial definitivamente firme.

Otro tanto cabe decir de los irrazonables criterios que los tribunales venezolanos han venido sentando en materia de ejecución forzosa de los fallos de condena al pago de sumas de dinero dictados contra de la República. Luce *manifiestamente injusto* que a pesar de la larga espera –la *interminable* espera– que se le impone al particular que venció en juicio para ver satisfecha su acreencia contra la República, no se le reconozca al demandante-ganancioso el derecho al ajuste o corrección de la acreencia, esto es, a su indexación para compensar los efectos de la inflación y a los intereses del crédito declarado con fuerza de verdad legal por la sentencia. En estos casos el pago de *lo nominalmente adeudado* en lugar de *lo realmente debido*, porque lo que en justicia se adeuda es el principal *con los ajustes o correcciones* a los cuales hubiere lugar por causa de las demoras, tardanzas o dilaciones que impone procedimiento de ejecución contemplado en el Decreto-Ley, constituye una injusticia, una situación contra natura. En virtud de los *odiosos criterios* que los tribunales venezolanos han venido sentando, luce *obvia* la violación al derecho a la justicia, a una *justicia capaz de reponer al actor-ganancioso en su derecho*, pues el remedio judicial no es efectivo, dista mucho de ser idóneo.[52] Luce obvia, además, la violación del

51 Artículo 532, ordinal 2º, del Código de Procedimiento Civil.

52 Véase MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "Los Poderes del Juez Administrativo. Tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa", en *Estudios de Derecho. Derecho Público y Procesal. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario*, Tomo III, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 235 y ss.

derecho fundamental de propiedad privada[53] –*id est*, del derecho al respeto de la inversión extranjera protegida–, porque la *congelación* de la obligación cuyo pago ordena la sentencia *esteriliza* por completo el derecho de crédito formalmente declarado por el juez y garantizado por el Derecho.

Procedimiento y criterios judiciales constituyen graves o serios obstáculos al derecho a la tutela judicial efectiva, porque no se reparan los daños de manera íntegra, así como, por vía de consecuencia, al derecho al disfrute de la propiedad –*id est*, de la inversión extranjera protegida–.

2. Si el demandante-ganancioso califica como inversionista a la luz de los Tratados Bilateral de Inversión (BITS) suscritos por Venezuela, el procedimiento (judicial) del Decreto-Ley para la ejecución de los fallos de condena al pago de una suma de dinero dictados contra la República y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia no pueden ser reconciliados con la obligación de *tratamiento justo y equitativo* prevista en tales Tratados. El procedimiento y los precedentes judiciales constituyen, en efecto, *medidas* estatales *arbitrarias*.

Son arbitrarias todas aquellas medidas estatales que no pueden ser reconciliadas con el principio de racionalidad o razonabilidad en le ejercicio del Poder Público.[54] Para constatar si las medidas adoptadas por un Estado son racionales, racionales desde un punto de vista sustantivo ("racionalidad sustantiva"), pueden emplearse al menos tres tipos de exámenes, evaluaciones o *tests*. En primer lugar, la prueba o *test* de idoneidad. En este examen lo que se trata es de determinar si la medida estatal es idónea para alcanzar el fin que declara perseguir; si entre los medios empleados y el fin perseguido por la autoridad estatal existe una relación racional.[55] Este *test*, también denominado juicio de adecuación,

---

53 ORREGO Vicuña, Francisco, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accesibility, Privatization*, Hans Lauterpacht Memorial Lectures (2001), Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2004, p. 53.

54 ORTINO, FEDERICO, *From 'non-discrimination' to 'reasonableness': a paradigm shift in international economic law?*, Jean Monnet Working Paper 01/05, 2004, *en http://www.jeanmonnetprogram.org,* pp. 33 y ss. Sobre el tema de la racionalidad puede consultarse LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, nº 52, Sevilla, 1988, VIPIANA, PIERA MARIA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel Diritto Pubblico*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1993, *Il principio di ragionevolezza nella giuriprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici.* Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1994, y, ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

55 Vale la pena subrayar los paralelismos existentes entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional: 1. Con base en el artículo 3E de la Constitución italiana y el principio de proporcionalidad el Tribunal Constitucional de ese país ha considerado contrarias a la Constitución las normas no funcionales o inadecuadas (LAVILLA, LANDELINO, "Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción Constitucional y Poder Legislativo", en *División de Poderes e Interpretación. Hacia una Teoría de la Praxis Constitucional*, obra editada y prologada por LÓPEZ PINA, ANTONIO, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, p. 78). 2. En Venezuela la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha afirmado que en virtud del principio de racionalidad, toda actuación de la Administración debe guardar relación, ser acorde con la concreta situación de hecho (Sentencia del 6 de marzo de 1996, asunto *Cauchos Valery, C.A. et al v. Instituto para la Defensa y Protección del Consumidor y Usuario*). También puede citarse la Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia venezolana en Pleno el 6 de noviembre de 1997 (asunto *Ley de Vagos y Maleantes*), pues en ésta se sostiene que la ausencia de razonabilidad no es otra cosa que la indebida valoración de las circunstancias

porque procura determinar si el acto puede alcanzar el fin que justificó su expedición, permite controlar la manifiesta desproporción entre la medida y el fin perseguido.[56] En segundo término, la prueba o *test* de necesidad. En este segundo caso de lo que se trata es de determinar si la medida estatal es necesaria –valga la redundancia– para alcanzar el objetivo perseguido, o, dicho de otro modo, si existen otros medios menos costosos que permitan alcanzar el mismo objetivo.[57] Para superar con éxito el juicio de necesidad, el

de hecho y de Derecho aplicables y la consecuente adopción de medidas proporcionalmente inadecuadas al fin perseguido; y que puede afirmarse que un acto es irrazonable y, por consiguiente, arbitrario, cuando su objeto es absurdo, contradictorio o desproporcionado (véase MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "El Principio de Proporcionalidad, el Derecho a la Libre Concurrencia y los Límites Sustantivos del Poder Reglamentario. Consideraciones en torno al Reglamento para Explotar el Sistema de Televisión por Suscripción que prohíbe a las estaciones de televisión por aire transmitir publicidad durante la difusión, al público en general, de programas de carácter informativo", en *Revista de Derecho Administrativo, nº 5*, Enero-Abril 1999, Editorial Sherwood, Caracas, p. 300).

56 SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, DANIEL, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 317 y 318.

57 Subrayemos una vez más los paralelismos existentes entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional: 1. Comencemos por Agirrazkuenza, quien observa que en España "…la formulación del principio de intervención mínima es muy simple, ya que a través del mismo lo que se pretende subrayar es que entre múltiples y posibles medios o medidas, considerados previsiblemente adecuados para conseguir el resultado deseado, hay que optar por los que causen el menor daño o molesten lo menos posible a los destinatarios de las mismas en cuanto a individuos particulares, así como a la colectividad"; y, que "este principio de la elección del medio más suave o de la intervención más favorable a la pervivencia de los mayores márgenes de libertad posible, entre medios o medidas igualmente congruentes, no es sino un trasunto del principio *favor libertatis* que impregna todo el ordenamiento jurídico" (AGIRRAZKUENZA, IÑAKI, *La coacción administrativa directa*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pp. 382 y 383). 2. Haibronner afirma que en todos los países existen "…dos típicas aplicaciones del principio (de proporcionalidad) concretadas, por una parte, en que debe tratarse de una relación '*ragionevole, adeguata o non sproporzionata*' entre el fin perseguido por la acción estatal y los instrumentos empleados para conseguirlo y, por otra parte, entre los medios adecuados debe elegirse el menos *restrictivo*" (AGIRRAZKUENZA, IÑAKI, *op. cit.,* p. 378). 3. Sobre el principio *favor libertatis* se pronunció la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fallo del 16 de mayo de 2000 (Sentencia número 1108, asunto *Carlos Eduardo Oxford Arias*), conforme al cual "los derechos fundamentales deben interpretarse de la manera más amplia y favorable al administrado para que sus contenidos puedan ser efectivos (*favor libertatis*)". Por ello, agrega el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, "resultaría inconstitucional, utilizar principios interpretativos de las leyes, para crear impedimentos o limitaciones a los derechos fundamentales...", como son la libertad económica o la propiedad privada. También la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, al sostener que "es bien conocido que disposiciones que reconocen derechos constitucionales [por obra del] *favor libertatis*, son de interpretación extensiva, como *restrictivas* aquellas, que se refieren a la *excepción* de esta *regla*" (citado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia nº 303, de fecha 8 de marzo de 2004, que decidió el Recurso de Revisión propuesto contra el fallo nº 375, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el 23 de octubre de 2003). En Venezuela la Sala Político-Administrativa de la Corte Federal y de Casación ha recurrido al criterio de la "menor restricción posible". En efecto, en fallo nº 298, del 20 de noviembre de 1962, que declaró la nulidad del artículo 47 del Decreto reglamentario de la Ley de Ejercicio de la Farmacia, la Corte sostuvo que las restricciones y prohibiciones de los derechos consagrados por la Constitución venezolana y, en concreto, del derecho constitucional de propiedad privada, "…derogatorias como son del principio general de la garantía de la propiedad, no pudieron justificarse sino por la situación confrontada por el legislador, al no poder atender de otro modo, que sacrificando el mero interés individual, el reclamo y la satisfacción de otros intereses más preciosos y nobles y urgentes de la sociedad…" (BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1977, pp. 275 y 276).

acto "…debe ser la medida menos lesiva para los intereses particulares de cuantas pudo elegir…" la autoridad.[58] Salta a la vista, pues, que aquí se produce un juicio comparativo con las otras medidas alternativas, menos gravosas, que pudieron haber sido adoptadas. Finalmente, la prueba o *test* de proporcionalidad en sentido estricto. En este último tipo de examen, el más intenso o incisivo de los tres, de lo que se trata es de determinar si la medida estatal produce un impacto excesivo o desproporcionado sobre los intereses del particular. En otras palabras, si los costos de la medida exceden sus beneficios.[59]

Las "medidas" tanto legislativas como judiciales a las cuales hemos hecho referencia son, lo decíamos antes, irracionales o irrazonables, porque no superan ninguno de los *tests* mencionados anteriormente. En efecto:

2.1 Los medios empleados, aludimos a la anulación de los poderes para ejecutar lo decidido son desproporcionados, porque el juez, por mandato del Decreto-Ley, debe igno-

58 SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, DANIEL, *op. cit.*, pp. 334. Cabe citar –*mutatis mutandis*– el fallo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano el 11 de junio de 2000 (asunto *Jesús Rendón Carrillo*), según el cual al momento de restringir derechos fundamentales, incluída la propiedad privada, "…el legislador… debe acudir al principio de la proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se persigue, debiendo ser las medidas impuestas necesarias para fomentar o realizar el objetivo enunciado en ellas, esto es, que no sean posibles otras medidas que representen para el ciudadano una carga menor –principio de intervención mínima del Estado– para garantizar los bienes constitucionales en conflicto".

59 ORTINO, FEDERICO, *From 'non-discrimination' to 'reasonableness': a paradigm shift in international economic law?, op. cit.*, pp. 33 y ss. A título de recapitulación sobre los paralelismos existentes entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional, permítasenos observar que el Tribunal Constitucional Federal alemán "…ha derivado diferentes principios jurídicos generales que resultan de la tradición jurídica alemana y de la lógica misma de la noción de Estado de Derecho. Entre estos principios se encuentra el Principio de Proporcionalidad que, a través de diferentes manifestaciones, impone al Estado un ejercicio moderado de su poder. Así, por ejemplo, la 'adecuación entre los medios y el fin', o la elección del 'medio más idóneo' o de la 'menor restricción posible' del bien o Derecho protegido por el Ordenamiento, o finalmente de la 'justa medida'; a través de todas estas expresiones, el principio de proporcionalidad representa una cierta concretización de la idea de justicia, tanto en el ejercicio de los derechos como en la imposición de deberes y de cargas, de equilibrio de intereses contrapuestos… en la línea de su menor perjuicio posible" (LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO, *op. cit.,* p. 41).

En *James v. United Kingdom* se sostuvo: "Una medida que priva a una persona de su propiedad no sólo debe perseguir, en los hechos y también conceptualmente, una finalidad legítima 'en interés del público', debe también existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se procura lograr" ("Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim 'in the public interest', but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realizad") (*James v. United Kingdom*, E.C.H.R., Series A, No. 98, 8 E.H.C.R. 123 (1986), citado por CURTIS, JR., JEROME J., "Comparison of the Regulatory Takings under the United States Constitution and the European Convention on Human Rights", en *European Law Review*, Volume 14, Sweet & Maxwell, London, 1989, p. 78).

En este mismo orden de ideas, en el asunto *Hauer* el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se planteó la cuestión de "en qué medida los límites que imponen las normas que se enjuician responden efectivamente a los fines de interés general que persigue la Comunidad o si, por el contrario, desde la perspectiva de la finalidad que se pretende alcanzar, representan una intervención desproporcionada e inaceptable sobre las facultades dominicales, que viola el contenido esencial del derecho de propiedad" (TJCE, Sentencia del 13 de diciembre de 1979 –Hauer, asunto 44/79– Rep. 1979, en KRÖGER, DETLEF, "La propiedad privada como derecho fundamental en la Unión Europea", en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad, La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, obra coordinada por BARNÉS, JAVIER, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995, p. 104).

rar –hacer caso omiso a– las particularidades de la controversia sometida a su conocimiento y sólo puede ordenar el pago de la deuda en los rígidos términos predeterminados por el Decreto-Ley –dos cuotas pagaderas únicamente contra dos presupuestos anuales sucesivos–. En lugar de esa pudieron haberse tomado otras medidas estatales, menos gravosas para los derechos fundamentales del inversionista extranjero protegido por los BITS suscritos por Venezuela.

2.2 Los medios empleados, aludimos a la congelación o esterilización del crédito reconocido por la sentencia, no son necesarios, *exempli gratia*, para asegurar la continuidad de los servicios públicos.

2.3 Los medios empleados, finalmente, son irrazonables porque producen un impacto excesivo e inadmisible sobre los derechos del inversionista. Piénsese nuevamente en la congelación de la deuda.

Así las cosas, las "medidas", insistimos en la idea, no pueden ser reconciliadas con el trato justo y equitativo, *concepto jurídico indeterminado* garantizado bajo diversas fórmulas por los BITS.[60]

Del *trato justo y equitativo* se ocupa, por ejemplo, el artículo 2.1 del Tratado entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para la promoción y protección recíproca de inversiones,[61] en virtud del cual Venezuela se comprometió a tratar las inversiones alemanas "…justa y equitativamente, según las reglas y principios generalmente reconocidos por el Derecho Internacional". También el artículo 3º del Acuerdo entre la República de Venezuela y la República de Costa Rica para la promoción y protección recíproca de inversiones,[62] conforme al cual Venezuela, "…de conformidad con las normas y criterios del derecho internacional, dará a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento justo y equitativo…" y, en consecuencia, "…se abstendrá de obstaculizar con medidas arbitrarias o discriminatorias su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación". En análogo sentido cabe citar, sólo un ejemplo adicional, el artículo 3 del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la promoción y protección recíproca de inversiones,[63] que establece, por una parte, que "todas las inversiones, directas o indirectas, efectuadas por los inversores de una de las Partes Contratantes gozan en el territorio de la otra Parte Contratante de un *trato justo y equitativo* conforme al derecho internacional" (ordinal 1º), y por la otra, que "salvo por las medidas que sean necesarias para el mantenimiento del orden público, dichas inversiones gozarán de una protección constante, que excluya toda medida arbitraria o discriminatoria que pueda obstacu-

60 Sobre los conceptos jurídicos indeterminados véase GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 455 y ss. Asimismo el Laudo que resolvió la controversia *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic*: "The Tribunal notes that… fair and equitable treatment is a standard none too clear and precise" (ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22nd, 2007, § 256).

61 Gaceta Oficial nº 36.383, del 28 de enero de 1998.

62 *Ibid*.

63 Gaceta Oficial nº 37.357, del 4 de enero de 2002.

lizar, de hecho o de derecho, su administración, su mantenimiento, su utilización, su disfrute o su liquidación" (numeral 2º).[64]

3. Desde otra perspectiva puede afirmarse que las medidas estatales analizadas *supra* constituyen un claro supuesto de *denegación de justicia*, esto es, de desconocimiento del derecho a una justicia de fondo o sustantiva –por oposición a la meramente formal–, única capaz de reponer al actor en su derecho. De acuerdo a la decisión que resolvió el asunto *Robert Azinian et al v. United States of Mexico*, "se puede alegar denegación de justicia si el tribunal competente… administra justicia de manera claramente inadecuada…".[65] Y es que se vulnera el derecho al juicio justo o *fair trial* al que se alude en *The Loewen Group, Inc. et al v. United States of America,*[66] si lo adeudado en virtud del fallo judicial no es honrado con prontitud y el actor-ganancioso carece de medios o recursos procesales eficientes para que se le dé –para que se le pague– lo que es suyo.

De la *denegación de justicia* se ocupa de manera expresa el primer aparte del artículo 9° del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para la promoción y protección recíproca de inversiones, que establece: "El inversor que haya optado por someter la controversia a los tribunales de la Parte Contratante no podrá luego recurrir al arbitraje, a menos que se produzca una *denegación de justicia* según las normas y criterios del Derecho Internacional".[67] En todo

64 En adición a los Tratados citados en el cuerpo de este ensayo, para el momento en que culminamos de redactarlo Venezuela había suscrito más de dos docenas de instrumentos internacionales relacionados con la promoción y protección recíproca de inversiones. En orden cronológico, esos instrumentos son los siguientes: Acuerdo CJTI-175, suscrito con los Estados Unidos de América (*Gaceta Oficial* nº 34.511, del 17 de julio de 1990); República Argentina (*Gaceta Oficial* nº 4.801, del 1º de noviembre de 1994); Ecuador (*Gaceta Oficial* nº 4.802 Extraordinario, del 2 de noviembre de 1994); Chile (*Gaceta Oficial* nº 4.830 Extraordinario, del 29 de diciembre de 1994); Estados Unidos Mexicanos, República de Colombia y República de Venezuela (G-3) (*Gaceta Oficial* nº 4.833 Extraordinario, del 29 de diciembre de 1994); República Portuguesa (*Gaceta Oficial* nº 4.846 Extraordinario, del 26 de enero de 1995); Barbados (*Gaceta Oficial* nº 4.853 Extraordinario, del 8 de febrero de 1995); República Checa (*Gaceta Oficial* nº 36.002, del 17 de julio de 1996); Reino de Dinamarca (*Gaceta Oficial* nº 5.080 Extraordinario, del 23 de julio de 1996); República de Lituania (*Gaceta Oficial* nº 5.080, del 23 de julio de 1996); República del Perú (*Gaceta Oficial* nº 36.266, del 11 de agosto de 1997); República Federativa del Brasil (*Gaceta Oficial* nº 36.268, del 13 de agosto de 1997); Reino de España (*Gaceta Oficial* nº 36.281, del 1º de septiembre de 1997); República del Paraguay (*Gaceta Oficial* nº 36.301, del 29 de septiembre de 1997); Reino Unido de Suecia (*Gaceta Oficial* nº 5.192 Extraordinario, del 18 de diciembre de 1997); Canadá (*Gaceta Oficial* nº 5.207 Extraordinario, del 20 de enero de 1998); Francia (*Gaceta Oficial* nº 37.896, del 11 de marzo de 2004); República de Cuba (*Gaceta Oficial* nº 37.913, del 5 de abril de 2004); República Islámica de Irán (*Gaceta Oficial* nº 38.389, del 2 de marzo del 2006); y, el Protocolo de Colonia, parte integrante del Tratado de Asunción del MERCOSUR (*Gaceta Oficial* nº 38.482, del 19 de julio de 2006).

65 ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, November 1st, 1999, § 102 y 103, citado en *Waste Management Inc. v. United States of Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, April 30th, 2004, nota a pie de página número 84.

66 ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, June 26th, 2003, § 123.

67 Gaceta Oficial nº 36.519, del 18 de agosto de 1998.
Parafraseando a Salomoni, vale la pena observar que los BITS, *bilaterales en cuanto a su forma*, son o terminan siendo *multilaterales en cuanto a sus efectos*, pues por causa de la cláusula de la nación más favorecida (MFN) –*rectius*, del inversionista más favorecido– que cada uno de ellos contiene, en realidad conforman una verdadera *red*, un sistema, cuyas previsiones terminan siendo generales -homogéneas- para todos los inversionistas extranjeros protegidos (SALOMONI, JORGE LUIS, "Los Tribunales Arbitrales Internacionales y el Contencioso Administrativo Argentino", en *El Derecho Público a los 100 Números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 981).

caso, al margen de esa norma expresa, también conviene acotar aquí que la jurisprudencia internacional ha dejado claramente sentado que en el deber de brindar trato justo y equitativo –*supra*, Capítulo V, numeral 2.– se incluye la prohibición de denegar justicia.[68]

4. Comoquiera que la *congelación* de la obligación cuyo pago ordena la sentencia *esteriliza* por completo el derecho de crédito declarado por la sentencia y garantizado por el Derecho, porque lo torna en un *bien improductivo*, el procedimiento judicial contemplado por el Decreto–Ley y los criterios jurisprudenciales sentados por el Tribunal Supremo de Justicia constituyen una *expropiación de facto* o de hecho (*Indirect Taking*), esto es, una velada o encubierta apropiación por el Estado –sin justa compensación– de la inversión extranjera protegida. Por la falta de (justa) compensación, esas medidas *en su esencia expropiatorias* infringen, un ejemplo, el artículo 6 del Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos que obliga al Estado a indemnizar por toda medida "…que tuviere un efecto equivalente a la expropiación o nacionalización…".[69] Frente al inversionista protegido infringen, sólo un ejemplo más, el artículo 6 del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Confederación Suiza, a tenor del cual el Estado no puede tomar "…directa o indirectamente medida alguna de expropiación o nacionalización ni ninguna otra medida que tuviese la misma naturaleza o efecto…".[70]

Estimamos pertinente observar que en el asunto *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica* el Tribunal arbitral afirmó que "existen fundamentos suficientes para afirmar que una propiedad ha sido expropiada cuando el *efecto* de la medida adoptada por el Estado ha sido *privar* al propietario de su título, de su posesión o del *acceso al beneficio y uso económico* de su *propiedad*…"; que "en el Derecho Internacional una privación de propiedad puede producirse cuando el Estado interfiere con el uso de la propiedad o con el disfrute de sus beneficios, incluso en aquellos casos en que no se afecta el título sobre el bien"; y, que "la intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas sobre el propietario, y las formas de las medidas de control o interferencia son menos importantes que su impacto real…".[71]

Sobre la *denegación de justicia* puede consultarse a PAULSSON, JAN, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, third printing, Cambridge (UK), 2006, p. 206.

68 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, August 20th, 2007, § 7.4.11 ("…the standard is commonly understood to include a prohibition on denial of justice…").

69 *Gaceta Oficial* nº 35.269, del 6 de agosto de 1993.

70 *Gaceta Oficial* nº 4.801, del 1º de noviembre de 1994.

71 *Compañía Del Desarrollo De Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. Arb/96/1, Final Award, February 17th, 2000, § 77. En el Laudo se afirma textualmente lo siguiente: "There is ample authority for the proposition that a property has been expropriated when the effect of the measures taken by the state has been to deprive the owner of title, possession or access to the benefit and economic use of his property: 'A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected. While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely

Los retrasos en el pago y la esterilización del crédito constituyen una expropiación de facto porque, a nuestro entender, no pueden reconciliarse con la regla en virtud de la cual la República debe pagar sus obligaciones de manera completa, pronta y adecuada (*full, prompt and adequate compensation*).[72] De conformidad con esa regla (*Hull Clause*), aplicable a toda expropiación o medida estatal equivalente, la República se halla obligada a pagar en dinero –es, decir, en moneda corriente y libremente convertible– y sin dilaciones indebidas.[73] De conformidad con esa regla, para que el pago sea adecuado lo adeudado debe devengar, hasta la fecha del pago, intereses calculados a tasa de mercado (artículo 5.1 del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la promoción y protección de inversiones).[74] Con base en norma análoga, aquí nos adelantamos a lo que expondremos *infra* (Capítulo V, numeral 5.), en *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República de Venezuela* se dejó sentado que las deudas derivadas del ilícito internacional –de la infracción, esto es, del BIT invocado por la actora– devengarían "…intereses hasta la fecha efectiva de pago".[75]

Si, como se decidió en el laudo que puso fin a la controversia *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, "la pérdida sufrida por el demandante es el estándar general comúnmente utilizado por el Derecho internacional cuando se trata de [medir los] perjuicios a la propiedad, lo que usualmente incluye el capital, la *pérdida de ganancias* y los gastos…",[76] en Derecho no puede existir justificación válida para que a la demora en el pago se sume la total *esterilización* del crédito. Al inversionista extranjero protegido le asiste el derecho a que se borren todas las consecuencias dañosas producidas por las medidas estatales ilegales.[77]

---

ephemeral. The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact.' (*Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA*, Award No. 141-7-2 (June 22, 1984), reprinted in 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219, 226 (1986), citing 8 Whiteman, Digest of International Law 1006-20; Christie, What Constitutes a Taking Under International Law? 38 Brit. Y.B. Int'l. Law 307 (1962); Cf. also the Mariposa Development Company case decided by the U.S.-Panama General Claims Commission (6 UNRIAA 390), where the tribunal observes that legislation may sometimes be of such a character that '…its mere enactment would destroy the marketability of private property, render it valueless and give rise forthwith to an international claim.' (See also Claimant's Closing Statement, pp. 13-14.)". Véase también TURK, JEFFREY, "Compensation for 'Measures Tantamount to Expropriation' Under NAFTA: What it Means and Why it Matters", *International Law & Management Review*, Spring 2005, Issue I.

72 El Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la promoción y la protección de inversiones establece, por ejemplo, que en caso de expropiación el Estado debe pagar "…una compensación pronta, adecuada y efectiva…" (artículo VII(1)). Consúltese a VAN HARTEN, GUS, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 91.

73 El Acuerdo entre la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús sobre promoción y protección recíproca de inversiones (Gaceta Oficial nº 38.894 del 24 de marzo de 2008) contiene una previsión digan de mención, porque obliga a pagar "la compensación… sin demora en la [misma] divisa en que la inversión se hizo" (artículo 4.2).

74 *Gaceta Oficial* nº 36.010, del 30 de julio de 1996.

75 CIADI, Asunto nº ARB/00/5, 23 de septiembre de 2003, Capítulo V.

76 ICSID Case nº ARB/01/8, May 12th, 2005, § 402.

77 *Factory at Chorzów, Merits*, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47, ratificado recientemente en *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, February 6th, 2007, § 352.

5. El largo procedimiento previsto por el Decreto-Ley y los criterios sentados por el Tribunal Supremo de Justicia no pueden ser tampoco reconciliados con la jurisprudencia internacional, que ha reconocido, primero, que las deudas deben ser saldadas con prontitud, y, segundo, que los derechos de crédito del inversionista devengan intereses hasta la fecha de su pago definitivo. En efecto, en el laudo *Emilio Augustín Maffezini v. Reino de España* al Estado vencido en juicio se le ordenó pagar "…dentro del plazo de 60 días contados desde la fecha del presente laudo…", apercibiéndosele que una vez vencido dicho plazo la deuda comenzaría a devengar intereses.[78] En sentido análogo se había pronunciado también el Tribunal que resolvió la controversia *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, para el que vencido el plazo de 45 días concedido al Estado-perdidoso para el pago de la condena, dicha suma "…o cualquier parte de ella que permanezca insoluta" devengaría intereses.[79] Más recientemente, en *Siemens A.G. v. The Argentine Republic* se decidió que para saldar la obligación determinada por el Tribunal el Estado condenado en juicio contaba con un plazo de 30 días, contados a partir de la fecha de notificación del Laudo, y que vencido dicho lapso se causarían intereses.[80] Como ser observa, en todos y cada uno de esos laudos el lapso concedido al vencido para honrar voluntariamente la obligación determinada en la sentencia es notablemente menor –*sustancialmente inferior*– al contemplado por el Decreto-Ley, cuya imperfección a la luz del Derecho Administrativo Global es ostensible.

6. En adición a los Tratados Internacionales mencionados precedentemente, vale la pena invocar también la vigente Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana,[81] que establece que "las inversiones internacionales tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación" (artículo 6°); que "sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación… mediante una indemnización pronta, justa y adecuada", y que dicha "…indemnización… incluirá el pago de intereses hasta el día efectivo del pago, calculados sobre la base de criterios comerciales usuales…" (artículo 11).

Conclusiones

1. A la luz de las razones expuestas en los Capítulos precedentes, el Decreto-Ley y la jurisprudencia venezolana en materia de ejecución de fallos de condena al pago de sumas de dinero dictados contra la República lucen incompatibles con el Derecho Administrativo Global del cual los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS) forman parte integrante. Lucen incompatibles, decíamos, porque contravienen la obligación de trata-

78 CIADI, Asunto No. ARB/97/7, 13 de noviembre de 2000, § 97.
79 CIADI Asunto No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, § 131.
80 ICSID Case No. ARB/02/8, February 6th, 2007, § 403.
81 Gaceta Extraordinaria nº 5.390, del 22 de octubre de 1999.

miento justo y equitativo y vulneran los derechos a la justicia y propiedad privada del inversionista extranjero.

2. La aplicación por el juez venezolano del procedimiento de ejecución de sentencias previsto en el Decreto-Ley y la jurisprudencia que en propósito ha venido siendo dictada, constituye *ilícitos* y habilitan a los tribunales arbitrales internacionales, a instancia del particular lesionado, para aplicar la ley infringida –el BIT violado– y restablecer el imperio del Derecho Administrativo Global.

3. Habida consideración de esta circunstancia, se impone una profunda revisión del procedimiento (judicial) de ejecución de los fallos de condena al pago de una suma de dinero dictados contra de la República, así como de los irrazonables criterios que los tribunales venezolanos han venido sentando en esta materia.

Terceira Parte

Políticas Econômicas da União Europeia e das Integrações Latino-Americanas

Relações Político-Econômicas da União Europeia: Parcerias com a América Latina e Caribetina e Caribe*

*Fernando Estevam Bravin Ruy***

Introdução. 1. Objetivos socioeconômicos da União Europeia diante da economia globalizada. 1.1. Estratégia de Lisboa e a política para o crescimento e o emprego. 1.2. Desafio da estratégia de Lisboa para o crescimento e o emprego. 1.3. Espaço econômico e social comunitário. 1.4. Assistência macrofinanceira a países terceiros. 2. Políticas socioeconômica e comercial da União Europeia para a América Latina e o Caribe. 2.1. Inovação nas negociações. 3. Diálogos sub-regionais da União Europeia junto à América Latina e Caribe. 3.1. União Europeia e Mercosul. 3.2. União Europeia e Comunidade Andina. 3.3. União Europeia e América Central: o diálogo de San José. 3.4. União Europeia e Caribe. 4. Diálogos bilaterais da União Europeia junto a países da América Latina. 4.1. União Europeia e México. 4.2. União Europeia e Chile. 4.3. União Europeia e Brasil. Conclusão.

Introdução

A identificação dos elementos que proporcionaram uma aproximação da União Europeia com a América Latina e Caribe resulta certamente no núcleo desta pesquisa que, mesmo sem o condão de esgotar a matéria, adentra-se no caminho para identificar os necessários pontos que formam o consenso em que as duas regiões, tão diferentes em nível de desenvolvimento socioeconômico, comportam entendimentos e parcerias para o presente e para o futuro.

A União Europeia se caracteriza pelo inegável êxito de integração, uma vez que, ao longo do seu meio século de existência, permitiu elevar em muito o padrão de vida dos seus cidadãos para níveis[1] não realísticos, quando da criação do embrionário acordo que resultou na Comunidade Econômica do Carvão e do Aço. Essa União usufrui atualmente de sua grande força diante da comunidade internacional, pela notável razão de representar um mercado único sem fronteiras e uma moeda única para parte de sua comunidade, o Euro.[2]

---

* Pesquisa científica realizada durante os estudos do Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na disciplina de Integração Econômica e regência do Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha.

** Juiz de Direito de Entrância Especial do Estado do Espírito Santo, Professor da Universidade Federal do Espírito Santo, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo, Mestre em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho, RJ, e Doutorando em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1 Na última década, o nível de vida dos cidadãos europeus melhorou de forma significativa. Em 1995, o PIB por habitante (em PPC) para a EU-25 elevava-se a 15 200. Oito anos mais tarde tinha passado para 21 400. A União Europeia se compõe hoje de três pilares, assim considerados: Comunidades Europeias (CE, Euratom), Política externa e de segurança comum (PESC), Justiça e assuntos internos (JAI).

2 São tratados que contribuíram na atual formação do Bloco Europeu: Tratado de Paris (1951), Tratado de Roma (1957), Tratado de Fusão das Comunidades Europeias (1965), Tratado de Maastricht (1992), Tratado de Amsterdão (1996), Tratado de Nice (2000) e o Tratado de Roma II (2004). O Tratado de Roma II marcou um dos maiores fracassos da integração europeia, pois representara o Projecto de Constituição, que não restou ratificado pelos plebiscitos da França e da Holanda.

Mas o sucesso da União Europeia não pode ser considerado linear, com existentes entraves e contratempos durante a sua integração.

Atualmente o Bloco ainda enfrenta o impasse da Constituição Europeia que, desde a sua origem, teve elevadas manifestações doutrinárias de reserva.[3]

Os seus atuais 27 membros representam mais de 500 milhões de habitantes, consolidando-se na terceira maior população do mundo, a seguir a China e a Índia. Conta-se ainda que a União Europeia mantém relações próximas e amplamente amigáveis com os seus vizinhos, tanto na Europa quanto nas faixas oriental e meridional do Mediterrâneo.[4]

O emprego, uma das maiores preocupações da União Europeia, vem se tornando uma de suas principais prioridades.[5]

A competitividade e a exigência de mão-de-obra qualificada por um lado e a necessidade de se criarem mais e melhores postos de trabalho para os seus cidadãos são os contrapesos, que exigem da política econômica e social da União Europeia a criação de oportunidades iguais, para que todos com capacidade laborativa e desejo de trabalhar o possam fazer.

A América Latina e Caribe, com características socioeconômicas substancialmente diversas da União Europeia, apresentam-se com uma grande miscigenação étnica, cultural e de desequilíbio econômico.

Com essa realidade há de se entender por que a visão Europeia sobre a América Latina e Caribe nem sempre representou o interesse para uma dinâmica de aproximação, apesar de se notar que está nitidamente presente um longo caminho de associação entre as duas regiões.

---

3 Pitta e Cunha sempre alertou para o esperado impasse que poderia ocorrer com o Tratado Constitucional e há muito sustentara que: "*a discussão em torno deste tema é, contudo, tanto mais relevante quanto é certo que a Constituição Europeia, além de catalizadora de um sistema federal que pode pôr em risco a independência dos Estados membros, encerra em si sérios desequilíbrios no tratamento dos diferentes países, avantajando os grandes em relação aos pequenos e aos médios, e nada trazendo de novo para os mais fracos e periféricos*". CUNHA, Paulo de Pitta e. *A crise da Constituição Europeia*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 20. Também em outra obra: "*Combina-se o lançamento das bases de uma estrutura política de índole federal, desprovida do correspondente suporte de solidariedade económica e social, com a inserção de facetas de intergovernamentalismo com domínio dos maiores Estados membros*". CUNHA, Paulo de Pitta e. *Reservas à Constituição Europeia*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 103. Ainda o mesmo autor: "*Afigura-se não ter justificativa a proposta de uma Constituição Europeia, nem mesmo de um tratado constitucional*". CUNHA, Paulo de Pitta e. Tratado ou Constituição?. *Uma Constituição para a Europa:* Colóquio Internacional de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2003, p. 49. Em sentido diverso: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A Constituição Europeia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 199. Coutinho Pagliarini entende que, "*nos tempos atuais de pós-modernidade, a verdade da constituição supranacional se impõe*". Também em sentido diverso, mas esclarecendo sua posição de provisoriedade: MARTINS, Ana Maria Guerra. *O Projecto de Constituição Europeia:* Contributo para o debate sobre o futuro da União. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 133. Guerra Martins entendeu que Portugal deveria aprovar em plebiscito a Constituição Europeia.

4 Apesar de o crescimento demográfico natural não atender positivamente a todos os países da União Europeia, a migração líquida é responsável pela maior parcela de aumento de sua população. Portanto, sem imigração, a Alemanha, a Grécia e a Itália teriam diminuído em 2003, revelando-se favorável o fluxo migratório positivo para esses países.

5 A União Europeia tem como objetivo alcançar uma taxa de emprego de 70% até 2010. Em 2003, 63% das pessoas em idade activa na EU-25 tinham emprego. Contudo a taxa de emprego apresenta variações em todo o território da União Europeia.

Há na atualidade um reconhecimento de importância e do incremento do crescimento da região Latino-americana em geral, incluído o Caribe, o que aguça o interesse da União Europeia em fortificar um relacionamento para o futuro.

A União Europeia representa uma importante parceira econômica e política para a América Latina e o Caribe, com o reconhecido mérito de maior investidora na região e segunda maioria em parceria comercial. Tudo sem contar com os elevados recursos provenientes de doações e incentivos para investimentos por parte da União Européia.

Nesse contexto e ciente da necessidade de reconhecer as individuais características e diversidades entre as duas regiões, este trabalho enfrentará os problemas intrínsecos à União Europeia e, como primordial conteúdo, os objetivos político-comerciais da União Europeia diante da economia globalizada, a política socioeconômica e comercial da União Europeia para a América Latina e o Caribe e os programas de cooperação bi-regional entre a União Europeia e a América Latina e o Caribe, inclusive diante dos seus diálogos sub-regionais e outros diretamente ligados a determinados países.[6]

1. Objetivos socioeconômicos da União Europeia diante da economia globalizada

A expansão em níveis mundiais do movimento de bens, serviços, capitais, tecnologias e pessoas representa o mais singelo e comum núcleo conceitual da globalização,[7] exigindo das nações o dever de compreender a necessidade de cumprimento de regras comerciais uniformizadas mundialmente.

O efeito da globalização de gerar riqueza para todos, nos termos em que sempre se espera,[8] pode produzir efeitos negativos, com grave desequilíbrio econômico e social, resultando ainda em profundo prejuízo cultural.[9]

A União Europeia se mantém na busca por regras transparentes e uniformizadas, mas tratando prioritariamente de seus interesses comerciais, apesar de assentados na procura de atenuar os reconhecidos aspectos negativos da globalização.[10]

---

6 Análises das relações externas da União Europeia e a tendência atual para a formação de blocos regionais, Cf. PORTO, Manuel Carlos Lopes. *Teoria da integração e políticas comunitárias.* Coimbra: Almedina, 2001, p. 480. Lopes Porto argumenta que na atual tendência mundial a "*União Europeia não pode deixar de ser sensível às relações com o exterior", r*azões que justificam a integração econômica internacional.

7 Sobre a evolução e o conceito da globalização, Cf. MENEZES, Wagner. Ordem Global e Transnormatividade. Ijuí: Editora Unijuí, 2005, p. 104.

8 George Soros firma o entendimento de que a globalização tem seu lado negativo, mas sob a base de critérios fundamentalistas "*a globalização tem sido um projeto de grande sucesso*"[sic]. SOROS, George. *Globalização.* Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2003, p. 46.

9 Eduardo Soares sustenta a hipótese de que a "*globalização altera as relações de referência mútua, de regulação recíproca, de inconsistência ou de indiferença entre as esferas ou níveis em que se deslocam as práticas culturais*". SOARES, Luiz Eduardo. Globalização como Deslocamentode de Relações Intraculturais. *In*: MENDES, Candido (Coord.). *Pluralismo cultural, identidade e globalização.* Rio de Janeiro: Record, 2001.

10 PIMENTA, Carlos. *Globalização:* produção, capital ficto e redistribuição. Lisboa: Campo da Comunicação, 2004, p. 85.

O resultado está representado por parcerias com países que pouco ou nada têm a oferecer sob o manto econômico, mas possibilitam a diminuição ou ausência de agressão contra os países-membros da comunidade, especialmente de células terroristas financiadas ou não por países terceiros.

Na estratégia de ser parceira para não permanecer vulnerável, a União Europeia tem encontrado grandes razões para manter a política de aproximação não só por interesse comercial, mas também com vista ao aspecto social dos países terceiros, sem se desfocar das regras do multilateralismo,[11] respeitando o sistema comercial internacional.[12]

A política interna, como objetivos de melhores empregos e adequada coesão social,[13] não retira as constantes preocupações de uma boa representação no âmbito externo da União Europeia.[14]

O desafio maior está na execução da reforma econômica, para eficazmente se efetivarem os grandes projetos de uma nova economia especialmente baseada no conhecimento.

Emprego e coesão social interligam-se intimamente com a vida das pessoas, que se veem em vigososas reinvidicações, quando ausente o emprego e distantes demasiadamente os níveis sociais de uma mesma região.

A União Europeia, nesse particular, tem nítido conhecimento de seu constante desafio, especialmente após seu grande alargamento em que novas nações ingressaram na União, com valores e modelos sociais diversificados, a trazer para o Bloco problemas econômicos e sociais gigantescos.

---

11 Há de ser observado que o Acordo Geral sobre Impostos Alfandegários e Comércio, assinado em 1947 e de sigla bem conhecida (em inglês, *General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT), possibilitou, como origem, a liberalização do comércio internacional. Gonçalves Martins considera o GATT, o FMI, o BIRD exemplos de restrição à soberania dos Estados. MARTINS, Manuel Gonçalves. *Relações Internacionais.* Lisboa: Pedro Ferreira editor, 1995, p. 72. Também: Infante Mota considera que o "*Acordo Geral, ainda que multilateral no espírito, mostra-se tendencialmente favorável ao regionalismo, dado que, no fundo, ambos constituem duas vias diferentes de objectivo: uma maior liberalização das trocas comerciais*". MOTA, Pedro Infante. Os Blocos económicos Regionais e o Sistema Comercial Multilateral. O caso da Comunidade Europeia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 88.

12 Até a criação da Organização Mundial do Comércio, em 1994, é possível conciderar três grande rodadas de negociações em nível de comércio internacional: a) *Kennedy Round* de 1963 a 1967*;* b) *Tokyo Round* de 1973 a 1979; c) *Uruguay Round*, de 1986 a 1994. Cf. McDONALD, Frank; DEARDEN, Stephen. *European Economic Integration*. 3rd ed. Harlow: Longman, 1999. p. 345. Também CUNHA, Luis Pedro Chaves Rodrigues da. *Lições de relações econômicas externas*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 201. Ainda STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: A grande desilusão*. Trad. Maria Filomena Duarte. 3. ed. Lisboa: Terramar, 2002, 303-305. Joseph Stiglitz entende que por si só a OMC precisa de constantes reformas e de melhorias em seu sistema. Sobre os aspectos históricos do multilateralismo e, em especial, *the Uruguay Round*, Cf. BROWN, Andrew Gardner. *Reluctant partners: a history of multilateral trade cooperation, 1850-2000.* Ann Arbor: University of Michigan, 2003, pp. 148 et seq.

13 FERREIRA, Graça Enes. *A teoria da integração económica internacional e o modelo de integração do espaço econômico europeu.* Porto: Legis Editora, 1997, pp. 23-24.

14 Fausto de Quados leciona que a União tem capacidade, ela própria, para concluir tratados internacionais no quadro do segundo e do terceiro pilares. QUADOS, Fausto de. *Direito da União Europeia.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 370. Também. MOLLE, Willem. *The economics of European integration: theory, practice, policy*. 3ª ed. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 461. Willem Molle explica que: *"integration schemes need to define rules not only for their internal functioning, but also for their external relations"*.

O espírito de reforma e o desenvolvimento de programas de incentivo ao conhecimento representam parte considerável dos objetivos estratégicos da União Europeia que busca as oportunidades comerciais com fomento à inovação de suas estratégias internas e externas, apesar de muitas vezes com programas não suficientemente efetivados.

Mas permanece o notório reconhecimento de que a União Europeia se conduz por uma política para o crescimento e para o emprego, e pela presença na assistência macrofinanceira a países terceiros.

1.1. Estratégia de Lisboa e a política para o crescimento e o emprego

A Estratégia de Lisboa representa um conjunto de intenções,[15] e se define por uma política da União Europeia para o crescimento e para o emprego, aprovada no Conselho Europeu extraordinário de Lisboa, em Março de 2000.[16]

Suas bases foram relançadas no Conselho Europeu da Primavera de 2005, sob o impulso da Comissão Barroso.

Atualmente conhecida como a Estratégia para o Crescimento e o Emprego, a Estratégia de Lisboa tem como objetivos um crescimento econômico forte e mais e melhores empregos para os cidadãos do Bloco Europeu.

Mas a ambição da União Europeia de ser um paradigma de progresso econômico, social e ambiental para o resto do Mundo representa um importante desafio, pois o bem-sucedido processo de integração não esconde a necessidade de a Europa vencer novos obstáculos, especialmente diante da globalização e de novéis potências econômicas.[17]

A nova economia do conhecimento, o inquestionável envelhecimento da população Europeia e o grande alargamento do Bloco Europeu são pesados encargos a serem minimizados por uma necessária política de integração, sem contar os fracassos políticos, que já ocorreram, como o da Constituição Europeia que não se consolidou por desinteresse das populações da França e da Holanda e, em época anterior, a não-evolução do Tratado de Defesa.

Nota-se que foi especialmente com a preocupação do crescimento econômico e do emprego que o Conselho Europeu de Lisboa atribuiu um novo objetivo estratégico para a primeira década dos anos 2000, com a finalidade de se tornar o espaço econômico suficientemente mais dinâmico e competitivo.[18]

---

15 Disponível em: <http://www.ciejd.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=953&p_est_id=2611#contextualizacao>. Acesso em 08 jun. 2007.

16 Os Chefes de Estado e de Governo reuniram-se extraordinariamente em Lisboa durante a segunda Presidência portuguesa do Conselho Europeu.

17 Para Jeremy Rifkin a União Europeia é o "*exemplo mais avançado do novo modelo de governança transacional, e por esta razão seus sucessos e fracassos vêm sendo observados de perto em cada região do mundo, conforme líderes de Estado-nação repensam a arte da governança numa era global*" [sic]. RIFKIN, Jeremy. *O sonho Europeu*. Trad. Roger Maioli dos Santos. São Paulo: M. Book do Brasil, 2005, p. 179.

18 Há necessidade constante de se modernizar o modelo social europeu, com investimentos na força de trabalho e combate à exclusão social.

Exigiu-se com isso a preparação da União Europeia para uma transição da economia e da sociedade baseadas no conhecimento, impondo-se a aplicação de melhores políticas no domínio da sociedade da informação, e a aceleração do processo de reforma estrutural para fomentar a competitividade e a inovação.

1.2. Desafio da estratégia de Lisboa para o crescimento e o emprego

Observadas algumas assimetrias na implementação da Estratégia de Lisboa, em novembro de 2004 foi elaborado relatório com o intuito de se conhecerem efetivamente os primeiros passos da implementação das disposições aprovadas em 2000.[19]

A principal conclusão do relatório "*Enfrentar o desafio – A Estratégia de Lisboa para o Crescimento e o Emprego*", que de início identificou resultados desiguais entre os diferentes Estados-membros, foi a percepção de que os objetivos não estavam sendo alcançados.[20]

Restou demonstrado que a Estratégia de Lisboa tinha demasiados objetivos sem uma priorização adequada. Além disso, a conjuntura econômica foi desfavorável naquele período, e presente uma falta de orientação, coordenação e ação, aliada à não existência de uma clara divisão de responsabilidades entre a União Europeia e os seus Estados-membros.

Não se pode concluir por um fracasso da Estratégia de Lisboa, mas reconhece-se que a intenção se tornou ampla demais para ser entendida como uma narrativa interligada, por tratar de tudo sem uma efetivação de suas propostas.[21]

O resultado foi buscar o relançamento da Estratégia no Conselho Europeu de Março de 2005, por meio de um novo relatório sobre a Estratégia de Lisboa, intitulado "*Crescimento e Emprego – Juntos trabalhemos para o futuro da Europa: um novo começo para a Estratégia de Lisboa*".[22]

Com base nas propostas apresentadas pela Comissão nesse último relatório, os Chefes de Estado e de Governo relançaram a Estratégia de Lisboa no Conselho Europeu da Primavera de 2005, estabelecendo que ela seria relançada com foco em duas prioridades: a) garantir um crescimento econômico mais sólido e duradouro; b) criar mais e melhores empregos.

Com a nova dinâmica aprovada pelo Conselho Europeu de junho de 2005, os Estados-Membros tiveram que nomear um responsável pela implementação da Estratégia de Lisboa em nível nacional e elaborar um Programa Nacional de Reforma, que tem por base as 24 linhas diretrizes, mas considerando as prioridades de cada nação.

Esse fato possibilitou o reconhecimento de um novo ciclo de governabilidade entre a União Europeia e os Estados-membros, havendo um maior compromisso firmado pelos governos nacionais.

---

19 O relatório foi elaborado por um grupo de especialistas liderados pelo antigo Primeiro-Ministro holandês, Wim Kok, e ao final intitulado de "*Enfrentar o desafio – A Estratégia de Lisboa para o Crescimento e o Emprego*".

20 Foram encontrados bons desempenhos da Irlanda e da Finlândia.

21 O referido relatório indicara que a *Estratégia de Lisboa* tratava de tudo e, portanto, de nada, e que todos são responsáveis e, portanto, ninguém o é.

22 Tendo em consideração o relatório de Wim Kok, a Comissão elaborou no início de 2005 o seu novo modelo para o crescimento e o emprego.

Visa-se hoje a uma estratégia comunitária sustentada no conhecimento e com a capacidade de garantir um crescimento econômico sustentável,[23] com mais e melhores empregos, e com maior coesão social.

1.3. Espaço econômico e social comunitário

O crescimento e a estabilidade representam as principais ambições da política econômica da União Europeia, e se orientam como políticas macroeconômicas, com exigência para que os Estados-membros atinjam e mantenham posições orçamentais próximas do equilíbrio ou excedentárias.

Dentro do espaço econômico comunitário, os Estados devem tomar as medidas necessárias para assegurar uma melhoria anual de, pelo menos, 0,5% do PIB do seu saldo orçamental corrigido das variações conjunturais.

Sob a preocupação social, a Comissão Europeia considera essencial que os seus Estados tomem medidas que incidam tanto sobre a procura quanto sobre a oferta de emprego, a fim de tornar o trabalho rentável e facilitar a criação de postos de trabalho, dentro da conjuntura de seus objetivos socioeconômicos.

Representa, portanto, uma orientação geral da política econômica da União Europeia que, além da exigência de que os Estados modernizem os sistemas de proteção para que haja menos excluídos no mercado de trabalho, eles internamente supram obstáculos ao comércio, melhorem e simplifiquem a fiscalidade sobre as sociedades e o enquadramento regulamentar e, ao mesmo tempo, que criem facilidades para o acesso das pequenas e médias empresas ao financiamento, com preservação do caráter sustentável do crescimento, garantindo a viabilidade a longo prazo das finanças públicas e a coesão econômica e social.[24]

Essa política interna encontra consistência na política externa da União Européia, especialmente sobre o fato de que o comércio internacional ora praticado não se encontra dissociado das preocupações sociais internas.

As políticas socioeconômicas internas da União Europeia coincidem com a busca do bem-estar social sobre os acordos de cooperação realizados pela União Europeia com países terceiros.

O funcionamento eficaz do mercado interno da União Europeia mediante a execução de políticas econômicas só se faz com plenitude, havendo possibilidade de projeção em nível social interno e externo.

---

23 Contra as alterações climáticas foi a palavra de ordem no segundo Conselho Europeu da Primavera, nos dias 08 e 09 de março de 2007, em que os 27 Estados da União Europeia, reunidos em Bruxelas, chegam a um acordo sobre uma lista de consectários da Estratégia de Lisboa.

24 Para estudo da projeção Europa 2012, globalização e coesão social, Cf. BRESSAND, Albert; SCOTT, Bruce; BALDAUFF, Manuel; HOFFMENN, Gérard; WOLTER, Thierry. *Europe 2012 Globalisation et Cohésion Sociale: les scénarios luxembourgeois.* Paris: Economica, 1997, pp. 155 et seq.

Isso significa que os aspectos de sucesso relativos ao emprego e ao desenvolvimento equilibrado,[25] desejo interno da União Europeia, devem também ser um desejo de sucesso para países parceiros da comunidade.

Se esses interesses fossem executados simultaneamente, permitiriam aos mercados funcionar de forma cada vez mais eficaz, e contribuiriam para o êxito das políticas econômicas internas e externas.

1.4. Assistência macrofinanceira a países terceiros

Sem prever o fracasso do tratado constitucional, que deveria sanar algumas lacunas legislativas a respeito da assistência macrofinanceira a países terceiros, e na expectativa da sua entrada em vigor, a Comissão buscou à época implementar um instrumento jurídico adequado que regulamentasse, mesmo que para um período transitório, essa espécie de assistência a países parceiros da União Europeia.[26]

A Comissão apresentou uma proposta com dupla base jurídica[27] e foram utilizados dois critérios distintos para possibilitar a ajuda:

a) a assistência macrofinanceira deve ser considerada como favorável a países terceiros confrontados com uma crise decorrente da situação econômica, financeira ou social;[28]
b) a decisão de auxílio deverá ser tomada sempre com base no procedimento de co-decisão, em que o Parlamento convida ainda a Comissão a apresentar uma proposta incluindo parâmetros revistos para a utilização do fundo de garantia que não reduzam a capacidade de proteção do fundo para o orçamento comunitário, mas aumentem a capacidade de empréstimo da Comunidade.

Nota-se a existência de preocupação da União Europeia em definir um objetivo estratégico suficientemente acertado e viabilizar um programa estimulante para criar infra-estruturas de conhecimento, fomentar a inovação e a reforma econômica e modernizar os sistemas de proteção social e de ensino não só de seus países-membros, mas também dos países parceiros comerciais.

---

25 Hassan Zaoual entende que o desenvolvimento "*nasceu de uma vontade de potência da cultura ocidental entendida como projeto de domínio do mundo*"[sic]. ZAOUAL, Hassan. *Globalização e diversidade cultural.* Trad. Michel Thiollent. São Paulo: Cortez Editora, 2003, p. 35.

26 Portugal constitui adequado exemplo de extensão das suas relações externas como fruto de ingresso à então Comunidade Europeia. FERREIRA, Maria João Militão. *A política externa europeia.* Lisboa: Universidade Técnica de Lisboa, 2005, p. 208.

27 CUNHA, Paulo de Pitta e. *Direito Institucional da União Europeia.* Coimbra: Almedina, 2005, p. 55 et seq. Pitta e Cunha em página 65 da referida obra, após expor o quadro das instituições da Comunidade, conclui que não se configura a existência da Comissão sequer um embrião de um governo federal, apesar de reconhecê-la como "*um elemento vital no sistema comunitário*".

28 Conteúdo também da Resolução do Parlamento Europeu sobre a implementação da assistência macrofinanceira a países terceiros. Referência: Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho relativo à execução da assistência macrofinanceira a países terceiros em 2001 – COM(2002) 352 e Bol. 7/8-2002, ponto 1.3.7. Boletim União Europeia 6-2003. Política económica e monetária (7/7).

2. Políticas socioeconômica e comercial da União Europeia para a América Latina e o Caribe

Com o objetivo de dar novo impulso para o fortalecimento entre as duas regiões e para análise de estratégias e de atitudes para melhor endereçamento junto aos novos desafios, em 8 de dezembro 2005, a Comissão Europeia aprovou um comunicado ao Conselho e ao Parlamento Europeu para providências de um entendimento mais forte entre a União Europeia e a América Latina e o Caribe, formando-se uma classe de diálogo bi-regional entre a União Europeia e a América Latina e o Caribe, sem detrimento dos relacionamentos entre as sub-regiões do Mercosul, da Comunidade Andina, da América Central e Caribe, além de manter próximas relações com o México, com o Chile e recentemente com o Brasil.[29]

Apesar de até o início dos anos 90 não se poder afirmar a existência de uma efetiva proximidade da então Comunidade Europeia com a América Latina,[30] o avanço em relação aos interesses comuns durante os últimos anos e o reforço dessa parceria estratégica de dezembro de 2005 têm a pretensão de contribuir para criar um ambiente favorável às trocas econômicas entre as duas regiões. [31]

No caso da América Latina em geral, esse reforço poderia traduzir-se em transferências de tecnologias, numa melhoria da sua produtividade, no desenvolvimento das suas infra-estruturas e na diversificação dos seus mercados.

A União Europeia, por seu lado, tem interesse em desenvolver e consolidar as suas posições comerciais, bem como em prosseguir uma política dinâmica de investimentos, com a consolidação de um sistema comercial multilateral eficaz, aprofundando os acordos de associação existentes, nomeadamente com o México e o Chile, além da novel parceria estratégica com o Brasil.

Um dos objetivos essenciais da política de ajuda da União Europeia à América Latina e Caribe é a da luta contra a pobreza.[32]

A União Europeia é o segundo parceiro comercial da América Latina e Caribe. A política externa para a região estabelecida pela União Europeia tem estimulado o fortalecido e consolidado alguns resultados satisfatórios, mas não suficientes, em nível econômi-

29 No dia 04 de Julho de 2007, durante a primeira Cimeira entre Brasil e União Europeia foi assinado um acordo de cooperação entre as partes para intensificar as relações bilaterais, com destaque especial para as áreas de comércio, combate à pobreza e energia renovável.

30 Pitta e Cunha, em artigo publicado no ano de 1992, com o título "*Latin América in the system of external relations of the European Community – the institutional frame*", sintetizou o pensamento da época nos seguintes termos: *"in the frame of the strategies of the European Community external policy, Latin América is still at a considerable distance from the center fo the stage"*. CUNHA, Paulo de Pitta e. *Integração Europeia: Estudos de Economia, Direito e Política Comunitária.* 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 716.

31 Trinidad Jiménez, secretária de Estado espanhola para a região ibero-americana, defendeu publicamente em conferência no Parlamento Europeu, na datada de 6 de março de 2007, que a União Europeia reforce a relação individual com Brasil, Colômbia e Peru, caso os projetos de associação regional com o Mercosul e a Comunidade Andina de Nações não prosperem. Jiménez também destacou a conveniência de mostrar mais vontade política na conclusão do acordo com a América Central, em que o processo de integração regional entre os países centro-americanos avançou bastante. Disponível em: <http:// noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,,OI1454892-EI8142,00.html>. Acesso em: 17 mar. 2007.

32 Conclusões da presidência (2/23) no Boletim União Europeia 3-2000. Cooperação para o período 2007-2013.

co para as duas regiões, com elevado crescimento do comércio em números absolutos entre 1990 e 2005.[33]

Há que se observar que em 2005 a União Europeia importou da América Latina e Caribe um total de 67.4 mil milhões de Euros, e exportou o equivalente a 58.2 mil milhões de Euros, possibilitando o entendimento de que as exportações da América Latina e Caribe têm crescido suficientemente para manter a América Latina e o Caribe com superávite comercial em relação à União Europeia.[34]

Os produtos agrícolas ainda representam a principal atividade de exportação da América Latina e Caribe, seguidos de energia (petróleo), diferentemente do que ocorre com a União Europeia que exporta para a América Latina os mais variados produtos, a exemplo dos setores de bens de capital, equipamento de transporte e produtos químicos.

A União Europeia tem sido tradicionalmente representativa em investimentos na região da América Latina, mas os Estados Unidos, com nítida percepção da aproximação europeia, têm avançado nos esforços para melhor se relacionar com a região latino-americana, tanto que em 2004 os investimentos dos Estados Unidos excederam ligeiramente os da União Europeia.

Apesar do declíneo dos investimentos europeus que ocorrera a partir de 2000, especialmente na região do Mercosul, em 2004 o total de investimento da Comunidade nos países da América Latina e do Caribe nortearam-se em 124 mil milhões de Euros, sem contar que o Banco Europeu de Investimento tem atuado na região latino-americana a partir de 1990.

Para 2007-2013 há previsão de financiamentos para América Latina na ordem de 2,8 mil milhões de Euros, sintonizados com as atividades do Banco Europeu de Investimento e de acordo com os objetivos da União Europeia em relação à América Latina, incluindo apoio para a integração regional e interconectividade, especialmente no campo de energia.[35]

2.1. Inovação nas negociações

De início, o estado atual das relações político-econômicas entre a União Europeia e a América Latina e Caribe merece algumas importantes refexões.

Os meios necessários para a obtenção de uma verdadeira associação devem passar inicialmente pelo reconhecimento das diversidades entre as duas regiões.

O acerto sobre a compreensão das fraquezas inseridas na atual parceria não pode representar incoerência e incompreensão, senão jamais a União Europeia e a América

33 A União Europeia responde por 18% de comércio mundial para bens e 26% de comércio mundial em serviços.

34 É conclusivo, portanto, que os países latino-americanos obtiveram um superávite comercial com a União Europeia de 9 mil milhões de Euros em 2005.

35 AXLINE, Andrew. Underdevelopment, Dependence, and Integration: The Politics of regionalism in the Third World. *In*: GHOSH, Pradip K. *Economic integration and third world development*. Westport: Greenwood, 1984, p. 07. Revela Andrew Axline que a maioria dos casos de integração regional está entre os países do chamado então terceiro mundo, com a seguinte redação original: *"most cases of regional economic integration are among Third World countries, yet research in this field hás been dominated by theory base on the European experience*".

Latina e Caribe chegarão a um mínimo entendimento para uma relação reforçada de proximidade social e de maior intensidade comercial.

As Cimeiras do Rio de Janeiro, de Madrid e de Guadalajara já denunciavam que o único caminho justificável para os esforços de aproximação entre esse dois continentes está em uma associação sólida e verdadeira, com concretude sob uma perspectiva global valorada em agenda política bi-regional comprometida com as diferenças.[36]

A coesão social, o apoio da governabilidade, a diminuição da pobreza, o intercâmbio de pessoas e o fenômeno migratório, a luta contra o terrorismo e o tráfico de drogas são temas que não podem ficar dissociados de uma relação bi-regional.[37]

Isso vem ao encontro da proposta que busca reforçar a associação estratégica bi-regional que os Chefes de Estado e de Governo da União Europeia e da América Latina e Caribe, reunidos na Quarta Cimeira UE-ALC, em Viena, realizaram na data de 12 e 13 de maio de 2006.

Nesse encontro houve o compromisso em continuar a promover e a reforçar a parceria estratégica em nível bi-regional, tal como acordado nas Cimeiras anteriores.

Apesar de todo o interesse externado pela União Europeia e pelos Chefes de Governo dos países da América Latina e Caribe,[38] a realidade demonstra que o caminho é longo e de difícil consolidação fática.

O importante passo de se lançar um diálogo político jamais pode ser desprezado, pois uma associação real e sólida dentro de um quadro bi-regional possibilita efetivamente benefícios a todos, mesmo diante de duas regiões de grande disparidade socioeconômica.

Não basta uma proximidade econômica, mas revela-se primordial uma agenda inovativa e atos concretos de aproximação.

Firmaram-se positivos alguns resultados alcançados na Quarta Cimeira UE-ALC,[39] que contribuirão para o fortalecimento da relação entre as duas regiões, a qual é reconhecidamente abrangente e mutuamente benéfica, mas que resta muito distante do ideal.

O encontro definiu propostas buscando o alargamento, o aprofundamento e a cooperação entre a União Europeia e a América Latina e Caribe em todos os seus centros de interesses, a exemplo:

a) manter o espírito de respeito mútuo, igualdade e solidariedade, com aproveitamento dos especiais laços históricos e culturais que unem os povos da União Europeia e América Latina;
b) maximizar as potencialidades de atuação conjunta das duas regiões;

36 As perspectivas alinhadas pelo Parlamento Europeu após a Cimeria do Rio de Janeiro, em 1999, foram no sentido da promoção de uma verdadeira associação política e de segurança, possibilitando uma zona euro-americana de comércio livre e da investigação de desenvolvimento sustentável.

37 Mota Campos enfrenta o tema sobre a paz fundada na cooperação e no respeito pelo direito internacional. CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Comunitário.* 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 26-27.

38 Lafayette Pozzoli considera três aspectos negativos da América Latina: a dependência, as assimetrias nas estratégias nacionais, e a pobreza e a exclusão social. POZZOLI, Lafayette. *Direito Comunitário Europeu*: Uma perspectiva para a América Latina. São Paulo: Método, 2003, p. 147.

39 A Quinta Cimeira União Europeia-América Latina e Caraíba será realizada em 2008, no Peru.

c) manter o empenho em honrar os compromissos nelas assumidos, reiterando o compromisso com os princípios e valores fundamentais comuns em que se baseia a relação bi-regional União Europeia e América Latina, que estão consagrados na Carta das Nações Unidas;
d) manter firme a convicção de que a democracia, o Estado de direito, o respeito, a promoção e a proteção dos direitos humanos, a erradicação da pobreza, o desenvolvimento social e econômico e o respeito pelo direito internacional[40] são essenciais para a paz e para a segurança;
e) firmar compromisso comum num sistema multilateral sólido e eficaz, fazendo-se avançar a agenda multilateral enquanto tema transversal e prioritário nas relações bi-regionais União Europeia e América Latina;
f) promover a intensificação dos esforços no sentido de definir posições comuns e ações conjuntas entre as duas regiões no âmbito das principais conferências e dos vários órgãos das Nações Unidas.

Os efeitos práticos dos temas principais pecaram por excesso de abstração, pois foram formados sem uma definição concreta sobre o que fora apreciado, apesar do forte apelo declarado sobre os interesses comuns.

Nesse sentido, foram definidos não só compromissos para com a democracia e os direitos humanos, mas também o reforço da abordagem multilateral para a promoção da paz, da estabilidade e do respeito pelo direito internacional, e a declaração de combate ao terrorismo e às drogas e criminalidade organizada.

Estabeleceram-se ainda entre a União Europeia e a América Latina e Caribe diálogos em nível político para a troca de pontos de vista sobre questões ambientais de interesse mútuo, firmando-se a garantia de um meio ambiente saudável, sob uma gestão sustentável dos recursos naturais e da capacidade para garantir um desenvolvimento que abranja todos os aspectos da sustentabilidade.

Como foi dito, muitas dessas intenções aprovadas na Quarta Cimeira UE-ALC são vagas e de pouca praticidade, ou mesmo apenas compromissos sem nenhum resultado efetivo, como:

a) o compromisso em promover a eficiência energética e em aumentar a utilização das fontes de energia renováveis;
b) o compromisso no crescimento econômico equitativo e sustentado, para criar mais e melhores empregos, para combater a pobreza e a exclusão social,

40 Albuquerque Mello entende que o direito internacional americano "*na sua origem visava a se desenvolver como algo para todo o continente, pelo menos, a parte latino-americana. Até a criação do Mercosul não havia um direito particular ou sub-regional para os estados".* MELLO. Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional Americano.* Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 37. Também POZZOLI, Lafayette. *Direito Comunitário Europeu*: Uma perspectiva para a América Latina. São Paulo: Metodo, 2003, p. 144. Lafayette Pozzoli reconhece por vários momentos em seu estudo que a "*identidade latino-americana está em construção e procura criar uma relação entre os Estados, como também perseguir com uma conexão com outros países ou grupos de países com a União Europeia*".

> mediante a adoção de políticas públicas responsáveis que conduzam a uma melhor distribuição da riqueza e dos benefícios do crescimento econômico.[41]

É certo que, apesar das boas intenções, as propostas muito gerais não definem nenhum resultado e o mais adequado seria manter um núcleo inovador de interesses, com efetividade direta na realidade, como ocorre em programas já definidos pelas duas regiões.[42]

3. Diálogos sub-regionais da União Europeia junto à América Latina e Caribe

Independentemente do interesse da União Europeia sobre uma relação forte e de natureza multilateral com a América Latina e Caribe como um todo regional, vários fatores, entre os quais as próprias diversidades do continente americano, levaram o Bloco Europeu a optar por aproximações regionalizadas e, em alguns casos, nacionais.[43]

A política da União Europeia expressa nitidamente que as relações de interesses estratégicos não podem ser deixadas sem efetividade somente pelo fato de se manter a forma de negociações que até a atualidade se mostraram pouco producentes.

Diante da incerteza das negociações com os blocos constituídos na América Latina e Caribe, a estratégia de reforçar as relações da União Europeia individualmente pode estimular que o Mercosul (Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai e, ainda dependente de ratificação pelos Congressos Nacionais dos países-membros, a Venezuela) e a Comunidade Andina de Nações (Colômbia, Peru, Equador, Bolívia) detenham a devida atenção para uma parceria de sólidos resultados.[44]

---

41 Nessa Cimeira se consolidaram intenções totalmente abstraídas de uma proposta de execução efetiva, como a de erradicar a pobreza, a desigualdade, a exclusão social.

42 Vários programas descentralizados foram adotados para prover ajuda econômica ao nível horizontal na América Latina e Caribe, entre as quais: a) AL-INVISTA provê ajuda para companhias pequenas e de médio porte, que operam internacionalmente, encorajando empresas europeias a investir em empreendimentos americanos latinos que buscam tal cooperação; b) ALFA focaliza-se na promoção de cooperação em ensino superior entre as duas regiões; c) URB-AL tem como objetivo estabelecer ligações duradouras entre o continente europeu e as cidades latino-americanas; d) Alßan, que foi lançado em 2002, aponta para o reforço da União Europeia na área de Ensino superior e estudos de coberturas para pós-graduandos; e) @ LIS que tem a finalidade de promover os benefícios de usar a informática e tenta transpor a denominada dívida digital; f) OREAL, que é um observatório de relações da União Europeia e América Latina e Caribe, está voltado para a criação de uma rede de instituições sem fins lucrativos na América Latina e na União Européia, com a pretensão de desenvolver todas as oportunidades oferecidas pela sociedade entre as duas regiões; g) EUROsociAL que é um programa anual de 30 milhões de Euros com que a Comissão ajudará países latino-americanos para desenvolver e implementar políticas sociais que contribuirão para reduzir a abertura entre os ricos e os pobres na região.

43 A trajetória da integração latino-americana se inicia em 1960 com a assinatura do Tratado de Montevidéu, que instituiu a Associação Latino-Americana de Livre Comércio. ACCIOLY, Elizabeth. O Mercosul, a União Europeia e outros modelos de integração. *Revista de Estudos Europeus*. Ano I, nº 1, Coimbra: Almedina, 2007, p. 171.

44 Wel Dan reconhece que, nos últimos vinte anos, especialmente, o comércio interblocos se tem desenvolvido constantemente e desempenhado um papel cada vez mais importante na elaboração e na salvaguarda das regras do comércio internacional e regional. DAN, Wel. *Globalização e interesses nacionais: a perspectiva da China.* Coimbra: Almedina, 2006, p. 77.

3.1. União Europeia e Mercosul

O Mercosul foi constituído pela integração regional entre a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai, encontrando-se hoje em estágio de união aduaneira imperfeita.[45]

Em 9 de dezembro de 2005, a Venezuela protocolizou seu pedido de adesão ao Mercosul e em 4 de julho de 2006 integrou-se ao Bloco, na dependência de ratificação por parte dos Congressos Nacionais do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai.

O ingresso da Venezuela parecia uma iniciativa, ao menos sob o ponto de vista econômico, benéfica ao Mercosul. Mas em pouco tempo o Governo venezuelano já demonstrou um grande descompasso com a realidade do Bloco.

Como se não bastasse o natural desgaste político com o ingresso da Venezuela no Mercosul, pela nítida razão do pouco diplomático e nada democrático presidente daquele país, o Presidente Hugo Chaves resolveu avaliar a posição ideológica do Congresso Nacional Brasileiro de forma nada amigável.[46]

A atual conjuntura e a falta comprometimento democrático por que passa a Venezuela possibilitam a conclusão de que a saída desse país do Mercosul seria o caminho mais adequado para o Bloco, que, apesar de todos os seus desencontros anteriores, já representava o quarto maior grupo econômico do mundo.

A ausência de consolidação política do Mercosul, apesar de limitar as ações do Bloco, não pode servir como elemento absoluto para inibir totalmente a sua evolução para uma integração mais profunda.

Em uma análise comparativa, não há como igualar o grau de integração da União Europeia com o do Mercosul, uma vez que este por si já encontra diferenças de dimensão entre os países que dificultam o aprofundamento institucional,[47] mas não se pode negar que, apesar das sensíveis diferenças, é um aspecto positivo para o Mercosul o fato de estar mantendo um regular diálogo político em nível de Chefes de Estado e em nível de Ministros e de altos funcionários, para com a União Europeia.[48]

Em 1995, essas duas regiões assinaram um acordo-quadro de cooperação com o objetivo de aprofundar as relações entre as partes e de preparar as condições para a criação de uma associação inter-regional.

Durante a Cimeira do Rio de Janeiro, realizada em 1999, as autoridades das duas regiões decidiram encetar negociações tendo em vista a assinatura de um acordo de asso-

45 FINKELSTEIN, Cláudio. *O processo de formação de mercados de blocos*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003, p. 117.

46 Em mais uma ação bizarra Hugo Chaves entendeu que os senadores brasileiros são "*papagaios que repetem o que Washington diz*", por terem criticado o fim da concessão ao canal privado venezuelano RCTV em 27 de maio de 2007.

47 PORTO, Manuel Carlos Lopes. *Teoria da integração e políticas comunitárias*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 488.

48 Augusto Jaeger, em estudo comparativo da liberdade de circulação de pessoas na União Europeia e no Mercosul, reconhece em caráter geral que o bloco europeu se adentra em um processo marcante de supranacionalidade, e o bloco regional da América do Sul ainda está caracterizado por intergovernabilidade e que, para uma futura integração, deve buscar maior integração. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 69-76.

ciação, abrangendo: a) a liberalização da totalidade do comércio de bens e serviços; b) a intensificação da cooperação; c) o aprofundamento do diálogo político.

A União Europeia negocia um acordo de livre comércio, de diálogo político e de cooperação com o Mercosul desde 1999, mas o processo quase não avançou e está suspenso, à espera da conclusão da Rodada de Doha, dentro da sistemática estabelecida pela Organização Mundial do Comércio.[49]

O Mercosul e a União Europeia tentam negociar desde 1999 uma área de livre comércio, que muito se aproxima da proposta de constituição da Alca. Do ponto de vista europeu, parece tratar-se de evitar que as preferências concedidas aos Estados Unidos e ao Canadá, no âmbito de uma eventual Alca, levem à perda de mercados por parte da União Europeia.[50]

Mas há algum fundamento para esse tipo de expectativa?[51] A resposta parecer ser "*não muito*".

Não há dúvida de que o Mercosul precisa, de uma maneira geral, ampliar e diversificar as suas relações internacionais, explorando sempre que possível divergências e disputas entre os países desenvolvidos.

Contudo parece claro que a Alca representa a ameaça maior aos países do próprio Mercosul, dado o incomparável poder dos EUA e a sua enorme influência política no hemisfério ocidental.

No entanto, sob o ponto de vista econômico, a eventual formação de uma área de livre comércio entre a União Europeia e o Mercosul apresenta essencialmente os mesmos problemas que a Alca.

É possível concluir que o mesmo equívoco de natureza estratégica se estabeleceu no Brasil, durante o período Fernando Henrique Cardoso: a ideia de que possa interessar a um país em desenvolvimento participar de áreas de livre comércio com as economias muito mais poderosas e consolidadas de países desenvolvidos como os da União Europeia.

Também são imensas as disparidades estruturais entre a economia e as empresas da União Europeia, de um lado, e a economia e as empresas dos países do Mercosul, de outro. É uma temeridade, portanto, abrir o mercado desses países ainda em desenvolvimento por tratado internacional e expor as empresas à competição livre e desimpedida com as grandes corporações.

Além disso, a União Europeia, assim como os Estados Unidos, tem uma visão ainda unilateral do que constitui o livre comércio com nações menos desenvolvidas. Os europeus, especialmente os franceses, já deram abundantes demonstrações de inflexibilidade nas áreas de interesse prioritário para o Mercosul, a exemplo dos interesses sul-americanos na agricultura.

---

49 Análise das duas visões contrárias sobre o futuro do mundo em desenvolvimento antes do Ciclo de Doha. GUIMARÃES, Maria Helena. *Economia Política do Comércio Internacional*. São João do Estoril: Principia, 2005, p. 55.

50 CUNHA, Luís Pedro Chaves Rodrigues da. *O sistema comunitário de preferências generalizadas: Efeitos e limites*. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 6 *et seq*.

51 Parte da doutrina brasileira alimenta a expectativa de que as negociações com a União Europeia possam servir de contrapeso às pressões dos Estados Unidos.

Por outro lado, a União Europeia também quer incluir no acordo de livre comércio com o Mercosul, embora em termos menos ambiciosos do que os pretendidos pelos Estados Unidos, temas problemáticos para o Bloco, como investimentos, serviços e compras governamentais.

Assim, parece fazer pouco sentido a ideia de que a negociação com a União Europeia funcionaria como fator de reequilíbrio das negociações da Alca.

Mantido o rumo que essas duas negociações vinham tomando até 2002, o Mercosul terminaria com o seu mercado definitivamente aberto, por acordos internacionais, com as maiores potências econômicas do mundo.

Na Reunião Ministerial de 26 de maio de 2005, a União Europeia e o Mercosul[52] divulgaram um comunicado conjunto em que os Ministros do Mercosul e da União Europeia reiteraram o seu empenho na conclusão bem-sucedida das negociações bi-regionais tendo em vista estabelecer um acordo de associação inter-regional sobre questões políticas, econômicas, comerciais e de cooperação, como foi recordado na Cimeira de Guadalajara em 2004.

Não houve grandes novidades desde o Comunicado Conjunto de Madrid de maio de 2002, mas, na declaração sobre o Diálogo Político de 2005, os dois Blocos decidiram fortalecer e aprofundar o diálogo político, utilizando-se de uma consulta mais estreita sobre questões bi-regionais e multilaterais de interesse mútuo.[53]

Não se pode deixar de observar que há necessidade de eliminar as assimetrias, melhorar a coordenação macroeconômica, bem como a integração no mercado e desenvolver as negociações em geral.

Apesar de essas matérias serem de pouca efetividade direta em concreto, o grande obstáculo está no que vale como consenso sobre os interesses diversos junto ao sistema de comércio multilateral consignado na Organização Mundial do Comércio.[54]

Muito certamente o equilíbrio nas negociações levarão a um resultado positivo e conveniente para ambos o Blocos.

3.2. União Europeia e Comunidade Andina

A União Europeia apoia o processo de integração regional andina desde que o Acordo de Cartagena estabeleceu a Comunidade Andina.[55]

52 O Mercosul e a União Europeia reuniram-se no Luxemburgo em 26 de maio de 2005, sob a Presidência Luxemburguesa do Conselho da União Europeia. A reunião foi presidida por Jean Asselborn, Vice-Primeiro-Ministro, Ministro dos Negócios Estrangeiros e da Imigração e Presidente do Conselho da União Européia. A Delegação do Mercosul foi chefiada por Leila Rachid de Cowles, Ministra dos Negócios Estrangeiros do Paraguai, na sua qualidade de Presidente pro tempore do Mercosul. A Comissão Europeia esteve representada por Benita Ferrero-Waldner, Comissária para as Relações Externas. A Bulgária e a Romênia, países aderentes à União Europeia, estiveram presentes na reunião como observadores ativos.

53 Para tal, os Ministros solicitaram a organização de uma reunião de altos funcionários nos próximos meses.

54 ACCIOLY, Elizabeth. *Sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos.* Coimbra: Almedina, 2004, pp. 166 et seq.

55 Atualmente são países-membros: Bolívia, Colômbia, Equador e Peru. O Chile se retirou em 1976. A Venezuela se retirou ao ingressar no Mercosul. São países observadores: Chile, Panamá e Venezuela.

O primeiro Acordo de Vigamento em Cooperação foi concluído em 1983 e substituído por um segundo pacto em 1993.[56]

O diálogo político regular entre a União Europeia e a região andina é administrado com base na declaração de Roma de 1996. Entre os tópicos de prioridades desse diálogo político estão a integração regional, a democracia e direitos humanos, como também a ação contra drogas.

Quanto às bases de idéias convergentes dos atuais diálogos políticos as duas regiões ainda hoje se concentram nos teores da Declaração de Roma e os encontros assumem formas de reuniões periódicas em nível ministerial e presidencial.

Esse processo foi reforçado e institucionalizado por meio de um acordo de diálogo político e de cooperação concluído por ambas as regiões em 2003, que aguarda a ratificação por todas as partes para entrar em vigor.

Anualmente, são organizadas reuniões de alto nível para trocar pontos de vista e unir os esforços realizados por ambas as partes, a fim de desenvolver ações mais eficazes de luta contra as drogas em relação às quais cada uma dessas duas regiões detém uma quota-parte de responsabilidade: a União Europeia, enquanto região de consumo e a Comunidade Andina, como região produtora.

Na Cimeira de Guadalajara, em maio de 2004, a União Europeia e a Comunidade Andina de Nações concordaram que um acordo de associação que inclui uma área de livre-câmbio era um objetivo comum.

No quadro das relações assim estabelecidas estão atualmente presentes instrumentos políticos de cooperação e de comércio, demonstrando que a União Europeia se mantém disposta a consolidar negociações regionais com a Comunidade Andina.[57]

Atualmente a União Europeia e a Comunidade Andina preparam acordo de associação.

É conclusivo que a União Europeia e a Comunidade Andina têm relações de cooperação em temas sociais, ambientais, da sociedade civil, pequenas e médias empresas, fortalecimento institucional, estatísticas e prevenção de desastres, que sempre serão relevantes para esfera internacional e não podem ser desprezados mesmo diante do precário estado de integração da Comunidade Andina.

3.3. União Europeia e América Central: o diálogo de San José

A União Europeia e a América Central desfrutam de uma relação inclusiva, enquanto diálogo político, de um vigamento de cooperação amplo, e de um regime de comércio favorecido.

O Diálogo de San José, inaugurado em 1984 em um contexto de conflito regional, era instrumental provocador de paz e de restabelecimento da democracia na região americana no início dos idos de 1990. Especialmente inovador e com relações mais estreitas, o

56 Desde a criação da Comunidade Andina em 1969, anteriormente conhecida como "Pacto Andino", as relações entre a União Europeia e esta sub-região da América Latina desenvolveram-se consideravelmente.

57 O futuro da Comunidade Andina é ainda mais incerto após a saída da Venezuela e com o Sistema de Integração Centro-Americano.

espaço de debate político regular entre a Europa e a América Central criado em 1984 permitiu tomar iniciativas com vista à resolução dos conflitos internos e à consolidação da democracia, acompanhando simultaneamente o arranque econômico regional.

Nas duas últimas décadas, a União Europeia empenhou-se ao lado dos países da América Central em prol da paz e do desenvolvimento econômico e comercial dessa região.

Reforçada por essas realizações, a parceria ganhou novas ambições por ocasião dos encontros sucessivos de Florença (1996) e subsequentemente de Madrid (2002). A integração e a segurança regionais, o ambiente e as catástrofes naturais, as relações bi-regionais e a concertação política sobre as questões internacionais de interesse comum passaram a figurar na agenda das discussões.

Complementarmente a esse diálogo político, a União Europeia dedicou-se a apoiar os esforços da região, por meio de uma gama de programas de cooperação, em domínios tão diversos como os direitos humanos e a democracia, o desenvolvimento das pequenas e médias empresas, a redução da pobreza, a segurança alimentar, a proteção do ambiente, o desenvolvimento rural ou a ajuda humanitária.

Na Cimeira de Guadalajara, realizada em maio de 2004, a União Europeia e os Chefes de Estado e de Governo de América Central reafirmaram que a celebração de um acordo de associação entre ambas as regiões, acompanhado de uma zona de comércio livre, era o seu objetivo estratégico comum, com vista a aprofundar o processo de integração econômica regional.

Nesse contexto, os Chefes de Estado e de Governo comprometeram-se a enveredar por essa via através de uma fase de avaliação conjunta da integração econômica da América Central, iniciada em janeiro de 2005.

Foi igualmente decidido que, no futuro, qualquer acordo de comércio livre se inscreveria no quadro das negociações comerciais multilaterais em curso[58] e que se apoiaria na realização de um nível suficiente de integração econômica regional.

Em 2006, na Cimeira de Viena, Ministros de Estado decidiram lançar negociações para um acordo de associação, inclusive no estabelecimento de uma Área de Livre-câmbio entre a União Europeia e a América Central, o que se faz, no mínimo, coerente com as pretensões de longa data estabelecidas pela União Europeia.

3.4. União Europeia e Caribe

A União Europeia e o Caribe mantêm desde há muito relações que assentam no legado da história, em valores comuns, na cooperação econômica e comercial e no aumento do volume das suas trocas comerciais.[59]

O entendimento político da União Europeia com o Caribe desenvolve-se essencialmente por meio das instituições comuns, designadamente o Conselho de Ministros e a Assembleia Paritária ACP-UE.[60]

58 Trata-se do Processo de Doha.

59 A Comunidade Europeia é, desde 1975, o maior doador de ajuda à região do Caribe.

60 Olesti Rayo entende que os acordos entre a então Comunidade Europeia e os Estado de África, Caribe e Pacífico "*constituyen el aspecto más relevante de la política comunitária em relación a la cooperación al*

De um modo geral, a cooperação entre a União Europeia e o Fórum ACP dos Estados do Caribe (Cariforum) tem por objetivo a criação de condições favoráveis à integração desta região na economia mundial, o seu desenvolvimento socioeconômico sustentável e o respeito pelos princípios da democracia, dos direitos humanos, da boa governabilidade e do Estado de Direito.

O diálogo anual regional,[61] organizado em nível ministerial entre o Cariforum e a Comissão Europeia, constitui uma oportunidade para debater uma variedade de temas de interesses comuns.

A última declaração comum, expedida em novembro de 2006, pelos Ministros dos países do Cariforum e Comissários da União Europeia, objetivou a promoção do desenvolvimento social e econômico sustentável. Os participantes concordaram que a integração regional é uma ferramenta poderosa para o objetivo de desenvolvimento sustentável e sublinharam as sensibilidades e complexidade do Cariforum.

A ajuda comunitária ao Caribe continua a abranger uma grande diversidade de setores, sendo financiada por meio de diversos instrumentos, nomeadamente os programas indicativos nacionais e regionais. Além disso, existem ainda vários outros instrumentos, tais como o Sysmin, o Stabex, o Flex, o QEA e o Interreg III, que se concentram em domínios específicos da cooperação.

Por fim, há de se notar que a integração e a cooperação da União Europeia com o Caribe se desenvolvem consistentemente nos termos do Acordo de Parceria de Cotonu, em que um vasto leque de iniciativas de cooperação está estabelecido também com os países de África, do Pacífico (ACP) e países e territórios ultramarinos (PTU).[62]

4. Diálogos bilaterais da União Europeia junto a países da América Latina

4.1. União Europeia e México

O México foi o primeiro país da América Latina a assinar uma parceria privilegiada com a União Europeia.

O acordo de parceria econômica e de coordenação política, assinado em 1997, igualmente designado por Acordo Global, comprova a solidez e a maturidade das relações entre a União Europeia e o México, e reflete a importância crescente dessa parceria na cena

desarrollo. RAYO, Andreu Olesti. Las relaciones exteriores de la Comunidade Europea. *In*: HONRUBIA, victoria Abellán; COSTA, Blanca Vilà (Dir). *Lecciones de derecho Comunitário Europeo*. 3ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2000, p. 330. Também NAVARRETE, Donato Fernández. *Historia y economia de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Centro de Estudos Ramon Areces, 1999, pp. 401-404.

61 Até a elaboração deste trabalho, a última reunião Cariforum-UE ocorreu nos dias 29 e 30 de novembro de 2006 em Bruxelas.

62 O Acordo de Cotonu tem como principais objetivos a redução da pobreza e, a prazo, a sua erradicação e a integração progressiva dos Estados de África, do Caribe e do Pacífico (ACP) na economia mundial, em consonância com os objetivos de desenvolvimento sustentável.

internacional, bem como a existência de interesses comuns e de valores partilhados, nomeadamente no domínio da democracia e dos direitos humanos.

O referido acordo rege o conjunto das relações entre a União Europeia e o México e prevê, entre outros aspectos, a instituição de um diálogo político regular de alto nível para tratar de questões não só bilaterais, mas também internacionais.

Um Conselho Conjunto, instituído em nível ministerial, reúne-se uma vez por ano, sendo essa reunião preparada por um Comitê Misto composto por funcionários da União Europeia e do México.

Além disso, foi instaurado um diálogo entre a sociedade civil mexicana e a sociedade civil Europeia por meio da organização de fóruns, o primeiro dos quais teve lugar em Bruxelas, em 2002, e o segundo no México, em 2004.

O reforço do Estado de Direito, o desenvolvimento social e a cooperação econômica constituiram as prioridades da estratégia de cooperação da União Europeia com o México para o período de 2002-2006, em uma nítida estratégia de cooperação multifacetada.

4.2. União Europeia e Chile

Em 2002, a União Europeia e o Chile assinaram um acordo de associação, que entrou em vigor em 2005, após ter sido ratificado por todos os Estados-membros.

Esse acordo, ambicioso e verdadeiramente inovador em diversos domínios, institui uma parceria estratégica assente em três vertentes: a) política; b) comercial; c) cooperação para o desenvolvimento.

As disposições da parte do acordo relativas ao diálogo político preveem o aprofundamento desse entendimento entre a União Europeia e o Chile, mediante a concertação das suas posições e a adoção de iniciativas conjuntas no âmbito das instâncias internacionais.

Em 2004 e 2005 realizaram-se diversas reuniões de diálogo político entre a União Europeia e o Chile, que resultaram em cooperação para um plano de desenvolvimento sustentável.[63]

Nessas reuniões foram abordadas diversas questões, nomeadamente a aplicação do acordo de associação, a situação política, econômica e social na América Latina, o papel desempenhado pelo Chile no Conselho de Segurança das Nações Unidas e a reforma dessa organização internacional, assim como a participação do Chile em diversas missões de paz sob a égide das Nações Unidas e da União Europeia.

No domínio da cooperação para o desenvolvimento, a União Europeia e o Chile procuram promover o desenvolvimento sustentável, incluindo os seus aspectos sociais, econômicos e ambientais.

A quase totalidade dos 34,4 milhões de Euros afetados no âmbito do documento de estratégia nacional 2002-2006 foi aplicada em programas como: a) o fundo de apoio à aplicação do acordo de associação (5 milhões de Euros); b) a modernização do Estado (10,670 milhões de Euros); c) as empresas inovadoras (17,2 milhões de Euros); d) o apoio à gestão da cooperação entre a União Europeia e o Chile (530 mil Euros).

63 As duas partes pretendem cooperar igualmente em matéria de luta contra o terrorismo.

Nos próximos anos, a cooperação deverá ser articulada em torno dos setores da coesão social, do ensino superior, da inovação e da competitividade.

Está igualmente prevista a cooperação no domínio científico, tecnológico e da sociedade da informação. Nesta perspectiva, foi assinado, em 2002, um acordo em matéria de ciência e tecnologia entre a União Europeia e o Chile.

Esse último acordo tem por objetivo encetar um diálogo político bilateral sobre as questões de desenvolvimento tecnológico e de investigação, o aprofundamento da cooperação científica e tecnológica entre as duas partes e a necessidade de se aumentar o investimento em recursos humanos e institucionais, utilizando-se os recursos disponíveis no âmbito dos diferentes programas europeus criados pela Comissão.

A ciência e a tecnologia continuam a constituir um dos setores mais dinâmicos das relações entre a União Europeia e o Chile, sendo uma vertente de cooperação extremamente eficaz que apresenta excelentes resultados.

Com a finalidade de promover um aprofundamento nas relações bilaterais, União Europeia e Chile deram início a um recente diálogo em matéria de políticas da educação.

Em março de 2005 realizou-se uma primeira reunião sobre a educação entre os serviços da Comissão e as autoridades chilenas competentes. Esse diálogo teve por objetivo proceder a um intercâmbio de informações sobre as políticas chilenas e as políticas e programas comunitários nesse domínio, compatível, portanto, com o Acordo de Associação de 2002.

4.3. União Europeia e Brasil

Na primeira Cimeira entre Brasil e União Europeia foi assinado um acordo de cooperação entre as partes para intensificar as relações bilaterais, com destaque para as áreas de comércio, combate à pobreza e energia renovável.[64]

O compromisso define novas relações políticas e comerciais entre o Brasil e a União Europeia. Isso significa a entrada de um país latino-americano no limitado grupo de parceiros estratégicos da União Europeia.[65]

Há de se reconhecer que um acordo foi viabilizado mediante a iniciativa de Portugal, coincidindo com a presidência portuguesa da União Europeia, que se iniciou no mês julho de 2007.

Seria uma pretensão audaciosa prever os benefícios imediatos do acordo, mas a parceria com o Brasil passou para uma nova realidade, encetada em uma política externa da União Europeia com atenção aos chamados Brics (Brasil, Rússia, Índia e China).[66]

64 Em 4 de julho de 2007.

65 A Cimeira contou, além da presença do Primeiro-Ministro português, José Sócrates, com a presença do Presidente brasileiro, Luiz Inácio Lula da Silva, do Presidente da Comissão Europeia, José Manuel Durão Barroso e do Primeiro-Ministro da Eslovênia, Janez Jansa. A participação eslovena deve-se ao fato de o país ser o próximo a assumir a presidência rotativa da EU, no início do próximo ano. Todos foram unânimes em dizer que a nova parceria entre a Europa e o Brasil ajudará também a promover as relações da União Europeia com o Mercosul.

66 O atual tratamento dado ao Brasil pela União Europeia encontra semelhança nas suas relações comerciais com os Estados Unidos, o Canadá, a Rússia, a China, a Índia e o Japão.

A União Europeia reconheceu a importância que o Brasil vem assumindo no contexto internacional e a necessidade de manter com o país relações bilaterais especiais.

Não há dúvida de que essa aproximação favorece a ambos, tanto no trato comercial, quanto nas áreas combate à pobreza, que é de interesse direto do Brasil, e da energia renovável, representando o interesse especial da União Europeia.

Conclusão

Há de se reconhecer a necessidade de se estabelecer um conteúdo inovativo, na intenção de provocar um marco para o sucesso nas relações da União Europeia com a América Latina e Caribe.

Apesar da constante preocupação da União Europeia em definir um objetivo estratégico suficientemente acertado e viabilizar um programa estimulante para criar infra-estruturas não só de conhecimento de seus países-membros, mas também de política externa, os efeitos desses objetivos permanecem usualmente aquém do esperado.

Por isso semear a aparência sob retórica de facilidade fática na parceira bi-regional, entre a União Europeia e a América Latina e Caribe, não soluciona os grandes impasses.

A globalização como forma de gerar riqueza para todos é uma utopia, e seus efeitos negativos, como o desequilíbrio econômico e social, além do prejuízo cultural, devem obter a intervenção por parte dos agentes políticos internacionais, especialmente os de elevado desenvolvimento e poder econômico.

A União Europeia, mesmo sob o título de bem-sucedida na sua integração, não escapa de parciais fracassos políticos, como o da recente Constituição Europeia que não se consolidou por desinteresse das populações da França e da Holanda e, em época anterior, pela não-evolução do Tratado de Defesa.

Sempre se exigiu da União Europeia uma boa resposta da política econômica, que atualmente se sustenta visivelmente em uma sociedade baseada no conhecimento, com imposições políticas vencedoras no domínio da sociedade da informação e na aceleração do processo de reforma estrutural para fomentar a competitividade.

Daí as grandes linhas de buscas para o desenvolvimento da União Europeia, a exemplo da Estratégia de Lisboa, que precisam de conteúdos objetivos, diretos e eficazes, nada valendo se vierem sem priorização adequada ou assente em falta de orientação, de coordenação ou de ação.

As alterações dos deficitários projetos internos, que necessitam de uma base concreta, também valem para as parcerias desenvolvidas com países terceiros.

O sucesso depende de uma visão inovativa nas negociações externas, em que apenas a assistência macroeconômica favorável a países terceiros não resolve os problemas de aproximações política e comercial entre a União Europeia e a América Latina e Caribe.

São reconhecidos os méritos dos passos dados sobre os novos impulsos para o fortalecido entre as duas regiões, a fim de se melhorar a concretização dos atuais desafios.

As providências de um entendimento mais forte entre a União Europeia e a América Latina e Caribe, formando-se uma classe de diálogo bi-regional, sem detrimento dos relacionamentos entre as sub-regiões do Mercosul, da Comunidade Andina, da América

Central e Caribe, além de manter próximas relações com o México, o Chile e o Brasil, devem ser incentivadas por todos participantes do processo de aproximação.

A parceria sociopolítica, muitas vezes comprometida por interesses comerciais, necessita ser vista e orientada a longo prazo, uma vez que especialmente a diminuição da pobreza em todo o mundo, e não só na América Latina, beneficia toda a comunidade internacional, inclusive diretamente os países mais ricos da União Europeia.

É inevitável que a pobreza provoque a violência e a criminalidade em geral, como o terrorismo e o tráfico de drogas. Portanto, as parcerias comerciais auxiliam na paz e na segurança dos países desenvolvidos, que já têm em seus territórios níveis aceitáveis de controle da violência.

Transferir tecnologia à América Latina e Caribe como um todo melhoraria não só a produtividade e a diversificação desses mercados, possibilitando o desenvolvimento das suas infra-estruturas, mas acabaria por também garantir à população uma sobrevivência digna, suprimindo ações que poderiam ser prejudiciais aos próprios países da União Europeia.

Por isso, as parcerias com a América Latina e Caribe, como foi sustentado neste trabalho, quando não oferecem benefícios comerciais à União Europeia, garantem a saudável dependência entre os povos, provocando estabilidade social e melhor segurança para todos.

Reconhecidamente a proposta desta pesquisa buscou privilegiar os aspectos positivos do grau de integração da União Europeia, e o modo como são estabelecidos os esforços de parcerias regionais e sub-regionais.

As incontestáveis diferenças econômicas e políticas entre as duas regiões estão refletidas nos próprios Blocos econômicos que se encontram na América Latina, como o Mercosul e a Comunidade Andina.

O Mercosul, com se não tivesse inúmeros problemas de ordem econômica e política, parece que conseguiu mais um incômodo de peso: a Venezuela e seu peculiar Presidente.

Não há indicativo, ao menos no período em que Hugo Chaves estiver no poder presidencial da Venezuela, de que o Mercosul terá alguma evolução na sua integração.

Pelo contrário, o que se observa no maior Bloco Econômico da América Latina é que ocorreu um esvaziamento político em relação à sua representação perante a comunidade internacional, com inconsequentes desavenças políticas internas.

Contudo, a União Europeia não pode ser pessimista quanto a questões políticas regionais, devendo desenvolver esforços para melhor aproveitar as oportunidades de aproximação, mesmo que haja a necessidade de estabelecer parcerias individualizadas com os países, a exemplo do que ocorrera com o México, o Chile e o Brasil.

Não é equívoca a estratégia de inexistir um padrão de parceria por região, pois, se assim fosse, haveria um engessamento das possibilidades de parceiras da União Europeia com a América Latina e Caribe.

Portanto, são altamente válidos os esforços de diálogo bi-regional da União Europeia com a América Latina e Caribe, sem limitações dos relacionamentos entre as sub-regiões e entre as nações individualizadamente.

Colaborar com a diminuição da pobreza em todo mundo é uma importante responsabilidade que a União Europeia deve reconhecer e com a qual efetivamente atuar, beneficiando-se da melhor qualidade de vida dos povos das nações parceiras, pois estará, no mínimo, garantindo melhor segurança em seu próprio território.

Permanece aqui uma visão prudentemente positiva das parcerias entre a União Europeia e a América Latina e Caribe, no entendimento de que o debate colocado acima reflete um processo de evolução constante e naturamente interminável.

Elementos Constituyentes de la Incompatibilidad de las Ayudas de Estado en la Unión Europea*

*A. Saddy***

Introducción. 1. Ayudas de Estado y sus elementos constitutivos. 1.1 Primera condición de incompatibilidad: la ayuda. 1.1.1 Ventaja o beneficio. 1.1.2. Selectividad. 1.1.3. Utilización de recursos o de fondos públicos. 1.2. Segunda condición de incompatibilidad: la afectación a la competencia y a los intercambios. 1.3. Tercera condición de incompatibilidad: trascendencia comunitaria. 2. Ayudas de Estado compatibles con el Mercado Común. Conclusiones.

Introducción

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), en su artículo 3 "g", establece un *"régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado interno"*. Por ese motivo, instituyó en los artículos 81 al 97 normas comunes que disciplinan *"competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones"*. Dentro de tal título se tiene la sección segunda del capítulo primero que trata de las *"ayudas otorgadas por los Estados"* (artículo 87 al 89), o sea, establece mecanismos de control sobre las ayudas de Estado,[1] una vez que tales son visualizadas como un elemento distorcionador de la libertad de empresa.

---

* Tratase del embasamiento teórico del trabajo denominado "el régimen de las ayudas públicas en el sector de transporte" presentado en el período de docencia del programa de doctorado "problemas actuales de derecho administrativo" como exigencia de la asignatura "la ordenación jurídica del transporte terrestre (carretera y ferrocarril)" ministrada por el prof. Dr. Germán Fernández Farreres.
Resaltamos que el artículo analiza un conjunto complejo de problemas, intentando pasar una visión didáctica sobre el tema, pero en ningún momento algún tiene la pretensión de hacer una exposición completa y exhaustiva del mismo.
En beneficio de la claridad, hemos procurado que el texto trate los puntos principales que comprenden esta materia, y hemos reservado para las notas a pie de página las referencias a la jurisprudencia, intentando, siempre, que la cita permita al lector más interesado la rápida localización de las fuentes.
Cuanto a las jurisprudencias manejadas, preferimos hacer una referencia por orden de importancia – a nuestro entender – inserido en algunas, cuando nos parece interesante, los trechos literales, en inglés, por ser una de las lenguas oficiales y sobretodo necesarias de los juzgados.

** Doutorando em "Problemas actuales de Derecho Administrativo" pela Universidad Complutense de Madrid com apoio da beca Complutense Predoctorales en España; Mestrando em Administração Pública pela Universidade de Lisboa com apoio do Programa Alßan, Programa de bolsas de alto nível da União Europeia para América Latina, bolsa nº E06M100358BR; Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Universidade de Coimbra; Personal Docente e Investigador en Formación no Departamento de Direito Administrativo da Universidad Complutense de Madrid; Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

1 Entended cuando se habla Estado del Estado lato, de manera amplia, es decir, abarcando todas las entidades infraestatales que estén comprendidas dentro del Estado. Se utilizara la terminología ayuda de Estado por se la terminología habitual de las Instituciones Europeas.

Sobre tal perspectiva, el TCE de acuerdo con el artículo 211, dispone que la Comisión *"velará por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de este mismo Tratado"*, previendo un *"poder de decisión propio"* (apartado 3 del mismo artículo).

Es, por tanto, la Comisión la responsable de la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado, a que se refiere los artículos 87 al 89 del TCE, así como las demás *"normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones"*.

De ese modo, cuando el Estado concede ayudas a una determinada empresa o sector, las demás empresas en el primer caso y los demás sectores en el segundo, y así también, los demás Estados miembros, podrán quedarse en una situación de desventaja competitiva, motivo por el cual el TCE impone como regla la incompatibilidad del otorgamiento de las ayudas de Estado.

Así, uno de los objetivos de los artículo 87 al 89 del TCE, es establecer una disciplina que proteja, el mercado y sus participantes, de interferencias externas causadas por la acción de los Estados miembros. El mercado y sus participantes constituyen, el principal interés protegido por estos artículos.

Eso, se explica desde una perspectiva del Derecho de la competencia, que JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA y M. MATILDE SÁNCHEZ GUTIÉRREZ,[2] bien explican:

> En primer lugar, deben examinarse desde el punto de vista de las empresas competidoras de la ayuda, que ven, paradójicamente, cómo los impuestos que pagan sirven para beneficiar a su competidora por ser más ineficiente. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que toda ayuda pública supone beneficiar a un colectivo o grupo muy concreto (los accionistas y los trabajadores de esa empresa) a costa de todos los demás, pues el montante de la ayuda o bien se lleva a la inflación o bien se detrae de otros bienes públicos de toda la colectividad. En tercer lugar, las ayudas públicas distorsionan los mercados al tergiversar el mecanismo de formación de los precios y por ello perjudican al propio mercado; así, el favorecido por la ayuda es ineficiente desde esta perspectiva ya que no ha logrado por sus propios medios permanecer en él. Y, por último, razones de equidad y de transparencia imponen que se conozca con toda evidencia quiénes son los beneficiados y en qué condiciones y cuantías. Un registro accesible, que dé cuenta de las anotaciones que se hagan sobre sus folios de los ayudados y sus ayudas, facilitaría enormemente la transparencia, base de todo servicio al administrado y al ciudadano, además de constituir un importante elemento de control y fiscalización sobre la Administración benefactora. Controlar, pues, esta «nueva beneficencia» no sería inoportuno, y si bien existen justificados supuestos en los que parece aceptable en términos de Derecho y de Economía que se presten determinadas ayudas, no podemos dejar de exigir que se motiven de manera incontestable, lejos de todo capricho o arbitrariedad.

2 GARCÍA, José Eugenio Soriano; GUTIÉRREZ, M. Matilde Sánchez. El control de las ayudas públicas en España: un contexto a cambiar. Revista de Administración Pública, n. 166, pp. 231-256, ene-abr, 2005, p. 232.

Tal intervención del Estado favoreciendo a determinadas empresas plantea importantes problemas en el ámbito Comunitario en el que dice respecto, principalmente, a la instauración y consecución del Mercado Común, ya que puede permitir a los Estados falsear las condiciones de competencia y de los intercambios comerciales en dicho mercado, protegiendo sus economías nacionales.

Por obvio pues, que las ayudas de Estado pueden, y repito, pueden destorcer el modelo de competencia asociado a libertad económica y, principalmente, el principio de la igualdad, ya que no se puede favorecer una empresa sin hacer el detrimento de otras.

No obstante, el TCE tiene en cuenta que las ayudas de Estado pueden constituir un instrumento útil e importante para promover objetivos de interés general, estableció que algunas ayudas, que tuvieren efectos adversos para el comercio y la competencia, pudiesen ser permitidas, bajo determinadas condiciones, desde que promueven objetivos dignos de protección. Así, cuando el Estado actúa como prestador de las ayudas, la regla general de incompatibilidad expresada en el artículo 87.1, se acompañó de un elenco de excepciones que están recorridos en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, y en otras disposiciones del Tratado, como el artículo 73 que trata específicamente de las ayudas en el sector de transportes y el artículo 86.2 que trata de los servicios de interés económico general.[3]

Tales flexibilizaciones pueden ser tenidas como beneficiosas al Mercado Común. El fin primordial en la aplicación de las reglas sobre ayudas de Estado es evitar las distorsiones de la competencia y fortalecer la unidad del Mercado Común.[4]

Las normas que tratan sobre las ayudas otorgadas por los Estados, no establecen una definición sobre lo que es una ayuda de Estado, indica solamente que:

> Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo

3 MICHEL WAELBROECK y ALDO FRIGNANI (WAELBROECK, Michel y FRIGNANI, Aldo. Derecho Europeo de la Competencia. Barcelona: Bosch, 1998, vol. 4 del comentario J. Mégret, tomo I, p. 424 (traducción de I. Sáenz-Cortabarría y M. Morales Isasi)), consideran que: "Las ayudas constituyen (…) un instrumento esencial de la política económica nacional, y no era evidente que los Estados renunciaran pura y simplemente a su utilización. Además, esa actitud hubiera desconocido la utilidad incuestionable que presentan las ayudas en numerosos supuestos. Así, no se puede negar el importante papel que desempeñan en toda política que se orienta a reducir las disparidades de desarrollo entre regiones. Las ayudas constituyen también un eficaz instrumento para el desarrollo de industrias de tecnología avanzada. A menudo se revelan indispensables para facilitar las adaptaciones imprescindibles para la puesta en marcha del mercado común o para la evolución de la técnica... Por último, las ayudas estatales pueden constituir el único medio para resistir una competencia internacional que se beneficia, igualmente, de medidas del mismo orden".

4 STJCE, de 02 de julio de 1974 (as. 173/73 *Italy / Commission*): "*13 The aim of article 92 is to prevent trade between member states from being affected by benefits granted by the public authorities which, in various forms, distort or threaten to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods.*
Accordingly, article 92 does not distinguish between the measures of state intervention concerned by reference to their causes or aims but defines them in relation to their effects
Consequently, the alleged fiscal nature or social aim of the measure in issue cannot suffice to shield it from the application of article 92".

cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones (artículo 87.1 del TCE).

Cabe, por lo tanto, entender el concepto de ayuda de Estado que viene se desarrollando en la Unión Europea, y lo que torna la misma incompatible con el TCE. Para tanto, además de los elementos del concepto de ayuda, se analizará dos otros elementos, tenido como condiciones para que la ayuda sea incompatible: la afectación a la competencia y a los intercambios, y la trascendencia comunitaria. Son la unión de todos eses elementos que caracterizan o no una ayuda de Estado en el ámbito de la Unión Europea.

1. Ayudas de Estado y sus elementos constitutivos

Para se estudiar cualquier asunto relacionada a ayuda de Estado, tiene que se saber exactamente lo que es para las Instituciones Comunitaria una ayuda. Así lo es porque el TCE no definí ayuda de Estado. Por no definir, se acabó dejando tal atribución en las manos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), del Tribunal de Primera Instancia (TPI), de las prácticas de la Comisión y de la doctrina que, progresivamente, viene elaborando tal concepto y sus elementos constitutivos.[5]

Tal indefinición de un marco legal preciso ha causado dificultades en la aplicación de medidas por parte de las Instituciones Comunitarias, ya que los Estados miembros se ven perjudicado, una vez que nunca sabe, si determinada conducta, es o no, una ayuda.

---

5 JUAN L. ARPIO SANTACRUZ (SANTACRUZ, Juan L. Arpio. Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia. Navarra: Aranzadi, 2000, pp. 51-53) afirma: *"la definición de la noción de ayuda de Estado es necesaria, y no sólo por imperativos meramente académicos. La delimitación del concepto de ayuda de Estado tiene una enorme trascendencia práctica desde el punto de vista constitucional, de la defensa de la competencia, y de los intereses de competidores y de terceros.*
Desde un punto de vista constitucional, la interpretación del concepto de ayuda de Estado constituye un factor decisivo a la hora de evaluar el impacto del sistema de control comunitario de las ayudas de Estado, sobre las competencias que los Estados miembros tiene atribuidas para promover las políticas económicas de las cuales son responsables.
(…)
Desde el punto de vista de la defensa de la competencia, la definición de ayuda de Estado también tiene una importancia crucial. No se puede olvidar que la mayoría de los beneficios económicos resultantes de la realización del mercado interior derivan de la apertura de los mercados a la competencia, de las reducciones de precios y de la racionalización de las producciones menos eficientes. Por consiguiente, puede parecer contradictorio abolir las barreras al comercio, de una arte, y permitir ciertas categorías de ayudas, de otra.
(…)
Finalmente, la calificación de una medida como ayuda de Estado puede tener un gran importancia desde el punto de vista de la protección de los intereses de los competidores y de los terceros interesados. Como se ha indicado anteriormente, la principal razón que ha llevado a los autores del Tratado a incluir un sistema de control de las ayudas de Estado, es garantizar el establecimiento de un régimen de competencia no falseada. Por este motivo, el Tratado asocia a los competidores y a los tercetos interesados al procedimiento de control, y les reconoce una serie de derechos. Estos derechos, cuyo contenido se describe en el Tratado de forma más o menos genérica, y que han sido precisados posteriormente por las Instituciones comunitarias, sólo pueden ser invocados cuando la medida constituye una ayuda de Estado".

Los empresarios y los Estados dependen de un marco teórico claro y estable, para que haya una garantía de que los compromisos asumidos sean honrados, teniendo en vista los principios de la confianza legítima y de la seguridad jurídica.

Toda ausencia de certeza, será vista como un riesgo, así como toda falta de confianza en el marco teórico, lo que puede levar a perdidas de interés por parte de empresas, motivo por el cual, las Instituciones Comunitarias y la doctrina vienen moldando una noción de ayuda de Estado.[6]

No se puede dejar para cada caso concreto la definición de qué medidas se queda comprendidas dentro de la expresión *"ayuda de Estado"*. Para tanto, los ámbitos mencionados (TJCE, TPI, Comisión y doctrina) vienen intentando fornecer medios para que el Estado y los empresarios tengan la debida seguridad.

El Tribunal, ha evitado enunciar una definición abstracta de ayuda de Estado. La sentencia que más cerca llego de una definición es la STJCE, de 23 de febrero de 1961 (as. 30/59, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg / ECSC High Authority*),[7] que afirma de forma bastante amplia, informando que la noción de ayuda comprende no solamente prestaciones positivas sino también las prestaciones negativas:

> The concept of aid is nevertheless wider than that of a subsidy because it embraces not only positive benefits, such as subsidies themselves, but also interventions which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which, without, therefore, being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect.

Posteriormente la STJCE, de 27 de marzo de 1980 (as. 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Denkavit italiana*), calificó de ayuda de Estado:

> 31. The decisions of member states by which the latter, in pursuit of their own economic and social objectives, give, by unilateral and autonomous decisions, undertakings or other persons resources or procure for them advantages intended to encourage the attainment of the economic or social objectives sought.

El Tribunal tiene un denominador común de sus decisiones. Para él, una ayuda en el sentido del artículo 87 del TCE, consiste en un beneficio económico, otorgado o financiado por el Estado, a favor de una empresa o un sector.[8]

---

6 Como el cumplimento de las sentencias del TJCE es obligatorio para las partes, se cree que la análisis de las cuestiones que nos ocupan se puede obtener analizando las decisiones del Tribunal de Justicia y, en aquellas cuestiones sobre las que no haya recaído un pronunciamente jurisprudencial, examinando la posición de la Comisión y de la doctrina. No obstante, en ciertas ocasiones, se tendrá en cuenta la posición de todos.

7 En el mismo sentido son las conclusiones del Abogado General Warner, en la STJCE, de 22 de marzo de 1977 (as. 74/76 *Ianelli / Moroni).*

8 STJCE, de 29 de junio de 1999 (as. C-256/97 *DM Transport*); STJCE, de 17 de julio de 1999 (as. C-75/97 *Belgium / Commission*); STJCE, de 19 de mayo de 1999 (as. C-6/97 Italy / Commission); STJCE, de 1 de diciembre de 1998 (as. C-200/97 Ecotrade / Altiforni e Ferriere di Servola); STJCE, de 26 de septiembre de 1996 (as. C-241/94 France / Commission) STJCE, de 11 de julio de 1996 (as. C-39/94 SFEI and others); y STJCE, de 15 de marzo de 1994 (as. C-387/92 Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia).

La Comisión, al igual del Tribunal, viene delimitando el concepto de ayudas de Estado, o en términos genéricos, denominándolas como "ventajas financieras",[9] o proporcionando una lista no exhaustiva de medidas que considera ayudas de Estado.[10] Evita con eso dar una definición abstracta del mismo. Así como el Tribunal, la Comisión también tienen un denominador común. De que el concepto de ayuda se refiere a un beneficio económico, otorgado o financiado por el Estado, a favor de determinada empresa o producción.[11]

Por fin, la doctrina viene destacando la ayuda de Estado con algunos elementos. El primer elemento, seria la ventaja o un beneficio económico para quien la recibe. GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES,[12] entiende que toda ventaja económica de naturaleza financiera, cualquiera que sea la forma que adopte, es susceptible de caer bajo el ámbito de aplicación del artículo 87 del TCE. IÑAKI PARIENTE DE PRADA,[13] la define como:

> Aquellas medidas financieras tomadas por los Estados con un fin de acción económica a favor de las empresas y sin recibir por ello contrapartida alguna, suponiendo para la empresa una ventaja, y para el Estado un sacrificio financiero de fondos públicos.[14]

VALERIANO HERNÁNDEZ MARTÍN y JOSÉ MARÍA VILLALVILLA MUÑOZ,[15] también definen las ayudas de Estado como:

> (…) aquellas aportaciones financieras, directas o indirectas, efectuadas por el Estado o mediante fondos públicos, que favorezcan a una empresa o a un producto, y que no respondan al principio del inversor privado.[16]

---

9 Como en la Directiva comunitaria sobre ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas, DOCE, de 19 de agosto de 1992, C 213, punto 2.

10 Como en la Directiva comunitaria sobre ayudas de Estado de salvamento y reestructuración, DOCE, de 23 de diciembre de 1994, C 368, punto 2.3.

11 Decisión de la Comisión 3632/93/CECA, de 28 de diciembre de 1993, art. 1º.

12 FARRERES, Germán Fernández. El control de las ayudas financieras nacionales. ENTERRÍA, Eduardo García de. Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Madrid: Civitas, 1986, pp. 619-647, v. II, p. 620.

13 PRADA, Iñaki Pariente de. El sistema comunitario de control de las ayudas estatales a empresas: la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 10 de mayo de 1993 sobre un sistema de ayudas fiscales a la inversión en el País Vasco. Revista Vasca de Administración Pública, n. 39, pp. 205-232, may-ago 1994, p. 211.

14 IÑAKI PARIENTE DE PRADA (PRADA, Iñaki Pariente de. El sistema comunitario de control de las ayudas estatales a empresas: la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 10 de mayo de 1993 sobre un sistema de ayudas fiscales a la inversión en el País Vasco. Revista Vasca de Administración Pública, n. 39, pp. 205-232, may-ago 1994, p. 210) también expone las características generales de la noción de ayuda de Estado podrían ser las siguientes: *"En primer lugar, comprende tanto las prestaciones positivas como las negativas; así, el traslado de una carga existente para una o varias empresas hacia el Estado, supone una ayuda estatal. En segundo término, la ayuda supone un beneficio para el receptor de la misma. En tercer lugar, la necesidad de que la ayuda suponga una alteración de las condiciones de la competencia del mercado, hecho que no habría sucedido sin la existencia de dicha ayuda. Finalmente, el carácter selectivo de la ayuda, dado que supone una subvención concedida únicamente a ciertas empresas o a ciertas producciones"*.

15 MARTÍN, Valeriano Hernández, MUÑOZ, José María Villalvilla. El control de las ayudas de Estado en el derecho europeo. Madrid: Colex, 1999, p. 25.

16 VALERIANO HERNÁNDEZ MARTÍN y JOSÉ MARÍA VILLALVILLA MUÑOZ (MARTÍN, Valeriano Hernández, MUÑOZ, José María Villalvilla. El control de las ayudas de Estado en el derecho europeo.

Otro elemento utilizado por la doctrina es la selectividad de la medida, informando que la ayuda no está para beneficiar la economía en su conjunto, más sí una parte de ella o determinada empresa/conjunto de empresas.

Como tercer elemento, se tiene el papel activo que desempeñan las autoridades públicas otorgando o financiando la ayuda.

Juntos a estos tres elementos, el artículo 87.1 del TCE vincula la incompatibilidad de las ayudas de Estado a otros dos elementos: los efectos de la medida sobre la competencia y a su finalidad, bien como en el ámbito de aplicación del TCE.

Luego, la ayuda hay de ser una ventaja (1º elemento), que favorece a determinadas empresas o la producción de ciertos bienes (2º elemento), con la utilización de recursos públicos y la imputabilidad al Estado (3º elemento) que afecte a la competencia y a los intercambios (4º elemento), no en la economía de los Estado, pero entre los Estados miembros (5º elemento).[17]

Se analizará, así, estos cinco elementos, dejando claro que no son todos ellos que definen ayuda de Estado, pero, elementos que obligan que la Comisión actué contra el Estado otorgador de la ayuda.

1.1 Primera condición de incompatibilidad: la ayuda

1.1.1 Ventaja o beneficio

Del punto de vista económico, cualquier medida que supone una ventaja o un beneficio para una empresa se puede considerar una ayuda, pero ni todos beneficios son considerados como ayuda de un punto de vista jurídico.

Cuando se piensa en ventaja o beneficio, debedse entenderlos de forma objetiva, como algo que tiene algún valor económico para el beneficiario, ni que sea en términos relativos, o sea, directamente o indirectamente.

La ayuda supone una ventaja o un beneficio para el receptor de la misma, por consiguiente una desventaja a los demás.

Madrid: Colex, 1999, pp. 25 y 26) también expone que para calificar una aportación financiera como ayuda de Estado es indiferente: *"a) La forma que ésta adopte. La Comisión y el Tribunal han establecido que las ayudas pueden presente multitud de formas: aportaciones de capital, establecimiento de ingresos públicos destinados a un determinado sector, concesión de un trato jurídico, fiscal o laboral especial, compra de bienes de la empresa a precios superiores a los del mercado, préstamos a bajo interés, compra de deudas de la empresa, prestación de garantías, etc.*

b) La cuantía relativamente reducida de la ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria.

c) El hecho de que algunos competidores reciban ayudas de Estado, o que tales ayudas hayan sido autorizadas a otras empresas".

17 Tal división, fuera inspirada en S. P KEPPENNE (A guige des aides d'État en droit communautaire: reglementation, jurisprudente et pratique de la Comisión. Bruxelles: Bruylant, 1999) que separa los elementos de la opción y los expone en cuatro secciones, que son las siguientes: la ventaja a determinadas empresas o producciones, el origen estatal de la ayuda, la afectación de los intercambios, y el falseamiento de la competencia.

El TJCE intenta prevenir que los intercambios entre Estados miembros se vean alterados por determinadas ventajas que el Estado permita bajo variadas formas, y que estas ventajas falseen o amenacen falsear la competencia.

La lógica es: toda intervención estatal con cargo a recursos públicos es una ayuda salvo que siga la lógica del mercado.[18] Una ayuda equivale a una carga económica para el Estado y pude serlo de forma que suponga un desembolso directo o indirecto, o de forma que suponga una disminución de los ingresos del Estado.[19]

El TJCE implica rechazar la tesis, según la cual, si la medida compensa un coste voluntariamente asumido, escapa a la disciplina de las ayudas de Estado. En efecto, hay ayudas de Estado, cada vez que las autoridades subvencionan a ciertas empresas para incitarlas a perseguir un cierto comportamiento que se estima favorable para el interés general.[20]

Sin embargo, una medida puede considerarse una ayuda en el caso de que la empresa receptora haya contribuido total o parcialmente a su financiación, como resultas de una exacción estatal.[21]

La cuestión es saber si el receptor recibió un beneficio que no habría recibido normalmente.[22]

---

18 STJCE, de 29 de abril de 1999 (as. C-342/96 *Spain / Commission*); STJCE, de 29 de junio de 1999 (as. C-256/97 *DM Transport*); STPI, de 28 de enero de 1999 (as. T-230/95, Bretagne Angleterre Irlanda / *Commission*); STPI, de 25 de marzo de 1999 (as. T-37/97, Forges de Clabecq SA / *Commission*), en especial el apartado 72; STPI, de 21 de enero de 1999 (as. T-129/95, T-2/96 y T-97/96 Neue Maxhütte Stahlwerke GMBH / *Commission*), en especial los apartados 116, 119 y 125-127.

19 STJCE, de 01 de diciembre de 1998 (as. C-200/97 *Ecotrade / Altiforni e Ferriere di Servola*): *"36 Contrary to the view taken by the Commission, the possible loss of tax revenue for the State as a result of the application of the system of special administration, on account of the absolute prohibition on individual actions for enforcement and the suspension of interest on all debts owed by the undertaking in question, and the correlated reduction in creditors' profits, does not in itself justify treating that system as aid. That consequence is an inherent feature of any statutory system laying down a framework for relations between an insolvent undertaking and the general body of creditors, and the existence of an additional financial burden borne directly or indirectly by the public authorities as a means of granting a particular advantage to the undertakings concerned may not automatically be inferred therefrom (see, to that effect, Sloman Neptun, cited above, paragraph 21)".*

20 STJCE, de 05 de octubre de 1999 (as. C-251/97 *France / Commission*), en especial los apartados 20-22 de las consideraciones del abogado general. Esto parece contrastar con el régimen aplicable a las ayudas que intentan compensar costes relacionados con el cumplimiento de una obligación de servicio público. Mientras que en determinadas ocasiones se ha argumentado que en cuanto que compensan el coste de una obligación de servicio público no se trata de ayudas, mientras que en otras ocasiones se ha consideado que la obligación de servicio público debía ser tenida en cuenta al analizar la compatibilida de la ayuda (vid. S. P KEPPENNE. Guide des aides d'État en droit communautaire. Bruylant: Bruselas, 1999, pp. 346-354).

21 STJCE, de 22 de marzo de 1977 (as. 78/76 *Steinike & Weinlig*).

22 CHRISTOPHER BELLAMY y GRAHAM CHILD (BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Civitas, 1992 (traducción de Enric Picañol), pp. 793 e 794) ejemplifican con bases en muchas sentencias del TJCE y decisiones de la Comisión, ayudas estatales: *"los ejemplos de ayudas estatales incluyen créditos a fondo perdido para inversiones, subsidios para cubrir pérdidas corrientes, préstamos a tipos reducidos de interés, tipos preferenciales de descuento en relación con los créditos para operaciones de exportación, reducción preferencial de cargas públicas, tales como los pagos de los empresarios a la seguridad social, la bonificación de tarifas de fuentes de energía y el pago de incentivos para atraer trabajadores a una industria en particular. Como hemos visto, también la dotación de capital puede ser una ayuda estatal. La ayuda para la exportación a otros Estados miembros es el ejemplo clási-*

A la hora de valorar si determinada ventaja o beneficio es susceptible de ser calificada como ayuda de Estado, es necesario tomar como punto de partida la situación competitiva del mercado común anterior a la concesión de la ayuda. De acuerdo con este criterio, existe un beneficio calificable como ayuda de Estado, cuando el beneficiario recibe un valor económico que el mercado no le habría aportado. El comportamiento del mercado constituye el parámetro conforme al cual se deben examinar las medidas adoptadas por las autoridades públicas.[23]

Una vez que se ha determinado la existencia de ventaja o beneficio calificable como ayuda de Estado, por medio del criterio del mercado, es preciso calcular el valor de la ventaja o del beneficio, porque la cantidad de volumen de la ayuda puede ser esencial para averiguar una distorsión de la competencia, así como la excepcionalidad de la regla general de incompatibilidad, además es vital para eventual devolución de la misma si el otorgamiento fuera tenido como ilegal.

Según JUAN L. ARPIO SANTACRUZ,[24] el cálculo del elemento de ayuda se puede realizar desde dos perspectivas:

> La primera toma como punto de partida el beneficio económico que la ayuda supone para el beneficiario. Si, por ejemplo, el beneficiario recibe como consecuencia de la acción estatal un beneficio que tiene un valor de 5, el elemento de ayuda de la medida será igual a 5. Según la segunda perspectiva, el elemento de ayuda se calcula en función del coste que la medida supone para el Estado, independientemente del

co de ayuda comprendida en el artículo 92. Entre otros supuestos de ayudas estatales se incluyen la aplicación de un tributo para la investigación colectiva y la renovación de las estructuras industriales y comerciales y la publicidad y prmoción de los productos de una industria particular".

JUAN L. ARPIO SANTACRUZ (SANTACRUZ, Juan L. Arpio. Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia. Navarra: Aranzadi, 2000, pp. 87-88) también menciona algunas medias que la Comisión o el Tribunal han calificado como ayuda de Estado, indicando inclusive su fuente: exenciones o reducciones de impuestos; recaudación diferida de impuestos, o de contribuciones sociales; amortización aceleradas; garantías de los tipos de cambio; garantías de subvenciones o de préstamos; adquisición de capital social por el Estado; acceso preferente a la contratación pública; prestación de asistencia técnica gratuita al órgano de administración de la empresa; prestación de servicios a precios anormalmente bajos; prestación de apoyo logístico y comercial gratuito o a precios anormalmente bajos; realización de trabajos de infraestructura que beneficien exclusivamente a determinadas empresas o producciones; préstamos sin interés o con un tipo de interés favorables o convertibles en subvenciones; subvenciones por la creación de empleo; reembolso de gastos en caso de éxito; y subvenciones por depreciaciones.

El mismo autor (*Op. cit.*, pp. 84-91) elenca dos hipótesis que el TJCE viene entendiendo como no caracterizadoras de la ayuda de Estado, la restitución de sumas percibidas por las autoridades públicas en infracción del derecho comunitario y las indemnizaciones por los daños causados por la Administración Pública.

23 JUAN L. ARPIO SANTACRUZ (SANTACRUZ, Juan L. Arpio. Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia. Navarra: Aranzadi, 2000, pp 68-79) tras en su libro una análisis de cómo la Comisión y el Tribual ven aplicando el criterio del mercado, en una serie de medidas estatales, como en: las participaciones públicas en el capital de las empresas; los prestamos; las garantías; las provisiones de bienes o prestaciones de servicios a precios especialmente favorables; la venta de terrenos y edificios a precios especialmente favorables; la adquisición de bienes o servicios a precios especialmente favorables, o en condiciones especialmente ventajosas; y en las dotaciones económicas a favor de los servicios públicos.

24 SANTACRUZ, Juan L. Arpio. Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia. Navarra: Aranzadi, 2000, pp. 82, 83.

beneficio efectivamente recibido por el beneficiario. Por ejemplo, si un Estado miembro paga un valor de 3 para financiar una medida en favor de una empresa concreta, el elemento de ayuda contenido en esta medida será igual a 3, incluso si la empresa se ha beneficiado efectivamente por un valor de 5, o de 1.

La preferencia por un método u otro, depende en gran medida de la finalidad que se pretende conseguir mediante el control de las ayudas públicas. Es evidente que, si lo que se pretende es evitar los efectos perjudiciales sobre el mercado de las intervenciones públicas, el primer método es el más adecuado para conseguirlo, ya que los efectos que tienen las ayudas sobre la competencia dependen de la ventaja que obtiene la empresa beneficiaria, con independencia del coste que supone la medida para el Estado. Probablemente por este motivo, el método seguido por la Comisión para valorar el elemento de ayuda de las medidas estatales responde al primer enfoque. A la luz de la práctica de la Comisión se puede afirmar que el elemento de ayuda consiste en la diferencia existente entre la liquidez del beneficiario después de recibir la ayuda, y la liquidez que tendría en el caso de que hubiese acudido al mercado para obtener la financiación.

Los principales criterios que hay que tener en cuenta sobre la valoración del elemento de ayuda están recogidos en el Anexo 1 a las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional, en el Anexo técnico a la Primera Encuesta sobre las Ayudas Estatales en la Comunidad Europea, en la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicabilidad de los artículos 92 y 93 [nn. 87 y 88] del Tratado CEE y del artículo 5 de la Directiva de la Comisión 80/723/CEE a las empresas públicas en el sector de la fabricación, y en la Carta de la Comisión a los Estados miembros TV/D/6878, de 23 marzo 1993, que incluye una nota de aclaración del uso de la cláusula «de minimis» establecida en las Directrices sobre ayudas a las PYME.

Otra cuestión que está expresa en el artículo 87.1 del TCE, es la forma. Este se refiere a ayuda otorgada por el Estado, *"bajo cualquier forma"*. Así la forma adoptada para el otorgamiento de la ventaja o del beneficio es irrelevante. O sea, no hay una vinculación de la noción de ayuda a una forma jurídica determinada, siendo irrelevante la forma por la cual la ventaja o el beneficio sea concedida.

Así, cuando se estuviera delante de una análisis de algún caso de ayuda, tendrá que verificar estos puntos, o sea, la ayuda tendrá que propiciar una ventaja o beneficio, sea directa o indirectamente, bajo cualquier forma, desde que no la obtuviera seguido la lógica del mercado, teniendo como punto de partida la situación competitiva del Mercado Común anterior a la concesión de la ayuda.

1.1.2. Selectividad

Dicha el artículo 87.1, del TCE, que sólo son susceptibles de ser declaradas incompatibles con el Mercado Común las medidas que favorezcan *"determinadas empresas o producciones"*. Este requisito tiene dos consecuencias, o sea, sólo pueden ser declaradas incompatibles aquellas medidas cuyos beneficiarios sean empresas o producciones, y/o que

sean medidas que benefician a algunas empresas o producciones, esto es, a medidas que tienen un carácter selectivo, quedando excluidas de su ámbito de aplicación las medidas generales que benefician la economía en su conjunto.[25]

Cabe, por tanto, analizar lo que se entiende por empresa y por producción de bienes. El TCE no define, ni podría definir empresa. Al final, es casi imposible establecer un concepto único de empresa que sea útil en todos los ámbitos a los que se refiere el Tratado, motivo por el cual la comisión y el TJCE ven definido tal concepto de empresa de forma, esencialmente económica. Lo que importa para esas Instituciones, es que la ventaja, el beneficio, valoren a un conjunto de recursos personales, materiales, e inmateriales, que están habitualmente asignados al desarrollo de una actividad económica,[26] no importando la forma jurídica que adopte el titular de la empresa, siendo irrelevante al hecho a la hora de determinar la existencia de una empresa,[27] bien como cuando se esta delante de una empresa pública, entendida como aquella actividad genuinamente económica que el estado desarrolla, o privada,[28] ambas, con o sin animo de lucro.[29]

25 Resaltase que hay autores que configuran la selectividad como una condición de incompatibilidad de la ayuda con el Mercado Común, y no como un de los elementos del concepto de ayuda de Estado. Considerar la selectividad como condición de incompatibilidad, en lugar de un elemento del concepto de ayuda de Estado, obligaría a los Estados miembros a notificar, – tiendo en vista el dispuesto del artículo 88 del TCE – a la Comisión todo incentivo consistente en un beneficio económico, independientemente de quién fuese su beneficiario, el que nos parece excesivo, luego desproporcional, y caminaría contra el objetivo del TCE, que es controlar, aquellos beneficios que afectan o pueden afectar la competencia.

26 STJCE, de 12 de julio de 1962 (as. 17 y 20/61 *Acciaiere ferriere e fonderie di Modena / ECSC High Authority*) y STJCE, de 23 de abril de 1991 (as. C-41/90 *Höfner and Elser / Macrotron*): *"21 It must be observed, in the context of competition law, first that the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed and, secondly, that employment procurement is an economic activity"*.

27 STJCE, de 14 de noviembre de 1984 (as. 323/82 *Intermills / Commission*): *"11 It is clear from the information supplied by the applicants themselves that following the restructuring both sa intermills and the three manufacturing companies are controlled by the walloon regional executive and that, following the transfer of the plant to the three newly constituted companies, sa intermills continues to have an interest in those companies. It must therefore be accepted that, in spite of the fact that the three manufacturing companies each has a legal personality separate from the former sa intermills, all those undertakings together form a single group, at least as far as the aid granted by the belgian authorities is concerned. The commission was therefore justified in considering the entire group to be a single "undertaking" for the purposes of the application of article 92 of the treaty 12 moreover, it should be noted that the applicants, in stressing that the restructuring carried out by means of the aid in question constituted an indivisible whole, from an industrial and financial point of view, have implicitly acknowledged that the original undertaking and the new manufacturing companies form a single economic unit.14 the submission based on the commission's disregard of the true legal status of the applicant and interveners must therefore be dismissed;*
STJCE, de 16 de junio de 1987 (as. 118/85 *Commission / Italy*).

28 STJCE, de 22 de marzo de 1977 (as. 78/76 *Steinike & Weinlig): "3. Save for the reservation in article 90 (2) of the treaty, article 92 covers all private and public undertakings and all their production.*
4. The prohibition contained in article 92 (1) covers all aid granted by a member state or through state resources without its being necessary to make a distinction according to whether the aid is granted directly by the state or by public or private bodies established or appointed by it to administer the aid".

29 Decisión de la comisión de 16 de septiembre de 1997, relativa a las ayudas a favor de Gemeinnützige Abfallverwertung GMBH, DOCE, de 3 de junio de 1998, L 159, p. 58.

Así, el artículo 87 de TCE, se refiere a las ayudas otorgadas a favor de empresas que desarrollan cualquier tipo de actividad económica, tanto en las actividades de producción, como de bienes o servicios.

Es importante mencionar que el propio TCE trae excepciones en su contexto, de empresas sometidas a normas especiales sobre las ayudas de Estado, es el caso del sector de transporte.[30]

Otro concepto que se debe tener claro, es el relativo al receptor y beneficiario de la ayuda. Normalmente, el receptor es también el beneficiario. Pero puede haber casos que el receptor obtenga la ayuda y repase a determinadas empresas o producciones. En estos casos, tiene la figura del beneficiario último, cuando el receptor recibe y transmite directamente a una empresa o producción, o la figura del beneficiario en último término de la ayuda, cuando el receptor directo no es una empresa o producción, pero el beneficio, ayuda indirectamente una empresa o producción. Cuando beneficiario ultimo, aplicársela el art. 87.1 del TCE, pero si beneficiario indirecto no.

Tal ayuda debe favorecer a determinadas empresas o producción de determinados bienes, o sea, existe aquí una selectividad en el sentido de especialidad, la necesidad de que la medida beneficie sólo a algunas empresas o producciones, excluye del ámbito de aplicación de los artículos 87 y 88 los beneficios que favorecen a toda la economía en su conjunto.[31] Para JUAN L. ARPIO SANTACRUZ:[32]

> La Comisión y el Tribunal de Justicia han interpretado de una forma amplia el requisito de selectividad. Se entiende que una medida es general cuando beneficia a cualquier empresa, sector o región, de un Estado miembro. Por el contrario, un beneficio es suficientemente específico como para constituir una ayuda de Estado, cuando se otorga a favor de un empresa, un conjunto de empresas, un sector de la economía, una rama de la actividad industrial, todas las empresas ubicadas en un área geográfica, o una categoría de empresas que comparten algunas características comunes como, por ejemplo, las pequeñas o medianas empresas.

Luego, si una ayuda fuera otorgada a las empresas en general, no seria ayuda, pero hay que analizar el caso en concreto, pues la que podría parecer una ventaja otorgada en general a las empresas puede no serlo en la práctica.[33]

En respuesta a una pregunta escrita, la Comisión afirmó que el hecho de las autoridades públicas creen infraestructura que tradicionalmente son pagadas con fondos públicos,

---

30 También hay reglas especiales para el sector agrícola, energía atómica, carbón y de acero, pero que no se vay a comentas para no huir del tema propuesto.

31 Se ha sugerido que, mientras el artículo 87 abarca medidas de carácter específico, los artículos 96 y 97 comprenderían las medidas estatales que benefician a la economía en su conjunto.

32 SANTACRUZ, Juan L. Arpio. Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 136, 137.

33 STJCE, de 10 de diciembre de 1969 (as. 6 y 11/69 *Commission / France*); y STJCE, de 14 de julio de 1983 (as. 203/82 *Commission / Italy*).

no constituye, normalmente, una ayuda, pero puede serlo, si los trabajos se llevan a cabo especialmente e interés de una o más empresas o de un determinado tipo de producto.[34]

Para concluir que la medida favorece *"a cierta(s) empresa(s)"* es suficiente comprobar que la medida es selectiva desde el punto de vista geográfico, es decir, si favorece sólo a determinadas regiones.[35]

Así, además de que la ayuda tiene que estar caracterizada como una ventaja o beneficio, debe favorecer, como beneficiaria última y no beneficiario en último termino de la ayuda, a determinadas empresas, pudiendo ser tales empresas públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro. Además, tal ventaja o beneficio puede favorece las producciones de ciertos bienes, utilizados en el sector analizado. Se recuerda, también, que la selectividad tiene sentido de especialidad, donde hay la necesidad de que la medida beneficie sólo a algunas empresas o producciones.

1.1.3. Utilización de recursos o de fondos públicos

Según el artículo 87 del TCE, las ayudas, para ser así consideradas, deberán haber sido *"otorgada por los Estados o mediante fondos estatales"*.[36] Quiere decir el artículo, que

---

34 DOCE 1967/2311.

35 STJCE, de 29 de junio de 1999 (as. C-256/97 *DM Transport*): *"27 It follows from the wording of Article 92(1) of the Treaty that general measures which do not favour only certain undertakings or the production of only certain goods do not fall within that provision. By contrast, where the body granting financial assistance enjoys a degree of latitude which enables it to choose the beneficiaries or the conditions under which the financial assistance is provided, that assistance cannot be considered to be general in nature (see, to that effect, Case C-241/94 France v Commission [1996] ECR I-4551, paragraphs 23 and 24)"*; STJCE, de 17 de junio de 1999 (as. C-75/97 *Belgium / Commission*), en especial los apartados 23-39; STJCE, de 17 de junio de 1999 (as. C-295/97 *Piaggio*), en especial los apartados 37-39.

36 STJCE, de 24 de enero de 1978 (as. 82/77 *Van Tiggele*): *"24 whatever definition must be placed upon the concept of an ' aid ' within the meaning of that article it is clear from the wording thereof that a measure characterized by the fixing of minimum retail prices with the objective of favouring distributors of a product at the exclusive expense of consumers cannot constitute an aid within the meaning of article 92.*
25 the advantages which such an intervention in the formation of prices entails for the distributors of the product are not granted, directly or indirectly, through state resources within the meaning of article 92"; STJCE, de 27 de marzo de 1980 (as. 61/79 *Amministrazione delle finanze dello Stato / Denkavit italiana*): *"31 This provision thus refers to the decisions of member states by which the latter, in pursuit of their own economic and social objectives, give, by unilateral and autonomous decisions, undertakings or other persons resources or procure for them advantages intended to encourage the attainment of the economic or social objectives sought. It does not apply to a duty to pay or repay sums which are caused by the fact that those sums were not payable by the person who paid them. It follows from this that a national tax system which enables the taxpayer to contest or claim repayment of tax does not constitute an aid within the meaning of article 92 of the treaty. Whether or not it is possible to recover tax because of that fact depends in fact upon the characteristics of the national legislation on the recovery of sums paid but not owed, in particular in the tax field"*; STJCE, de 30 de enero de 1985 (as. 290/83 *Commission/France): "14 As is clear from the actual wording of article 92 (1), aid need not necessarily be financed from state resources to be classified as state aid. In addition, as the court ruled in its judgment of 22 march 1977 (case 78/76, steinike & weinlig (1977) ecr 595) the prohibition contained in article 92 covers all aid granted by a member state or through state resources and there is no necessity to draw any distinction according to whether the aid is granted directly by the state or by public or private bodies established or appointed by it to administer the aid"*; STJCE, de 7 de junio de 1988 (as. 57/86 *Greece / Commission*): "*12 The Court has consistently held*

sea utilizados recursos públicos, sean estés administrados por entes públicos o privados,[37] o fondos públicos.

(see in particular the judgment of 30 January 1985 in Case 290/83 Commission v French Republic [1985] ECR 439) that an aid need not necessarily be financed from State resources to be classified as a State aid. Article 92 covers all aid granted by States or through State resources and there is no necessity to draw any distinction according to whether the aid is granted directly by the State or by public or private bodies established or appointed by it to administer the aid"; STJCE, 17 de marzo de 1993 (as. C-72 y C-73/91 *Sloman Neptun / Bodo Ziesemer*): *"17 The Commission considers that any measure of whatever nature which entails for a particular sector a relief which is not part of a comprehensive system is a State aid within the meaning of Article 92(1) of the EEC Treaty even if it is not financed from public funds. In its view, that follows, first, from the interpretation of the wording of that provision, which distinguishes between aid granted by a State and aid granted through State resources and, second, from the purpose of that provision, which is an expression, in the field of State aid, of the principle set out in Article 3(f) of the EEC Treaty. The ISR Law, which was enacted to make German shipping more competitive by granting it special advantages, has all the characteristics of State aid. In any event the contested measure is financed from State resources. There is a loss of tax revenue as a result of the level at which rates of pay are fixed under contracts of employment not governed by German law. This view is shared by the Seebetriebsrat"*; STJCE, de 30 de noviembre de 1993 (as. C-189/91, *Kirsammer-Hack / Sidal): "16 In that respect, it should be noted that only advantages granted directly or indirectly through State resources are to be considered as State aid within the meaning of Article 92(1). The distinction made in that provision between aid granted "by a Member State" and aid granted "through State resources" does not signify that all advantages granted by a State, whether financed through State resources or not, constitute aid but is intended merely to bring within that definition both advantages which are granted directly by the State and those granted by a public or private body designated or established by the State (Sloman Neptun, paragraph 19)*

17 In the present case, the exclusion of a category of businesses from the protection system in question does not entail any direct or indirect transfer of State resources to those businesses but derives solely from the legislature' s intention to provide a specific legislative framework for working relationships between employers and employees in small businesses and to avoid imposing on those businesses financial constraints which might hinder their development"; STJCE, 7 de mayo de 1998 (as. C-52, C-53 y C-54/97 Viscido and others / Ente Poste Italiane): "13 In that connection, it should be pointed out that only advantages granted directly or indirectly through State resources are to be considered as aid within the meaning of Article 92(1). The distinction made in that provision between `aid granted by a Member State' and aid granted `through State resources' does not signify that all advantages granted by a State, whether financed through State resources or not, constitute aid but is intended merely to bring within that definition both advantages which are granted directly by the State and those granted by a public or private body designated or established by the State (see Case 82/77 Openbaar Ministerie of the Netherlands v Van Tiggele [1978] ECR 25, paragraphs 24 and 25, Case C-72/91 Sloman Neptun v Bodo Ziesemer [1993] ECR I-887, paragraph 19, and Case C-189/91 Kirsammer-Hack v Sidal [1993] ECR I-6185, paragraph 16)

14 In this case, it must be observed that non-application of generally applicable legislation concerning fixed-term employment contracts to a single undertaking does not involve any direct or indirect transfer of State resources to that undertaking.

15 It follows that a provision of the kind at issue in the main proceedings does not constitute a means of directly or indirectly granting an advantage through State resources.

16 The answer to the first question must therefore be that a national provision which relieves only one undertaking of the obligation of complying with the generally applicable legislation concerning fixed-term employment contracts does not constitute State aid within the meaning of Article 92(1) of the Treaty"; STJCE, de 1º de diciembre de 1998 (as. C-200/97 Ecotrade / Altiforni e Ferriere di Servola).

37 Las entidades privadas que administren una ayuda que no proceda de los fondos públicos, sin intervención del Estado o de un organismo público, el artículo 92 no es de aplicación, conforme asunto Milchförderungsfonds, DOCE 1985 L35/35.

Cuando se habla de Estado, está se referido a la entidad nacional, regionales o locales de los Estados miembros[38], cualquiera que sea el estatuto y la designación de éstas.[39] Además, hay que entender al Estado de manera amplia, es decir, abarcando todas las entidades infraestatales que estén comprendidas dentro del Estado.[40] Dificultase la aplicación del dispositivo 87 del TCE, cuando la ayuda haya sido otorgada, por persona ajena a la Administración Pública, directa o indirecta, pero tiene alguna influencia de esta.[41]

Las ayudas también pueden derivar de fondos estatales. Tal expresión cubre la totalidad de los fondos públicos, sea cual sea su origen y su destino y así lo es porque la finalidad básica del artículo 87 del TCE es proteger la libertad de empresa.[42]

---

38 STJCE, de 14 de noviembre de 1984 (as. 323/82 *Intermills / Commission);* STJCE, de 13 de marzo de 1985 (as. 296 y 318/82 *Netherlands and Leeuwarder Papierwarenfabriek / Commission).*

39 STJCE, de 14 de octubre de 1987 (as. 248/84 *Germany / Commission*): *"17. First of all, the fact that the aid programme was adopted by a state in a federation or by a regional authority and not by the federal or central power does not prevent the application of article 92*(1) of the treaty if the relevant conditions are satisfied. in referring to "any aid granted by a member state or through state resources in any form whatsoever" article 92*(1) is directed at all aid financed from public resources. it follows that aid granted by regional and local bodies of the member states, whatever their status and description, must be scrutinized to determine whether it complies with article 92 of the treaty";* STJCE, de 22 de marzo de 1977 (as. 78/76 *Steinike & Weinlig*): *"21 The prohibition contained in article 92 (1) covers all aid granted by a member state or through state resources without its being necessary to make a distinction whether the aid is granted directly by the state or by public or private bodies established or appointed by it to administer the aid. in applying article 92 regard must primarily be had to the effects of the aid on the undertakings or producers favoured and not the status of the institutions entrusted with the distribution and administration of the aid".*

40 JUAN L. ARPIO SANTACRUZ (SANTACRUZ, Juan L. Arpio. Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 98), confirma tal entendimiento en la siguiente pasaje: *"Por lo que se puede apreciar, el Tribunal ha hecho una interpretación amplia de los términos "otorgado por el Estado". Es irrelevante si la naturaleza jurídica del ente que administra la ayuda es pública o privada, si el Estado le ha concedido o no discreción a la hora de determinar las condiciones bajo las cuales se debe conceder la ayuda, o si el ente en cuestión realiza funciones típicas del Estado".*

41 STJCE, de 02 de febrero de 1988 (as. 67, 68 y 70/85 *Van der Kooy / Commission*): *"37 Considered as a whole, these factors demonstrate that gasunie in no way enjoys full autonomy in the fixing of gas tariffs but acts under the control and on the instructions of the public authorities. It is thus clear that gasunie could not fix the tariff without taking account of the requirements of the public authorities";* STJCE, de 30 de enero de 1985 (as. 290/83 *Commission / France): "15 It follows that article 92 of the treaty covers aid which, like the solidarity grant in question, was decided and financed by a public body and the implementation of which is subject to the approval of the public authorities, the detailed rules for the grant of which correspond to those for ordinary state aid and which, moreover, was put forward by the government as forming part of a body of measures in favour of farmers which were all notified to the commission in pursuance of article 93".*

42 STJCE, de 02 de Julio de 1974 (as. 173/73 *Italy / Commission*): *"16 the argument that the contested reduction is not a 'state aid', because the loss of revenue resulting from it is made good through funds accruing from contributions paid to the unemployment insurance fund, cannot be accepted.*
As the funds in question are financed through compulsory contributions imposed by state legislation and as, as this case shows, they are managed and apportioned in accordance with the provisions of that legislation, they must be regarded as state resources within the meaning of article 92, even if they are administered by institutions distinct from the public authorities"; Y STJCE, de 11 de noviembre de 1987 (as. 259/85 *France / Commission*): *"23 In the face of those arguments it should first be emphasized that the mere fact that a system of subsidies which benefits certain traders in a specific sector is financed by a parafiscal charge levied on every supply of national goods in that sector is not sufficient to divest the system of its character as aid granted by a member state within the meaning of article 92 of the treaty. the assessment to be made for the purposes of article 92 depends, also in the case of such a system, on the detailed arrangements*

Resáltese que al principio, no constituyen ayudas estatales los beneficios que son financiados mediante fondos comunitarios.[43]

Por consiguiente, no se utilizan fondos estatales, en el sentido del artículo 87, si el vínculo entre la medida pública y su impacto sobre el presupuesto es demasiado *"indirecto"*.[44]

El peor problema cuando se analiza este elemento es interpretar la posibilidad del Estado de otorgar una ventaja o beneficio sin implicar sus propios fondos para su financiación. El TCE es ambiguo en esta cuestión ya que, al referirse a medidas *"otorgadas por el Estado o mediante fondos estatales"*, no establece claramente si el artículo 87, del TCE, es aplicable cuando concurre una de las dos circunstancias mencionadas independientemente.

No se discute la aplicabilidad del artículo 87 cuando se tiene una ventaja otorgada por el Estado con recursos públicos. Así, como no se discute, su no aplicación en las ventajas otorgadas por entidades privadas que son financiadas por medio de fondos privados. Pero la doctrina tiene discutido y tomado posiciones divergentes en cuanto a la cuestión arriba relatada.

Parte entiende que cualquier ayuda otorgada por el Estado, independientemente del origen de los fondos empleados para financiarla, sea público o privado, y también cualquier ayuda que ha sido financiado mediante fondos estatales, están en el ámbito de aplicación del artículo 87.

Otra parte de la doctrina quiere, incluir, además de las ayudas otorgadas y financiadas por el Estado con fondos públicos, cualquier ayuda financiada con fondos públicos, pero concedida formalmente por organismos diferentes del Estado. Según esta posición, las medidas que no se financian mediante fondos públicos, deben quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 87.

Para JUAN L. ARPIO SANTACRUZ,[45] también es posible sostener una posición ecléctica:

> en el caso de ayudas que no han sido financiadas mediante fondos estatales se pueden distinguir las medidas que suponen una transferencia directa de recursos, y las medi-

---

under and the effects of the system. when, as in this instance, the proceeds of the charge are used to finance investments in technologically advanced equipment intended to improve productivity and product quality so as to enable the sector in question to compete with imports more effecively, the system cannot be regarded as neutral in terms of trade".

43 STJCE, de 13 de octubre de 1982 (as. 213 a 215/81 *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*): *"22 The question whether the system in question is compatible with the common organization of the market in beef and veal is best examined in connection with the fourth question submitted by the national court. As regards the alleged breach of the prohibition of state aids, it must be noted that articles 92 to 94 of the eec treaty cover "aid granted by a member state or through state resources in any form whatsoever" The financial advantage which traders derive from receiving a share in the quota is not granted through state resources but through community resources because the levy which is waived is part of community resources. Although the term "aid granted through state resources" is wider than the term "state aid", the first term still presupposes that the resources from which the aid is granted come from the member state.*
23. Therefore any incorrect application of community law, even if taking the form of an incorrect allocation of a tariff quota, may only be dealt with as a breach of the relevant provisions of community law; it may not be regarded as state aid or aid granted through state resources".

44 STJCE, de 24 de enero de 1978 (as. 82/77 *Van Tiggele).*

45 SANTACRUZ, Juan L. Arpio. Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia. Navarra: Aranzadi, 2000, pp. 103 y 104.

das que simplemente implican una reducción de costes o un ahorro para el beneficiario, y considerar incluidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 87 solo aquellas medidas que suponen una transferencia efectiva de recursos a las empresas.

Luego, para que se tenga cumplida la primera condición, la ayuda de Estado, aparte de tener característica de ventaja o beneficio, y favorecer determinadas empresas tienen ellas que ser otorgadas mediante fondos estatales, entendiendo éstos como recursos públicos o fondos públicos. O sea, recursos públicos son aquellos administrados por ente nacional, regional o local, por medio de la administración directa o indirecta; o por ente privado, o sea, ajeno a la Administración Pública, pero que tenga alguna influencia de esta, y fondos públicos son cualquier fondo de estés entes mencionados, sea cual sea su origen y su destino, se emplean en el sector, desde que no sea comunitario, o que su otorgamiento sea demasiado indirecto. Además, los recursos y los fondos poden ser empleados concomitantemente o no, o sea, otorgado por los Estados, con o sin fondos públicos o privados o/y (y no apenas "o" o "y") mediante fondos estatales, independientemente de la presencia del Estado.

1.2. Segunda condición de incompatibilidad: la afectación a la competencia y a los intercambios

Tres son las condiciones de incompatibilidad mencionadas en el artículo 87: ser una ayuda de Estado, haber distorsión de competencia y tener efecto en el comercio entre los Estados miembros. Si las tres concomitantemente estuvieran presentes cuando un Estado va a otorgar una ayuda habrá una incompatibilidad con el Mercado Común, luego la ayuda tendrá a principio que ser declarada ilegal por la Comisión, ya que tales incompatibilidades no son automáticamente prohibidas, pues se pueden beneficiar de una de las excepciones mencionadas en el artículo 87.2 y 3, bien como en otros artículos, como el 73 y 86.2 ambos del TCE.

Es hecho que la concesión de una ayuda que se caracteriza por una ventaja o un beneficio que favorece a determinadas empresas o a la producción de ciertos bienes, con la utilización de recursos públicos, no presupone que se esta colocando el beneficiario en una situación superior a las demás empresas, pudiendo la misma ser otorgada y no lesionar lo contenido en el artículo 87.1 de TCE. De ahí porque esté artículo también afirma que serán incompatibles con el Mercado Común, las ayudas que *"falseen o amenacen falsear la competencia"*, incluyéndose aquí la posibilidad de falsear también.

Leyendo el artículo 87.1, se percibe que la distorsión a la competencia no es elemento del concepto de ayuda de Estado, más si del artículo 87.1. O sea, todo lo que distorsiona la competencia, a nuestro entender que causara, o pudiera causar,[46] una distorsión a la competencia, estará encuadrado en el artículo mencionado, debiendo ser rechazado por la

46 Alertase que hay parte de la doctrina que al comparar el artículo 87 con los artículos 81 y 82 afirma que solo son incompatibles las ayudas que tiene un efecto actual en el comercio.

Comisión, si estuviera en conjunto con las demás condiciones, ya que son condiciones de incompatibilidad con el Mercado Común.

Normalmente la conducta no produce efecto materiales, ya que el artículo 88, requiere a los Estados miembros, notifique la Comisión cualquier plan para otorgar o alterar ayudas, con antelación suficiente para que ésta pueda formar una opinión sobre su compatibilidad con el Mercado Común. Así, como cuando de la notificación la ayuda no ha sido otorgada, la Comisión sólo puede realizar una estimación sobre los efectos previsibles de la ayuda en el Mercado. Motivo por el cual, algunos doctrinadores creen que la distorsión configura como un de los elementos del concepto de ayuda de Estado, lo que se rechaza en el presente trabajo. Créese que la existencia de una ayuda de Estado sea previa a la existencia de una distorsión de competencia.

JUAN L. ARPIO SANTACRUZ,[47] confirma nuestro pensamiento al afirmar:

> En efecto, una cosa es que la finalidad perseguida por los artículos 87-89 sea eliminar las distorsiones de competencia causadas por las ayudas estatales que interfieran con el sistema de competencia no falseada establecido en el artículo 3(g) del TCE, y otra muy distinta es deducir de este hecho que toda ayuda distorsiona la competencia entre los Estados miembros, por definición. Esto último, dependerá del significado que se atribuya a la noción de distorsión de competencia. No obstante, hay varias razones para excluir del concepto de ayuda de Estado el elemento de la distorsión de competencia.
>
> Primero, la expresión «distorsión de competencia» contenida en el texto del artículo 87 no cualifica al término ayuda de Estado, sino que se configura como una condición de incompatibilidad de la ayuda con el mercado común.
>
> Segundo, un concepto de ayuda de Estado que incluyese la distorsión de competencia como elemento definitorio limitaría el ámbito de aplicación del artículo 87. El artículo 88(3) obliga a los Estados miembros a informar a la Comisión de todos los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas, con la suficiente antelación para que ésta pueda presentar sus observaciones. La mencionada obligación se refiere tanto a las ayudas que distorsionan la competencia, como a las ayudas que no distorsionan la competencia. Si la distorsión fuese un elemento del concepto de ayuda de Estado, eso significaría que sólo las ayudas que tuviesen un efecto sobre la competencia deberían ser notificadas a la Comisión.
>
> Tercero, lo indicado en el párrafo anterior supondría que la valoración de los efectos de la ayuda sobre la competencia pasaría a ser realizada por los Estados miembros, es decir, por la autoridad otorgante. En principio, se puede deducir, tanto del texto del Tratado, como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que la Comisión es la institución encargada de determinar la compatibilidad de las ayudas con el mercado común, lo cual significa que es solamente ella la que puede valorar si una ayuda notificada por un Estado miembro, es susceptible de distorsionar la competencia.

47 SANTACRUZ, Juan L. Arpio. Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 60.

> Cuarto, los pronunciamientos del Tribunal anteriormente citados no se dirigen a incluir dentro del concepto de ayuda de Estado el elemento de la distorsión, sino más bien a excluir de dicho concepto cualquier elemento teleológico.
> Por todo ello, parece más apropiado sostener un concepto de ayuda de Estado que no haga referencia a los efectos de estas medidas sobre la competencia.

El problema pasa a ser definir la amplitud de esta competencia, o sea, lo que es falsear o amenazar la competencia, o lo que es distorcionar la competencia, de acuerdo con el artículo 87.1. Al final, ésta es la intención del artículo. Cual sea: impedir que los Estados miembros, por medio de una intervención no justificada, en una determinada empresa o producción, puedan romper la igualdad de oportunidad que constituye uno de los fundamentos del libre juego de la competencia defendido en el artículo 3, alinea "g", del TCE. Debe, así, las Instituciones de la Comunidad explicar cómo se ve afectada la competencia.

Hasta hoy, las Instituciones de la Comunidad están interpretando de forma amplia y prudente éste concepto de distorsión de la competencia, al punto de entender resumidamente que estas ocurren toda vez que haya una alteración en el equilibrio entre la oferta y la demanda, así como en la información sobre los costes y sobre las oportunidades de beneficios.[48]

---

48 STJCE, de 13 de marzo de 1985 (as. 296 y 318/82 *Netherlands and Leeuwarder Papierwarenfabriek / Commission*): " 24. Even if in certain cases the very circumstances in which the aid is granted are sufficient to show that the aid is capable of affecting trade between member states and of distorting or threatening to distort competition, the commission must at least set out those circumstances in the statement of reasons for its decision. In this case it has failed to do so since the contested decision does not contain the slightest information concerning the situation of the relevant market, the place of leeuwarder in that market, the pattern of trade between member states in the products in question or the undertaking's exports."; STJCE, de 14 de octubre de 1987 (as. 248/84 *Germany / Commission*); STJCE, de 17 de septiembre de 1980 (as. 730/79 *Philip Morris / Commission*): *"11 When state financial aid strengthens the position of an undertaking compared with other undertakings competing in intra-community trade the latter must be regarded as affected by that aid. In this case the aid which the netherlands government proposed to grant was for an undertaking organized for international trade and this is proved by the high percentage of its production which it intends to export to other member states. The aid in question was to help to enlarge its production capacity and consequently to increase its capacity to maintain the flow of trade including that between member states. On the other hand the aid is said to have reduced the cost of converting the production facilities and has thereby given the applicant a competitive advantage over manufacturers who have completed or intend to complete at their own expense a similar increase in the production capacity of their plant"*; STJCE, de 02 de julio de 1974 (as. 173/73 *Italy / Commission*): *"17 As to the argument that the social charges devolving upon employers in the textile sector are higher in italy than in the other member states, it should be observed that, in the application of article 92 (1), the point of departure must necessarily be the competitive position existing within the common market before the adoption of the measure in issue. This position is the result of numerous factors having varying effects on production costs in the different member states.*
Moreover, articles 92 to 102 of the treaty provide for detailed rules for the abolition of generic distortions resulting from differences between the tax and social security systems of the different member states whilst taking account of structural difficulties in certain sectors of industry.
On the other hand, the unilateral modification of a particular factor of the cost of production in a given sector of the economy of a member state may have the effect of disturbing the existing equilibrium.
Consequently, there is no point in comparing the relative proportions of total production costs which a particular category of costs represents, since the decisive factor is the reduction itself and not the category of

El TJCE utiliza inicialmente el criterio de la existencia de una competencia entre la empresa que se beneficia de la ayuda y las empresas de otros Estados miembros, residiendo la forma de probar esta competencia en el examen del volumen de negocios de esta hacia los demás Estados miembros.[49]

Se deja claro, la concesión de una ayuda de Estado, que se caracteriza, como se afirmó, por una ventaja o un beneficio que favorece a determinadas empresas o la producción de ciertos bienes, con la utilización de recursos públicos no presupone que se esta colocando el beneficiario en una situación superior a las demás empresas, pudiendo la misma ser otorgada y no lesionar el artículo 87.1 de TCE, sólo serán incompatibles con el Mercado Común, si las ayudas falseen o amenacen falsear la competencia, incluyéndose aquí la posibilidad de falsear también. Pero eso no basta para caracterizar una incompatibilidad de la ayuda, tiene la misma que tiene efecto en el comercio (intercambio) entre los Estados miembros, que se pasara a analiza ahora.

1.3. Tercera condición de incompatibilidad: trascendencia comunitaria

Las ayudas de Estado sólo son incompatibles con el Mercado Común, en la medida en que afecten los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Por tanto, si el comercio de un producto específico o la prestación de un servicio se ve afectado a nivel puramente local o nacional, el artículo 87 no resulta de aplicación. Sin embargo, asuntos que aparentemente están localizados en un sólo Estado, pueden tener efecto sobre el comercio entre los Estados miembros, motivo por el cual se hará aplicar el TCE.

---

costs to which it relates"; STJCE, de 19 de mayo de 1999 (as. C-6/97 *Italy / Commission*); STJCE, de 22 de marzo de 1977 (as. 78/76 *Steinike & Weinlig*): *"24 Any breach by a member state of an obligation under the treaty in connexion with the prohibition laid down in article 92 cannot be justified by the fact that other member states are also failing to fulfil this obligation. The effects of more than one distortion of competition on trade between member states do not cancel one another out but accumulate and the damaging consequences to the common market are increased".*

49 Tal critério inicial va a ser matizado en la STJCE, de 17 de septiembre de 1980 (as. 730/79 *Philip Morris / Commission*): *"11 when state financial aid strengthens the position of an undertaking compared with other undertakings competing in intra-community trade the latter must be regarded as affected by that aid. In this case the aid which the netherlands government proposed to grant was for an undertaking organized for international trade and this is proved by the high percentage of its production which it intends to export to other member states. The aid in question was to help to enlarge its production capacity and consequently to increase its capacity to maintain the flow of trade including that between member states. On the other hand the aid is said to have reduced the cost of converting the production facilities and has thereby given the applicant a competitive advantage over manufacturers who have completed or intend to complete at their own expense a similar increase in the production capacity of their plant";* STJCE, de 14 de febrero de 1990 (as. C-301/87 *France / Commission*): *"50 In that context, the Commission was entitled, without exceeding the limits of its discretionary power, to form the view that the aid granted to CBSF could not come within the exemption provided for in Article 92(3)(c) of the Treaty in favour of aid designed to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid did not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest. The aid lowered CBSF" s costs and thereby reduced the competitiveness of other manufacturers within the Community, at the risk of forcing them to withdraw from the market even though they had hitherto been able to continue their activities by virtue of restructuring and improvements in productivity and quality, financed by their own resources".*

Así, sólo pueden ser declaradas incompatibles con el Mercado Común, las ayudas que afecten, o que pudiera afectar el comercio entre los Estados miembros. Es éste el parámetro, o sea, el efecto en el comercio entre los Estados miembros delimita la frontera que queda sometida al Derecho comunitario.

Importa pues saber cual es el significado de la afectación al comercio entre los Estados miembros. Pudiera entender que el efecto en el comercio entre los Estados miembros se refiere a la amplitud de una medida para alterar el flujo de los intercambios entre los Estados miembros, sean estos intercambios directos o potenciales.[50] El comercio se ve afectado sólo si la estructura competitiva se ve alterada como consecuencia de la medida.

Nos parece la primera forma más acertada, pero la valoración de si una medida concreta de ayuda afecta al comercio entre los Estados miembros se debe realizar caso por caso, teniendo la Comisión que demostrar, sin limitarse a realizar afirmaciones generales, sino que debe justificar su Decisión y sus afirmaciones con pruebas y datos concretos. La falta de motivación de una Decisión, o una motivación inadecuada o insuficiente, pueden dar lugar a su anulación.[51]

2. Ayudas de Estado compatibles con el Mercado Común

Analizado los elementos del artículo 87.1, pódese afirmar que la regla general es la incompatibilidad de la ayuda de Estado. Por tanto, si existe una ventaja o un beneficio, que favorece a determinadas empresas o la producción de ciertos bienes, con la utilización de recursos públicos o de fondos públicos, que falseen o amenacen falsear la competencia, teniendo un efecto, realizado o potencial, en el comercio (intercambio) entre los Estados miembros, tendrá la Comisión, a principio, que declarar tal acción como incompatible.

---

50 STJCE, de 9 de julio de 1969 (as. 5/69 *Voelk / Vervaecke*): *"5/7 If an agreement is to be capable of affecting trade between member states it must be possible to foresee with a sufficient degree of probability on the basis of a set of objective factors of law or of fact that the agreement in question may have an influence, direct or indirect, actual or potential, on the pattern of trade between member states in such a way that it might hinder the attainment of the objectives of a single market between states. Moreover the prohibition in article 85(1) is applicable only if the agreement in question also has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market. Those conditions must be understood by reference to the actual circumstances of the agreement. Consequently an agreement falls outside the prohibition in article 85 when it has only an insignificant effect on the markets, taking into account the weak position which the persons concerned have on the market of the product in question. Thus an exclusive dealing agreement, even with absolute territorial protection, may, having regard to the weak position of the persons concerned on the market in the products in question in the area covered by the absolute protection, escape the prohibition laid down in article 85(1)"*; STJCE, de 30 de junio de 1966 (as. 56/65 *Société Technique Minière / Maschinenbau Ulm*); STJCE, de 10 de junio de 1965 (as. 56 y 58/64 *Consten / Commission EEC*); STJCE, de 11 de julio de 1985 (as. 42/84 *Remia / Commission*); STJCE, de 19 de abril de 1988 (as. 27/87 *Erauw-Jacquery / La Hesbignonne*); STJCE, de 4 de mayo de 1988 (as. 30/87 *Bodson / Pompes funèbres des régions libérées*); STPI, de 9 de julio de 1992 (as. T-66/89 *Publishers Association / Commission*).

51 STJCE, de 14 de noviembre de 1984 (as. 323/82 *Intermills / Commission);* STJCE, de 13 de marzo de 1985 (as. 296 y 318/82 *Netherlands and Leeuwarder Papierwarenfabriek / Commission)*; STJCE, de 14 de octubre de 1987 (as. 248/84 *Germany / Commission*).

Pero, como ya se expuse, tales incompatibilidades no son automáticamente prohibidas, pues se pueden beneficiar de una de las excepciones mencionadas en el artículo 87.2 y 3, o también de las excepciones del artículo 86.2 y del artículo 73, ambos del TCE.

El artículo 87.2, enumera tres supuestos en que el TCE tolera las ayudas, sin que las autoridades comunitarias puedan oponerse a ello. Se trata de las ayudas compatibles de pleno derecho. Dice dicho artículo:

> Artículo 87 (…)
> 2. Serán compatibles con el mercado común:
> a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
> b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
> c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.

Mismo siendo ayudas compatibles de derecho, están sometidas a control comunitario y deben ser notificadas a la Comisión conforme a lo previsto en el artículo 88.3 del TCE, para que esta Institución pueda verificar si la ayuda reúne las condiciones de aplicación del artículo 87.2 del TCE.

Son respectivamente, las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales; las ayudas en caso de desastres naturales u otros acontecimientos de carácter excepcional; y la ayuda de valor histórico concedido a la República Federal de Alemania.

Ya el artículo 87.3 contempla ayudas que pueden ser consideradas compatibles con el Mercado Común, siendo la Comisión quien tiene competencia para apreciar la compatibilidad de las ayudas que se adapten a estos supuestos con el Mercado Común de las letras "a" al "d" y el Consejo de la letra "e".

Verificase, así, que estas Instituciones tienen un gran margen de apreciación para declarar compatibles con el Mercado Común las categorías de ayudas previstas en esta disposición.

El TCE no establece explícitamente las pautas conforme a las cuales la Comunidad debe ejercitar su margen de discreción, ni los criterios que deben guiar la Comunidad en la aplicación del artículo 87.3.

Sin embargo, tal margen de apreciación no es ilimitada,[52] motivo por el cual la practica de la Comisión revela una serie de constantes o principios generales, no exhaustivos, a la hora de aplicar éste artículo. Son ellos:

---

52 STJCE, de 18 de marzo de 1980 (as. 154, 205, 206, 226 a 228, 263 y 264/78; 39, 31, 83 y 85/79 *Valsabbia / Commission*); STJCE, de 29 de octubre de 1980 (as. 139/79 *Maizena / Council*); STJCE, de 7 de febrero de 1985 (as. 240/83 *Procureur de la République / ADBHU*).

El principio de la valoración de las ayudas en el contexto comunitario, que estipula como referencia la comunidad, y no el Estado miembro, para determinar la existencia de una causa que justifique la autorización de la ayuda;[53] el principio de justificación compensatoria (o proporcionalidad en sentido amplio), que vincula la intervención administrativa en la libertad a existencia de una correspondencia entre el supuesto de hecho generador de la intervención, los medios a emplear y los fines a alcanzar, lo que obliga a ponderar la conducta que pretende tener, cumpliendo con tres requisitos: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. O sea, la adecuación exige que las medidas adoptadas se muestren aptas a conseguir los objetivos pretendidos, la necesidad o exigibilidad, impone la verificación de la inexistencia de medios menos gravosos para conseguir los fines visados, y la proporcionalidad en sentido estricto, es la ponderación entre la carga impuesto y el beneficio alcanzado, para constatar se es justificable la interferencia en la esfera de los derechos individuales;[54] el principio de no discriminación, entendido como

53 STJCE, de 17 de septiembre de 1980 (as. 730/79 *Philip Morris / Commission*): *"24 These arguments put forward by the applicant cannot be upheld. It should be borne in mind that the commission has a discretion the exercise of which involves economic and social assessments which must be made in a community context"*; STJCE, de 24 de febrero de 1987 (as. 310/85 *Deufil / Commission*); STJCE, de 14 de febrero de 1990 (as. C-301/87 *France / Commission*): *"49 The arguments put forward by the applicant cannot be accepted. It should be borne in mind that the Commission enjoys a wide discretion under Article 92(3) of the Treaty and that the exercise of that discretion involves assessments of an economic and social nature which must be made within a Community context"*; STJCE, de 17 de marzo de 1989 (as. C-303/88 *Italy / Commission*); STJCE, de 15 de mayo de 1997 (as. C-278/95 *Siemens / Commission*); STJCE, de 17 de junio de 1999 (as. C-75/97 *Belgium / Commission*): *"55 According to established case-law, in the application of Article 92(3) of the Treaty the Commission enjoys a wide discretion, the exercise of which involves assessments of an economic and social nature which must be made within a Community context (Case C-303/88 Italy v Commission [1991] ECR I-1433, paragraph 34)"*.

54 Decisión de la Comisión 79/743/CEE, de 27 de julio de 1979; STPI, de 8 de junio de 1995 (as. T-459/93 *Siemens / Commission*); STJCE, de 17 de mayo de 1991 (as. C-313/90 *CIRFS and others / Commission*); STJCE, de 19 de mayo de 1993 (as. C-198/91 *Cook / Commission*): *"38 It follows that, since the Commission sought to rely on the absence of overcapacity in the sub-sector in question, it should have initiated the procedure under Article 93(2) of the Treaty in order to ascertain, after obtaining all the requisite opinions, whether its assessment "which gave rise to serious difficulties" was correct"*; STJCE, de 14 de enero de 1997 (as. C-169/95 *Spain/Commission*): *"22 Nevertheless, as the Commission recalled in its decision to initiate the procedure, regional aid should not give rise to a sectoral overcapacity at Community level. It is clear, in that regard, that the second indent of the second paragraph of point I.6 of Communication 88/C 212/02, to the effect that aid must `be designed to promote a durable and balanced development of economic activity' and not give rise at Community level to a `sectoral problem... more serious than the initial regional problem', may apply to any regional aid, whatever its nature. Such assessments are not incompatible with the aim pursued by Article 92(3)(a). To accept the contrary would encourage the achievement of economically precarious initiatives which, because they do no more than aggravate the imbalances affecting the markets concerned, are ultimately not suited to provide an effective and lasting solution to development problems in the areas concerned. The fact, pointed out by the Commission, that PYRSA has currently suspended payments despite the aid received shows that such a risk is not merely theoretical"*; STJCE, de 6 de noviembre de 1990 (as. C-86/89); STJCE, de 17 de enero de 1990 (as. C-301/89 *Eurotempo / Commission*); STPI, de 12 de diciembre de 1996 (T-380/94 *AIUFFASS and AKT / Commission*): *"54 As far as regional aid is concerned, Article 92(3)(a) and (c) introduces two derogations from free competition, based on the aim of Community solidarity, a fundamental objective of the Treaty, as may be seen from the preamble. In exercising its discretion, the Commission has to ensure that the aims of free competition and Community solidarity are reconciled, whilst complying with the principle of proportionality. The influen-*

aquel que autoriza la Comisión a negar las autorizaciones a programas de ayudas que introduzcan elementos discriminatorios con respecto a los productos, servicios o personas procedentes de Estados miembros de la Comunidad Europea, ya que tales conductas son consideradas como restrictivas de la competencia;[55] el principio de la interpretación restrictiva de las derogaciones del art. 87.3, ya que establece derogaciones al principio de incompatibilidad del 87.1; el principio de la necesidad de la ayuda, entendido como la

ce of Community solidarity may vary depending on the circumstances; it has more of an influence to the detriment of competition in the crisis situations described in paragraph 3(a) than in the cases provided for in paragraph 3(c) (see the Opinion of Advocate General Darmon in Case 248/84 Germany v Commission [1987] ECR 4013, at 4025 and 4031). In this context, the Commission is under a duty to evaluate the sectoral effects of the planned regional aid, even where regions likely to fall within paragraph 3(a) are concerned, in order to avoid a situation in which, as a result of an aid measure, a sectoral problem is created at Community level which is more serious than the initial regional problem".

55 Decisión de la Comisión 89/441/CEE, de 21 de diciembre de 1988; STJCE, de 24 de noviembre de 1982 (as. 249/81 *Commission / Ireland*); STJCE, de 5 de junio de 1986 (as. 103/84 *Commission / Italy*); STJCE, de 22 de marzo de 1977 (as. 74/76 *Ianelli / Moroni*): *"9 However wide the field of application of article 30 may be, it nevertheless does not include obstacles to trade covered by other provisions of the treaty.*
In fact, since the legal consequences of the application or of a possible infringement of these various provisons have to be determined having regard to their particular purpose in the context of all the objectives of the treaty, they may be of a different kind and this implies that their respective fields of application must be distinguished, except in those cases which may fall simultaneously within the field of application of two or more provisions of community law.
Thus obstacles which are of a fiscal nature or have equivalent effect and are covered by articles 9 to 16 and 95 of the treaty do not fall within the prohibition in article 30.
(…)
12 The conclusion to be drawn from all these considerations is that the intention of the treaty, in providing through article 93 for aid to be kept under constant review and supervised by the commission, is that the finding that an aid may be incompatible with the common market is to be determined, subject to review by the court, by means of an appropriate procedure which it is the commission ' s responsibility to set in motion.
The parties concerned cannot therefore simply, on the basis of article 92 alone, challenge the compatibility of an aid with community law before national courts or ask them to decide as to any incompatibility which may be the main issue in actions before them or may arise as a subsidiary issue.
The effect of an interpretation of article 30 which is so wide as to treat an aid as such within the meaning of article 92 as being similar to a quantitative restriction referred to in article 30 would be to alter the scope of articles 92 and 93 of the treaty and to interfere with the system adopted in the treaty for the division of powers by means of the procedure for keeping aids under constant review as described in article 93.
(…)
14 Those aspects of aid which contravene specific provisions of the treaty other than articles 92 and 93 may be so indissolubly linked to the object of the aid that it is impossible to evaluate them separately so that their effect on the compatibility or incompatibility of the aid viewed as a whole must therefore of necessity be determined in the light of the procedure prescribed in article 93.
Nevertheless the position is different if it is possible when a system of aid is being analysed to separate those conditions or factors which, even though they form part of this system, may be regarded as not being necessary for the attainment of its object or for its proper functioning.
In the latter case there are no reasons based on the division of powers under articles 92 and 93 which permit the conclusion to be drawn that, if other provisions of the treaty which have direct effect are infringed, those provisions may not be invoked before national courts simply because the factor in question is an aspect of aid"; STJCE, de 21 de mayo de 1980 (as. 73/79 *Commission / Italy*); STJCE, de 14 de Julio de 1972 (as. 47/69 *BASF / Commission*); STJCE, 13 de marzo de 1979 (as. 91/78 *Hansen*); STJCE, de 20 de marzo de 1990 (C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana / USL di Carrara*).

situación en que la Comisión entendí que sin la existencia de dichas ayudas el libre juego de las fuerzas del mercado no sería suficiente para incitar al potencial beneficiario de las ayudas a adoptar un comportamiento propicio a la realización de uno de los objetivos enumerados en las disposiciones del artículo 87.3; el principio de la exigencia de contrapartida para la Comunidad, donde se en un determinado caso concreto se quedar comprobado, por medio de una serie de compensaciones o contrapartidas, que sean apreciables objetivamente y que sean positivas, para la realización de los fines del Mercado Común, la ayuda es autorizada. Se debe tener entre la alteración del mercado y la contrapartida una relación de causalidad; y, por fin, el principio de la exigencia de transparencia de la ayuda.[56]

Dependiendo de cómo ejercite la Comunidad su margen de apreciación al aplicar este artículo, la competencia se verá reforzada o comprometida.

Son varias las ayudas que podrán ser consideradas compatibles con el Mercado Común: ayudas regionales (letras "a" y "c");[57] ayudas destinadas a fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a un grave perturbación de la economía de un Estado miembro (letra "b");[58] ayudas sectoriales (letra "c"); ayudas generales (letra "e"); y ayudas a la cultura (letra "d"). Dice dicho artículo:

> Artículo 87 (…)
> 3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:
> a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;
> b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
> c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
> d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;
> e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.

Su lectura, permite advertir que no todas las exenciones previstas en esta disposición están sometidas a las mismas condiciones, ya que los apartados "a" y "b" podrán conside-

56 STJCE, de 17 de septiembre de 1980 (as. 730/79 *Philip Morris / Commission*).

57 Comunicación de la Comisión de 12 de agosto de 1988 sobre el método para la aplicación del art. 92.3 letras a) y c) a las ayudas regionales, en D.O.C.E., nº C 212 de 12 de agosto de 1988, modificada parcialmente por la Comunicación de la Comisión de 4 de julio de 1990 sobre el método de para la aplicación del art. 92.3 letra a) a las ayudas regionales, D.O.C.E., nº C 163 de 4 de julio de 1990. Así como la Resolución del Consejo de 20 de octubre de 1971, que instituí las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional.

58 Percebes que el dispositivo agrupan en la práctica dos situaciones distintas.

rarse compatibles con el Mercado Común y el apartados "c" y "d" podrán, desde que, respectan ciertos condicionantes.

Tales condiciones obliga a diferenciar los apartados mencionados. En los dos primeros ("a" y "b"), verificase si la ayuda es o no compatible con el Mercado Común, exclusivamente en función de su objetivo, ya que no se refiere a condiciones como los demás apartados. Bastaría que la ayuda remediase alguna de las situaciones previstas en el artículo 87.3.a) o b) para que pudiera ser declarada compatible con el Mercado Común. Esta posición quedaría justificada por la gravedad de las situaciones previstas en ese artículo, que exige una acción importante dirigida a corregirlas, prescindiendo de los efectos de tales medidas.[59]

Ya la excepción en el apartado "c", sin embargo esta sometida a una condición adicional que las ayudas no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común, así como el apartado "d" que condiciona la excepción a la no alteración de las condiciones de los intercambios y de la competencia en la comunidad en contra del interés común. Pódese decir que el interés común sólo constituye un límite al margen de discreción de las Instituciones Comunitarias cuando la autorización se pretenda justificar en alguno de los apartados "c" y "d", del artículo 87.3, del TCE.[60]

De acuerdo con JUAN L. ARPIO SANTACRUZ,[61] el interés común pede ser interpretado de manera estricta o amplia. Afirma que es estricta la interpretación cuando a nivel comunitario existe un programa de acción o una orientación concreta acerca de determinado sector o ámbito de actividad. Afirma el autor, que en estos casos, la Comisión suele denegar su autorización en aplicación del artículo 87.3 c) y d) a las ayudas que contradicen o no son conformes con los programas u orientación comunitarios. Cuanto a interpretación amplia, afirma que en estas los Estados tienen un margen de libertad mayor para promover los intereses nacionales por medio de ayudas de Estado. Eventualmente, si la Comunidad quiere promover determinada actividad, concede un tratamiento más favorable a las ayudas de Estado que incentivan su realización.

Sin embargo, además de las posibilidades de las excepciones ya mencionadas, podrán, también, ser compatibles con al Mercado Común, dos tipos de ayudas relacionadas: las ayudas a los servicios de interés económico general (art. 86.2 del TCE) y las ayudas al sector de transporte (art. 73 del TCE).

---

59 Decisión de la Comisión 92/317/CEE, de 25 de marzo de 1992; STJCE, de 14 de septiembre de 1994 (as. C-278, C-279 y C-280/92 *Spain / Commission*); STPI, de 29 de septiembre de 1995 (as. T-447, T-448, T-449/93 Sindacato Pensionati Italiani, Federazione Nazionale Pensionati and Unione Italiana Lavoratori Pensionati / Council of the European Union), en esta ultima, el TPI expresó la necesidad de hacer balance entre los efectos beneficiosos de las ayudas destinas a corregir las situaciones previstas en el artículo 87.3.a) y b), y los efectos distorsionadotes de la competencia, balance que se encuentra justificado por el propio objetivo los artículos 87-89.

60 Apesar del TCE no mencionar expresamente que la condición de interés común se aplica a los apartados "a" y "b", sin embargo, la Comisión también ha considerado el interés común a la hora de conceder autorizaciones en aplicación de estos apartados (vid. STJCE, de 14 de septiembre de 1994 (as. C-278, C-279 y C-280/92 *Spain / Commission*).

61 SANTACRUZ, Juan L. Arpio. Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia. Navarra: Aranzadi, 2000, pp. 238 y 239.

Estando presente los tres requisitos establecidos por el artículo 86.2, cales sean: la gestión de servicios de interés económico general; aplicación de las normas sobre competencia; el desarrollo de los intercambios; y cumpliéndose las condiciones de la STJCE, de 24 de julio de 2003 (as. C-280/00, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg*),[62] que afirma que no constituirán ayudas de Estado a tener del artículo 87.1 del TCE, las ayudas que: son otorgadas a la empresa beneficiaria que están efectivamente encargadas de la ejecución de obligaciones de servicio público, claramente definidas; los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecer previamente de forma objetiva y transparente; la compensación no puede separar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable; y cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública. O sea, para que determinada ventaja o beneficio sea tenido como una compensación, al en vez de una ayuda, deberá cumplir con estos cuatro criterios.

Además de esa primera posibilidad, se las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, en la medida en que la aplicación de dichas normas no implica, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. O sea, si pone en riesgo el núcleo específico, la misión especifica, estará fuera de la competencia. Así, si alguna ayuda de Estado fuera otorgada a una empresa o a un productor de bienes que estuviera dentro del núcleo de la misión especifica, estará excluida del régimen general de competencia (artículos 81 a 97 del TCE), luego no se aplicará la regla general de la incompatibilidad del artículo 87.1 del TCE, siendo la misma compatible con el Mercado Común.

Y, complementando el artículo 86.2 del TCE, el artículo 73, dispone que las ayudas de Estado, sujetas a la regla del artículo 87 al 89 del TCE, serán compatibles con el TCE, si corresponden al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público. Así como el Reglamento del Consejo 1107/70, que se aplica a las *"ayudas concedidas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera o por vía navegable, en la medida en que tales ayudas se refieran específicamente a actividades de este sector"* (artículo 1), añadiendo el artículo 2 que *"los artículos 92 a 94 del Tratado se aplicarán a las*

62 STJCE, de 24 de julio de 2003 (as. C-280/00, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg*) afirma que no constituirán ayudas estatales a tenor del artículo 87.1 del TCE, las ayudas que: *"– first, the recipient undertaking is actually required to discharge public service obligations and those obligations have been clearly defined; – second, the parameters on the basis of which the compensation is calculated have been established beforehand in an objective and transparent manner; – third, the compensation does not exceed what is necessary to cover all or part of the costs incurred in discharging the public service obligations, taking into account the relevant receipts and a reasonable profit for discharging those obligations; – fourth, where the undertaking which is to discharge public service obligations is not chosen in a public procurement procedure, the level of compensation needed has been determined on the basis of an analysis of the costs which a typical undertaking, well run and adequately provided with means of transport so as to be able to meet the necessary public service requirements, would have incurred in discharging those obligations, taking into account the relevant receipts and a reasonable profit for discharging the obligations".*

ayudas concedidas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable", establece en su artículo 3, con carácter taxativo, que sin prejuicio de las disposiciones de los Reglamentos del Consejo 1192/69 y 1191/69, los Estados miembros no adoptarán medidas de coordinación ni impondrán obligaciones inherentes a la noción de servicio público que impliquen la concesión de ayudas con arreglo al artículo 77 del TCE, salvo en materia de reembolso de obligaciones inherentes a la noción de servicio público. Entendedse que, como solo tienen obligaciones de servicios públicos los prestadores, público o privados, de servicios de interés económico general, se concluye que todos los requisitos, elementos y criterios mencionados estuvieren presentes en una empresa transportista, esta estará fuera de las reglas generales de la competencia, luego fuera de la regla general de incompatibilidad de las ayudas de Estado. Luego, si una empresa transportista o un productor de bienes para el sector de transportes estuviera fuera del núcleo de la misión especifica, estará dentro del régimen general de competencia (artículos 81 a 97 del TCE), pero si cumpliera con los requisitos ahora presentados, estaría fuera de la regla general de la incompatibilidad del artículo 87.1 del TCE, siendo la misma compatible con el Mercado Común.

Por fin, se puede concluir, que los proveedores del servicio de transporte universal, también, se encuentran sujetos de una manera peculiar a las reglas de la competencia, toda vez que las practicas restrictivas objetivamente necesarias para garantizar la prestación del servicio de transporte universal escapan a su ámbito de aplicación, estando, también, delante de una excepción a la regla de incompatibilidad del artículo 87.1, siendo, la ayuda de Estado, en éstos casos, compatible con al Mercado Común.

Conclusiones

El artículo 3.g), del TCE, establece un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el Mercado Común. Uno de los objetivos perseguidos, mediante la inclusión de los artículos 87 a 89 en el TCE, es establecer una disciplina que proteja, el mercado y sus participantes, de interferencias externas causadas por la acción de los Estados miembros. Tales artículos fueron concebidos para promover la integración de los mercados nacionales y un régimen de competencia no falseada. No obstante, a veces las ayudas pueden constituir un instrumento útil e importante para promover objetivos de interés general. Por eso, establecieron que algunas ayudas, si bien pueden tener un efecto adverso para el comercio y la competencia, pueden ser permitidas, bajo determinadas condiciones, cuando promueven objetivos dignos de protección. Así, la regla general de incompatibilidad, expresada en el artículo 87.1, se acompañó de un elenco de excepciones que esta recorrido en los apartados 2 y 3, del mismo artículo y en los artículos 73 y 86.2 del TCE.

Bajo el enfoque del Estado como prestador de ayudas, se inició la explicación analizando el artículo 87 del TCE, estudiando la conceptualización de ayuda de Estado y sus elementos. Para nosotros, son tres elementos que conceptualizan la ayuda de Estado, pero cinco que hacen ser una ayuda de Estado incompatible con el Mercado Común.

El primer elemento seria la ventaja o un beneficio económico para quien la recibe. Otro elemento seria la selectividad de la medida, informando que la ayuda no esta

para beneficiar la economía en su conjunto, más si una parte de ella o determinada empresa o un conjunto de empresas. Y, el tercer elemento, es el papel activo que desempeñan las autoridades públicas otorgando o financiando la ayuda con fondos públicos. Estos serian los elementos definidores de las ayudas de Estado. Para que está sea incompatible con el Mercado Común, tiene que tener otros dos elementos, los efectos de la medida sobre la competencia y a su finalidad, bien como en el ámbito de aplicación del TCE.

Así, cuando se estuviera delante de una ayuda, tendrá que verificar estos puntos. Se las ayudas propician ventaja o beneficio, directa o indirectamente, bajo cualquier forma, desde que no la obtuviera siguiendo la lógica del mercado, teniendo como punto de partida la situación competitiva del Mercado Común anterior a la concesión de la ayuda.

Además de tener la ayuda que estar caracterizada como una ventaja o beneficio, debe favorecer, como beneficiario último y no beneficiario en último termino de la ayuda, determinadas empresas, pudiendo ser tales empresas públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro. También puede favorece la producciones de ciertos bienes, utilizados en el sector. Recordando, que la selectividad en el sentido de especialidad, debe estar figurada en estos casos, o sea, hay la necesidad de que la medida beneficie sólo a algunas empresas o producciones, excluye del ámbito de aplicación de los artículos 87 y 88, los beneficios que favorecen a toda la economía en su conjunto, o a toda las empresas del sector.

Y para que se tenga cumplida la primera condición de incompatibilidad de las ayudas de Estado, aparte de tener la ayuda que ser caracterizada como una ventaja o beneficio, y que favorezca a determinadas empresas o a producciones de ciertos bienes utilizados por el sector, ellas tienen que ser otorgadas mediante recursos públicos y/o fondos públicos, entendidos estos como los administrados por ente nacional, regional o local, por medio de la administración directa o indirecta; o por ente privado, ajeno a la Administración Pública, pero que tenga alguna influencia de esta; y aquellos, como cualquier fondo de estés entes mencionados, sea cual sea su origen y su destino, desde que se emplean en el sector y no sea comunitario.

Se deja claro, la concesión de una ayuda de Estado, que se caracteriza, como se afirmo, por una ventaja o un beneficio que favorece a determinadas empresas o la producción de ciertos bienes, con la utilización de recursos públicos y/o fondos públicos no presupone que se esta colocando al beneficiario en una situación superior a las demás empresas, pudiendo la misma ser otorgada y no lesionar el artículo 87.1 de TCE, sólo serán incompatibles con el Mercado Común, si las ayudas falseen o amenacen falsear la competencia, incluyéndose aquí la posibilidad de falsear también. Pero eso no basta para caracterizar una incompatibilidad de la ayuda, tiene la misma que tener efecto en el comercio (intercambio) entre los Estados miembros.

Toda ayuda en un mercado relevante provoca siempre una perturbación, aunque mínima, lo que trae una inicial presunción de ilicitud de la ayuda, pero hay que analizar, caso a caso, para verificar si la ayuda de Estado realmente limito la competencia. De ahí porque, existen las ayudas que “son” y las que “pueden ser” compatibles con el Mercado Común, al menos razonablemente y los dos tipos de ayudas relacionadas al artículo 86.2, más la ayuda relacionada el artículo 73, ambos del TCE.

Con todo, se puede concluir que todas estas posibilidades de excepción a le regla general de incompatibilidad de la ayuda de Estado, se hace necesario, una vez que la intervención del Estado es indispensable para garantizar el buen funcionamiento del mercado como un todo.

El Contrato de Concesión de Obra Pública como Instrumento de Colaboración Público Privada en la Unión Europea, la Experiencia en España y su Exportación hacia Latinoamérica

*Carlos Gasnell Acuña**

I. La Unión Europea y su Concepción del Contrato de Concesión de obra Pública. II. La Indeterminación de la Unión Europea sobre el Riesgo en la Concesión. III. La Regulación del Riesgo Concesional en la Ley Española de Contratos del Sector Público. 1. ¿Una Nueva Concepción de la Concesión de Obra Pública? 2. La Mutación de los Elementos Tradicionales del Contrato de Concesión de Obra Pública en la Ley 13 de 2003. 3. La Concesión en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30 de 30 de octubre de 2007. IV. Una Breve Referencia hacia Latinoamérica.

I. La Unión Europea y su Concepción del Contrato de Concesión de obra Pública

Para comenzar, es necesario resaltar que los tratados constitutivos de la Comunidad Europea no regularon directamente los Contratos Públicos. Su regulación es producto del derecho derivado. La Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993 es el primer instrumento normativo comunitario que entra a regular de forma directa, aunque tangencial el Contrato de Concesión de Obra Pública.[1] En esta Directiva se definía la concesión, como: "el contrato que presente los caracteres contemplados en la letra a), con la salvedad de que la contrapartida de que las obras consista, o bien únicamente en

* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, especialista en materia de contratación pública. Autor del libro ¿Cómo Contratar Eficientemente con el Estado? y doctorando en Problemas Actuales en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid.

1 "La primera Directiva comunitaria que afectó a la contratación de obras públicas, la Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, excluía expresamente en su artículo 3.1 las concesiones de obras públicas de su ámbito de aplicación al disponer que: `las disposiciones de la presente directiva no se aplicarán al contrato llamado –de concesión–, en el caso de que los poderes adjudicadores celebren un contrato que presente las mismas características dictaminadas en la letra a) del artículo 1, con la excepción de que la contraprestación de las obras a efectuar consista únicamente en el derecho de explotación de la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (...)´ El motivo que alentaba la exclusión tenía un fundamento doble: doctrinal y de defensa de intereses nacionales particulares. En efecto, la distinta concepción que de los negocios jurídicos que celebran las Administraciones públicas existen en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, estaba detrás de esta decisión. Pensemos, por ejemplo, en Francia e Italia, donde prescindiendo de otras diferencias conceptuales de peso entre estos dos ordenamientos, las concesiones administrativas se contemplaban al margen de la contratación realizada por los poderes públicos, configurándose como discrecional la selección del concesionario por parte de la Administración, esto es, no sometida a un procedimiento de adjudicación como los diseñados en las normativas que comentamos". Véase **Valcárcel Fernández**, Patricia. "Ejecución y Financiación de Obras Públicas. Estudio de la Obra Pública como Institución Jurídico Administrativa". Editorial Aranzadi, S.A., 2006, Navarra, España, pp. 327-331.

el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio". De modo que ante la escasa regulación de la Directiva, en Europa, respondió por ejemplo, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas española aprobada en 1995, introduciendo el Contrato de Concesión como una modalidad del Contrato de Obras el cual cuando iba acompañado del derecho de explotación de un servicio, se le aplicaba la normativa del Contrato de Gestión de Servicios Públicos, utilizándose en caso de duda, la regla de la accesoriedad o de la absorción.

La entrada en vigor de los compromisos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento representados por la aplicación de las normativa denominada SEC-95 en 1999, que iba a restringir las posibilidades de endeudamiento público a través de la regulación contable de las operaciones presupuestarias de las Administraciones Públicas, va a generar un efecto sobre los mecanismos de ejecución y financiación de las obras públicas, fundamentalmente los que permitiesen la participación privada, como el caso de las Concesiones de Obras Públicas que empieza a verse como uno de los mecanismos más efectivos para satisfacer la demanda de infraestructuras públicas con posibilidades de no consolidación en el déficit público.[2]

La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario aprobada en el año 2000 (Comunicación 2000/C121/02 de 29 de abril de 2000), se presenta como un instrumento delineador de la Concesión de Obra Pública, frente al Contrato de Obras y la Concesión de Servicios Públicos, que obedece en parte a las quejas presentadas en contra de operaciones que se estaban dando en la práctica en las cuales se había optado por la utilización de la figura del Contrato de Concesión de Obras Públicas en detrimento de las figuras mencionadas, que contaban con una regulación más rígida a nivel europeo. Por otra parte, ante la aplicación de los criterios del SEC-95 y los manuales de Eurostat, era necesario hacer las aclaraciones necesarias a fin de evitar que la falta de reglas claras en las Directivas fuera a utilizarse como escudo en un proceso ante la Unión Europea.

La Comunicación Interpretativa sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario (2000/C121) busca de entre las distintas legislaciones en la que se aplica el régimen concesional identificar elementos comunes que permitan diferenciarla de los otros instrumentos similares. De este modo delimitando las nociones de "contrato público de obras" y "concesión de obras" considera que el criterio del derecho de explotación permite deducir indicios para diferenciar ambas figuras, entendiendo que la última implica "la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros

2 Con la entrada en vigor del Sistema Europeo de Contabilidad conocido como SEC-95, el "Sistema Alemán", "Llave en Mano" o como lo denominó la Ley "contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio" introducido en la legislación española a través de la Ley 13/1996 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cayó en desuso. El SEC-95 obliga al registro total del gasto derivado del contrato en el momento de recepción de la obra, con independencia de la forma en que se pague, en consecuencia la posibilidad de fraccionar el pago hasta en diez años que permitía periodificar su incidencia en el déficit, contenida en la Ley, podría tener un uso para dilatar el pago para efecto presupuestario, pero no tiene atractivo para efecto de la no consolidación como deuda pública. Véase **Juan Lozano**, Ana María y **Rodríguez Márquez**, Jesús. "La Colaboración Público-Privada en la Financiación de las Infraestructuras y Servicios Públicos. Una Aproximación desde los Principios Jurídico-Financieros". Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, pp. 43-46.

y de gestión de la obra" y dentro de los riesgos vinculados a la gestión de las obras, los relacionados particularmente con la frecuentación del equipamiento.[3]

Como se puede observar, se parte del derecho de explotación para llegar a la asunción real de los riesgos que conlleva este derecho otorgado por la Administración. En consecuencia queda claro que para efectos de la Comunicación Interpretativa si hay derecho a explotación producto de la construcción de la obra y el concesionario asume los riesgos indicados (sin indicar si son la mayoría o la totalidad de los riesgos, ya que la Comunicación no hace diferenciación), estaremos en frente de una Concesión de Obra Pública, para efecto de la aplicación de la normativa comunitaria.

El otro problema que se aborda en la Comunicación Interpretativa, el cual forma parte fundamental de la caracterización de la Concesión de Obra Públicas, es el relacionado a la retribución del concesionario. Podemos estar frente a una operación de construcción y financiación de obra pública en la cual exista el derecho a explotar la obra pública y se asuman los riesgos relacionados a la explotación de la obra, pero si la retribución en la etapa de la ejecución de la obra, cubre los riesgos que genera la explotación, no se podrá hablar de concesión. Sin embargo, si la Administración no realiza ningún desembolso a favor del concesionario en la etapa de la ejecución de la obra, pero los realiza en la etapa de explotación de la obra ya sea en forma de aportación pública parcial o de forma total como precio por la frecuentación de la obra pública, la situación cambia y esta particular forma de retribución es contemplada por la Comunicación Interpretativa del Contrato de Concesión, a pesar que de acuerdo a la misma, estaremos en presencia de Contratos de Obra cuando "la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y **el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra**" (lo resaltado en negrita es mío) ya que a renglón seguido, la Comunicación aclara que "el derecho de explotación acompañado de un precio", no desnaturaliza la Concesión de Obra Pública, "si el precio pagado cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación" e incluso quedan cubiertos por la definición de concesión los casos en que el Estado "paga un precio como contrapartida de las obras realizadas siempre y cuando éste no elimine el riesgo inherente a la explotación". De hecho resalta la comuni-

3 2.1.2. Delimitación de las nociones de "contrato público de obras" y de "concesión de obras" La Comisión considera que el criterio del derecho de explotación permite deducir ciertos indicios para distinguir una concesión de obras de un contrato público. El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto período de tiempo. La duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación sino que obtiene de éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas. El derecho de explotación implica también la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento. Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario (2000/C 121/02) Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 29.4.2000, versión electrónica, disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/economiayhacienda/contratacion/c_consultiva/normativa/COM2000_121_Concesiones.pdf, p. 2.

cación a pie de página que "aun en el supuesto de peajes ficticios, esto es, a cargo del concedente, el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación", eso sí, todo lo anterior sujeto a la siguiente limitación en forma de sentencia: "Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión.[4]

Del documento analizado, se pueden resaltar dos parámetros para diferenciar el Contrato de Obra del Contrato de Concesión de Obra Pública a pesar que la retribución provenga de la propia Administración: **para que nos encontremos frente a un contrato de Concesión de Obra Pública es necesario que la retribución provenga de los usuarios de la obra y que no quede garantizado el reembolso de la financiación.** Ante el primer criterio cabe preguntarse si la Comunicación Interpretativa previó la posibilidad que la propia Administración fuese la usuaria prestadora del servicio y pagadora directa del canon o resulta irrelevante si también hay usuarios aunque se trate de un servicio público de tipo asistencial o gratuito; y sobre el segundo criterio, si el establecer beneficios mínimos y máximos en determinados momentos de la concesión para proceder a activar la cláusula del equilibrio económico de la concesión, es cónsono con el espíritu de la concesión y corresponde al querer de la Directiva 37/93 y la Comunicación Interpretativa de 2000.

A parte de las inquietudes planteadas, si se analiza la posición de la Comunicación Interpretativa se notará cierta ambigüedad: apertura en cuanto a las formas de retribución al concesionario, condicionada al final a la asunción de riesgos por parte del mismo en la

4 "El hecho de que la Directiva permita que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Puede ocurrir, por ejemplo, que el Estado asuma parcialmente el coste de explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los "precios sociales"). Esta intervención puede revestir distintas modalidades (importe garantizado a tanto alzado, h1importe fijo pero pagado en función del número de usuarios, etc.). Estas intervenciones no cambian necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación. En efecto, quedan cubiertos por la definición de concesión aquellos casos en que el Estado paga un precio como contrapartida de las obras realizadas, siempre y cuando éste no elimine el riesgo inherente a la explotación. Al precisar que el derecho de explotación puede combinarse con un precio, la "Directiva sobre obras" indica que la remuneración del concesionario debe proceder de la explotación. Aunque, en la mayor parte de los casos, el origen de las rentas cobradas directamente al usuario de la obra sea un elemento significativo, lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, en especial cuando la entidad concedente haya pagado un precio. Cierto es que, aun en el marco de los contratos públicos, puede quedar, en su caso, una parte del riesgo a cargo del contratista. Sin embargo, las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como "riesgo económico", son inherentes al fenómeno de las concesiones. En efecto, este tipo de riesgo, que depende estrechamente de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación, constituye un elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos. En conclusión, al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma explotación; el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión. Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión"
Véase la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario (2000/C 121/02) Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 29.4.2000, cit., pp. 2-3.

etapa de explotación de la obra (relacionados con la gestión, frecuentación y financiación de la obra), sin importar que existan ayudas públicas de por medio, subvenciones al precio que pagan los usuarios o pagos totales del canon concesional por parte de la Administración, todo lo cual representa una nueva forma de ver la Concesión de Obra Pública.

Esta ambigüedad fue criticada abiertamente por informes, como el emitido por el Consejo Económico y Social Europeo publicado en enero de 2001, el cual reconoce que **"las concesiones tienen un marco jurídico confuso en las directivas Europeas"** existiendo "**incoherencias entre las definiciones y los ámbitos de aplicación de estas directivas**", que requieren una verdadera clarificación para los contratos calificados como Concesiones o de Asociación Público Privada.

II. La Indeterminación de la Unión Europea sobre el Riesgo en la Concesión

Como ya destacamos, la Unión Europea por diversas circunstancias, entre ellas, la consideración de la Concesión como una operación extrapresupuestaria que no afectaba al mercado interior, no dictó normas para regular la Concesión de Obra Pública hasta la década de los noventa y de modo tangencial como se puede observar en la Directiva 93/37. Fue el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y sus consecuencias reflejadas en el SEC-95 así como las futuras interpretaciones de Eurostat los que generaron una vuelta a la cultura concesional no solamente como fórmula de financiación de infraestructuras públicas por medio de capitales privados representada por el peaje puro con la posible existencia de ayudas y avales públicos, sino como una poderosa herramienta de colaboración público-privada. De este modo se dictó la Comunicación Interpretativa 2000/C121 de 29 de abril de 2000, sobre concesiones en el Derecho Comunitario, buscando una homogeneidad en el tratamiento que se le estaba dando a la Concesión en las legislaciones nacionales.

Junto con esta Comunicación que llamaba al orden en la utilización de la Concesión de Obra Pública como una modalidad de Contrato de Obra con una forma de retribución distinta, basada en la explotación de la obra, la cual podía estar acompañada de un precio, siempre que se respetara la asunción del principio de riesgo y ventura por parte del concesionario en todas las etapas del contrato, permitiéndose incluso, el abono de la tarifa por parte de la Administración, cuando la naturaleza de la obra lo permitiera, se discutía en otras latitudes de la Unión Europea, por parte del Consejo Económico y Social Europeo, lo cual generó un Dictamen que saldría a la luz el 19 de octubre de 2000 titulado: "El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)", reconociéndose como ya indicamos, que **"las concesiones tienen un marco jurídico confuso en las directivas Europeas"** existiendo "**incoherencias entre las definiciones y los ámbitos de aplicación** de estas directivas", que requieren una verdadera clarificación para los contratos calificados como concesiones o de APP".[5]

5 El Dictamen continua haciendo un acto de autoinculpación que parece tirar por el suelo toda la construcción de las concesiones contenida en las Directivas e incluso sobre su comunicación interpretativa de 2000/121C: "2.1.**El concepto de concesión de obras públicas en Derecho europeo es bastante criticable.** Esta

El Dictamen critica abiertamente la Comunicación Interpretativa dictada apenas seis meses antes, indicando que la misma no soluciona todos los problemas ni en lo que respecta al contenido de la concesión ni en lo referente a la legislación aplicable a éstas, debido a que los criterios distintivos que utiliza para diferenciarla del Contrato de Obra, tales como la remuneración directamente percibida de los usuarios de la obra, asimilando "explotación" a "riesgo de frecuentación", no corresponden a la realidad de todos los contratos de concesión. El Dictamen, analizando el riesgo, indica que los mismos varían mucho según el servicio prestado y no se reducen exclusivamente a los de tráfico, señalando el ejemplo de los hospitales, los aparcamientos, la red de aguas, y que antes de llevar a cabo la explotación, el concesionario se tiene que encargar de otras tareas como la concepción, la financiación, la ejecución de la obra y su servicio de mantenimiento durante muchos años, por lo que no puede reducirse a un único criterio, ya sea el riesgo o la fuente de pago, pues se trata de un concepto mucho más amplio.

El Dictamen sostiene que las transferencias de riesgos se deben fijar en cada contrato mediante negociación caso por caso (base del diálogo competitivo), y como una de las fórmulas para superar los obstáculos económicos propone el desarrollar métodos financieros ad hoc para la Concesión de Obra Pública. Como parte de la solución de los problemas que encuentran las Asociaciones Público-Privadas en Europa. Dentro de las propuestas de este Dictamen se encuentra, gran parte del espíritu de las formas de retribución y la limitación de riesgos al concesionario que informaron la ley española de Concesión de Obra Pública de 2003.[6]

---

crítica se refiere por una parte fundamentalmente a la limitación de las concesiones a los contratos de obras, lo que es un absurdo, y por otra parte a la ignorancia en la mayoría de los Estados miembros de las propuestas autónomas de concesiones ofrecidas por el sector privado. 2.1.2. **Una concesión de obras públicas es un contrato complejo por el cual una autoridad pública delega en una organización privada la tarea de crear una obra y financiarla, para luego mantenerla y explotarla durante un periodo largo de tiempo** que permita la amortización de las inversiones. Ello requiere por tanto **una transferencia de responsabilidad** del concedente al concesionario y un concepto de **globalidad del contrato,** que incluye numerosas funciones (construcción, financiación, explotación) cualesquiera que sean las modalidades de pago del concesionario. La remuneración de los capitales y los riesgos del inversor debe equilibrar de forma equitativa el servicio prestado al consumidor o al usuario. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema: "El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)", Bruselas, 19 de octubre de 2000, DOCE de 16.1.2001, pp. 92-93. Disponible en http://www.cde.ua.es/dsi/ene01cp.htm

6 2.2.3.2. Desarrollar métodos financieros ad hoc.
- Desarrollar anticipos reembolsables (cuando se alcanza el nivel de tráfico fijado).
- Permitir la reinversión de los reembolsos.
- Crear un verdadero mercado de financiación a largo plazo y disponer de cuasi-fondos propios.
- Animar a los inversores privados (reembolso en caso de rescate).
- Crear una obligación con tipo cero.
- Permitir co-concesiones de actividades adicionales para equilibrar la concesión principal.
- Desarrollar el recurso a los fondos de pensiones.
- **Desarrollar una valoración del riesgo con arreglo a criterios justos, razonables y armonizados**.
- **Afirmar el principio del equilibrio financiero de los contratos de concesiones.**
- **Procurar que el concesionario no soporte otros riesgos que los del coste de las obras, funcionamiento y mantenimiento. Hacer que el sector público soporte los riesgos medioambientales y el coste de la fase inicial garantizada.**

Este Dictamen, que sirvió de base a la Comunicación sobre Redes Transeuropeas, al Libro Verde sobre Colaboración Público Privada y a la Directiva 2004/18, propone al final una serie de iniciativas destinadas a mejorar y a unificar el derecho de concesiones, estableciendo entre sus conclusiones que hace falta una definición de los contratos de Concesión o Asociación Público-Privada que explique su contenido y amplitud, tomando como base que la Concesión no se resume en un único criterio (el riesgo o el pago, como se considera en la Directiva 93/37/CEE), ni en la sola característica de una modalidad de pago, sino que viene definida por todo un conjunto de elementos.

En consecuencia propone la siguiente definición: "**Una concesión de obras públicas es un acto (contrato o acto unilateral) por el cual una autoridad pública delega en una organización privada la tarea de concebir, construir, financiar, mantener y explotar una infraestructura o un servicio para un período largo y determinado.** Es, en general, un contrato por el cual una autoridad pública encarga a una empresa que realice por cuenta suya las inversiones necesarias para la creación del servicio y que lo haga funcionar durante un período de larga duración; la empresa puede remunerarse mediante un precio pagado por los usuarios y/o por la administración pública, sin que esta disposición modifique su carácter de concesión".[7]

Muchas de estas propuestas serán recogidas en la Comunicación de la Comisión para el Desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte titulada: "Financiaciones innovadoras Interoperabilidad del telepeaje" como propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril de 2003, en la cual se sigue mencionando que la Concesión de Obra Pública como fórmula de Asociación Público-Privada es una de las soluciones, desligada de viejos esquemas, para solucionar el déficit de infraestructuras de transporte de la red transeuropea.[8] Esta Comunicación indica que la Comisión elaborará un libro verde sobre la asociación entre el sector público y privado, y la legislación europea en materia de contratos públicos, que deberá ajustarse a una serie de condiciones fundamentales, las cuales transcribimos para efecto de destacar las referidas al riesgo concesional (lo resaltado en negrita es mío):

- La definición del proyecto debe ser de una gran claridad;

- Reducir el coste de los estudios y el riesgo asociado.
- **Reducir los costes de negociación mediante pliegos de condiciones bien elaborados.**
- **Desarrollar la garantía mínima de ingresos a cambio de la participación en los beneficios. La Comisión debería recurrir a los contratos de concesiones con fondos públicos.** (lo resaltado en negrita es mío)
"El Refuerzo Del Derecho de Concesiones(....)" cit., p. 9.

7 *Op. cit.*, pp. 12-13

8 Las Asociaciones entre el sector público y el privado (APP) representan hoy en día una opción válida para la financiación de infraestructuras de transporte en Europa, pero deben enfrentarse a numerosos obstáculos de carácter económico, jurídico y a veces político. La Comisión considera que es conveniente difundir prácticas correctas y, a medio plazo, poner al día el marco reglamentario vigente con el fin de que los regímenes de las APP sean aún más atractivos, especialmente para los inversores privados. **Esta revisión del derecho administrativo clásico en el caso de la concesión ya ha comenzado en algunos Estados miembros**. (lo resaltado en negrita es mío) Texto completo disponible en http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/pdf/2003/com2003_0132es01.pdf.

- Debe existir una voluntad política clara y enmarcada en unos límites temporales concretos, con el fin de evitar que se pongan en tela de juicio las decisiones iniciales;
- Las partes implicadas deben trabajar para lograr una cooperación eficaz;
- Debe existir una **total transparencia en los costes**, en las condiciones de concesión y de explotación y, más generalmente, en el proyecto. En particular, **se trata de garantizar que el sector privado no se vea obligado a absorber los eventuales excesos de costes con relación a las previsiones** con que contaba el momento de ser elegido candidato;
- Deben determinarse claramente unas garantías financieras y existir un entorno jurídico elaborado y estable;
- El proyecto debe estar bien dimensionado desde el punto de vista económico;
- El proyecto **debe generar unos ingresos en unos plazos razonables, incluida la posibilidad de actividades conexas;**
- El proyecto **debe prever el reparto de los ingresos más allá de una cifra decidida conjuntamente (ingresos mínimos garantizados por el Estado, sin que ello pueda dar lugar a ayudas enmascaradas);**
- El proyecto **debe prever también un reparto claro detallado de los riesgos, de forma que cada parte tenga bajo su control el riesgo que mejor pueda asumir**.

De los documentos analizados solamente el Dictamen del Consejo Económico y Social pudo tener alguna influencia en la Ley Española, y si analizamos la amplitud del contenido de esta norma se puede aseverar que así fue, sin embargo tanto el mencionado dictamen, como la propuesta de Directiva sobre financiaciones innovadoras de la Red Transeuropea de Transporte, inspiraron tanto el "Libro Verde sobre la Colaboración Público Privada" como la Directiva 2004/18, así como las últimas comunicaciones interpretativas de Eurostat sobre consolidación de las operaciones de construcción de infraestructuras en las cuentas nacionales, las cuales han venido alimentando la creatividad de las diferentes administraciones públicas y de las normativas autonómicas y sectoriales sobre construcción y financiación de infraestructuras públicas.

La Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, sigue considerando a la Concesión de Obra Pública como una modalidad del Contrato de Obra Pública, en consecuencia la Comunicación Interpretativa de la Concesión 2000/C121, le es aplicable, incluso para efecto de las críticas realizadas con anterioridad sobre la misma. Y Aunque desarrolla con mayor profundidad algunos aspectos sobre los contratos públicos (obras, suministro y servicios) no desarrolla aspectos de fondo sobre la Concesión de Obra Pública que permitan clarificar lo relacionado con la asignación de riesgos.

El Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones de 30 de abril de 2004, (de ahora en adelante el Libro Verde) recoge la esencia de los anteriores dictámenes y comunicaciones, señalando que una de las características fundamentales de estas operaciones consiste en que en el reparto de riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público, no es absoluto, ni siquiera tiene que asumir la mayor parte de ellos, por lo que solamente será necesario la realización del reparto

preciso caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

Como señala expresamente el Libro Verde, su tarea es analizar la necesidad o no de dictar una Directiva en Materia de Colaboración Público Privada, como complemento de los Contratos de Obras Públicas y de Concesión, para lograr eliminar obstáculos jurídicos en la financiación de las obras e infraestructuras públicas que regula el derecho comunitario,[9] recordando que la Comisión ya ha adoptado medidas en otros ámbitos, encaminadas a eliminar los obstáculos que puedan dificultar la puesta en marcha de operaciones de CPP. Esta especie de sondeo sobre la Colaboración Público-Privada que diferencia entre la CPP puramente contractual (con participación directa de un socio privado) y la CPP institucionalizada (con participación de otro ente público como socio de la Administración) estableció de forma preliminar los parámetros para esclarecer cuando efectivamente el socio privado asume los riesgos de construcción y de explotación, si bien para efecto de determinar el efecto de consolidación o no en las cuentas nacionales, lo cual puede ser trasladado al análisis de la correcta asunción del riesgo concesional que permite determinar cuándo nos encontramos frente a una Concesión de Obra Pública y no con un Contrato de Obra con pago aplazado, en principio prohibido por diferentes legislaciones, entre ellas, la española, con consecuencias a nivel europeo.

El resultado de la primera comunicación[10] sobre el Libro Verde fue publicado en noviembre de 2005 arrojando como resultado que en la actualidad no era necesaria una

9 El Libro Verde reconoce dos tipos de Colaboración Público-Privada; la institucionalizada y la puramente contractual que es la que nos interesa. En el texto que transcribimos a continuación, vemos que el Libro Verde en el análisis de la CPP de tipo contractual, separa el "modelo concesional" de "otros tipos de organización" lo que nos lleva a concluir que para el derecho comunitario, la concesión para la financiación de hospitales, colegios, centro penitenciarios, en donde su labor es más gestora que de explotación, no representa el instrumento más idóneo. " 21. La expresión CPP de tipo puramente contractual se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes. Engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio. **22. En este contexto, uno de los modelos más conocidos, con frecuencia llamado "modelo de concesión", se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final:** el socio privado presta un servicio a la población "en lugar de" el socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos**. 23. En otros tipos de organización, la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte)**. El ejemplo más típico de este modelo es la organización de tipo PFI. En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra". (lo resaltado en negrita es mío) "Libro Verde Sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones", Bruselas, 30 de abril de 2004. Texto completo disponible en http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/gpr/2004/com2004_0327es01.pdf.

10 Ver "COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions. http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm.

regulación exhaustiva en el tema de la colaboración público-privada para la financiación de obras públicas y gestión de servicios públicos de tipo contractual debido a que podrían limitar la innovación y la creatividad, de una práctica que todavía no es generalizada,[11] mientras que sobre la institucionalizada recomendó el monitoreo de las prácticas que se están llevando a cabo y que pudieren trastocar la normativa europea,[12] lo que no ha impedido que los criterios desarrollados en el análisis sean utilizados e incorporados incluso en normativas nacionales, como ha ocurrido en España.

Como consecuencia del Libro Verde, el Parlamento Europeo, el 26 de noviembre de 2006 emitió una Resolución Legislativa sobre las Colaboración Público-Privada (CPP) y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, que entre sus recomendaciones, considera prematuro juzgar las repercusiones de las directivas en materia de contratación pública y está, por consiguiente, en contra de una revisión de estas directivas y se muestra contrario al establecimiento de un régimen jurídico propio para las CPP, sin embargo si considera necesario prever una iniciativa jurídica en el ámbito de las

11 "These discussions will continue in existing Committees at Commission level, where public procurement experts and Member States' representatives meet, through participation in conferences on PPP´s and public procurement and by means of direct contacts between Commission officials and PPP experts. In addition, there appears to be a general consensus among national PPP Task Forces that infrastructure development could be further improved if the public sector had a more effective means of sharing existing experiences in PPP policy, program development and project implementation. The Task Forces are therefore giving consideration, in association with the European Investment Bank, to establishing a European PPP Expertise Centre. The Commission would in principle welcome such an initiative". "Furthermore, in most Member States the establishment of public-private entities to perform services of general economic interest is a rather new, innovative concept. A non-binding initiative in this area would provide the required guidance without stifling innovation. In addition, a quick response to perceived uncertainties appears to be particularly important as regards IPPPs". Http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm.

12 La "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones" sobre colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2005) 569 final de 15 de noviembre de 2005, citada en su versión anteriormente citada en su versión en inglés, concluyó expresamente, respecto a las CPP de tipo contractual que "Todas las fórmulas de CPP – siempre y cuando entren en el ámbito del Tratado CE – se consideran contratos públicos o concesiones. Sin embargo, dado que la adjudicación de contratos públicos y de concesiones se rige por normas diferentes, no existe un procedimiento de adjudicación uniforme en Derecho Comunitario pensado específicamente para la CPP(...) La consulta puso de manifiesto una oposición significativa de las partes interesadas al establecimiento de un régimen que regule todas las CPP, independientemente de que se trate de contratos o de concesiones. Por consiguiente, la Comisión no pretende establecer disposiciones de adjudicación idénticas para ambas". Sin embargo frente a las CPP institucionalizadas el Libro Verde concluye que "la consulta pública del Libro Verde sobre la CPP puso de manifiesto la necesidad de aclarar el modo en que las disposiciones comunitarias de contratación pública se aplican a la creación de empresas con participación conjunta de un socio público y un socio privado para la gestión servicios públicos(...) Para algunas de las partes interesadas esta necesidad de aclaración era un asunto urgente. Se dijo que las autoridades públicas se abstenían de formar parte de una CPPI innovadoras para evitar el riesgo de crear organizaciones que luego pudieran resultar no ser conformes con la legislación comunitaria. Sin embargo, sólo un pequeño porcentaje de partes interesadas opinaban que la seguridad jurídica en este ámbito debía lograrse a través de un instrumento jurídicamente vinculante(...) En general, en estos momentos, una comunicación interpretativa parece adaptarse mejor a las exigencias que un acto legislativo en toda regla. No obstante, si los futuros análisis demostraran que, como en el caso de las concesiones, una comunicación interpretativa no es suficiente para la adecuada aplicación del Derecho Comunitario, la adopción de una propuesta legislativa seguiría contemplándose como alternativa".

concesiones en que se respeten los principio del mercado interior y los valores de umbral y se prevean reglas sencillas para el procedimiento de licitación, al tiempo que se clarifique el ámbito de las Colaboraciones Público-Privadas Institucionalizadas (CPPI).

El Parlamento en la Resolución, pide a la Comisión que, a la hora de regular las diversas fórmulas futuras de CPP, así como en el contexto de la actual evaluación de las normas jurídicas sobre las concesiones, tenga en cuenta los intereses de las administraciones regionales autónomas y haga participar a representantes de los intereses regionales y municipales en la elaboración de futuras normativas, al tiempo que pide establecer periodos transitorios para los contratos vigentes que se celebraron de buena fe sobre la base del derecho nacional, a fin de proteger la seguridad jurídica. Más específicamente en materia de Concesiones, toma nota, de que tras una evaluación exhaustiva de las consecuencias, la Comisión es partidaria de adoptar medidas legislativas, la cual debe proporcionar una definición clara de las concesiones que las distinga de los contratos públicos, y que debe establecer criterios de selección que puedan ser objeto de comprobación objetiva.

En cuanto a los riesgos en la concesión, expresa que la existencia de un enfoque global sobre la contratación al que llama "concepto de ciclo de vida" y de competencia en términos de innovación es beneficioso en términos de eficacia si, a la hora de realizar conjuntamente los proyectos, se procede a un reparto óptimo de riesgos y se dispone de una descripción funcional y de unos mecanismos de pago que presenten "grandes incentivos". Para lograr esto, pide a la Comisión que saque conclusiones de la experiencia adquirida en materia de dialogo competitivo con el fin de formular recomendaciones para un procedimiento adecuado de contratación también en el ámbito de las concesiones, en atención a que la flexibilidad del diálogo competitivo obedece a la complejidad de las concesiones, sin cuestionar el respeto que se debe a los principios comunitarios de transparencia, igualdad de trato y proporcionalidad.

El colofón de la regulación que afecta a las Concesiones de Obra Pública a nivel europeo, viene de la mano de las normas de carácter contable y presupuestario, las cuales indirectamente han incidido en las operaciones de colaboración público privada como la concesión, cuya estructuración del riesgo concesional en los esquemas actuales se debe en gran parte a los criterios incluidos en estas normas.

En desarrollo del principio de equilibrio presupuestario contenido en el artículo 104.1 del Tratado de la Unión Europea que establece que "los Estados miembros evitarán déficit excesivos", la Unión Europea ha aprobado toda una serie de reglamentos[13] de entre los cuales podemos resaltar el 1467/97 por contener el procedimiento a seguir en caso de déficit excesivo y sobre todo el 2223/96 (conocido como SEC-95), relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la Unión Europea, el cual aprueba el sistema europeo de cuentas y que es de obligado cumplimiento desde el año 1999. A partir de este Reglamento, la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat) ha dictado diversos documentos en desarrollo e interpretación del SEC-95, que permiten valorar a priori, si una operación de construcción y/o explotación de infraestructuras, para efecto de este estudio, en régimen de concesión, computa para efecto del endeudamiento público.

13 Reglamento (CE) 3605/93 del Consejo, Reglamento (CE) 1467/97 del Consejo, Reglamento (CE) 1466/97 del Concejo y Reglamento (CE) 2223/96b del Consejo.

La documentación fundamental se encuentra en el Manual SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública de 2001 y en la "Nueva decisión de Eurostat sobre déficit y deuda" de 11 de febrero de 2004, ampliada por lo que ahora se conoce como la IV parte del Manual SEC-95, titulada "Long Terms Contracts Between Goverment Units, and Non Goverments Partners (Public-Private Partnerships), lo que puede ser traducido como "Contratos a largo plazo entre entidades Gubernamentales y Socios Privados (Colaboración Público-Privada)".

Sobre la aplicación práctica de los manuales, en el trabajo de **Martínez Calvo**[14] se realiza un análisis crítico de los mismos que vale la pena consultar, no obstante, en el estudio que estoy llevando a cabo me interesa conocer las fórmulas de determinación de los riesgos en las Concesiones de Obras Públicas para efectos de la consolidación o no en las cuentas nacionales, principalmente en las operaciones contractuales (donde hay un socio privado directo) lo cual, sin embargo será también aplicable a los entes públicos que cumplan con el criterio del 50% – es decir, que sus ventas cubran el 50% de sus costes.

Eurostat, en 2004, a través de sus nuevas decisiones pasó de establecer ocho criterios para determinar la asunción de riesgos por el socio privado, a fijar solamente dos. En la Resolución de febrero de 2004 hace mención de los criterios y explica las razones,[15] y en octubre de 2004, de forma detallada desglosa los criterios para facilitar su aplicación. Utilizaremos la decisión ampliada para entender los nuevos y determinantes criterios de Eurostat así como las explicaciones de **Martínez Calvo** que aclaran el sentido de los mismos:

> Primer criterio. El socio privado, debe soportar el riesgo de construcción, el cual se concreta en las siguientes circunstancias: 1) retrasos en la entrega de la infraestructura, 2) incumplimiento de los criterios establecidos en el contrato, 3) costes adicionales, 4) deficiencias técnicas y 5) efectos externos negativos. Eurostat considera que los pagos periódicos a la sociedad desvinculados del estado efectivo de la infraestructura se consideraran como un riesgo asumido por la Administración, lo cual entiendo no excluye la posibilidad de ayudas y contribuciones, desvinculadas del valor de la construcción y plenamente motivadas y justificadas.

14 **Martínez Calvo**, Juan. *op. cit.*, pp. 377-386.

15 "Eurostat recomienda que los bienes implicados en una sociedad pública-privada deberían estar clasificados como bienes no gubernamentales y en consecuencia retirados del balance del gobierno, siempre y cuando se cumplan las siguientes dos condiciones:

1. El socio privado afronta el riesgo de construcción, y
2. El socio privado afronta al menos uno de los riesgos, de disponibilidad o demanda".

Respecto a la razón por la cual se toma esta nueva decisión, Eurostat constesta: "En los Estados miembros de la Comunidad Europea se han estado observando, durante mucho tiempo, las sociedades públicas con entidades privadas. Este tipo de sociedades toma varias formas, incluyendo concesiones que normalmente no conllevan dificultades en cuanto a su tratamiento como cuentas nacionales. Recientemente, sin embargo, se ha hecho nuevos tipos de acuerdos en algunos Estados miembros, y se espera un incremento significativo de estos acuerdos por varias razones, como en el caso de los esfuerzos para aumentar la eficiencia del gasto público y la mejora de la calidad de los servicios públicos. Además, La iniciativa de Crecimiento Europeo, aprobada por el Consejo Europeo en Diciembre del 2003, fija como uno de sus objetivos el uso de dichas sociedades con la finalidad de desarrollar infraestructuras relacionadas con el crecimiento" Eurostat, Publicación en prensa, 18/2004 – 11 Febrero 2004-07-22, Nueva Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda. Texto completo disponible en: www. http://europa.eu/index_es.htm.

Segundo criterio. El socio privado, debe soportar o el riesgo de disponibilidad o el riesgo de demanda, los cuales son explicados en detalle en el documento de Eurostat[16] (el cual contiene incluso ejemplos contables) **Martínez Calvo**, resalta que adicionalmente Eurostat menciona algunas consideraciones que deben ser cumplidas para efecto de la no consolidación, relacionadas con la mayor rigurosidad en el análisis de operaciones en las que el socio de la Administración sea una empresa pública en un 100%, con el destino final del activo, la financiación por parte de la Administración de forma distinta a la aportación de capital y el afianzamiento de las deudas de la sociedad.

Los documentos de Eurostat deben ser analizados en el contexto de la normativa de cada Estado de la Unión Europea, aunque resulta innegable que han servido de herramienta orientativa para incluir en los pliegos de condiciones particulares, formas de retribución, como el pago en atención a la disponibilidad en razón de la particular naturaleza de algunas obras públicas que no permiten utilizar el criterio de frecuentación o canon de demanda.

Luego del análisis sobre la asunción de riesgos y el entendimiento que nos lleva a la conclusión parcial de que el elemento fundamental, configurador del actual sistema concesional relacionado con las infraestructuras públicas, no es la posibilidad de explotación y la retribución producto de esta posibilidad, sino la real asunción de riesgos por parte del concesionario, es decir que el pago al concesionario se produzca en función de la mayor o menor utilización de la obra en algunos casos o la disponibilidad de la obra en las condiciones pactadas, en otros, que será la que determine si la obra es susceptible de explotación, sin importar que la retribución proceda en un cien por cien de la Administración.

16 "El `riesgo de disponibilidad´. Este riesgo consistirá en: i) la no entrega del volumen convenido en el contrato; ii) el incumplimiento de la normativa den materia de seguridad o de las certificaciones administrativas aplicables a servicios a usuarios finales y especificadas en el contrato y iii) el incumplimiento de los estándares de calidad fijados contractualmente. Eurostat ha puesto de manifiesto que en aquellos casos en los que la Administración Pública esté facultada para reducir de forma automática y significativa sus pagos periódicos cuando se den las situaciones antes descritas, se entenderá que nos encontramos ante un riesgo que es asumido por el socio privado. Es decir, si en el contrato se prevén cláusulas penales que permiten a la Administración Pública reducir los pagos a la sociedad con la que ha contratado en la medida en que ésta incumpla las obligaciones que con anterioridad hemos especificado, nos encontraremos ante un riesgo que es asumido por el socio privado.
El 'riesgo de demanda'. Éste vendría referido a la variabilidad de la demanda con independencia del comportamiento que desarrolle la sociedad, riesgo éste que ha de surgir: i) del ciclo económico; ii) las nuevas tendencias del mercado; iii) de la competencia, y iv) de que la empresa opere con tecnología obsoleta, pero en ningún caso puede proceder de la deficiencia o baja calidad de los servicios prestado por la sociedad o de actuaciones de la misma que modifiquen la calidad/cantidad de los servicios prestados. A este efecto, Eurostat ha afirmado que se entiende que este riesgo lo asume la Administración en aquellos casos en los que ésta paga lo mismo a las sociedades por los servicios que prestan, independientemente de las fluctuaciones que pueda haber en la demanda efectiva por el usuario final(...), *op. cit.*, pp. 384-385.

III. La Regulación del Riesgo Concesional en la Ley Española de Contratos del Sector Público

1. ¿Una Nueva Concepción de la Concesión de Obra Pública?

La Ley 13 de 2003 que regulaba el Contrato de Concesión de Obra Pública antes de la aprobación de la Ley 30 de 2007, como se puede observar en su exposición de motivos y en gran parte de su articulado acoge el concepto de concesión de obra pública de la Directiva 93/37 y los parámetros contenidos en la Comunicación Interpretativa 121/2000, pero de forma parcial, ya que en estos documentos no se contempla la sola explotación de la obra como objeto del contrato de Concesión de Obra Pública.

La Ley 13 de 2003, le otorga al Contrato de Concesión de Obra Pública su individualidad, y la acusación de falta de adecuación a la normativa europea existente en el momento de su aprobación se puede subsanar con la existencia de comunicaciones e informes relacionados con el llamado a utilizar toda una serie de fórmulas de colaboración público-privada que sostienen las medidas incorporadas en la Ley aunque se desvirtúe de algún modo su naturaleza. Esto ha llevado a algunos autores a sostener que la Concesión de Obra Pública en la Ley 13/2003 ha pasado de ser un contrato de resultado con una contraprestación diferente a la que corresponde al Contrato de Obra Pública a un contrato de actividad cuyo objetivo no es la construcción de una obra pública o la prestación de un servicio público, sino la existencia de una actividad vinculada a una obra pública, susceptible de explotación económica, esté la obra construida o no, y que puede conllevar la prestación de un servicio o la puesta a disposición de un bien al servicio del público, lo cual no quiere decir que esta nueva calificación de Concesión de Obra Pública esté exenta de la aplicación de las Directivas Comunitarias.[17]

Esta nueva concepción del Contrato de Concesión de Obra Pública como un contrato típico e individualizado al que se le aplica un régimen especial contenido en el capítulo V de la LCAP, sin perjuicio de la aplicación del régimen general del contrato de Obra Pública o del Contrato de Gestión de Servicios Públicos, ante la existencia de vacíos y remisiones expresas, conlleva la mutación de sus elementos tradicionales partiendo de su propio concepto vinculado a una obra pública, de la forma de retribución al concesionario y su relación con el principio de riesgo y ventura, vinculado a su vez de forma particular con el equilibrio económico de la concesión, aspectos todos que buscaran coordinarse a objeto de atraer la iniciativa privada para la financiación de una gran gama de obras públicas de todo tipo y lo que resulta más importante: lograr que en la ecuación, la financiación, a pesar de las aportaciones públicas, no consolide como deuda pública.

2. La Mutación de los Elementos Tradicionales del Contrato de Concesión de Obra Pública en la Ley 13 de 2003

La mutación de los elementos de la concesión de obra pública en la Ley 13 de 2003, obedecen por una parte a esta necesidad de dotar nuevamente de identidad a la Concesión

17 **Embid Irujo**, Antonio y **Colom Piazuelo**, Eloy. "Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas". Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, España, 2003, pp. 67-73.

de Obra Pública y por otra, sin llamarnos a engaños, a los criterios de la Unión Europea (Eurostat, colaboración público-privada) que hacen un llamamiento a los Estados a que introduzcan los mismos en su normativa. En el caso de la Concesión de Obra Pública, como resalta **Valcárcel Fernández**, muchos de los criterios fueron introducidos a contracorriente con la naturaleza del Contrato de Concesión de Obra Pública,[18] además de no coincidir con las ambivalentes Directivas Europeas.[19] En la nueva regulación, los elementos tradicionales de la concesión permanecen, pero alterados por las nuevas circunstancias y la extensión de la aplicación de este instrumento a obras públicas en donde la figura no era utilizada de forma habitual (servicios públicos asistenciales, por ejemplo) En consecuencia podría decirse que los elementos tradicionales de la Concesión de Obra Pública (contrato por empresa como era llamada antiguamente) permanecerán para el contrato de concesión de obra pública puro, de peaje abonado por los usuarios (terceros) que se benefician con la utilización de la obra, siempre que las ayudas públicas y el reequilibrio económico del contrato no pongan en peligro el principio de riesgo y ventura, pero que mutarán cuando ciertas circunstancias económicas y sociales lo ameriten, alterándose por ejemplo, el quién retribuye y el cómo se retribuye, así como los elementos de la asignación de riesgos y la recomposición del equilibrio económico del contrato, abriéndose un abanico de oportunidades para que las diferentes administraciones planifiquen la construcción de obras públicas y la dotación de infraestructuras sobre la base de su disponibilidad y limitaciones presupuestarias.

3. La Concesión en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30 de 30 de octubre de 2007

Como consecuencia de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudica-

18 La citada autora sobre esta adecuación de las comunicaciones interpretativas y demás instrumentos comunitarios que inspiraron la Ley 13/1995 señala: "(...)Además de todo lo anterior, es cierto que puede apreciarse alguna disparidad de criterio entre las manifestaciones plasmadas en los trabajos comunitarios y lo sancionado en el sistema español. Lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que la Ley española, sobre la base de que el riesgo recae sobre los socios privados, integra en el supuesto de los pagos periódicos realizados a éstos por una Administración y calculados en función del uso de la obra en la variante concesional". Sosteniendo adicionalmente que "en el estadio actual de determinaciones comunitarias, no tiene esto que suponer inconveniente alguno". *Op. cit.,* p. 344.

19 "(...)"pero la verdadera generalización de es tipo de fórmulas ha venido por obra de la Ley 13/2003, de 23 de mayo....Con arreglo a este contrato, la Administración puede conceder a un empresario la construcción y explotación de una obra pública durante determinado plazo. El art. 225 de la LCAP señala que en tales supuestos, la retribución del concesionario puede consistir en un precio recibido del usuario o de la Administración. Como puede observarse, esta última referencia supone incorporar a nuestro ordenamiento, con carácter general, el sistema de "peaje sombra". **Es preciso hacer notar, siguiendo desde esta perspectiva estrictamente jurídica, que en tales supuestos no nos encontramos, propiamente, ante una concesión. Al menos desde la perspectiva del Derecho comunitario. Así, la Comunicación interpretativa 2000/C 121/02 de la Directiva 93/37 CEE del Consejo**, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, ha establecido una serie de criterios para distinguir los contratos de obra y las concesiones de obras. Y precisamente, se considera que se estará ante contratos públicos de obras cuando la retribución sea percibida del órgano contratante y no de los usuarios de la infraestructura. **Sin embargo, lo cierto es que la Ley española ha querido someter este contrato al régimen jurídico de la concesión y que la posición del contratista es la misma que la de un concesionario, siendo, además, calificado de este modo".** (lo resaltado en negrita es mío)

ción de los contratos de obras, suministro y servicios, se requiere realizar una nueva modificación de la Ley de Contratos de la Administración Pública. Cuatro años después de estrenado el Texto Refundido de la Ley de Contratos y pasado un año de aprobada la Ley de Concesiones de Obras Públicas, se aprueba esta nueva Directiva, que establece como fecha para su trasposición el 31 de enero de 2006. La ley fue aprobada en octubre de 2007 (Ley 30 de 30 de octubre de 2007).

Respecto a la Concesión de Obra Pública, específicamente el riesgo concesional, la Ley 30 de 2007, introduce cambios conceptuales[20] en relación al tratamiento de la Concesión en la Ley 13 de 2003, los cuales han sido destacados por algunos autores como **Valcárcel Fernández**, quien considera que los mismos representan un esfuerzo por acercar su regulación del Contrato de Concesión de Obra Pública a la normativa europea,[21] reconociendo únicamente las obras que tengan como resultado una obra de ingeniería civil, desconociendo la existencia de otras obras públicas que no tienen este resultado que también pueden considerarse obras públicas, tales como las forestales. La autora también resalta la eliminación de la mera explotación de la obra como objeto del Contrato de

20 "Artículo 7. Contrato de concesión de obras públicas.
1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de éste consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.
2. El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, podrá comprender, además, el siguiente contenido:
a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.
b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales".
3. El contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos. Fuente: http://www.meh.es/Portal/Normativa+y+doctrina/Normativa/. Se puede observar un recopilatorio de las normas sobre colaboración público-privada contenidas en el Proyecto de Ley, en el artículo de **Valdivieso Cañas**, titulado "El Marco Legal de la Colaboración Público-Privada en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, publicado en la Revista Presupuesto y Gasto Público nº 45-(4/2006) Versión electrónica, disponible en: http://www.ief.es/Publicaciones/Revistas/PGP/pgp_ contenidos.htm

21 "La razón del cambio no obedece a que se hayan alterado postulados de principio, sino que trae causa de una plasmación – aunque prácticamente literal, deficiente – del Derecho comunitario. Ciertamente las normas comunitarias parecen restringir el campo del contrato de obras a las obras de ingeniería civil". Véase Valcárcel Patricia, *op. cit.*, pp. 423-426.

Concesión de Obra Pública, cuya inclusión en la Ley 13 de 2003 había sido criticada abiertamente en el Congreso de los diputados.[22]

A pesar de la nueva conceptualización, la existencia de una regulación especial para el Contrato de Colaboración entre el Sector Público y Privado en el Proyecto de Ley, permitiría incluir en el Contrato de Concesión de Obra Pública muchas de las cláusulas que la regulación de la Ley 13 de 2003 había tomado de la dispersa e indeterminada regulación sobre la colaboración público-privada existente al momento de su aprobación.

Algunos autores como **Chinchilla Marín**, aplauden la regulación de los Contratos de Colaboración Público-Privada en el Proyecto de Ley, bajo la premisa de que la regulación viene a solucionar el problema de los contratos que la Administración viene celebrando, o proyectaba celebrar y fueron informados negativamente por Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, en los cuales es la propia Administración la usuaria de la infraestructura y quien paga por ella en nombre de los receptores del servicio público, lo cual incluye una gran parte de los Contratos de Concesión de Obra Pública para la prestación de servicios sanitarios y asistenciales, sujetos a pagos por disponibilidad y los otorgados con la fórmula de peaje en la sombra.[23]

En la nueva ley, el Contrato de Concesión de Obra Pública no deja de ser un contrato típico, sin embargo, las fórmulas de retribución por la explotación por parte de la Administración, reguladas de forma solapada en la Ley 13 de 2003 pasan a formar parte de la regulación del Contrato de Colaboración Público-Privada de forma abierta en desarrollo de la nueva Directiva 2004/18 y como consecuencia de la normativa de la Unión Europea que llama a la utilización de estos instrumentos y de los criterios de Eurostat en desarrollo del SEC-95.

Desde antes de su aprobación la ley, recibió críticas respecto a la poca claridad que se percibe en cuanto a la diferencia que existe entre el contrato de Concesión de Obra

22 En la discusión del Proyecto de Ley de Concesión de Obras Pública algunas intervenciones plantearon la exclusión de la mera explotación como objeto de regulación de la nueva ley, lo cual tal vez fue tomado en cuenta en el proyecto de la nueva Ley de Contratos del Estado. De ser así estaríamos retornando a la concepción de la explotación de la concesión para la explotación de una obra pública al servicio público, cuando no siempre producto de una obra existe un servicio público a explotar. Nos permitimos la reproducción de la intervención: "Para la defensa de las enmiendas números 134 a 136, del Grupo Parlamentario Socialista, tiene la palabra el senador Ayllón(...) En aras de esa brevedad acordada, en su defensa diré que en nuestras enmiendas subyacen cuatro vectores que recorren de forma transversal el texto legislativo y que podrían agrupar básicamente todas las enmiendas que presentamos. En primer lugar –quizás el más importante–, el relativo al concepto de concesión, al que ya se ha referido nuestro portavoz. Se trata de ajustar el contenido del proyecto de ley a las directivas comunitarias que lo enmarcan y de ceñir este tipo de contratos a la construcción o a la construcción y la explotación, pero no a la sola explotación sin que medie construcción alguna. Éste es un concepto que nos diferencia con toda claridad y que será motivo de diferentes enmiendas a lo largo del texto. Pensamos que la sola concesión de la explotación estaría más bien asimilándose a un contrato de concesión de gestión de un servicio público y, por tanto, este no sería su marco regulador. Diario de Sesiones del Senado nº 451 de 22 de abril de 2003, p. 451.

23 Véase Comentarios a pie de página en **Chinchilla Marín**, Carmen. "El Nuevo Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado. Revista de Derecho Administrativo nº 132, editorial Aranzadi S.A., pp. 622-623.

Pública y el Contrato de Colaboración Público-Privada[24] que conlleve explotación económica. De acuerdo a la nueva normativa propuesta, uno de los supuestos de colaboración público-privada puede consistir en "la construcción o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento y actualización, **su explotación** o gestión". Esta confusión que se puede dar entre ambas figuras ha sido adver-

24 Debemos recordar que el Contrato de Colaboración Público Privada no tiene una definición en la normativa europea. Es percibido por la Unión Europea, que toma la esencia del concepto de la iniciativa inglesa, como ya analizamos en otro apartado de esta investigación, como una forma de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio, a largo plazo (ver comentarios en citas en la página 54) En una publicación de 2006 del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, titulada "Asociaciones Público-Privadas: principales aspectos económicos y directrices básicas" de Sean Fitzpatrick profesor de la Universidad de Hamburgo, (disponible en: www.cesmadrid.es/documentos/Jornadas_PPP.pdf) se ensayan las características que los definen así: "No existe ninguna definición precisa de asociación público-privada, pero las características fundamentales de tales relaciones o asociaciones son las siguientes: Primero, la autoridad ejecutiva en la toma de decisiones es generalmente compartida entre el sector público y su socio o socios privados. Es un caso distinto de la simple contratación externa, donde el organismo público decide qué debe suministrarse y lo compra; análogamente, también difiere de la producción interna de bienes y servicios por parte del sector público, en cuyo caso el sector público no acude al mercado. También es diferente de la venta de activos, por la cual el sector público vende total o parcialmente un activo al sector privado, limitando así en el futuro su implicación en la empresa, a menos, claro, que observe que es necesario regularla. En segundo lugar, en una APP se agrupan las tareas, las responsabilidades. Mientras que en la contratación externa estándar un suministrador procura un servicio o realiza una función en la entrega del proyecto, en la APP un mismo socio (o un consorcio de socios) lleva a cabo dos o más tareas. Tercera característica, el socio privado o consorcio privado se involucra cada vez más en la financiación del proyecto. Las administraciones que usan APP hacen hincapié en la búsqueda cooperativa de objetivos comunes, en compartir riesgos, en la inversión conjunta de los recursos, y en la autoridad compartida entre el sector público y el privado".
A pesar de la falta de definición de los promotores de su utilización y la falta de claridad que existe sobre los elementos que las pueden definir como un contrato independiente y no como simples fórmulas, en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Pública en el artículo 11 se ensaya una definición: "1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:
a) La construcción o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento y actualización, su explotación o su gestión.
b) Fabricación de bienes y prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
c) Otras prestaciones de servicios ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado.
2. El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución.
3. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

tida por autores como **Chinchilla Marín**[25] y **Valdivieso Cañas**[26] quienes observan en la regulación la posibilidad de solapamiento entre ambas figuras.

La respuesta a esta inquietud podría encontrarse en el artículo 289 de la ley que establece el régimen jurídico del "Contrato de Colaboración Entre el Sector Público y el Sector Privado", indicando que los mismos se regirán por las normas generales contenidas en el título I y por las especiales correspondientes al "contrato típico" cuyo objeto se corresponda con la prestación principal, identificada conforme al artículo 121.a (referente al clausulado del contrato), en lo que no se oponga a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11.

En consecuencia, si se determina, de acuerdo a las reglas de control establecidas en la ley (evaluación previa, programa funcional), que por su complejidad y especial naturaleza, el contrato es susceptible de llevarse a cabo de acuerdo a las reglas del Contrato de Colaboración Público-Privada y es un contrato susceptible de explotación económica y hay asunción de riesgos por parte del contratista, se le podrá aplicar las reglas de este contrato de forma general (por ejemplo el diálogo competitivo como forma de adjudicación y la posibilidad de retribución por parte de la Administración) y los especiales de la Concesión de Obra Pública, relacionados con la forma de financiación. Esto es lo que ha denominado, en forma de crítica **González García** como "un modelo para armar".[27]

IV. Una Breve Referencia hacia Latinoamérica

En Latinoamérica, a pesar de los diferentes esfuerzos de integración económica, difícilmente logremos a corto plazo, niveles mínimos de integración que permitan lograr acuerdos más allá de la progresiva eliminación de barreras comerciales. En consecuencia pensar un "Pacto de Estabilidad y Crecimiento" a la europea no es una alternativa para controlar el déficit público, lo cual no quiere decir que no existan en Latinoamérica controles del déficit excesivo.[28] Muchos países cuentan con leyes internas que controlan el endeudamiento público, sin embargo, estas leyes están sujetas a suspensiones en su ejecución, modificaciones, y las demás posibilidades que permite el control político, sin que exista tampoco un control externo (que haría las veces de Eurostat), distinto del control político, salvo las instancias judiciales (Contencioso-Administrativo) sobre las operaciones internas que puedan afectar al déficit. (Todo eso como aseveración de la generalidad, ante la cual pueden existir excepciones)

---

25 *Op. cit.,* pp. 626 y ss.

26 **Valdivieso Cañas**, Alberto. "El Marco Legal de la Colaboración Público-Privada en el Proyecto de ley de Contratos del Sector Público". Revista Presupuesto y Gasto Público nº 45 (4/2006), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, pp. 22-23. Versión electrónica disponible en: http://www.ief.es/Publicaciones/Revistas/PGP/pgp_contenidos.htm.

27 González García, Julio. V. "Contrato de Colaboración Público-Privada". Revista de Administración Pública Nº170, Editorial Civitas, mayo-agosto, 2006, pp. 21-23.

28 En Panamá por ejemplo se aprobó la nueva Ley sobre Responsabilidad Social Fiscal (ley 34 de 5 de junio de 2008) que establece topes de endeudamiento público.

¿Dónde quiero llegar con esto? Simplemente a sostener que a diferencia de Europa y particularmente España en donde la vuelta a la cultura concesional con alta participación de financiación privada (aunque la retribución provenga directamente la Administración) ha venido de la mano de las limitaciones presupuestarias controladas desde afuera. En Latinoamérica, la utilización de la Concesión de Obra pública como fórmula de participación público-privada dependerá del autocontrol del gasto público que ejerza cada uno de los países. Esto como punto de partida, el resto dependerá de la calificación de riesgo país (estabilidad política, confianza en las instituciones, flexibilidad laboral) entre otros aspectos fundamentales para atraer la confianza de la iniciativa privada. Si se reúnen estos requisitos básicos de buena calificación, que no son más que criterios de confianza (los cuales existen en diferente medida en países como Chile, Brasil y Colombia en donde ya se vienen utilizando fórmulas concecionales con criterios de CPP desde hace un tiempo, con alta participación de inversión española) existirá la posibilidad de que la inversión privada no solamente extranjera, sino la nacional, participe como socio privado en estos proyectos.

En un informe sobre el Desarrollo de infraestructuras como mecanismo de integración en Sudamérica, publicado por la Corporación Andina de Fomento,[29] se abordó el tema de los beneficios de las CPP, pero las limitaciones existentes en materia de estabilidad e institucionalidad no permiten atraer al inversor privado para una relación a largo plazo por lo que lo recomendable es la utilización de la figura en pequeños proyectos[30] a corto plazo que permitan la introducción de tarifas, retribución mixta, peaje en la sombra, pagos por disponibilidad u otras formas de retribución, así como la financiación por medio de "proyect finance" (hipoteca de la concesión, titulización) dependiendo de la naturaleza del proyecto público, que permitan diferir los pagos y en donde la asunción de riesgos por parte del concesionario, quede regulada de forma clara, sin la posibilidad de ayudas económicas discrecionales que pudieren entorpecer la esencia del proyecto y con una regulación que permita que la obra y el servicio sigan siendo públicos, ante la sensibilidad que despierta la externalización que pueda rayar en la privatización.

Las modalidades más utilizadas de PPP en Latinoamérica están relacionadas con el sector transporte,[31] donde las concesiones son las figuras más utilizadas. De hecho,

29 **Terrazas**, Rolando. "Desarrollo de infraestructuras como mecanismo de integración en Sudamérica". Memorias del Seminario – La integración sudamericana y sus retos futuros, Quito, Ecuador, Corporación Andina de Fomento, 29-30 de junio de 2005, pp. 99-108.

30 Pese a tener 15 años de vigencia en Costa Rica, las leyes de concesión de obra pública solo han permitido poner en ejecución un único proyecto: la construcción de la carretera entre San José y Caldera.
Dicho modelo promueve la inversión privada en obras de infraestructura, para reducir el rezago del país en carreteras, puertos, aeropuertos y otros, ante la falta de recursos del Estado. Desde el 2004 en Costa Rica está vigente un reglamento para impulsar la concesión de obra pública por iniciativa privada, pero esta modalidad tampoco ha fructificado. Ahora, con las recientes reformas aprobadas a la Ley de Concesión de Obra Pública, el proceso de expropiación será más rápido y se le concederán ventajas al inversionista para que proponga proyectos por iniciativa privada. Diario la Nación, 19 de agosto de 2008.

31 Véase la catalogación de las modalidades que hace **Aragone Rivoir**, Ignacio en "Participación Público-Privada para el Desarrollo de Infraestructuras en Latinoamérica: Modelos, Pautas de Utilización y Desafíos". Revista de Derecho de las Telecomunicaciones y las Infraestructuras en Red (REDETI) nº 25, editorial Montecorvo, enero-abril, 2006, pp. 100 y ss.

como lo plasma **Aragone Rivoir** en su estudio sobre las PPP como instrumento para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica, en Brasil el 30 de diciembre de 2004, se aprueba una Ley federal sobre PPP para el desarrollo de proyectos de carácter nacional y municipal en donde lo que se regula son los diferentes tipos de concesiones, lo cual genera en cierto modo que se piense que el objetivo es disfrazar una práctica que ha tenido no sólo en Brasil, sino en gran parte de Latinoamérica un sentido peyorativo, cuando lo que buscan las nuevas fórmulas es darle mayor claridad a la relación entre los socios públicos y privados.

Ahora, para objeto de este estudio, el autor arriba indicado se pregunta "¿por qué programas y procesos de PPP (comprendiendo claro está la concesión) que se han desarrollado exitosamente en países como Estados Unidos o Inglaterra, Alemania y otros de la Unión Europea, por ejemplo, no han generado resultados satisfactorios por estas latitudes?, y la respuesta hay que buscarla, a nuestro juicio, no en un problema consustancial a este tipo de instrumentos, sino en la forma y condiciones bajo las que los mismos han sido utilizados en buena parte de los países de la región".[32]

Ante los resultados negativos que hayan obtenido algunos países con la utilización de estas fórmulas, por diferentes factores,[33] entre ellos la falta de un régimen legal suficiente, falta de voluntad política, el desconocimiento de los fundamentos teóricos y prácticos que llevan a la confección de pliegos de condiciones deficientes, la debilidad institucional, corrupción, entre otros, los fracasos tienen secuelas a veces desastrosas, no solamente para las finanzas públicas, sino en la erosión de la confianza de los ciudadanos, en la posibilidad de que estos instrumentos puedan ayudar a paliar el déficit de infraestructuras públicas que representan en gran medida la base del desarrollo económico y social de un país. La Unión Europea, y España como principal inversor de Europa en Latinoamérica, a través de la buena gestión de sus fórmulas y las buenas prácticas en la

32 Ibidem, p. 129.

33 Este autor identifica los problemas y fallas más comunes en la implementación de programas y procesos de PPP en Latinoamérica entre los cuales se encuentran: Compromiso político con los programas y procesos PPP; encuadre de los programas y procesos de PPP en el contexto de la "reforma del Estado"; entorno institucional; estructuras funcionariales; sistemas regulatorios; metodologías, sistemas de responsabilización; planificación de acciones en materia de PPP; diseño y modelo de pliegos o bases de procedimientos competitivos y contratos de PPP; y mecanismos de resolución de controversias. Ante los problemas y fallos en estas áreas propone un "Decálogo" en materia de diseño de programas y proyectos de PPP, que señala que "al igual que con su homónimo bíblico, no basta con cumplir sólo uno o más de ellos para pretender arribar a resultados exitosos, sino que es necesario cumplirlos todos: 1) Harás un `pacto político´ que asegure la sustentabilidad de los procesos PPP en el largo plazo, y ejercerás un claro y firme liderazgo en la conducción de dichos procesos; 2) Procesarás las acciones de PPP en el indefectible marco de la `reforma del Estado´; 3) Establecerás un adecuado entorno institucional para la ejecución de programas y proyectos concretos de PPP; 4) Integrarás las diferentes instituciones públicas involucradas en el desarrollo de programas y proyectos PPP con cuadros especializados para el cumplimiento de las respectivas funciones a su cargo, brindándoles regular capacitación; 5) Utilizarás metodologías específicas para la implementación de los proyectos; 7) Prepararás y aplicarás adecuados sistemas de responsabilización (accountability); 8) Elaborarás un adecuado diagnóstico de situación y necesidades de inversión, como base para una apropiada planificación estratégica; 9) establecerás adecuados modelos contractuales para la instrumentación de proyectos concretos de PPP (bases de procedimientos competitivos y contratos), y 10) Establecerás adecuados mecanismos de solución de controversias entre las partes, ibidem, pp. 130 y ss.

asignación de riesgos al concesionario, ayudas públicas razonables y excepcionales así como la demostración de buenas prácticas en cuanto al reequilibrio económico del contrato, pueden ayudar a que las PPP y con ellas la Concesión de Obra Pública, como su principal instrumento, puedan ser utilizadas para diferentes y puntuales proyectos en Latinoamérica.

Influencia del Derecho Comunitario en la Configuración de los Mecanismos Nacionales de Control de las Actividades de Preparación y Adjudicación de los Contratos del Sector Público: el Caso de España

*Pablo Silvan**

Introducción. I. La influencia del derecho comunitario en la configuración, por las legislaciones nacionales, de los procedimientos de recurso frente a la actividad de preparación y adjudicación de los contratos públicos. 1. El Derecho comunitario, motor de los cambios de la legislación reguladora de la contratación pública en los Estados Miembros de la Unión Europea. 2. La directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras. 3. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00, Comisión c. España). 4. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/06, Comisión c. España). II. Mecanismos de control de la actividad de preparación y adjudicación de los contratos que deban adjudicarse con arreglo a la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de contratos del sector público. 1. La actividad de preparación y adjudicación de los contratos del sector público. 2. Mecanismos de control en vía administrativa de las actividades de preparación y adjudicación de los contratos que deban adjudicarse con arreglo a la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público. a) El recurso especial en materia de contratación. b) Adopción de medidas provisionales. 3. Control, por la jurisdicción contencioso-administrativa, de las actividades de preparación y adjudicación de los contratos que deban adjudicarse con arreglo a lo previsto en la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Introducción

Las Administraciones Públicas requieren contratar bienes y servicios para desarrollar adecuadamente los cometidos que se les asignan.

En el ejercicio de su actividad contractual, las Administraciones Públicas no pueden actuar de forma similar a los particulares –que contratan al amparo del principio de autonomía de la voluntad (principio que les habilita para contratar o no y de hacerlo, lógicamente, para seleccionar libremente a la otra parte contratante, por una parte, y para definir el contenido del contrato, por otra)– sino que han de ajustarse a los procedimientos de

* Abogado colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Socio de Ramón y Cajal Abogados (Madrid). Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza y Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Comunidades Europeas y Unión Europea por el Real Instituto de Estudios Europeos (Zaragoza).

contratación legalmente establecidos con la finalidad de garantizar que la adjudicación se realice siempre en beneficio de la empresa que presente la oferta económicamente más ventajosa en función de los criterios de adjudicación que previamente se definan.

En un Estado de Derecho la Administración, como creación abstracta del mismo, debe actuar sometida, necesariamente, a la legalidad. Dicha legalidad es, como afirman los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad".[1]

Según defiende un importante sector doctrinal, la anterior se trata de una sumisión o vinculación positiva de la Administración por la legalidad en el sentido de que la Administración no sólo debe respetar la norma sino que debe adecuar su actividad a la misma. La Administración no puede actuar libremente, limitándose a no infringir lo que la norma prohíba, sino que ha de someterse a lo prescrito, en cada caso, por el Derecho, de forma que la actividad administrativa no será válida si no está respaldada por una determinada previsión normativa.[2]

De lo anterior resulta no sólo la obligación de la Administración de adecuar su actividad contractual a legalidad vigente en cada momento sino, además, la necesidad de que dicha legalidad prevea los mecanismos que hagan posible comprobar que la referida adecuación efectivamente ha tenido lugar.

En el caso de España, la Constitución de 27 de diciembre de 1978 establece la sumisión de la Administración a la Ley en sus artículos 9.3 y 103.1. Así, mientras el primero de dichos preceptos garantiza la legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el segundo declara solemnemente el deber de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales y de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Respecto del control de si la Administración sujeta o no su contratación a la legalidad vigente, el artículo 106.1 de la Constitución Española encomienda a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

En todo caso, la regulación en sede legal de la actividad contractual pública debe estar orientada a garantizar la consecución de determinados valores y principios como los de libertad, igualdad y no discriminación (artículos 1 y 14 de la Constitución española), transparencia y eficiencia en el gasto público.

Como concreción en sede legal de todo lo anteriormente expuesto, el artículo 1 de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público, señala que la

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I,* 11ª ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 436.

2 *Ibíd.*, pp. 433 y ss. Otro sector doctrinal, sin embargo, sostiene que la vinculación de la Administración no se produciría respecto de la Ley sino del Derecho y que la misma no sería de carácter positivo, de forma que debe descartarse que el principio de legalidad, entendido como principio de juridicidad, "implique que la Administración, para actuar o intervenir, precise ser habilitada, de modo específico, por la ley, con las potestades de actuación necesarias". *Vid.* MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I,* Madrid, Civitas, 2004, p. 396.

Ley tiene por objeto "regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos".

Aunque excede con mucho del objeto del presente trabajo analizar la concreta extensión de los conceptos de "contratación" y de "sector público" previstos en la Ley 30/2007, conviene indicar que ambos han ido ampliándose progresivamente,[3] de forma que en la actualidad, dicha Ley se aplica no sólo a entidades de Derecho público o privado en mano pública (que integran el denominado "sector público", artículo 3 de la Ley) sino, asimismo, a determinados sujetos plenamente privados como las sociedades concesionarias de obras públicas (artículo 250 de la Ley de Contratos del Sector Público, respecto de los contratos de obras que adjudiquen) o a las personas físicas o jurídicas que, no estando integradas en el "sector público", adjudiquen contratos de obras y de servicios que superen un determinado umbral y que estén subvencionados en más de un cincuenta por ciento por determinados entes, organismos y entidades integrantes del sector público (artículos 3 y 17 de la Ley de Contratos del Sector Público).

La actividad contractual de todas las personas y entidades indicadas habrá de sujetarse, por lo tanto, a lo previsto en la Ley de Contratos del Sector Público con la extensión que en cada caso corresponda.

Y cualquier incumplimiento de la legalidad aplicable que, con ocasión de la referida actividad, realicen las personas sujetas a la legislación de contratos del sector público deberá poder ser debidamente fiscalizado, en su caso e inicialmente, por la propia Administración y, en último término, por los Tribunales de Justicia, al corresponder a éstos garantizar el derecho de todas las personas a "obtener la tutela efectiva" de sus "derechos e intereses legítimos" (artículo 24 de la Constitución Española).

No obstante, se ha puesto tradicionalmente en entredicho la efectividad práctica de los mecanismos de control de la actividad contractual pública existentes en España.

En efecto, a la eventual comisión por las Administraciones Públicas (más correctamente, por las entidades o poderes adjudicadores) de irregularidades durante las fases de preparación y adjudicación de los contratos se unen, por una parte, la natural tendencia de los interesados en los procedimientos de adjudicación o de los licitadores a abstenerse de recurrir frente a la actuación administrativa, en la creencia de que no encrespando los ánimos de la Administración podrán resultar adjudicatarios en el futuro, y, por otra, la circunstancia, advertida por el profesor BAÑO LEÓN, de que los medios que el Derecho español ha ofrecido al licitador para hacer posible la defensa de su derecho a un procedimiento de selección transparente y justo han sido "paupérrimos, ineficaces para prevenir prácticas ilegales, cuando no corruptas, y sólo parcialmente satisfactorias

3 En un inicio, únicamente los contratos de obras, gestión de servicios y suministro adjudicados por el Estado (Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado) o por las entidades locales (Decreto de 19 de enero de 1953, por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales). En la actualidad, el artículo 5 de la Ley 30/2007 reputa contratos del sector público, entre otros, a los de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y colaboración entre el sector público y el sector privado.

en las posibilidades indemnizatorias".[4] Y es que, como se expondrá, los remedios previstos en la legislación interna española han dispensado tradicionalmente una protección notoriamente inadecuada.[5]

Precisamente, la insuficiencia de los medios de control establecidos por los distintos legisladores nacionales no ha pasado inadvertida para el Derecho comunitario.

El sector de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea es de una extraordinaria importancia. Según los datos de la Comisión Europea, el gasto de las Administraciones Públicas europeas (entendidas éstas en sentido amplio) equivale a más del 16% del PIB de la Unión Europea.[6] Como indica PIÑAR MAÑAS, "se trata de una parcela de no poca importancia en el total de las transacciones económicas de la Unión Europea" y, probablemente, su importancia se ha incrementado notablemente como consecuencia de "la utilización de nuevas e ingeniosas fórmulas para seguir llevando a cabo grandes infraestructuras sin que la financiación incida negativamente en el déficit público".[7]

La consecución del mercado único en el seno de la Unión Europea no podía dejar fuera del mismo un sector tan relevante como el de la contratación pública realizada por los distintos Estados Miembro. En palabras de PIÑAR MAÑAS, resultaba imprescindible "establecer un marco regulador preciso que intentase evitar que, a través de la contratación pública, pudiesen fomentarse prácticas restrictivas de la competencia" y, concretamente, la tentación de "contratar nacional" y el establecimiento de "medidas proteccionistas de las economías nacionales". De lo contrario, sería inviable la consecución de los objetivos a alcanzar mediante la instauración de un mercado único.[8]

Precisamente por las razones expuestas, el Derecho comunitario ha regulado tanto los procedimientos y los criterios de adjudicación de los contratos públicos de mayor relevancia como los mecanismos de recurso frente a las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores en relación con los mismos.

La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (que sustituye a las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de

---

4 BAÑO LEÓN, J. M., "El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional" en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas,* GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.), 2ª ed., Madrid, Civitas, 2004, p. 330.

5 Señala BAÑO LEÓN que, tradicionalmente, la tutela judicial de la contratación administrativa venía reducida a quien ya era contratista, de forma que "se ocupaba de la ejecución del contrato y, en muy escasa medida, de las fases previas de la contratación". BAÑO LEÓN, J. M., "El contencioso …" *Op. cit.,* p. 331.

6 COMISIÓN EUROPEA, *Informe General sobre la actividad de la Unión Europea, 2004*, Luxemburgo, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2005, pp. 27-28.

7 PIÑAR MAÑAS, J., "El Derecho comunitario como marco de referencia del derecho español de contratos públicos", en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas,* GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.), 2ª ed., Madrid, Civitas, 2004, p. 30.

8 PIÑAR MAÑAS, J., "El Derecho comunitario …", *op. cit.*, p. 32.

suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras) es la norma de carácter sustantivo, en la medida en que en la misma se establecen las exigencias aplicables a la preparación y a la adjudicación por parte de los "poderes adjudicadores" de determinados contratos de obras, suministros y servicios.

Como complemento de la anterior Directiva, con carácter horizontal, el legislador comunitario estableció varias exigencias en materia de recursos frente a las decisiones de los poderes adjudicadores en relación con la preparación y la adjudicación de los contratos objeto de aquélla. Dichas exigencias figuran en la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras.

El presente estudio tiene por objeto, precisamente, analizar en qué medida un Derecho público de naturaleza supranacional, como lo es el Derecho comunitario, ha terminado por configurar los procedimientos de recurso que en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros de la Unión Europea (particularmente en el español) se han instaurado para controlar buena parte de la actividad contractual de las personas y entidades que, según el propio Derecho comunitario, están sujetas a la legislación sobre contratos del sector público.[9]

I. La influencia del derecho comunitario en la configuración, por las legislaciones nacionales, de los procedimientos de recurso frente a la actividad de preparación y adjudicación de los contratos públicos

1. El Derecho comunitario, motor de los cambios de la legislación reguladora de la contratación pública en los Estados Miembros de la Unión Europea

El Derecho comunitario ha tenido y tiene una gran influencia en la conformación de los Derechos nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea en materia de contratación pública y, por ende, en materia de control de las actividades de preparación y

9 La construcción jurídica del Derecho comunitario en materia de contratación pública descansa, precisamente, sobre el concepto de "contrato público". Dicho concepto, para el Derecho comunitario, no se caracteriza por la existencia en su seno de un contenido material que permita diferenciar dichos contratos de los privados, sino por la presencia en el negocio jurídico de un poder adjudicador, noción ésta que ha sido sucesivamente perfilada por las Directivas comunitarias en materia de contratación y por las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han interpretado su alcance. *Vid.* GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos*), Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 47.

adjudicación de los contratos que pretendan celebrar las Administraciones Públicas y demás entidades que tengan la condición de poder adjudicador.[10]

Han sido diversas las Directivas comunitarias en materia de contratación incorporadas, con mayor o menor acierto, a los ordenamientos jurídicos nacionales. Igualmente, han sido reiterados los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea condenando a distintos Estados Miembros por la indebida incorporación de las mismas.

El incumplimiento por la legislación en materia de contratación pública de la noción de "poder adjudicador" ha sido, por ejemplo, determinante de una parte importante de las condenas impuestas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al Reino de España y, por ende, de las sucesivas reformas de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Dado el alcance del presente trabajo, en adelante nos referiremos únicamente al caso de España.

El marco regulador de la contratación pública en España se ha visto notable y continuamente modificado desde que se produjo su ingreso en la entonces Comunidad Económica Europea. Y la última modificación de dicho marco la constituye la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público, norma que, además de actualizar la legislación nacional sobre contratación pública, pretende incorporar al ordenamiento jurídico interno las previsiones contenidas en la Directiva 2004/18/CE así como reflejar la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar el Derecho comunitario originario y derivado aplicable en el ámbito de la contratación pública.

La finalidad de las distintas Directivas comunitarias en materia de contratación pública ha sido establecer un régimen común aplicable a la preparación y a la adjudicación de los contratos objeto de las mismas por parte de los poderes adjudicadores.[11]

El régimen establecido por las Directivas comunitarias tiene como objetivo primordial garantizar la igualdad concurrencial de la totalidad de los ciudadanos comunitarios interesados en participar en los procedimientos de concurrencia competitiva que puedan convocar los distintos poderes adjudicadores en relación con los contratos que las mismas regulan y, en último término, las libertades de circulación de capitales, personas, servicios y mercancías consagradas en el Tratado de Roma. Es decir,

10 PIÑAR MAÑAS ha llegado a expresar que "toda la regulación de las actuaciones previas a la adjudicación de los contratos, así como la propia adjudicación, son Derecho comunitario". PIÑAR MAÑAS, J., "El Derecho comunitario …", *op. cit.*, p. 29.

11 La eficaz aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública ha precisado de un ingente esfuerzo de delimitación subjetiva de su ámbito de aplicación que se ha traducido, finalmente, en la utilización de un concepto funcional del Estado y en la sujeción a las normas sobre contratación pública de aquellos particulares que obtengan ciertas situaciones de ventaja de los poderes públicos. Las fórmulas de las Directivas han tratado de comprender en su seno a fórmulas de organización político-administrativa muy diversas y evitar la burla de sus disposiciones mediante expedientes de huida al Derecho administrativo o utilización de técnicas de administración indirecta mediante sujetos auténticamente privados. De ahí que, como señala García-Andrade Gómez, "la forma jurídica ha pasado a ser irrelevante a la hora de determinar el Derecho aplicable". *Vid.* GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *op. cit.,* p. 21.

lograr la apertura a la competencia y la transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.[12]

Con carácter inmediatamente posterior al ingreso de España en la Comunidad Económica Europea, el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, fue modificado por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo. La modificación tenía como principal objetivo incorporar al ordenamiento jurídico español la regulación contenida en las Directivas 77/62/CEE, sobre contratos de suministro, y 71/305/CEE, sobre contratos de obras.

Con ocasión de la aprobación de las Directivas 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, 93/36/CEE, sobre contratos de suministro y 93/37/CEE, sobre contratos de obras (estas dos últimas sustituían a las Directivas 77/62/CEE y 71/305/CEE), España se vio obligada a adaptar de nuevo su legislación de contratos públicos.

Dicha adaptación tuvo lugar mediante la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que, además de pretender incorporar a nuestro ordenamiento las previsiones contenidas en las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública, permitió hacer frente a otras necesidades acuciantes a las que posteriormente nos referiremos.

Tras la entrada en vigor de la Ley 13/1995, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea condenó reiteradamente al Reino de España por incumplimiento de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE. Dichas condenas se tradujeron en sucesivas reformas de la propia Ley (la más importante, efectuada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre), y, en último término, desembocaron en la aprobación, por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El Texto Refundido fue igualmente modificado (por ejemplo, por Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo y por la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, además de por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, a la que nos referiremos con posterioridad) como consecuencia de nuevos pronunciamientos condenatorios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, sustituye a las precedentes (92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE), habiéndose producido la incorporación de sus

12 La Doctrina considera que el título de intervención administrativa en el ámbito de la contratación pública ha variado de forma considerable desde sus orígenes. Inicialmente, la justificación de la regulación de la contratación administrativa se buscaba en la huida de la Administración Pública de los Tribunales ordinarios. Después de la Revolución Francesa, se buscaron nuevos fundamentos como la separación de poderes, primero, y el reconocimiento de potestades exorbitantes necesarias para garantizar el interés público, después. En la actualidad y desde la entrada de España en la Unión Europea el título legitimador de la normativa reguladora de la contratación pública es la necesidad de garantizar la libre competencia, es decir, la transparencia, objetividad y no discriminación en las adjudicaciones de contratos en el mercado común europeo, evitando el falseamiento de la competencia en el mismo. *Vid.* PIÑAR MAÑAS, J.L., "El Derecho comunitario … *Op. cit.,* p. 78, o GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Ámbito de aplicación de la Ley. Artículos 1 a 9, inclusive", en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas.* GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.), 2ª ed. Madrid. Civitas. 2004, p. 82.

disposiciones al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

Hecha la anterior exposición de las principales normas de Derecho comunitario en materia de contratación pública y de la influencia de las mismas sobre el Derecho nacional, debe advertirse que ni las Directivas 77/62/CEE, 71/305/CEE ni las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE o 93/37/CEE incorporaban en su seno mecanismos dirigidos a garantizar la efectiva aplicación, en cada uno de los Estados miembros, de sus respectivas disposiciones. Tampoco lo hace, como se ha indicado, la Directiva 2004/18/CE.

Por ello, al margen de la regulación contenida en las expresadas Directivas y con carácter horizontal, el legislador comunitario estableció varias exigencias en materia de recursos. Las mismas figuran en la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras.[13]

El legislador español no consideró necesario incorporar las reglas establecidas en materia de controles de la actividad contractual por parte de la Directiva 89/665/CEE, al entender que el Derecho nacional ya daba cumplida satisfacción a dichas exigencias.

La Ley 13/1995 no pudo ser más reveladora a estos efectos. Su exposición de motivos afirmaba, sin complejos, que "no se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro Ordenamiento Jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido".[14]

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no compartió el criterio del legislador español y declaró, en su Sentencia de 15 de mayo de 2003 (asunto C-214/00, Comisión c. España), que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 89/665/CEE, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE. Al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular:

- al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté

13 Se extendió su vigencia a los contratos de servicio, en virtud de la modificación efectuada por la Directiva 92/50/CEE.

14 La Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, a la que se refiere la Ley 13/1995, cumple el mismo objetivo que la Directiva 89/665/CEE, aunque respecto de la Directiva 90/531/CEE, del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; y

- al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

Para poder determinar el alcance del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es preciso analizar con detalle el contenido de la Directiva 89/665/CEE.

2. La directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras

El legislador comunitario pronto se percató de que las Directivas en materia de contratación pública no estaban siendo correctamente aplicadas por los Estados miembros. Como señala PIÑAR MAÑAS, "la práctica de los poderes públicos, su inercia, su afán de sortear en la medida de lo posible la aplicación de las Directivas y los preceptos de los Tratados en el ámbito de la contratación, podían convertir el considerable bagaje normativo y jurisprudencial que ya existía en meras e inútiles buenas intenciones".[15]

La Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras (y servicios, según modificación efectuada por la Directiva 92/50/CEE), tiene, precisamente, como finalidad establecer el marco normativo que haga posible la aplicación efectiva de las disposiciones de las Directivas vigentes en materia de contratación pública (en la actualidad, las contenidas en la Directiva 2004/18/CE), imponiendo a los Estados miembros la obligación de establecer procedimientos nacionales de recurso eficaces y rápidos que hagan posible corregir las violaciones de dichas disposiciones.[16]

La Directiva parte de que los mecanismos en vigor destinados a garantizar la aplicación de las disposiciones de las Directivas reguladoras de la adjudicación de determinados

15 PIÑAR MAÑAS, J. L., "El Derecho comunitario …, *op. cit.*, p. 42.

16 Existe una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de mayo de 2006, 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 (COM (2006) 195 final).

contratos públicos, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, "no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse" (considerando segundo) y que "la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación", siendo preciso para ello "que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho" (considerando tercero).

En relación con dichos medios de recurso y tomando en consideración la poca duración de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, el Consejo estima necesario que los organismos competentes para entender de los recursos estén habilitados "para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que el poder adjudicador podría eventualmente adoptar" (considerando quinto) así como establecer procedimientos adecuados que hagan posible "la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción" (considerando sexto).

Concretamente, la Directiva ordena a los Estados Miembros adoptar, en relación con los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación «las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible (…) cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa» (artículo 1 apartado 1) y velar para que no se produzcan discriminaciones entre las empresas que aleguen un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos como consecuencia de la distinción entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales (artículo 1 apartado 2).

En todo caso, los procedimientos de recurso que establezcan los Estados miembros deberán cumplir el requisito de ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción (artículo 1 apartado 3) y permitir:

- La adopción, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, de medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluida la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o de la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores.
- La anulación de las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación;
- El otorgamiento de una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

La Directiva, no obstante, respeta la potestad de autoorganización de los Estados miembro y, así:

- No exige que la adopción de las distintas decisiones que puedan tomarse en los procedimientos de recurso deba corresponder a un mismo organismo, pudiendo distribuirse aquellas entre varios diferentes.
- No exige que la iniciación de los procedimientos de recurso implique la suspensión automática del procedimiento de adjudicación al que aquellos se refieran.
- Autoriza a los Estados Miembros a imponer como condición del reconocimiento de una indemnización de los daños y perjuicios irrogados por una decisión presuntamente ilegal que la misma sea anulada previamente por parte del organismo competente.
- Autoriza a los Estados miembros a determinar los concretos efectos que el ejercicio de las medidas antes indicadas pueda tener sobre el contrato que se celebre con ocasión de la adjudicación.
- Faculta a los Estados miembros para valorar los intereses en presencia (todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general) previamente a la adopción o no de las anteriores medidas provisionales, pudiendo decidir «no concederlas cuando las consecuencias negativas pudieran superar sus ventajas».
- Autoriza a los Estados miembros a disponer que, una vez celebrado el contrato objeto de la adjudicación, las medidas que puedan adoptarse en los procedimientos de recurso queden limitadas a la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a cualquier persona perjudicada por la infracción, con la excepción del caso en que la decisión deba anularse con carácter previo al otorgamiento de la indemnización de los daños y perjuicios.

En todo caso, los Estados miembros deben garantizar que las decisiones que se adopten por los organismos responsables de los procedimientos de recurso «puedan ser ejecutadas de modo eficaz» (artículo 2 apartado 7).

Para evitar la posibilidad de que se atribuya la resolución de los recursos a órganos administrativos dependientes de la misma Administración Pública de la que dependa el poder adjudicador, se prevé que si los organismos responsables de los procedimientos de recurso no tuvieran carácter jurisdiccional, sus decisiones sean siempre "motivadas por escrito" y puedan ser objeto de un "recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente" respecto tanto del poder adjudicador como del organismo responsable de resolver los recursos (artículo 2, apartado 8).

La sospecha de que los Estados miembros puedan no ser especialmente diligentes en la aplicación efectiva de la Directiva 89/665/CEE hace que la misma prevea la intervención de la propia Comisión Europea en caso de que por ésta se considere que "se ha cometido una infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos durante un procedimiento de adjudicación de contrato comprendido en el ámbito de aplicación de las Directivas" (artículo 3).

3. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00, Comisión c. España)

Como se ha expresado, la Ley 13/1995 no consideró necesario realizar incorporación alguna de la Directiva 89/665/CEE dado que, según indicaba su exposición de motivos, la materia relativa a los recursos no debe ser objeto de regulación por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas ya que el ordenamiento jurídico español, "en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido".

La seguridad mostrada por el legislador español en 1995 (incluso se invocó expresamente la Directiva 89/665/CEE) no tardó mucho tiempo en quedar en entredicho.

La Comisión Europea ya había iniciado, con anterioridad a la aprobación de la Ley 13/1995, alguna actuación frente al Gobierno español en relación con la adaptación del Derecho interno a la Directiva 89/665.

En efecto, el 18 de noviembre de 1991, el Gobierno español remitió, en cumplimiento del deber establecido en la Directiva 89/665/CEE,[17] un escrito en el que figuraban las normas que incorporaban sus disposiciones al Derecho interno: la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, la Ley de Procedimiento Administrativo, de 18 de julio de 1958, la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, y la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

Tras realizar el oportuno análisis de la suficiencia de dichas normas a efectos de entender debidamente incorporada la Directiva 89/665/CEE, el 21 de junio de 1994, la Comisión Europea remitió sus primeras observaciones desfavorables acerca de las mismas.

Ante la insuficiencia de la respuesta de las autoridades españolas, la Comisión Europea remitió al Gobierno español, el 29 de mayo de 1996, un escrito de requerimiento en el que indicaba que el ámbito subjetivo de aplicación de las medidas nacionales de incorporación no coincidía con el de la Directiva 89/665, que dichas medidas nacionales sólo permitían recurrir directamente los actos de trámite de forma excepcional y que las mismas únicamente contemplaban la posibilidad de suspensión de la ejecución del acto administrativo en caso de haberse interpuesto un recurso contra el mismo en cuanto al fondo.

El Gobierno español sostuvo, en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 13/1995, que el concepto de organismo de Derecho público es el mismo que el contemplado en las Directivas 93/36, 93/37 y 92/50, que los actos de trámite pueden ser recurridos autónomamente y que la suspensión de la ejecución de un acto sólo es legalmente posible en el Derecho español si previamente se interpone un recurso frente al mismo.

No obstante las reformas introducidas en la Ley 13/1995 por las Leyes 29/1998 y 4/1999, la Comisión concluyó que el Reino de España no había puesto fin a los incumplimientos de la Directiva 89/665 y remitió, el 25 de agosto de 1999, un dictamen motivado instando la adopción de las medidas necesarias para atenerse a él en el plazo de dos meses.

17 Su artículo 5 señala que los Estados miembros, además de poner en vigor las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva antes del 21 de diciembre de 1991, deberán comunicar a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno, de orden legal, reglamentario y administrativo, que adopten dentro del ámbito regulado por la Directiva.

El Gobierno español se limitó a refutar las tesis de la Comisión Europea, circunstancia que llevó a ésta a interponer un recurso por incumplimiento de la Directiva 89/665/CEE contra el Reino de España como consecuencia de:

1º- No haberse extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por "*todas las entidades adjudicadoras*", en el sentido que atribuyen a este término las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, incluidas determinadas sociedades de Derecho privado;
2º- No permitir la interposición de recursos contra "todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras", incluidos todos los actos de trámite, durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público; y
3º- No haber previsto la posibilidad de que se tomen "todo tipo de medidas cautelares procedentes" en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidas las medidas destinadas a permitir la suspensión de una decisión administrativa, eliminando para ello las dificultades y los obstáculos de cualquier tipo y en particular la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

En relación con la primera imputación de la Comisión Europea, la Sentencia parte de la definición de entidad o poder adjudicador que figura en las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE.

Para la Comisión, el artículo 1 de la Ley 13/1995, aunque reproducía casi literalmente la norma relativa al ámbito subjetivo de aplicación contemplada en las disposiciones correspondientes de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, contenía, no obstante, una diferencia sustancial, ya que excluía de su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado, al añadir un requisito previo relativo a la forma de las entidades no previsto en la legislación comunitaria: que la entidad sea "de Derecho público". La anterior exclusión se vería confirmada por la disposición adicional sexta de la Ley 13/1995, en cuanto contemplaba una regla específica para la actividad contractual de las sociedades mercantiles en cuyo capital fuera mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o de entidades de derecho público: la sujeción de dicha actividad, únicamente y en principio, a los principios de publicidad y concurrencia.

El Gobierno español, sin embargo, sostuvo, por una parte, que la Directiva 89/665/CEE no define el ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE y que lo que realmente se estaría imputando, en su caso, sería la falta de adaptación del Derecho español al artículo 1 de las mismas; por otra, que la expresión "organismo de derecho público" empleada por las Directivas se referiría a una "entidad de derecho público", utilizándose indistintamente en Derecho español ambas expresiones; y, por otra, que el concepto "organismos de derecho público" empleado en las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE no incluye a las sociedades mercantiles públicas, siendo éste un concepto diferente del anterior tal y como demuestra la Directiva 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes

y de las telecomunicaciones (que diferencia dentro de los "poderes públicos", los "organismos de Derecho público", por una parte, y a las "empresas públicas", por otra).

Para el Tribunal de Justicia no admite duda que en la Ley 13/1995 los "organismos públicos que tienen estatuto de Derecho privado" (básicamente, las sociedades mercantiles en mano o control públicos) "quedan fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa española sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por tanto, del régimen de recursos en materia de contratación pública" (F.J. 47º).

A continuación la Sentencia analiza si el concepto de "entidad adjudicadora" de la Directiva 89/665/CEE "se refiere únicamente a los organismos que se rigen por el Derecho público, como sostiene el Gobierno español, o si los organismos que tengan estatuto de Derecho privado pueden también estar comprendidos dentro de este concepto" (F.J. 48º), debiendo partirse del concepto de "entidad adjudicadora" y, concretamente, del de "organismo de Derecho público" contemplado en las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, dado que su ámbito de aplicación personal debe ser el mismo que el de la Directiva 89/665/CEE.

El Tribunal estima que para que una entidad sea calificada como "organismo de Derecho público", debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (Sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96). Dicho concepto, además, debe interpretarse, según el Tribunal, "en sentido amplio" (Sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00) y con arreglo a un criterio "funcional" (Sentencias de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99).

El Tribunal afirma (F.J. 54º) que para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, "se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto", de forma que "el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665" (F.J. 55º), concluyendo que "no cabe interpretar el concepto de "organismo de Derecho público" utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665" (F.J. 57º) y que, "en la medida en que excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665 a las sociedades de Derecho privado, la normativa española de que se trata en el caso de autos no incorpora correctamente el concepto de "entidad adjudicadora" que figura en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37" (F.J. 60º).

Respecto de la segunda imputación, el Tribunal analiza el sistema de recursos vigente en España y de aplicación a la adjudicación de contratos objeto de regulación por las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, sistema que entiende constituido, a los efectos del procedimiento, por:

- El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), en cuanto permite recurrir los actos definitivos y los actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.
- El artículo 25 apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto declara que es posible interponer recurso contencioso-administrativo en relación con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, sean definitivos o de trámite, siendo necesario, en cuanto a estos últimos, que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.
- El artículo 111 de la Ley 30/1992, en cuanto establece la regla general de la no suspensión de la ejecución de los actos impugnados en caso de interposición de cualquier recurso frente a los mismos, sin perjuicio de la competencia de acordar la suspensión que se atribuye al órgano competente para resolver el recurso, previa ponderación razonada de los perjuicios inherentes a la ejecución o a la no ejecución y siempre que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación al recurrente y que la impugnación esté fundamentada en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, y el régimen de silencio positivo por el transcurso de treinta días desde el registro de la oportuna solicitud sin haberse dictado resolución expresa.
- Los artículos 129 y 136 de la Ley 29/1998, en cuanto permiten la adopción de cualesquiera medidas que aseguren la efectividad de la sentencia (y no únicamente la suspensión de la ejecución del acto recurrido) siempre que la misma no ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, a ponderar por el Tribunal en forma circunstanciada, incluso antes de la interposición del recurso, en cuyo caso, deberá solicitarse su ratificación con ocasión de la interposición del recurso que, inexcusablemente, deberá producirse en el plazo de diez días desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares, quedando automáticamente sin efecto las medidas acordadas en caso contrario y debiendo el solicitante indemnizar los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

Para la Comisión, el ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665 quedó indebidamente reducido por el Derecho español, ya que sus disposiciones en materia de recursos (artículos 107 de la Ley 30/1992 y 25 apartado 1 de la Ley 29/1998) limitan la

posibilidad de recurrir contra los actos de trámite, sin que la Directiva establezca excepción alguna al respecto, debiendo cualquier medida presuntamente ilegal (y no sólo los actos definitivos) poder ser recurrida de manera eficaz y, particularmente, de la forma más rápida posible (esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación del contrato sería la mejor manera de debilitar o incluso de destruir la eficacia y la rapidez de los recursos que la Directiva 89/665 exige).

Para el Gobierno español, los actos de trámite no irrogan perjuicio alguno al interesado dado que únicamente sirven de base para la adopción de una decisión definitiva favorable o desfavorable. Sólo si un acto de dicha naturaleza implicara en sí mismo una toma de posición, dejaría de ser un acto de trámite propiamente dicho y sería recurrible. Además, indica que las disposiciones internas relativas a la posibilidad de impugnar los actos de trámite son de carácter horizontal y se aplican a todos los procedimientos.

Para el Tribunal de Justicia, los artículos 107 de la Ley 30/1992 y 25 apartado 1 de la Ley 29/1998 excluyen los actos de trámite del ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665 salvo que cumplan alguno de los requisitos que los mismos exigen: que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o un perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos (FF.JJ. 74º y 75º).

No obstante, indica el Tribunal que la Directiva 89/665 "no define de manera expresa el alcance del concepto de "decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras" que figura en su artículo 1, apartado 1", de forma que, para el análisis de si los actos de trámite que no pueden ser recurridos por no cumplir ninguno de los indicados requisitos son o no "decisiones" respecto de las que deba garantizarse la existencia de recursos a efectos de la Directiva, es preciso examinar la finalidad de ésta y evitar desvirtuar su efecto útil (F.J. 76º). A tal efecto, se cita el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva, que exige procedimientos de recurso eficaces y rápidos, por una parte, y, "accesibles a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción", por otra.

Dado que la legislación española garantiza a los interesados la posibilidad de recurrir contra los actos definitivos y contra los actos de trámite, en los casos indicados, y que la Comisión no ha justificado que la misma no garantice la tutela judicial adecuada de los particulares perjudicados por infracciones de las normas de Derecho comunitario o de las normas nacionales que lo incorporen, el Tribunal desestima la segunda imputación.

Por último y respecto de la tercera imputación, el Tribunal analiza la existencia en el Derecho español de procedimientos urgentes de suspensión de los procedimientos de adjudicación que sean independientes de la interposición de recursos.

La Comisión expresa que los artículos 111 de la Ley 30/1992 y 129 a 136 de la Ley 29/1998, no garantizan la existencia de dicho procedimiento de urgencia, dado que, salvo en el supuesto de las medidas cautelares pre-contenciosas (artículo 136 apartado 2, de la Ley 29/1998), el Derecho español no permite adoptar medidas provisionales si no se interpone simultáneamente un recurso en cuanto al fondo. Además, indica que la suspensión de la ejecución del acto es la única medida que puede adoptarse en el seno de un recurso administrativo. Y respecto del recurso contencioso-administrativo, señala que la necesidad de que el auto que resuelva la pieza cautelar no prejuzgue el fondo del asunto, según

ha establecido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, limita la capacidad del juez de adoptar todas las medidas necesarias.

El Gobierno español indica que los recursos administrativos en materia de contratación pública son totalmente excepcionales y que en el supuesto de ser necesario interponer uno de dichos recursos para agotar la vía administrativa, el plazo del que dispone la Administración para pronunciarse sobre la solicitud de suspensión es extremadamente breve (30 días) de forma que transcurrido el mismo sin haberse dictado resolución expresa, aquella se entiende concedida por silencio administrativo.

Respecto de la dependencia entre la medida provisional y el recurso en cuanto al fondo, expresa que cualquier medida provisional es una medida accesoria, careciendo de sentido la independencia absoluta exigida por la Comisión.

Y concluye afirmando que, bajo la Ley 29/1998, es posible la adopción de todo tipo de medidas provisionales, incluso las de carácter positivo, y que cualquier solicitud de medidas cautelares implica un examen del fondo del asunto, aun meramente preliminar.

Para el Tribunal de Justicia no admite duda que, con la excepción de los supuestos contemplados en el artículo 136 apartado 2, de la Ley 29/1998, "la normativa española supedita la solicitud de medidas provisionales a la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo" (F.J. 95º).

La Directiva 89/665, dada la breve duración de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, exige que los Estados miembros den un tratamiento urgente a las infracciones de las normas relevantes del Derecho comunitario o de las normas nacionales que lo incorporen que en aquellos se produzcan, razón por la cual el artículo 2 apartado 1 letra a) de aquella impone a los Estados miembros la obligación de habilitar a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso para que "puedan adoptar medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados" (medidas que pueden incluir la suspensión del procedimiento de adjudicación o la ejecución de cualquier decisión adoptada por las entidades adjudicadoras) (F.J. 97º).

Aunque se indica que la normativa española establece la posibilidad de que se adopten medidas cautelares de carácter positivo (en sede jurisdiccional, de forma que la suspensión deja de ser la única medida cautelar posible), "no cabe considerar que constituya un sistema de tutela judicial provisional adecuado para corregir de manera eficaz las infracciones eventualmente cometidas por las entidades adjudicadoras, dado que exige por regla general la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo como condición para la adopción de una medida provisional contra una decisión de la entidad adjudicadora" (F.J. 99º).

Precisamente, es la necesidad de dicho recurso en cuanto al fondo la que determina al Tribunal a estimar la tercera de las imputaciones contenidas en el recurso de la Comisión. Y a dicho efecto, se cita la Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Comisión c. Grecia, C-236/95) en cuanto afirma que los Estados miembros están obligados a conferir a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso la facultad de adoptar, "independientemente de cualquier acción previa", todas las medidas provisionales, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación.

De conformidad con la fundamentación expuesta, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró en su Sentencia de 15 de mayo de 2003 que el Reino de España incumplió sus obligaciones con base en la Directiva 89/665/CEE, a) al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por determinadas sociedades de Derecho privado; y, b) al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

Como a continuación se expondrá, la Sentencia analizada en el presente apartado, fue determinante de la modificación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de 2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Dicha Ley, además de modificar el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (para tratar de dar cumplimiento al primer pronunciamiento condenatorio contenido en la Sentencia de 15 de mayo de 2003) introdujo como novedad el reconocimiento a favor de los interesados en concurrir a un procedimiento de adjudicación y, en todo caso, a favor de los licitadores, de la facultad de solicitar la adopción de medidas provisionales frente a las infracciones o para impedir la producción de perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender el procedimiento de adjudicación del contrato o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

Con las anteriores medidas el legislador español entendió que se daba exacto cumplimiento a las exigencias dimanantes de la Directiva 89/665/CE. Sin embargo, pronto pudo comprobarse que ello no había sido así.

4. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/06, Comisión c. España)

La modificación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas operada por la Ley 62/2003 fue reputada insuficiente, a la luz de las exigencias de la Directiva 89/665/CE, por parte de la Comisión Europea.

Las insuficiencias existentes en el sistema español de recursos llevaron a las Autoridades Comunitarias a iniciar un nuevo procedimiento por incumplimiento frente al Reino de España, procedimiento que ha desembocado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008 (asunto C-444/06, Comisión c. España) que condena al Reino de España por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, concretamente, en virtud de lo establecido en el artículo 2.1. letras a) y b) de la Directiva 89/665/CEE.

La Sentencia, tras volver a analizar las disposiciones relativas a los mecanismos de recurso contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concluye que la

protección jurídica completa del demandante en los procedimientos de recurso debe garantizarse previamente a la celebración del contrato y ello implica:

- La obligación de informar a los licitadores de la decisión de adjudicación antes de la celebración del contrato, con objeto de que éstos dispongan de una posibilidad real de recurrir.
- La obligación de conceder al licitador excluido la posibilidad de examinar en el momento oportuno la cuestión de la validez de la decisión de la adjudicación, lo que implica que debe mediar un plazo razonable entre el momento en que se comunica a los licitadores excluidos la decisión de adjudicación y la celebración del contrato, para que aquéllos puedan interponer una demanda de medidas provisionales previa a dicha celebración.

La Sentencia afirma que aunque la Ley 30/1992, por una parte, permite interponer recursos contra determinados actos de trámite previos a la adjudicación así como adoptar durante su tramitación medidas provisionales (incluida la suspensión de los actos impugnados) y, por otra, obliga a notificar el acto de la adjudicación (en cuanto acto que pone fin al procedimiento), "en la medida en que el acto de adjudicación implica *de iure* la celebración del contrato, resulta de ello que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato" (considerando 42º). Además, dado que la formalización del contrato puede ser concomitante a su adjudicación o seguirla en muy breve plazo, "la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas" (considerando 43º).

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta evidente que bajo la legislación española analizada hasta el momento, "en determinados supuestos, no puede interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación antes de la ejecución misma del contrato" (considerando 44º), de forma que dicha legislación "no permite a todo licitador excluido interponer un recurso con arreglo a las exigencias de la Directiva sobre recursos contra la decisión de adjudicación de un contrato público antes de la propia celebración de éste" (considerando 46º).

Consecuentemente, se declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2.1 letras a) y b) de la Directiva 89/665/CE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989.

II. Mecanismos de control de la actividad de preparación y adjudicación de los contratos que deban adjudicarse con arreglo a la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de contratos del sector público

Analizadas las exigencias que el Derecho comunitario establece en relación con la configuración por los ordenamientos nacionales de los recursos en materia de contratación pública y los mecanismos que no permiten entenderlas cumplidas, resta analizar si

dichas exigencias han sido o no finalmente incorporadas al ordenamiento jurídico español con ocasión de la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Partamos para ello de un breve análisis de qué se entiende por "actividad de preparación y adjudicación" de los contratos del sector público.

1. La actividad de preparación y adjudicación de los contratos del sector público

La actividad de preparación y adjudicación de los contratos del sector público es aquella actividad, esencialmente unilateral, que tiene por objeto la obtención y la articulación por parte del órgano de contratación de los antecedentes necesarios para la celebración de los contratos del sector público, por una parte, y la selección del contratista, por otra.

Se trata de una actividad regida, básicamente (siempre que se superen determinados umbrales), por las Directivas comunitarias en materia de contratación pública que, realmente, no contienen una regulación completa del régimen jurídico de la contratación pública sino únicamente de sus fases de preparación y adjudicación.

Como hitos más significativos de la actividad de preparación y adjudicación deben destacarse, sin duda alguna, la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que hayan de regir la licitación, la adjudicación misma del contrato licitado a favor del empresario seleccionado por la Administración (adjudicación que, además de determinar la perfección del contrato, implica la terminación del expediente de contratación) y la resolución que pueda declarar desierto el concurso.

Como indica la Doctrina,[18] es característica de la contratación administrativa la particular relación entre el derecho dispositivo y el *ius cogens*. Además de los pliegos de cláusulas generales (documentos que recogen cláusulas habituales en determinados ámbitos de la contratación que, no obstante, pueden no ser de aplicación a un concreto contrato, si así se determina), los pliegos de cláusulas administrativas particulares son el documento base de los contratos públicos en España, en cuanto contienen los pactos y condiciones que definen los derechos y obligaciones contractuales de las partes. Por ello, las ofertas de los licitadores deben adecuarse al contenido de los pliegos.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben aprobarse con anterioridad a la perfección y, en su caso, licitación del contrato (artículo 99 de la Ley 30/2007), exceptuándose únicamente de la necesidad de dicha aprobación la contratación urgente, la contratación en el extranjero y los contratos menores.

Su contenido viene determinado en el Reglamento General de la Ley de Contratos (Real Decreto 1098/2001) y, en algún caso (contrato de concesión de obra pública), en la propia Ley 30/2007 (artículo 115).

18 *Vid.* TORNOS MAS, J., "Título III. De las Actuaciones relativas a la contratación. Capítulos I, II y III. Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración", en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.), 2ª ed., Madrid, Civitas, 2004, p. 280.

En todo caso, como ha establecido el Tribunal Supremo (Sentencia de 1 de julio de 1986), el acto de aprobación de los pliegos de condiciones no es acto de trámite o preparatorio sino que tiene "sustantividad propia" a efectos de recurso, de forma que su adecuación al ordenamiento jurídico "es de vital trascendencia para el respeto de los intereses públicos subyacentes en la vida del contrato".

Lo anterior puede predicarse, igualmente, de los pliegos de prescripciones técnicas. Al igual que los pliegos de cláusulas administrativas particulares, los pliegos de prescripciones técnicas deben ser objeto de la oportuna aprobación. Su contenido mínimo aparece determinado, básicamente, en el artículo 68 del Reglamento General de la Ley de Contratos.

La Ley de Contratos del Sector Público, de conformidad con lo exigido por las Directivas comunitarias, incide en la necesidad de que los pliegos de prescripciones técnicas no incluyan condiciones que sólo puedan cumplir determinadas empresas o productos, dado su carácter discriminatorio.

En cuanto a la adjudicación de los contratos, dicha Ley diferencia entre la adjudicación provisional y la definitiva, siendo esta última la que determina la perfección de los mismos (artículo 27 de la Ley 30/2007) y, como se ha indicado, adicionalmente, la terminación del expediente de contratación.

Además de los anteriores actos, es posible la adopción de otros diferentes en el procedimiento de contratación, actos que, a veces, tienen una gran trascendencia. Así, por ejemplo, la aprobación del expediente de contratación y la apertura del procedimiento de adjudicación (artículo 94 de la Ley 30/2007) o la declaración del carácter desproporcionado o temerario de las bajas (artículo 136 de la Ley 30/2007).

Precisamente, en adelante se analizan los mecanismos de control de los anteriores actos y de cualesquiera otros que puedan adoptarse con ocasión del ejercicio de la actividad de preparación y adjudicación de los contratos públicos en la actualidad vigentes y su compatibilidad con las exigencias que dimanan del Derecho comunitario.

2. Mecanismos de control en vía administrativa de las actividades de preparación y adjudicación de los contratos que deban adjudicarse con arreglo a la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Después de varias Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea condenando al Reino de España por incumplimiento de la Directiva 89/665/CE, la Ley 30/2007 ha pretendido adaptar definitivamente el ordenamiento jurídico español a las exigencias que en materia de recursos resultan de los referidos Directiva y pronunciamientos judiciales.

Los "paupérrimos medios" que nuestro Derecho ofrecía a los licitadores en defensa de sus derechos[19] contrastaban con la situación en otros Estados miembros de la Unión

19 Medios que se unían a las "cortapisas tradicionales" a que debían hacer frente los licitadores e interesados en los procedimientos de licitación. Así, por ejemplo, la Jurisprudencia que prohíbe impugnar el acuerdo de adjudicación sobre la base de la ilegalidad de las bases del procedimiento de licitación si previamente no se han impugnado estas últimas. El Profesor BAÑO LEÓN ha analizado detalladamente dichas cortapisas. BAÑO LEÓN, J. M., "El contencioso precontractual…" *Op. cit.,* pp. 332 y ss.

Europea en los que la Directiva 89/665/CEE había sido correctamente incorporada, como Francia (sistema del *référé précontractuel* que permite a los Tribunales de Justicia tomar decisiones rápidas en cuanto al fondo con posibilidad de adoptar medidas cautelares y otorgar indemnizaciones) o Alemania (sistema de recurso administrativo previo ante un órgano administrativo específico y, en su caso, ulterior recurso ante el Tribunal Superior del Land, vinculando la decisión de cualquiera de ellos que declare la ilegalidad del procedimiento de contratación a los Tribunales civiles a efectos de fijar una indemnización).[20]

El Derecho español trata de ponerse a la altura de las exigencias del Derecho comunitario con la puesta a disposición de los interesados de dos instrumentos principales susceptibles de ser empleados en vía administrativa: un recurso administrativo especial en materia de contratación y la previsión de un régimen especial para la adopción en vía administrativa de medidas cautelares. Los anteriores mecanismos se entienden sin perjuicio de la intervención última de los Tribunales de Justicia como órganos encargados de garantizar la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1 de la Constitución Española).

a) El recurso especial en materia de contratación

La Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ha introducido con carácter totalmente novedoso en el Derecho español el denominado "recurso especial en materia de contratación".

Se trata de un recurso administrativo (no jurisdiccional) y especial (sustituye a los recursos administrativos ordinarios previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), y está llamado a desempeñar un importante papel en el período que (ahora) debe transcurrir entre la adjudicación provisional y la definitiva.[21]

El artículo 37 de la Ley 30/2007 prevé que puedan ser objeto de recurso especial en materia de contratación, siempre que se adopten en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos (principalmente, de los "contratos sujetos a regulación armonizada") los siguientes documentos / actos:

- Los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación.

20 Una exposición más exhaustiva de estos mecanismos puede encontrarse en BAÑO LEÓN, J. M., "El contencioso precontractual…" *Op. cit.*, pp. 332 y ss.

21 El artículo 135 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que la adjudicación provisional se acordará por el órgano de contratación en resolución motivada que deberá notificarse a los candidatos o licitadores y publicarse y que la elevación a definitiva de la adjudicación provisional no podrá producirse antes de que transcurran quince días hábiles contados desde el siguiente a aquél en que se publique aquélla. La adjudicación provisional es una figura novedosa introducida por la Ley 30/2007. La misma puede permitir entender cumplidas algunas exigencias derivadas de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008.

- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente (si deciden directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos).
- Los acuerdos de adjudicación provisional.

Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los expresados no pueden atacarse a través del recurso especial en materia de contratación, aunque pueden ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional a través de dicho recurso especial.

El recurso especial en materia de contratación es la forma prevista en la Ley 30/2007 para agotar la vía administrativa. Frente a la resolución expresa o presunta del mismo podrá acudirse a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Están legitimados para interponerlo las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, los licitadores.

La competencia para resolver el recurso especial se atribuye al órgano de contratación, si se trata de contratos de una Administración Pública, o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública. En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública.

El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación es de diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique o publique el acto impugnado (en el caso la adjudicación provisional, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se publique la misma). La subsanación de los defectos deberá efectuarse, de existir los mismos, en el plazo de tres días hábiles. Tras ello, debe darse audiencia a los restantes interesados por plazo de cinco días hábiles, y se reclamará el expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que dispondrá de dos días hábiles para remitirlo acompañándolo del correspondiente informe. Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo otorgado para ello, el órgano competente resolverá el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados.

Es verdaderamente relevante la previsión según la cual si el acto recurrido es la adjudicación provisional, la tramitación del expediente de contratación queda en suspenso hasta que se resuelva expresamente el recurso. Consecuentemente, en dicho caso no podrá procederse a adjudicar definitivamente el contrato ni, lógicamente, a su formalización hasta que se resuelva expresamente el recurso especial.

En caso de falta de resolución, se establece un régimen de silencio negativo. En efecto, transcurridos veinte días hábiles desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado puede considerarlo desestimado a los

efectos de acudir a la Jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento hasta que ello se produzca, de la suspensión de la adjudicación (siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación provisional).

En cuanto a la eficacia del recurso especial, se prevé, en línea con lo exigido por la Directiva 89/665/CE, que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. La resolución, que deberá ser congruente con la petición se pronunciará, si procede, sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en la documentación contractual, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental. Incluso la resolución del recurso puede acordar la adjudicación del contrato a otro licitador, concediéndose a éste, en dicho caso, un plazo de diez días hábiles para que presente la documentación precisa para que se produzca la adjudicación definitiva.

En cuanto a la valoración del mecanismo del recurso especial, a la luz de las exigencias de la Directiva 89/665/CE, en principio, podría pensarse que las satisface. El contenido de la resolución se ajusta a las mismas. El mecanismo de la suspensión le dota de una especial efectividad. Pero el principal problema reside en la competencia para resolver el recurso que normalmente se atribuye al propio órgano de contratación y no a un órgano independiente.[22] Las resoluciones expresas desestimatorias del recurso especial implicarán el levantamiento de la suspensión y la posibilidad de adjudicar definitivamente el contrato, formalizarlo y ejecutarlo. La eficacia de los mecanismos de recurso en vía administrativa queda, por lo tanto, seriamente en entredicho.

b) Adopción de medidas provisionales

El segundo gran mecanismo de recurso opera en sede cautelar. En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de los procedimientos para la adjudicación de determinados contratos (principalmente, de los "contratos sujetos a regulación armonizada"), reconoce a los interesados y, en todo caso, a los licitadores, en línea con lo exigido por la Directiva 89/995/CE, la legitimación para solicitar la adopción de medidas provisionales dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o a impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el órgano de contratación.

22 Algunas Comunidades Autónomas en España (Islas Baleares, Navarra) han introducido, respecto de los contratos que adjudican sus respectivos sectores públicos, recursos especiales similares al contemplado en la Ley 30/2007, aunque atribuyendo la competencia para su resolución a órganos distintos del de contratación con una cierta independencia.

La solicitud puede formularse ora al tiempo de presentarse el recurso especial en materia de contratación, ora de forma independiente con anterioridad a su interposición, correspondiendo la competencia para su adopción a los mismos órganos y entidades responsables de resolver dicho recurso.

En todo caso, la decisión sobre las medidas provisionales debe producirse dentro de un plazo muy exiguo: dos días hábiles siguientes a la presentación del recurso o del escrito en que se soliciten. En caso de falta de resolución dentro de dicho plazo, deben entenderse denegadas.

La resolución que las acuerde puede imponer la constitución de caución o garantía suficiente si pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza.

El anterior mecanismo, no obstante el aparente avance que supone, presenta serias deficiencias que ponen en entredicho su utilidad.[23]

Así, por una parte, es criticable que se haya instaurado un régimen de silencio negativo, pues el mismo no incentivará, en modo alguno, la adopción de resoluciones expresas acerca de las medidas provisionales que puedan solicitarse. Y, por otra, la imposibilidad de interponer recurso alguno frente a la resolución que pueda acordarse (se entiende lógicamente que en vía administrativa, pues entender que dicha prohibición se extiende también a la vía jurisdiccional sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 de la Constitución) convierte al mecanismo de protección cautelar –en el caso, bastante probable, de que no se adopte medida alguna– en un obstáculo para acceder a la Jurisdicción.

3. Control, por la jurisdicción contencioso-administrativa, de las actividades de preparación y adjudicación de los contratos que deban adjudicarse con arreglo a lo previsto en la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Analizados en el apartado anterior los mecanismos de control en vía administrativa de las actividades de preparación y adjudicación de los contratos públicos, resta por analizar cuáles son los mecanismos existentes en el ámbito jurisdiccional.

Como se ha señalado, la Ley de Contratos del Sector Público tiene por objeto, además de las actividades de preparación y adjudicación de los contratos públicos que realicen las personas jurídicas de Derecho público (sean Administraciones Públicas territoriales, organismos autónomos o entidades de Derecho público de toda clase), las realizadas por determinadas personas jurídicas de Derecho privado (sociedades y fundaciones) en mano pública e, incluso, las realizadas por determinadas personas jurídicas de Derecho privado no vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (adjudicadores de

23 TORNOS MAS ya califico de "decepcionante" el mecanismo que introdujo el artículo 60 bis del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sustancialmente similar al actualmente previsto en el artículo 38 de la Ley 30/2007. TORNOS MAS, J., "De las actuaciones… *Op. cit.,* p. 311.

contratos subvencionados en más de un cincuenta por ciento por las Administraciones Públicas o concesionarios de obras públicas).

El control jurisdiccional de las actividades de preparación y adjudicación de los contratos públicos que celebren todos los entes anteriores corresponderá a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto Jurisdicción revisora de la actuación de la Administración, concretamente, de la resolución que resuelva el recurso especial en materia de contratación.

Dicha atribución resulta de lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público, que asigna al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos así como el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados (artículo 21).

Por su parte, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, atribuye a ésta (artículo 1) el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan "en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho administrativo", considerando que tienen condición de "Administración Pública" la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y las Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

Además de delimitar subjetivamente su ámbito de aplicación, la Ley Jurisdiccional establece en su artículo 2, apartado b) que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con "los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas".

No obstante, la Ley 29/1998 no establece mecanismo sumario alguno en materia de contratación que, en caso de desidia administrativa, permita dar debida satisfacción a las exigencias de la Directiva 89/665/CEE, debiendo entenderse, como señala la Doctrina, que, en este punto, el mismo podría mantener el incumplimiento del Derecho comunitario que la Comisión ya detectó a principios de la década de los noventa.

Y es que, al no existir en la Ley Jurisdiccional "un proceso sumario en materia de contratación", "la ley española se queda por debajo del estándar comunitario" en cuanto a la garantía al licitador de un recurso eficaz en materia de contratación.[24]

24 BAÑO LEÓN, J. M., "El contencioso precontractual…" *Op. cit.,* p. 339.

La Empresa Multinacional y el Pacto de la Sumisión Expresa en el Comercio Europeo y Latinoamericano: un Reto de la Globalización en el Marco del Derecho Procesal Comunitario

*María Flor Sequera**

Introducción. I. El comercio entre la UE y Latinoamérica en el ámbito del derecho privado. A. Antecedentes. B. Perspectiva actual de las negociaciones. C. El tráfico jurídico contractual en materia de derecho privado. II. La aplicación del Reglamento 44/2001 en materia de Competencia Judicial Internacional de cara a la intervención de terceros Estados. A. Consideraciones preliminares. B. El Reglamento 44/2001. C. Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001. c.1. Ámbito de aplicación territorial. c.2. Ámbito de aplicación personal. c.3. Ámbito de aplicación temporal. c.4. Ámbito de aplicación material. III. Noción del domicilio de las personas jurídicas: conveniencia de la "triple identidad del domicilio" para las relaciones comerciales birregionales. IV. Foros de Competencia Judicial Internacional. V. Los foros de CJI como presupuestos de la litigación entre multinacionales europeas y latinoamericanas: La sumisión expresa como foro de autonomía de la voluntad. A. La sumisión expresa o prorrogatio fori. B. Relevancia del foro de sumisión expresa ante una potencial controversia entre las partes en cuestión. Conclusión.

Introducción

En los últimos tiempos, el término "globalización" ha adquirido una especial relevancia en el mercado internacional moderno debido a las innumerables transacciones que en el ámbito comercial se han producido como consecuencia de las alianzas estratégicas que protagonizaron algunos Estados independientes a mediados y fines del siglo XX, que han respondido a las necesidades y exigencias de una sociedad mucho más abierta y multipolar.

Gracias a la globalización, determinados países del mundo han logrado integrar sus economías o, al menos, una parte de aquéllas en la búsqueda de un interés común: crecimiento en el mercado y competitividad. Para el resto que aún no lo ha hecho, la globalización significa una posibilidad de incorporarse a futuras políticas de libre comercio en beneficio de la propia estabilización de sus economías.

Esta integración económica ha sido impulsada por la liberalización del comercio, la inversión de capitales, la privatización de empresas estatales, la estabilización de los sistemas políticos y por un significativo avance tecnológico. Todo ello ha generado un consi-

* Abogada egresada de la Universidad Santa María. Caracas-Venezuela (1995). Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas-Venezuela (2002). Magíster en Derecho Administrativo y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid-España (2003). Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid-España (2005). Abogado de la Gerencia de Recursos Judiciales adscrita a la Gerencia General de Servicios Jurídicos del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), adscrito al Ministerio de Finanzas de Venezuela.

derable tráfico contractual de carácter privado alrededor del mundo, en el que ha salido fortalecido el sector empresarial y que ha dado lugar a la necesidad de que dichas negociaciones se encuentren amparadas por un marco jurídico capaz de responder a las exigencias y dinamismo de este tipo de operaciones.

Procesos como el que experimenta Europa, bajo la forma de la Unión Europea,[1] en aras de establecer una economía sólida y uniforme con tendencia a que los mercados y el mundo empresarial se extiendan más allá de sus fronteras, han acelerado el flujo de inversiones no sólo a nivel intracomunitario, sino también extracomunitario, lo que ha logrado traducirse en una apertura común al comercio exterior.

En este orden de ideas, considera ESLAVA RODRÍGUEZ,[2] que uno de los focos estratégicos de la UE desde el punto de vista comercial, tanto en lo que se refiere al campo de la inversión como en el de la cooperación al desarrollo, ha sido Latinoamérica. En esta parte del continente americano, se han visto intensificadas las inversiones extranjeras, sobre todo, las provenientes del bloque europeo que recientemente llegaron a alcanzar el 58% del total de inversiones directas, superando a los EE.UU. que hasta el momento habían sido líderes en ese sector, quedando atrás con el 38% y un 4% para Japón.

Revisando la historia, el período de 1991-1995 en el que se pusieron en marcha las directrices de cooperación de la Comunidad Europea con Latinoamérica coincidió con un cambio radical en América y en Europa. Casi todos los países de Iberoamérica restauraron regímenes democráticos, a la vez que las políticas económicas mas rigurosas y sostenibles marcadas por una liberalización creciente y un deseo de mayor integración en los mercados internacionales condujeron hacia un crecimiento en esa parte del continente, naciendo así una economía regional "emergente".[3]

El giro que experimentó la economía latinoamericana se debió a tres factores claves: la reducción de la deuda externa, el mejor funcionamiento de las finanzas públicas y el regreso de los inversionistas extranjeros. Europa, por su parte, participa en un proceso de crecimiento, de reformas, de reducción de riesgos de inestabilidad puesto en peligro por las fuertes tensiones sociales que genera un incremento significativo en el comercio intraregional y trasatlántico. Además, la demanda generada por el desarrollo de nuevas infraestructuras hace más atractivo este espacio para los inversionistas y, en especial, para los inversionistas europeos.[4]

---

1 La Unión Europea, antes, Comunidad Europea, tuvo su origen en Roma, con la firma de dos tratados que daban existencia a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad de la Energía Atómica (EURATOM), el 25 de marzo de 1957. La Comunidad, fue creada para promover, mediante el establecimiento de un merado común y de una unión económica y monetaria, políticas o acciones comunes, para lograr el desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas de los paises que formaban parte de esa Comunidad. Para la época de su constitución los Estados que formaban parte de esa Comunidad fueron: Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Luxemburgo y Paises Bajos. Hoy día, está conformada por 25 Estados parte.

2 Cfr. ESLAVA RODRÍGUEZ, M., "Relaciones comerciales y flujos de inversión entre la UE e Iberoamérica", en *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, p. 240.

3 RUESGA, S. M. y FUJII, G., *Europa e Iberoamérica: Dos escenarios de integración europea*, Colección Ariadna, Editorial Parteluz, Madrid, 1998, pp. 219 ss.

4 RUESGA, S. M. y FUJII, G., ibidem.

Resulta evidente que el incremento de la inversión europea en el mercado latinoamericano no se hubiera producido con tal entidad si no es por la especial protección con que tales inversiones han quedado garantizadas a través de la firma de los tratados de zona libre. En la actualidad, los tratados de libre comercio celebrados por la UE con Méjico y Chile y el Acuerdo Marco Inter-regional de Cooperación con el MERCOSUR[5] (período 1995-1997), han provocado un considerable incremento en las exportaciones entre ambos continentes.

Sin embargo, la inversión extranjera necesita estar amparada por un marco legal que sea capaz de promover y proteger la inversión. Por ello, en opinión de ESLAVA RODRÍGUEZ,[6] los países latinoamericanos han sumado esfuerzos para proteger la inversión extranjera, consolidando un marco jurídico óptimo para favorecer y promover el comercio internacional con la celebración de una serie de acuerdos bilaterales como, por ejemplo, el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), que permite un trato más favorable al extranjero que al nacional, defendiendo al inversionista del ejercicio del poder del Estado receptor, en temas como: expropiaciones, transferencias, trato y restricciones de las transacciones, garantizando así, la no modificación de su legislación.

Pues bien, ante la existencia de tales acuerdos o tratados, resulta lógico, que los operadores económicos internacionales de cada país o región, deseén concretar un acuerdo de voluntades, en el cual las partes establezcan sus propias reglas del juego, esto es, que cada una fije sus intereses, proteja sus derechos y se garantice el cumplimiento de sus respectivos deberes, quedando así obligadas a respetar el contrato en los términos que lo hayan expresado.

Sin embargo, en el caso de que alguna de las partes incumpliera el contrato y se generare una controversia, ésta, por el hecho de contener algún elemento de extranjería, tendría matices que la harían jurídicamente más compleja que cualquier otra que pudiera suscitarse entre personas jurídicas de la misma nacionalidad, donde la discusión se circunscribe dentro de las fronteras del Estado en que ambas sociedades tienen su domicilio y los conflictos que surgieran como efecto del contrato se resolverían por las normas de su derecho interno.

En el caso de las negociaciones internacionales, los litigios que pudieran producirse por efecto de la interpretación o cumplimiento de los contratos generarían algunas incertidumbres acerca de cuestiones como: la ley aplicable al contrato, la jurisdicción competente para conocer y resolver el litigio y la posibilidad de que la sentencia que ponga fin al pleito pueda ser reconocida y ejecutada por otras jurisdicciones.

---

5 El Mercado Común del Sur, mejor conocido como MERCOSUR, está conformado por: Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay –paises miembros plenos-, quienes suscribieron el 26 de marzo de 1991 el Tratado de Asunción, en el cual estos países se asociaron con el fin de ampliar sus mercados nacionales para a través de la integración, adoptar una política común, sin divisiones interiores, ni aduanas, con libertad de circulación de bienes y servicios, etc., que propiciaran la vinculación económica, política, social y cultural entre sus Estados miembros y los que en el futuro deseasen incorporarse. Consúltese, para mayor información, la página web: http://www.mercosur.org.uy.

6 Cfr. ESLAVA RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, pp. 253 ss.

De ahí, que ante los retos de la globalización, el ideal de lograr cierta unificación de las normas procesales de Derecho internacional privado revele gran urgencia. Es, por ello, que ante la carencia de esa unificación, la teoría de la autonomía de la voluntad en este tipo de operaciones comerciales cobra vida con más fuerza porque otorga a las partes la libertad y el derecho de fijar no sólo entre sus cláusulas las típicas de elección del lugar de cumplimiento del contrato o del domicilio procesal, sino que, además, éstas pueden disponer de elegir el tribunal o tribunales competentes del país donde más les convenga, o donde puedan proteger cada una sus intereses, llegando, incluso, a poder escoger una determinada ciudad independientemente de la nacionalidad o domicilio de las partes para dirimir la controversia. De esta manera, las partes logran concentrar sus litigios en los foros en que tengan interés, así como elegir el idioma por el que se regirá la negociación y un eventual proceso y la ley o las leyes a las que deba ceñirse el contrato, incluso, fuera de todo lo no previsto en aquél, entre tantas otras.

En palabras de López López: "...mientras más predomine el mercado, más flexible será el ordenamiento jurídico que utilicen los particulares para la atribución o circulación de los bienes, más flexible en el sentido de que se tenderá a la validez de lo que su voluntad quiera, con sujeción a pocas o ninguna norma que no sean las de esa su voluntad: porque de ese modo se salvaguardará la esencia del mercado como un conjunto de decisiones de los particulares, en cuanto tales; ni que decir tiene la recíproca e inversa también es cierta: mientras más se tienda a salvaguardar las decisiones de la autoridad política que planifique la economía, menos margen se dará a la voluntad de los particulares a la hora de configurar los instrumentos jurídicos de la atribución y circulación de los bienes. Dicho de otra forma, y utilizando una terminología jurídica muy consagrada, a mayor protagonismo del mercado, mayor autonomía de la voluntad en los actos jurídicos; a mayor presencia de la planificación, menor".[7]

Por lo tanto, en la actualidad el tema de la globalización y la integración va mucho más allá de un mero asunto político, económico, social o cultural y trascienden a lo jurídico. Es en el plano jurídico donde convergen la regulación de la transacción y sus efectos. Por otra parte, es indudable que, en estos tiempos en que el Estado ha cedido parte de su poder y sus competencias al sector privado nacional e internacional en aras de una apertura hacia nuevos mercados, es menester propiciar la seguridad jurídica que esta índole de inversiones requiere para estimular el comercio exterior, así como también es evidente la necesidad de que los países latinoamericanos ofrezcan políticas más flexibles, capaces de atraer la inversión y crear un clima de mayor confianza para los inversionistas, pero, más concretamente, el auge de la futura inversión de las empresas o multinacionales europeas en Latinoamérica, dependerá de que en los contratos quede perfectamente garantizado que la resolución de un eventual litigio se podrá resolver en condiciones que proporcionen al inversionista, entre otras ventajas, ahorro de costes, celeridad procesal y seguridad jurídica.

---

7 Véase, LÓPEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho de obligaciones y contratos*, (con BLASCO GASCÓ, CAPILLA RONCERO, MONTES PEÑADÉS, ORDUÑA MORENO, ROCA I TRIAS y VALPUESTA FERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 32.

I. El comercio entre la UE y Latinoamérica en el ámbito del derecho privado

Antes de abordar concretamente el punto de la actualidad del tráfico jurídico de los contratos en materia civil y mercantil, como eje central de este capítulo, es necesario hacer un breve comentario acerca de algunos antecedentes que han existido entre el mercado europeo (en adelante, UE) y el latinoamericano (en adelante, LA), en especial, sobre los últimos acontecimientos que han motivado el flujo de inversiones en ambas regiones y que han abierto un abanico de perspectivas muy favorables para los próximos años.

A. Antecedentes

El modelo tradicional de las relaciones en estas áreas, según afirma DEL ARENAL,[8] se limitaba hasta hace pocos años a un estricto plano de relaciones diplomáticas o políticas, en las cuales el interés de la UE en LA se traducía en el aporte de ayuda económica, tecnológica o científica a los países menos desarrollados: sin que esas relaciones birregionales significaran de modo alguno un interés comercial. No obstante, no eran desconocidas para aquél momento las exportaciones iberoamericanas al mercado europeo en el sector agrícola, donde la materia prima era transformada en productos industriales de consumo masivo en la zona europea. Pero, estas exportaciones se negociaron bajo la vigencia del llamado Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG), que sólo tenía por finalidad establecer rebajas arancelarias para ciertos productos agrícolas y manufacturados, si en contraprestación se garantizaba la lucha antidroga en el territorio americano.

Tal como comenta LOBEJÓN HERRERO,[9] es a partir de 1994, en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común(PESC), cuando la UE diseña una nueva estrategia para L.A a fin de adaptar las relaciones birregionales a un nuevo sistema multilateral y regional tras el impulso de los procesos de integración iberoamericanos. A esta nueva estrategia responden los acuerdos de "cuarta generación" firmados con Méjico, Chile y el MERCOSUR, entre 1995 y 1997, que pretenden establecer un nuevo modelo de asociación entre ambas regiones basado en el diálogo político, la cooperación económica reforzada y la apertura de negociaciones para la liberalización progresiva y recíproca de los intercambios comerciales.

B. Perspectiva actual de las negociaciones

En los últimos años, se ha especulado mucho sobre el tema de las próximas alianzas económicas que se están negociando con países latinoamericanos. En lo que se refiere a una integración comercial americana, se proyecta para los próximos meses la definición de la firma de

8 Cfr. DEL ARENAL, C., "Los acuerdos de cooperación entre la Unión Europea y América Latina (1971-1997). Evolución, balance y perspectivas ", *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, nº 1, 1997, pp. 110 ss.

9 Cfr. LOBEJÓN HERRERO, L. F., "El comercio México-Unión Europea ante la perpectiva de una zona de creación de libre cambio", *ICE*, 2001, pp. 71 ss.

la Asociación de Libre Comercio de las Américas (ALCA) con algunos países de LA, o en su defecto, la firma de Tratados de Libre Comercio (TLC), independientemente, y, paralelamente a esto, se espera firmar un acuerdo entre la UE y el MERCOSUR sobre la creación de una zona de libre comercio, cuyas conversaciones ya han adelantado ambos bloques en las pasadas Cumbres del MERCOSUR-UE, celebradas en distintos países de LA, con lo cual para los próximos años se aspira a ver fortalecida la inversión entre ambas áreas de comercio.[10]

Sin duda, estos acontecimientos provocarán una reacción positiva en ambos mercados, procurando para cada uno de ellos muchas ventajas. En este contexto, estas ventajas ya han sido ampliamente aprovechadas por algunos países de Europa, como es el caso de España, que es el inversor directo de la UE que más ha contribuido al crecimiento del mercado latinoamericano desde el año de 1992 hasta los actuales momentos. Tal como así lo ha afirmado en otro momento la Comisión Europea, que llevo a cabo un estudio acerca de las inversiones que la UE había destinado para LA entre el período 1992-1998, el cual arrojó los siguientes resultados: España efectuó el 34% de sus inversiones en esa región, Alemania el 10%, Francia el 12%, Inglaterra el 11%, Portugal el 8%, Holanda el 17% y el resto de los países de la UE el 8%.[11]

En el mismo sentido, la Comisión, en los últimos años, ha dirigido algunas comunicaciones al Parlamento y al Consejo Europeo, recomendando la asociación entre ambos bloques. Así, concretamente, dirigió una comunicación, el 07 de abril de 2004, y con el fin de participarles que con motivo de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la UE, Latinoamérica y el Caribe, que se celebró en Guadalajara (Méjico), manifestarían a futuro su interés en desarrollar una asociación política con LA., que promueva la gobernanza en el ámbito mundial y potencie el multilateralismo. Esa intención radica en el valor de las exportaciones e importaciones que recíprocamente han alcanzado ambas regiones y que lograron duplicar el intercambio comercial en el período 1990-2002. En la comunicación también se afirmaba, que las importaciones de la UE procedentes de LA pasaron de 26.700 millones de euros a 53.700 millones de euros y las exportaciones de esta región a LA de 17.100 millones de euros a 57.500 millones de euros, ratificando la Comisión que la UE era para ese momento –y aún lo sigue siendo–, la fuente más importante de inversión directa extranjera en el área LA.[12]

C. El tráfico jurídico contractual en materia de derecho privado

Adentrándonos más en el tema en cuestión, la actualidad del tráfico jurídico de los contratos en materia civil y mercantil, consideramos que la iniciativa empresarial juega un papel protagónico en la internacionalización de estos asuntos, pues hoy día, las formas de penetración de las sociedades en territorio extranjero se pueden llevar a cabo por múltiples vías, desnacionalizando buena parte del sector empresarial local.

10 Http:/news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid_3540000/3540063.stm.

11 Cfr. COMISION EUROPEA, "European Union Foreing Direct Investments. Year Book 2000 ", *Eurostat*, Luxemburgo, 2001, p. 59.

12 http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2004_022es01.pdf.

En lo que se refiere a la transición de empresas del sector público al sector privado, la intervención de multinacionales europeas en privatizaciones emprendidas en el área de LA ha sido muy usual, sobre todo, en sectores como el energético y el de las telecomunicaciones. Estas privatizaciones se han gestionado en procesos de licitaciones públicas, remates o venta de acciones en las Bolsas o mercados internos del país donde sea desea adquirir e, incluso, por ventas directas.

Así también, la apertura de filiales y sucursales ha hecho que las empresas matrices europeas puedan colocarse en distintos puntos de la región, abarcando, de este modo, diferentes sectores del comercio donde la inversión de capitales de la multinacional proveniente de la UE ha tenido una participación directa.

Para citar algunos casos prácticos de las negociaciones a las nos hemos referido, tomamos como muestra cuatro países miembros del bloque europeo que representan las inversiones más consolidadas en el mercado latinoamericano desde las últimas décadas. Ellos son: Alemania, Francia, Reino Unido y España, (habiéndose convertido este último, en el principal inversor en el área).

Sector energético e hidrocarburos: Las inversiones directas en este sector están representadas por los grupos empresariales franceses como: Electricité de France, Alstom Holding y el Grupo Schneider; ingleses como: El Grupo Shell, y españoles como: Endesa, Unión Fenosa, Gas Natural y Repsol, abarcando gran parte del territorio latinoamericano.[13]

Sector telecomunicaciones: En este sector la inversión europea se ha incrementado últimamente en la región, debido a que hasta la década de los noventa en muchos países se prestaba este servicio bajo la figura de la concesión pública, por lo que su prestación residía en muchas empresas estatales que por esa época estaban próximos a finalizar. La empresa francesa logró ubicarse en este sector con consorcios como: Telecom y Alcatel; por su parte, Alemania logró hacerse un puesto con Vodafone, El Reino Unido con British Telecom, y España con Telefónica.[14]

Sector manufacturero y automotriz: Alemania abarca gran parte del posicionamiento europeo en este sector dentro del área LA, gran cantidad de agencias sucursales como: BMW, Mercedes Benz, Opel, y Audi, entre otras, están disgregadas por la mayor parte del territorio; por su parte, Francia compite con Renault y Peugeot, y España con Seat, se está buscando un lugar en este mercado.

Sector bancario-financiero: Otra de las formas de penetrar el mercado LA ha sido a través del proceso de fusiones realizadas desde finales de la década de los ochenta. Este

13 Cfr. NIUBO BRUFAU, A., "El Grupo Gas Natural en América Latina", *ICE*, 2002, pp. 173 ss; PRIETO IGLESIAS, M. J., "El compromiso con el conocimiento. Clave para la expansión internacional de Unión Fenosa", *ICE*, 2002, pp. 189 ss.

14 Cfr. ALIERTA IZUEL, C., "Telefónica. De un operador local a un operador multinacional y multidoméstico", *ICE*, 2002, pp. 147 ss.

sector lo han liderado dos grandes grupos empresariales españoles, el Banco Bilbao Vizcaya (BBVA) y el Santander Central Hispano (BSCH). Ambos como inversionistas europeos, ocupan la mayor parte del mercado iberoamericano.[15]

Igualmente, la práctica comercial más reciente, ha dado paso a las denominadas *"joint ventures"*, que cuentan en la actualidad con amplia aceptación en el mercado LA, y que operan bajo la modalidad de constituir nuevas sociedades que tengan participación en filiales de empresas ya existentes. Este tipo de práctica comercial, responde a las exigencias de la cooperación empresarial entre las sociedades de países industrializados y países en vías de desarrollo.[16]

Es indudable que tras el acercamiento de las políticas birregionales UE-LA, se ha logrado estimular notablemente el tráfico comercial privado en las últimas décadas, que ha sido generado, insistimos, por una necesidad de apertura internacional de todos los mercados, siendo un buen ejemplo de ello, la inversión directa de la UE al MERCOSUR, Chile y Méjico que supera hoy en día más del 50% de la inversión privada internacional, quedando el resto distribuido entre las provenientes de los EE.UU. y Japón.

Como se puede ver, no es despreciable la influencia de la inversión europea en el mercado LA. Por el contrario, en ambos mercados es importante el mantenimiento de estas negociaciones, que garantizan las importaciones y exportaciones recíprocas de bienes y servicios en aras de fortalecer las economías de ambas regiones. Es, por ello, que la tendencia a la expansión de las multinacionales europeas en países estratégicos de las Américas se concretará a la discusión de un proyecto de inversión en una mesa de negociación, lo cual, traerá consigo la formación de diversos contratos que actualmente se celebran y se seguirán celebrando en el marco del Derecho internacional privado y estos contratos, a su vez, tanto en su cumplimiento como en su interpretación serán susceptibles de generar controversias que, de no resolverse amigablemente o por medio de arbitraje, se resolverán en sede jurisdiccional; donde juega un rol importante la aplicación de las normas de CJI. A partir de este momento comenzaremos a proponer una alternativa distinta al arbitraje –ampliamente comentado en diversos trabajos de investigación y monografías-, como medio de resolución de controversias internacionales.

Así, la pretensión de este artículo de investigación no será la de ignorar la excelente alternativa que representa el arbitraje para dirimir las diferencias que pudieran surgir en las relaciones de comercio internacional, sino que más bien constituye una propuesta jurisdiccional para la resolución de este tipo de conflictos, en aras de obtener una sentencia que ponga fin a la disputa. En tal sentido, trataremos a continuación de desvelar una vía jurisdiccional, innovadora, práctica y adaptada a las exigencias de la globalización actual, que sea capaz de solucionar las controversias que a nivel internacio-

15 Cfr. CAMARERO, M. y TAMARIT, C., "La Unión Europea y las Américas: Consecuencias del establecimiento de un acuerdo de asociación interregional entre la UE y MERCOSUR", *Papeles de Economía Española*, Edita. Fundación de las Cajas de Ahorros Confederadas para la Investigación Económica y Social, Madrid, 2002, p. 193.

16 Cfr. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; BLANCO-MORALES LIMONES, P.; IRIARTE ÁNGEL, J. L.; ESLAVA RODRÍGUEZ, M. y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2000, vol. II, 2.ª ed., p. 252.

nal pudieran surgir entre operadores económicos europeos y latinoamericanos, aplicando las reglas de la Competencia Judicial Internacional (CJI), previstas en el Derecho procesal comunitario vigente.

II. La aplicación del Reglamento 44/2001 en materia de Competencia Judicial Internacional de cara a la intervención de terceros Estados

A. Consideraciones preliminares

Entre las funciones más importantes del Derecho procesal civil internacional, resalta quizá una: la de lograr armonizar los distintos ordenamientos jurídicos procesales internos de cada una de las partes que conforman determinada relación jurídica. De tal manera, si bien es cierto que la idea entraña algunas complicaciones de carácter legal, social, económico o cultural, difíciles de ajustar, no es menos cierto que la idea de lograr una armonización, cristalizada en la medida en que exista un cuerpo de unificación legislativa que tienda a regular diversas situaciones de carácter internacional, apuesta por una mayor seguridad jurídica en el mundo del comercio y de los contratos.

Así, tenemos que estas normas del Derecho procesal internacional, deben comenzar por basarse en dogmas y principios universales, que puedan hacer que su aplicabilidad se extienda a diferentes comunidades o fronteras. Esta ha sido precisamente la *ratio*, que ha predominado en la normativa legal comunitaria que desvelaremos en este capítulo, el Reglamento 44/2001 como norma atributiva de las reglas de competencia judicial internacional en el espacio comunitario pues, además de lograr engranar algunas normas con los diferentes sistemas jurídicos de los distintos Estados contratantes, ha logrado atribuir sus competencias entre todos y cada uno de ellos.

B. El Reglamento 44/2001

El 22 de diciembre de 2000 el Consejo Europeo aprobó el Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, publicado en el DOCE L 012, del 16 de enero de 2001, tras el proyecto presentado por la Comisión y previo dictamen del Parlamento a los fines de unificar en un solo cuerpo legal todas las medidas necesarias para lograr una efectiva cooperación judicial entre los miembros de la UE.[17] Cabe recordar que *La Comunidad* estaba sólo integrada por seis Estados al momento de la firma del Convenio de Bruselas (CB) de 1968,[18] incrementándose a doce la cifra para el momento de la firma del Convenio de

17 Cfr. al respecto ABARCA JUNCO, A.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; GUZMÁN ZAPATER, M.; MIRALLES SANGRO, P. P. y VIRGOS SORIANO, M., *Derecho internacional privado*, Colex-UNED, Madrid, 2001, vol. I, 3ª ed., p. 322.

18 Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil, celebrado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968.

Lugano (CL) de 1988,[19] alcanzando los quince con la penúltima incorporación de Austria, Finlandia y Suecia, y que ahora asciende a veinticinco, por lo que se esperan en lo sucesivo, futuras reformas o adaptaciones.

Claro está que los objetivos de estos Convenios, hoy reunidos en el Reglamento 44/2001, no están divorciados del flujo comercial internacional que existe actualmente, entendiéndose por éste, el que traspasa las fronteras comunitarias, sino que, por el contrario, encuentra en él parte de su fundamento, pues la libertad de circulación de bienes y servicios bajo la consigna de la unificación aduanera comunitaria ha traído como consecuencia que haya más libertad, a su vez, para la apertura de las inversiones públicas y privadas hacia el exterior.

C. Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001

Este punto sienta las bases que rigen el contenido de todos los postulados que se encuentran dispersos en el Reglamento y abarca su esfera territorial, personal, temporal y material, las cuales han servido para fijar las reglas de la CJI, que tuvieron su origen en el CB.

c.1. Ámbito de aplicación territorial

Inspirado en el artículo 299 del Tratado Constitutivo de la CEE, mejor conocido como Tratado de Roma de 1957, el Reglamento 44 se aplica en todo el territorio comunitario, salvo el caso de Dinamarca, que no participó de éste y, por tanto, respecto de él se siguen aplicando las normas contenidas en el CB.[20]

En el resto de los Estados comunitarios los jueces estarán obligados a aplicar el Reglamento en cuestión y la interpretación de éste queda sujeta a la jurisprudencia del TJCE.

c.2. Ámbito de aplicación personal

El artículo 2 del CB ha sido literalmente transcrito en el texto en referencia al consagrar que el criterio del domicilio prevalece sobre el de la nacionalidad, que recogía el artículo 220 del TCE.

En este sentido, y con las excepciones que contempla el propio Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cuál fuere su nacionalidad a los órganos de dicho Estado, siendo esta regla igualmente aplicable a las personas que no tengan la nacionalidad del país contratante en el que estén domiciliadas.

19 Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988.

20 En este sentido, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J., *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2003, vol. I, 4ª ed., p. 88.

c.3. Ámbito de aplicación temporal

En esta esfera de aplicación del Reglamento, lo importante es precisar el carácter de irretroactividad de las normas que en él se contemplan.

En este contexto, el artículo 66 del referido instrumento establece con meridiana claridad, que las disposiciones del mismo serán sólo aplicables a las acciones judiciales ejercitadas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados tras su entrada en vigencia. De modo que, teniendo en cuenta que el Reglamento entró en vigencia a partir del 01 de marzo del 2002, debe entenderse que todas aquellas demandas interpuestas con anterioridad a la puesta en vigor del Reglamento se regularon por las disposiciones que al respecto se contenían en el CB y el CL, según el Estado que se tratase, por lo que, imperando el carácter de irretroactividad de la ley, su aplicación temporal comienza a regir a partir de la fecha de su entrada en vigencia.

No obstante, tal regla comporta una excepción, y es que el mismo artículo 66, en su segundo numeral, prevé que las resoluciones dictadas después de la fecha de su entrada en vigor, a efectos del exequátur o reconocimiento de éstas y siempre que se produzcan como consecuencia de acciones ejercitadas en el Estado miembro de origen con anterioridad a esta fecha, serán reconocidas o ejecutadas de conformidad con las normas que al efecto establezca el Reglamento.

c.4. Ámbito de aplicación material

En lo que se refiere a la materia objeto de regulación del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se desprende de su propia denominación que su esfera de aplicación se circunscribe sólo a relaciones jurídicas de índole civil y mercantil.

Para delimitar el ámbito material del referido instrumento, la doctrina ha sido unánime en sostener que el legislador comunitario al redactar estas normas quiso mantener su posición de interpretar los conceptos "civil y mercantil" de manera autónoma, es decir, con independencia de la interpretación que se hiciese sobre tales conceptos en los diferentes ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro. Posición que ha confirmado la jurisprudencia del TJCE (sentencias dictadas en fecha 14 de octubre de 1976, Caso: Eurocontrol[21] y 14 de noviembre de 2002, Caso: Steenbergen).[22]

Al efecto, se excluyen del Reglamento las materias relativas al derecho de familia y al derecho sucesoral (estado y capacidad de las personas, regímenes matrimoniales, testamentos, sucesiones), e igualmente las que tengan como contenido la seguridad social, las relativas a la quiebra y al arbitraje.

21 Cfr. ABARCA JUNCO, A.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; GUZMÁN ZAPATER, M.; MIRALLES SANGRO, P. P. y VIRGOS SORIANO, M., *op. cit*., p. 323.

22 En este sentido, véase esta sentencia, en *Recopilación de Jurisprudencia del TJCE y Tribunales de Primera Instancia. Parte I*, Luxemburgo, 2002, t. II (B), pp. 10519 ss.

En este mismo sentido, afirma la doctrina que el propio TJCE ha puesto en evidencia su clara intención de que se interpreten extensivamente las materias que regula el Reglamento y restrictivamente las materias que expresamente se excluyen de él.

III. Noción del domicilio de las personas jurídicas: conveniencia de la "triple identidad del domicilio" para las relaciones comerciales birregionales

El Reglamento**,** también conocido como Bruselas I, utiliza una definición autónoma e independiente de las acepciones que respecto al término "domicilio" contemplan los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes, pues anteriormente el Convenio de Bruselas al referirse al domicilio de las personas jurídicas, en su artículo 53, asimilaba éste al de sede social y dejaba la delimitación de ambos conceptos a la interpretación que de ellos hiciera el tribunal que conociere del asunto controvertido, aplicando sus reglas de derecho internacional privado. De este modo, el domicilio constituía una denominación de múltiples significados, que, lejos de aspirar a una utilización uniforme en torno al concepto, tendía a generar confusión e interpretaciones contrarias que yacían en las diversas sentencias que dictaban los tribunales competentes para conocer de un determinado litigio dentro del espacio comunitario.

Es, por ello, que este Reglamento con la inserción de la triple identidad del concepto de domicilio que consagra el artículo 60.1, amplía la gama de posibilidades de atribuir la competencia judicial internacional a cualquiera de los tribunales que ejerzan su jurisdicción en el territorio 44.

En concreto, el artículo 60.1 establece tres criterios alternativos de competencias para considerar que una sociedad o persona jurídica tiene su domicilio dentro del territorio 44, estos son: a) lugar donde se encuentra su sede estatutaria; b) su sede de administración central, o c) su centro de actividad principal.[23]

Desde este enfoque, al tratarse de *"criterios alternativos"*[24] u opcionales, no siendo necesario que concurran todos y cada uno de ellos de forma conjunta, es evidente que en caso de que no coincidan las tres sedes en un mismo Estado, el demandante podrá optar indistintamente por presentar su demanda por ante cualquier foro de los países donde se hallen las sedes alternativas predichas. Incluso, bajo la óptica del tema que nos ocupa, podría pensarse que en vista de la proliferación de empresas transnacionales o multinacionales en el mercado internacional actual, podría ser perfectamente factible que una de esas sedes se encuentre localizada en un tercer Estado.

Por ejemplo, en caso de que un grupo multinacional decida demandar a otro que tenga como sede estatutaria la Ciudad de Méjico, siendo imposible presentar la demanda

23 CORDÓN MORENO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas procesales*, Aranzadi, Navarra, 2003, 8ª ed., p. 1241.

24 Cfr. ABARCA JUNCO, A.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.; GUZMÁN ZAPATER, M; MIRALLES SANGRO, P. P. y PÉREZ VERA, E., *Derecho internacional privado*, Colex-UNED, Madrid, 2003, vol. I, 4ª ed., p. 406.

en ese país a los efectos de la aplicación del régimen de competencias previsto en el Reglamento *ut supra*, podría la empresa actora elegir como lugar de presentación de su demanda cualquier otra de las sedes u opciones restantes, siempre que alguna de éstas le atribuyan competencia a un juez o tribunal perteneciente a alguno de los Estados de *La Comunidad*, sin que éste último pueda declararse incompetente.

Al respecto, CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ[25] sostienen que, el Reglamento 44/2001 contiene una "noción material" de domicilio de las personas jurídicas, ya que no hace falta recurrir a nociones derivadas de ningún derecho material y, además, su configuración así refuerza la tutela judicial efectiva e incentiva el comercio internacional entre empresas, pues, en el caso de que alguna de las partes no cumpla con sus obligaciones, la contraparte dispone de la posibilidad de demandarla en varios países con base al artículo 2 del mismo reglamento.

Finalmente, es necesario determinar en qué momento debe verificarse la condición del domicilio a los fines de fijar la competencia y los efectos procesales que dimanan de la misma.

En tal sentido, un sector de la doctrina ha sostenido que el momento de la verificación del domicilio es aquél en que tiene lugar la celebración del contrato. Con estas palabras SCHOCKWEILER,[26] en su ponencia de marzo de 1991 a propósito de un coloquio titulado "La interpretación del Convenio de Bruselas", expresaba que siendo la cláusula atributiva de competencia una estipulación convencional, el momento en que se verificaba el domicilio debía corresponder al de la celebración del contrato, dicho de otro modo, aquél en que tiene lugar el acuerdo de voluntad de las partes. Sin embargo, esta afirmación contrasta con una segunda tesis que ha sido sustentada por buena parte de la doctrina, que considera que el domicilio del demandado se verifica en el momento de la presentación de la demanda.[27]

Ahora bien, comenta BERAUDO[28] en su obra "La Convention de Bruxelles", que el TJCE falló a favor de la segunda tesis que aquí hemos expuesto (en sentencia del 13 de noviembre de 1979, Caso: Sanicentral), al sostener en un problema análogo referido a la aplicación en el tiempo del artículo 17 del Convenio de Bruselas –hoy artículo 23 del Reglamento– con motivo de una cláusula de elección de foro incluida en un contrato de trabajo concluido con anterioridad a su entrada en vigor, que la cláusula no surtía efectos jurídicos en tanto no se hubiera iniciado el proceso ante los tribunales y que sólo producía efectos a partir del día en que la acción judicial se hubiere ejercido.

IV. Foros de Competencia Judicial Internacional

Los foros de CJI responden a las necesidades de justicia y seguridad jurídica a las que tiene derecho el justiciable, en cualquier parte del mundo. En especial, el Derecho proce-

25 Cfr. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 115.
26 Cfr. SCHOCKWEILER, F., "Las cláusulas atributivas de competencia", en *La competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Aranzadí, Navarra, 1993, p. 130.
27 Cfr. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 155.
28 Cfr. RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en el Derecho comunitario europeo*, Eurolex, Madrid, 1994, p. 128.

sal internacional se ha provisto de una serie de normas e instrumentos legislativos, que han garantizado la celebración de litigios internacionales bajo la mira o tutela de jueces legítimamente competentes para solventar los problemas o contiendas que tengan por característica la presencia de elemento extranjero.

Como bien los ha definido la doctrina española, los foros de competencia responden a una idea de "jerarquización de competencias".[29] Se trata, pues, de colocar en un orden de prelación cada uno de los foros que originalmente se reunieron en el Convenio de Bruselas en atención a diversos criterios.

No obstante, dedicaremos nuestras próximas líneas a tratar exclusivamente el foro de la sumisión expresa, por ser el que se refiere al tema que nos ocupa, no sin antes mencionar que dentro del Reglamento se incluyen los foros siguientes: foro de domicilio del demandado, foro por razón de la materia, foros de conexión y los foros exclusivos.

V. Los foros de CJI como presupuestos de la litigación entre multinacionales europeas y latinoamericanas: La sumisión expresa como foro de autonomía de la voluntad

A. La sumisión expresa o prorrogatio fori

El foro de sumisión expresa, tal como fue concebido por los negociadores del CB, con una transcripción casi textual en el Reglamento 44, da paso a la autonomía de la voluntad de las partes, para que con plena libertad contractual puedan prever el tribunal que tendría atribuida la CJI de un eventual litigio, que pudiera suscitarse en su esfera o ámbito de aplicación.

Opina ESPINAR VICENTE,[30] que los foros de sumisión suponen siempre que las partes, por un lado, atribuyan la competencia judicial a un tribunal o varios tribunales (*prorrogatio fori)* y, por el otro, la abrogación de las competencias de otros tribunales que, de no existir el acuerdo o sumisión, tendrían normalmente la competencia (*derogatio fori)*. Pues bien, para este autor, la prórroga de la competencia a favor de un tribunal, que *per se* carezca de ésta, implica necesariamente la derogación de la competencia del tribunal al que normalmente le debiere corresponder en caso de no existir la sumisión expresa.

En este mismo sentido se ha pronunciado el TJCE, según sentencia del Caso: Anterist, en la que textualmente dice:"…las partes pueden atribuir competencia a tribunales que no la tendrían en virtud de las disposiciones generales o especiales del Convenio o excluir la de los tribunales que normalmente serían competentes en virtud de dichas normas…".[31] Así también, alguna autora, comentando esta sentencia, advierte que la

29 Cfr. CALVO CARAVACA, A. L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *op. cit*., p.94.
30 Cfr. ESPINAR VICENTE, J. M., *op. cit*., p. 64.
31 Véase esta sentencia, en *Recopilación de la jurisprudencia del TJCE*, Luxemburgo, 1986, t. 5, p. 1962.

prórroga de la competencia descrita en el párrafo primero del artículo 17 del CB: "supone el doble efecto prorrogación-derogación para ambas partes."[32]

El artículo 23 *eiusdem,* exige, como primer requisito para que se verifique tal sumisión –conservando éste su tónica de fijar conceptos autónomos–, que una de las partes esté domiciliada en cualquier Estado miembro. Sin embargo, el tercer numeral de ese mismo artículo inserta la posibilidad de que puedan valerse de ese foro las partes de un proceso, aun cuando ninguna de ellas esté domiciliada en *La Comunidad*.

Por lo que respecta a la premisa de que aún los no domiciliados en *La Comunidad* puedan acordar la prórroga de la competencia a favor de un concreto tribunal con jurisdicción en la UE, la redacción del artículo 23.3 no ofrece ningún genero de dudas, pues, a tenor de este artículo, también pueden valerse de este foro las partes no domiciliadas cuando expresamente hayan manifestado su voluntad de prorrogar la competencia a favor de los tribunales de un determinado Estado miembro.

a.1. Sumisión expresa opcional y alternativa: Es de suma importancia recalcar que la sumisión expresa puede pactarse de varias maneras: Por un lado, es posible que el acuerdo de sumisión sea opcional. En tal sentido, las partes pueden fijar como tribunal competente el de un determinado Estado u optar por acudir a los otros foros de competencia del Reglamento. Asimismo, alternativamente pueden fijar varios tribunales que pudieran conocer indistintamente de la eventual contienda. Tomando en cuenta que los tribunales previamente seleccionados en la cláusula de sumisión serán los únicos que tendrán atribuida la CJI. Recuérdese que la prórroga de un foro produce forzosamente el efecto derogatorio de aquél o aquéllos que serían normalmente competentes.

a.2. Sumisión expresa con fraccionamiento de la cláusula: De la misma manera, pensamos que tal flexibilidad pueda extenderse al fraccionamiento de la cláusula de sumisión, es decir, las partes valiéndose de la autonomía de su voluntad en los términos aducidos por

32 Véase, BORRAS RODRÍGUEZ, A., "La prorroga de la competencia en favor de una parte (art. 17.3 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968) ", *Noticias CEE*, nº 24, 1987, p. 120. Sin embargo, otros autores mantienen una opinión contraria a los criterios que acabamos de esbozar, en el sentido de que sostienen que no siempre la prorrogación de un foro produce como efecto colateral, la derogación a favor de otros que sean normalmente competentes, pues existen algunos casos en los cuales tras la declinatoria de incompetencia del juez designado, por sumisión expresa, en el supuesto de que la cláusula sea invalida, un tribunal puede resultar perfectamente incompetente en virtud de carecer de alguno de los foros de CJI según su ley interna, o que fuera de los casos de los foros exclusivos, previstos en el Reglamento 44, no existiere ningún otro por el cual fuere normalmente competente, y ello le impediría entrar a conocer de la causa. Téngase en cuenta que, incluso el foro de la sumisión tácita, como veremos más adelante, no es un foro que atribuye la CJI de manera incondicional, sino que su verificación depende de que se cumpla la condición de que el demandado acuda ante el tribunal que lo haya citado, con la intención de contestar el fondo de la demanda, y no, por el simple hecho de que trate de impugnarla, mediante la solicitud de la declinatoria por incompetencia, en cuyo caso la competencia del asunto podría quedar en el aire, mientras ésta pueda atribuirse a otro tribunal que, por el foro general o de domicilio del demandado, sea el normalmente competente. Pues como se desprende de lo anterior, en estos casos la incompetencia de un tribunal designado por sumisión expresa, no siempre va aparejado de la competencia "normal" de otro tribunal. Cfr. RODRÍGUEZ BENOT, A., *op. cit.*, pp. 131 ss. y CALVO CARCAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pp. 111 ss.

FERRI[33] "como el poder de crear normas jurídicas", pueden fijar una o varias cláusulas según sea el caso, distribuyendo la competencia de este foro en los distintos tribunales de la UE.

a.3. Sumisión expresa acordada a favor de una parte: Cabe destacar también que la cláusula de sumisión expresa puede hacerse en favor de una sola de las partes, que es distinto a pensar que una sola de ellas pueda imponerla en contra de la voluntad de la otra. Ello, obviamente, no es posible ya que la cláusula de sumisión siempre requiere del mutuo consenso entre las partes. Lo que sí ocurre, en este caso, es que el sometimiento de la cláusula de sumisión tiene un efecto unilateral respecto de una sola de ellas, pues esta sumisión consiste en que una de las partes someta la posible controversia a la competencia con carácter exclusivo de los tribunales de un determinado Estado miembro, no pudiendo interponer sus demandas ante ningún otro tribunal, en virtud de ningún otro foro de competencia, salvo que la demanda verse sobre las materias objeto de los foros exclusivos, o que tácitamente el demandado conteste la demanda ante un tribunal distinto, del que previamente haya escogido la parte que se acoge a la cláusula. Sin embargo, la otra parte queda en libertad de presentar sus demandas ante cualquier tribunal que pudiera resultar competente en virtud de cualquiera de los foros previstos en el Reglamento, tal como lo han afirmado el TJCE (en sentencia del 24 de junio de 1986, Caso: Anterist)[34] y la doctrina jurídica forense.[35] Es, por ello, que la unilateralidad del efecto de esta cláusula opera sólo respecto de aquella que haya limitado la CJI, expresamente a un determinado tribunal o tribunales de la UE.

B. Relevancia del foro de sumisión expresa ante una potencial controversia entre las partes en cuestión

Como hemos resaltado en líneas anteriores, la sumisión expresa, como acuerdo *inter partes,* dentro del cuerpo del contrato o fuera de aquél en que la sumisión tenga su origen, es el más frecuentemente utilizado a nivel del comercio internacional, pues, con su previsión, las partes logran asegurarse el tribunal que serviría de sede para llevar a cabo la resolución de una eventual controversia, con lo que ellas, en sí mismas, reconocen el poder de crear sus propias reglas de juego. Tal como señala DÍEZ-PICAZO, al referirse a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos: "Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines o intereses o un poder de autorreglamentación de las situaciones y relaciones jurídicas…"[36]

Sin embargo, como también expresamos en las páginas anteriores, esta libertad contractual de fijar el tribunal y, con ello, el lugar que serviría de sede para llevar a cabo la confrontación o litigación, como expresión de la autonomía de la voluntad de los contra-

33 En este sentido, FERRI, L., *La autonomía de la voluntad*, (trad. al español por SANCHO MENDIZABAL), Comares, Granada, 2001, p. 54.

34 Cfr. Sentencia del caso: Anterist, *op. cit.*, pp.1951 ss.

35 Cfr. BORRAS RODRÍGUEZ, A, *op. cit.*, pp. 119 ss.

36 Véase., en este sentido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, Introducción a la teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, vol. I, 4ª ed., p. 127.

tantes, no es absoluta. En este sentido, apunta CASTÁN TOBEÑAS: "pertenece el contrato de una manera dominante aunque no exclusiva, a la esfera del Derecho voluntario…", pues, el Estado establece límites a esa libertad contractual, y continúa diciendo: "porque también el Derecho necesario despliega influencia sobre la contratación, limitando la potencialidad creadora de la voluntad privada".[37] En este caso, el límite de la libertad con que las partes puedan prorrogar la CJI, está representado por las competencias exclusivas, que por imperio de la norma contenida en el artículo 22 del Reglamento son absolutamente improrrogables.

En fin, siempre que las partes deseen insertar una cláusula de sumisión expresa en su contrato, tendrán que descartar previamente que el objeto del mismo verse sobre aquellos que con carácter exclusivo correspondan a la CJI de un determinado juez o tribunal. Por tanto, una vez descartado este asunto, la sumisión se convierte en un foro prorrogatorio y abrogatorio de la posible competencia del resto de los tribunales que por algún otro foro u objeto vinculado con la causa, pudieren ser competentes.

Particularmente, en las relaciones trasatlánticas de comercio privado como se ha dicho a lo largo de nuestra exposición, sería más bien inconveniente o contraproducente no incluir una cláusula de sumisión expresa, pues, a diferencia de los contratos que puedan pactarse entre sociedades con domicilio comunitario donde la premisa general sería la atribución de la CJI por el foro de domicilio de la empresa demandada, aquí, en las relaciones bajo análisis, no podría ese foro ser el principio general. Decir lo contrario, conllevaría a asumir que siempre que se desee litigar en los tribunales de la UE sea condición indispensable que la empresa con domicilio comunitario ocupe la posición de demandada en el proceso, lo cual, limitaría muchísimo la estipulación de la atribución de la CJI en estas contrataciones, a la luz de la aplicación del Reglamento 44.

Contrarios a tal interpretación, consideramos que el foro de domicilio del demandado, así como el resto de los foros previstos en el Reglamento, deben tener un carácter residual respecto de este tipo de controversias, mas concretamente, respecto del foro de la sumisión expresa, salvo, por supuesto, el caso de las competencias exclusivas.

La sumisión, sin duda, constituye una regla de competencia judicial internacional en toda la extensión de la palabra, más allá del ámbito personal que predica el propio Reglamento respecto de sus domiciliados.

Por último, no podemos dejar pasar la oportunidad de destacar la introducción novedosa del artículo 60.1, que está íntimamente relacionado con lo que hasta ahora hemos expuesto, pues, en nuestra opinión, es una de las ventanas que más se ha abierto a la multipolaridad de las partes en el proceso, donde a través de una triple acepción del término "domicilio", se ha permitido incluso, que aquellas multinacionales que no funcionen en *La Comunidad* a través de su sede principal o empresa matriz, se incorporen al ámbito personal del Reglamento mediante sus sucursales, filiales o cualquier otro tipo de agencia con la que operen en el territorio de la UE, siempre que encuadren en alguno de los supuestos del referido artículo, sin que, entre ellos exista especial prelación de uno sobre otro.

37 Véase, CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Reus S.A, Madrid, 1992, 16ª ed., p. 524.

En resumen, cualquier grupo multinacional o empresa de origen LA, incluso, aunque no tenga en la UE su establecimiento principal o su sede matriz, puede ser tratada o considerada como, "empresa con domicilio comunitario" a los efectos de la aplicación del Reglamento, sin que, su nacionalidad o lugar de constitución sean excluyentes o de alguna manera, condicionen su carácter de persona jurídica comunitaria.

Sin duda, no nos resta más que decir, que este novedoso Reglamento, en especial, en lo que se refiere a la sumisión expresa y al domicilio de las sociedades, los dos puntos donde pueden tener mayor oportunidad las empresas LA de litigar en los tribunales de la UE, han sido grandes aciertos de los negociadores comunitarios, producto, claro está, de su intención de aglutinar una mayor cantidad de procesos con elemento extranjero y de estimular el tráfico del comercio transfronterizo.

Conclusión

En nuestra exposición, si se quiere, de eminente contenido práctico, más que teórico, hemos pretendido hilar algunas ideas en torno al fenómeno de la globalización, como eje promotor del tema. En este sentido, consideramos que esta globalización no puede ni podrá sustraerse del campo de los contratos y de los efectos que en el ámbito jurídico ellos producen; entonces, resulta muy importante que éstos puedan ser previsibles antes de que se suscite un potencial conflicto entre las partes que conforman una relación jurídica. Por ello, preestablecer la competencia judicial a los fines de que los eventuales litigantes se garanticen la resolución de la controversia en un determinado lugar, incluso, ante un concreto juez o tribunal, ofrece la certeza y la confianza que exigen en la actualidad las transacciones del comercio internacional, logrando de manera definitiva, concentrar sus posibles litigios en un solo punto, en virtud del principio de la economía procesal.

Las relaciones comerciales entre la UE y los países de la América Latina, que han sido escogidas como ejemplos de estas contrataciones, sobre todo, en lo que al ámbito empresarial se refiere, no habían alcanzado antes, tanto como ahora, mayor protagonismo. Como se ha dicho de manera insistente, actualmente la mayoría de las inversiones directas de capital foráneo que se hacen en LA provienen de los países que conforman la UE. Por tanto, no cabe otra expectativa que, la de esperar que en los venideros años estas inversiones se incrementen; máxime, cuando la expectativa surge de ambos lados del continente.

Para Latinoamérica, la inclusión de los diez países que ahora forman la UE de los veinticinco, genera la confianza de que esta apertura comunitaria, a su vez, signifique la apertura de nuevos proyectos comerciales en el área, un mayor número de posibles exportaciones e importaciones, entre ambas regiones, el establecimiento de nuevas empresas a través de distintas vías (sucursales, filiales, fusiones, etc.) que colaboren en incrementar la economía interna de estos países. Todo ello, en aras de que el comercio latinoamericano tenga una participación de mayor entidad en el mercado mundial.

Para la UE, las expectativas respecto a LA se ciernen alrededor de dos grandes acontecimientos: el primero, la posible conclusión de las negociaciones para una zona de libre comercio con el MERCOSUR incluso, se ha hablado de un tratado de libre comercio birregional (que integraría al MERCOSUR con el resto de los países latinoamericanos y la

UE). El segundo, se refiere a la posibilidad –cada vez más efímera- de la firma del ALCA y las repercusiones que esto pueda tener en las actuales exportaciones e importaciones trasatlánticas. Ante ambas expectativas, las probabilidades de éxito son muy amplias para este bloque, pues parece lógico, que a mayor amplitud del mercado, mayores puedan ser las ganancias y los ingresos que se perciban por tal ampliación; logrando así rentabilidad, productividad y competitividad en las economías de ambos bloques.

En este contexto, un tema como el que hipotéticamente hemos planteado acerca de la aplicación del Reglamento 44/2001, como medio capaz de regular la competencia judicial de cara a una mayor amplitud del ámbito de aplicación personal de estos foros, en especial, en lo referente a la sumisión expresa, por ser éste, el más característico de la autonomía de la voluntad de las partes y que eleva a la libertad contractual por encima de cualquier otro foro, respetando el orden público, no pude ser visto con indiferencia por los operadores comerciales internacionales, ni por sus asesores legales.

Por último, con este estudio condensado, se espera haber abarcado el tema con suficiente claridad; la que merece una situación jurídica tan compleja como la que hemos tratado, propia del Derecho internacional privado, o en este caso, del Derecho procesal internacional; conscientes, de que el tema no se gota aquí y que sin duda, deberá ser motivo de sucesivas y significativas reflexiones.

Las Políticas de Solidaridad en la Unión Europea y su Incidencia en la Economía Española

*José Manuel Bocanegra Requena**

I. El nacimiento de las ideas de cohesión y convergencia. II. Los instrumentos para la política de cohesión. II.a Los Fondos Estructurales. II.b Los Fondos de Cohesión. 1. Desde su creación hasta 2004. 2. El periodo 2004 – 2006. 3. El periodo 2007 – 2013. 4. Las perspectivas para España. III. La política de cohesión Europea y España.

I. El nacimiento de las ideas de cohesión y convergencia[1]

La idea de la cohesión europea ha estado presente desde el origen mismo de la creación de la Comunidad Económica Europea, como demuestra el hecho de que ya en su Tratado Fundacional, celebrado en Roma en 1957, en su artículo 92.3.a, se hace referencia a la necesidad de establecer ayudas para facilitar el desarrollo de aquellas regiones mas desfavorecidas.

En sus inicios, las Comunidades Europeas[2] no pusieron un especial énfasis en el desarrollo de mecanismos de cohesión y solidaridad, ni en su concreción, tanto desde un punto de vista económico como jurídico, probablemente por la alta homogeneidad en cuanto a nivel de desarrollo de sus creadores. Así, los seis Estados fundadores –Francia, República Federal Alemana (que no incluía la Alemania oriental, por aquel entonces República Democrática Alemana), Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo– habiendo disfrutado todos de las ayudas provenientes del Plan Marshall para su reconstrucción tras la Segunda Guerra Mundial, tenían un nivel de desarrollo similar, y por tanto no surgió la necesidad de establecer un sistema de cohesión y desarrollo, debiendo ser los Estados nacionales los que se ocuparan de invertir en las regiones menos desarrolladas, problema que en principio solo afectaba de una manera destacada a Italia, en sus regiones al sur del país, el Mezzogiorrno.

Tras la primera ampliación, en la que se unieron al llamado Club de los Seis otros dos Estados de un nivel de desarrollo similar –Reino Unido y Dinamarca– y otro bastante menos desarrollado –Irlanda–, aunque se iniciaron las ayudas a este último, tampoco se planteó formalmente el problema, cosa que si se hizo en laS siguientes ampliaciones, tras

* Licenciado en Informática por la Universidad Politécnica de Madrid, Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad Complutense de Madrid, Master Oficial en Análisis Económico por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y doctorando en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid.

1 Este trabajo es un resumen de otro presentado como Trabajo Fin de Master en la asignatura Economía Internacional, en el Master Oficial en Análisis Económico Internacional, de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, bajo la dirección del Profesor Titular de la misma Miguel Gonzalez Blanch.

2 Comunidad Europea del Carbón y del Acero –CECA–, Comunidad Europea de la Energia Atómica –EURA–TOM– y Comunidad Económica Europea –CEE–.

los Tratados de Adhesión de Grecia en 1981 y de España y Portugal en 1985, que dio lugar a la que se llamó la Europa de los 12. Finalmente, tras la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia, se planteó otro problema, hasta entonces inexistente, la existencia de regiones en Finlandia y Suecia con una bajísima densidad de población –8, o menos, habitantes por kilometro cuadrado– que para ayudarlas se creó, no un nuevo instrumento en forma de Fondo, sino tan solo un nuevo Objetivo prioritario, como luego veremos.

Ante estas ampliaciones, con lo que la CEE acogía a prácticamente a la entonces toda Europa Occidental –y gracias en gran parte al impulso que el entonces Presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, supo dar a los ideales de una Europa económicamente unida, con una moneda única, como paso previo a una deseable futura unión política– y dado la gran diferencia en cuanto a nivel de desarrollo entre algunos de los nuevos socios y los anteriores, se planteo en toda su crudeza la práctica imposibilidad de acceder a una moneda única y a un mercado realmente común con una total desaparición de las fronteras económicas y de las aduanas, y por tanto la creación de un área monetaria integrada, en aquellas circunstancias, ya que de no conseguir igualar mínimamente el nivel de desarrollo de los Estados participantes en la Unión, los mas desarrollados y poderosos arrasarían las economías de los mas débiles. Por otra parte, ha habido quien ha considerado que la filosofía última de esta política de solidaridad o cohesión, fue una especie de toma y daca, en la que los más pobres aportaron sus mercados (mas de 70 millones de personas) a cambio de cooperación para el desarrollo.

Nació un consenso generalizado, de que al margen de razones de solidaridad, la no existencia de un mínimo equilibrio económico entre todos los Estados miembros, haría imposible el establecimiento del Mercado Unico y de sus pilares fundamentales: las libertades de establecimiento, de circulación de mercancías, de circulación de capitales, y con mucha mayor razón, de circulación de personas. Estas carencias harían asimismo imposible la creación de la moneda única europea, epílogo del proceso de unificación económica.

Esto llevó a que el concepto de cohesión económica y social se introdujera por primera vez de una forma concreta en los Tratados (el Derecho Originario de la Unión, al que, salvando las distancias, podríamos considerar Derecho Constitucional de la misma) en el artículo 23 del Acta Unica Europea de 1985, vinculado a la última fase de la realización del Mercado Unico. Para ello en 1988 se modificaron profundamente –en la práctica se recrearon– los Fondos ya existentes, aumentando significativamente las cantidades asignadas para estos Fondos para el periodo 1989-93. Posteriormente esta obligación de ayudar a una mayor cohesión y convergencia de rentas se recogió en los artículos 130A al 130E del Título XIV del Tratado de Maastrich de 1992, elaborándose, además, en dicho año, un Protocolo sobre la necesidad de conseguir la cohesión Económica y social. Actualmente están incluidos en los artículos 158 y 159 de los Tratados de la Unión.

A partir de aquí, en el Consejo Europeo de Edimburgo, celebrado en diciembre de 1993, al aprobar las perspectivas financieras para el quinquenio siguiente, se decidió asignar a la política de cohesión 177.000 millones de Ecus,[3] lo que suponía aproximadamente

3 ECU European Currency Unit. Unidad de cuenta europea, establecida mediante una cesta de monedas, en la que cada moneda nacional ponderaba según el peso económico de cada Estado.

un tercio del presupuesto total comunitario, lo que da una idea de la importancia que se le dio a esta cuestión, como paso previo al establecimiento del Mercado Unico.

Una vez tomada la decisión, y como posteriormente veremos, se potenciaron una vez mas los grandes instrumentos de ayuda al desarrollo que suponían los Fondos Estructurales y se creó un nuevo instrumento, los Fondos de Cohesión, cada uno con una filosofía y reglamentación diferentes, pero con un objetivo común, llegar a la convergencia económica entre todos los Estados miembros, medido fundamentalmente en términos de renta media. Como la propia Unión Europea reconoce,[4] los tres objetivos esenciales de estos Fondos son la *"convergencia"*, la *"competitvidad regional y el empleo"* ***y*** la *"cooperación territorial europea"*.

El Tratado de Amsterdam de 1997 confirmó la importancia que la Unión Europea daba a la cohesión, incluyendo un Título sobre el empleo, en el que se destaca la necesidad de actuar conjuntamente, tanto la Comisión como los Estados miembros, con el fin de reducir el paro, que en aquel momento alcanzaba tasas bastante altas en la Unión Europea, y escandalosas en algunos Estados miembros –particularmente España, que tenía la tasa de paro mas alta de toda la Unión– para lo cual se estableció un nuevo Objetivo Prioritario. Desde esta nueva perspectiva, en el Consejo Europeo de Berlín de 1999, se reformaron los Fondos Estructurales, se modificó, para hacerlo mas ágil y eficaz, el funcionamiento del Fondo de Cohesión, y se acordó que para el periodo 2000-2006 se dotaría a dichos Fondos con mas de 30.000 millones de Euros adicionales, lo que supondría 213.000 millones de Euros en siete años, de los que España sería el principal beneficiado, al menos en términos absolutos.

Adicionalmente, y antes de entrar al detalle de los diferentes Fondos, hemos de hablar de otro instrumento fundamental del presupuesto de gastos de la Unión Europea, que aunque no directamente implicado en las políticas de cohesión y convergencia, puede tener una importancia capital en la misma, que son los fondos destinados a la PAC o Política Agraria Común, que se destinan a subvencionar la producción agrícola, ganadera y forestal europea, con el fin de garantizar el nivel de vida de sus trabajadores y asegurar el suministro a los consumidores de los productos de consumo necesarios, a precios razonables.

El hecho de que estas ayudas vayan fundamentalmente a regiones con un claro predominio agropecuario, y que normalmente son las menos ricas de cada Estado, hace que aumente el nivel de vida de las mismos, coayudando a lo consecución de la convergencia de rentas. Aunque actualmente los países que más se benefician de estas ayudas son, por este orden, Francia, España, Alemania e Italia, esta previsto que en los próximos años una parte muy sustancial de estas ayudas se trasladen a los 10 países de reciente incorporación, ya que todos tienen muy importantes porcentajes de población empleada en estos sectores (en general, mas del 25%, dependiendo de los Estados). Se ha establecido un calendario transitorio de incorporación a la PAC, con el fin de minimizar el impacto que la ampliación tendrá en sus beneficiarios tradicionales. Así, se pactó que los nuevos Estados miembros recibieran ayudas equivalentes al 25% del nivel comunitario en 2004, del 30%

4 Documento ECO/151 "Fondo de Cohesión" del Comité Económico y Social Europeo.

en 2005, el 35% en 2006, el 40% en 2007, y en los años siguientes se incrementará un 10% anual, hasta llegar al 100% en el año 2013.

La política de Cohesión y de Convergencia está unánimemente considerada como un éxito sin precedentes en la historia europea. Se han beneficiado de la misma múltiples regiones de los Estados miembros, incluso de los mas ricos –el ejemplo típico son los lander de Alemania del este-, aunque han sido cuatro los Estados principales beneficiarios de las ayudas.[5] Como prueba del éxito alcanzado, uno de estos, Irlanda, dejó de ser receptor de las mismas en el año 2004, al haber logrado la convergencia real con la media de la Unión Europea de los 15, y otro, España, se prevé que deje de recibir ayudas cuando finalicen las próximas perspectivas financieras el año 2013, por haber superado también dicha media (a día de hoy, y como resultado del efecto estadístico producido por la ampliación en 2004 con 10 nuevos Estados, ya ha alcanzado la media comunitaria de los 25, estando previsto que para el final del periodo considerado, haya alcanzado la media de renta de los Estados de la actual zona Euro).

Hay también consenso en que las políticas de cohesión han constituido, además, una poderosa fuerza impulsora de la integración económica europea y de su crecimiento.

- Ha acompañado la realización del mercado interior y de la Unión Económica y Monetaria, apoyando otras prioridades comunitarias, como la reestructuración económica y social fijadas por las estrategias de Lisboa y Gotemburgo.
- Ha contribuido al crecimiento y a la estabilidad económica de la Unión, ya que el mecanismo de cofinanciación comunitaria a través de los Fondos Estructurales acompaña a las financiaciones nacionales, lo que ha ayudado a los Estados miembros a mantener su disciplina macroeconómica y permitido a los Estados menos desarrollados mantener su esfuerzo de convergencia incluso en periodos de restricciones presupuestarias.
- Ha promovido el desarrollo de proyectos de interés comunitario que sobrepasan la noción de frontera, para hacer posible el desarrollo equilibrado del conjunto del territorio de la Unión y la mejora de la accesibilidad de zonas apartadas.
- Ha sido una excelente herramienta de dinamización de toda la economía comunitaria, por supuesto de los países beneficiarios de los Fondos, pero no solo de ellos, sino también de aquellos que han proporcionado los fondos empleados, ya que ha fomentado el comercio intracomunitario, habiendo estudios que demuestran que las tasas de retorno que por la adquisición de bienes de equipo y de inversión en los Estados mas desarrollados financiadores de la cohesión, han supuesto los programas estructurales, se ha superado ampliamente el dinero donado.
- Ha permitido la modernización de una parte importante de las infraestructuras básicas de la Unión, como por ejemplo sus redes de autopistas, ferroviarias y de telecomunicaciones.[6]

5 España, Irlanda, Portugal y Grecia.

6 Fuente. Dirección de Política Regional de la Comisión Europea, http//:ec.europa.eu/regional_policy/funds.

II. Los instrumentos para la política de cohesión

II.a Los Fondos Estructurales

Como ya hemos indicado, se establecieron dos instrumentos fundamentales para conseguir el objetivo de igualar las rentas medias de todas las regiones de la Unión Europea: los Fondos Estructurales y los Fondos de Cohesión.

Originalmente, los Fondos Estructurales eran tres, el Fondo de Desarrollo Regional –FEDER–, el Fondo de Orientación y Garantía Agrícola – Orientación –FEOGA-O– y el Fondo Social Europeo –FSE–, a los que en el año 1994 se unió el muy poco conocido Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca –IFOP–. Todos ellos se regían, en sus aspectos comunes, por el Reglamento 1260/1999, aunque en el mes de julio de 2006 se ha aprobado otro Reglamento, a aplicar desde enero de 2007, que contempla la problemática de una Unión Europea de 27 Estados miembros.

Antes de entrar al detalle de estos Fondos, vamos a estudiar quienes han sido sus beneficiarios, y cuales las condiciones, para poder acceder a ellos.

Para dar seguridad jurídica en la concesión de los Fondos, y evitar posibles agravios comparativos, el Consejo y la Comisión crearon los denominados Objetivos Prioritarios, que han sido el instrumento en el que se han establecido los parámetros objetivos para poder acogerse a los Fondos.

- Objetivo 1. Destinado al desarrollo y ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas de los Estados de la Unión Europea (por debajo del 75% de la renta media per cápita de la Unión). Existen partidas para este objetivo de todos los Fondos Estructurales, y casi el 70% de los fondos disponibles están asignados a este objetivo.
- Objetivo 2. Reconversión económica y social en regiones gravemente afectadas por crisis económicas, preferentemente crisis industriales, y con graves deficiencias estructurales (con población o superficie significativa, crisis en industria y/o servicios, zonas rurales en declive, zonas urbanas en situación difícil y dependientes de pesca en crisis). Pueden acceder a fondos del FEDER, FSE e IFOP.
- Objetivo 3. Adaptación y modernización de las políticas y sistemas de educación, formación y empleo. Su fin es luchar contra el desempleo de larga duración y facilitar la inserción laboral de los jóvenes. Sus ayudas proceden fundamentalmente del FSE.
- Objetivo 4. Adaptación de los trabajadores a las mutaciones industriales. También puede acceder a fondos del FSE.
- Objetivo 5. Subdividido en dos apartados:
  5.a) Adaptación y desarrollo de las estructuras de producción, transformación y comercialización de la agricultura.
  5.b) Fomento del desarrollo de las zonas rurales. Políticas de equilibrio medioambiental.

Estos subobjetivos pueden acceder a fondos del FEOGA-O, y puntualmente del FEDER.

- Objetivo 6. Su fin es fomentar el desarrollo y el ajuste estructural de las regiones con una densidad de población muy baja (menos de 9 habitantes por kilometro cuadrado, fundamentalmente las regiones árticas y preárticas de Suecia y Finlandia). Se financian, básicamente, con fondos del FEDER.

Los objetivos 1, 2, 5.b y 6 son regionales, es decir destinados a aquellas regiones o zonas geográficas seleccionadas por cumplir los parámetros establecidos en cada caso. Esto ha dado lugar a la creación de los denominados "Mapas regionales por objetivos a escala europea". Por el contrario, los objetivos 3, 4 y 5.a, tienen carácter horizontal, lo que significa que son de aplicación en todo el territorio comunitario, sin discriminación por zonas.

Aunque muchos de estos fondos van destinados a ayudas regionales, su gestión es estatal. Cada Estado miembro receptor de ayudas, establece que autoridad nacional es la competente para tramitar y canalizar las ayudas. A grandes rasgos, la mecánica es la siguiente:

La autoridad nacional presenta en Bruselas, para cada periodo financiero –son planes plurianuales– los planes generales de inversión y desarrollo para cada uno de los objetivos, en base a los criterios definidos por la Comisión, con su correspondiente documentación justificativa. En base a esto, la Comisión elabora el denominado Marco Comunitario de Apoyo (MCA), en el que se incluyen los objetivos a alcanzar, las formas de intervención y los planes de financiación.

En estos planes es donde mas claramente se ve la voluntad de que su fin exclusivo sea colaborar al desarrollo económico de las zonas y las poblaciones económicamente deprimidas, ya que el sistema esta basado en la cofinanciación entre el Estado interesado y las instituciones europeas. El porcentaje comunitario de la financiación depende de la región, del Objetivo y del proyecto de que se trate, pero con una restricción fundamental que confirma la voluntad antes mencionada, y es que la parte que financia el Estado miembro debe suponer, al menos, el mantenimiento del gasto público por parte del Estado receptor de las ayudas, en esa zona y objetivo, al mismo nivel que en el periodo anterior, con lo que se asegura que los fondos adicionales sean realmente eso, adicionales, es decir un complemento de los aportados por los respectivos gobiernos para el fin buscado, aunque en muchas ocasiones los fondos comunitarios supongan hasta el 85% de la inversión realizada.

Este sistema está en discusión, porque dadas las carencias de algunos de los nuevos Estados miembros, se presenta el problema de que algunos no tienen capacidad –económica y/o administrativa– ni de financiación, ni de gestión, de su parte de los proyectos, o sobre todo, que antes no habían invertido en los mismos, con lo que actualmente alguno de estos nuevos miembros no tienen capacidad para aprovechar parte de las ayudas disponibles, que quedan sin emplear.

Una vez aprobado el MCA, la autoridad estatal debe presentar sus propuestas de Programas Operativos de Actuación (POA), que una vez aprobados, se articulan en unos ejes prioritarios de intervención, ya de forma mas detallada. Los proyectos susceptibles de cofinanciación con cargo a los Fondos Estructurales, deben ajustarse imperativamente a lo

establecido en esos ejes prioritarios, no siendo posible recibir financiación para proyectos que no encajen en lo dispuesto en los POA.

Aunque, como ya hemos indicado, la gestión de toda este mecanismo es de competencia exclusiva de los Estados, en España, el gobierno recaba de las Comunidades Autónomas susceptibles de recibir ayudas, según los distintos Objetivos prioritarios, información previa a la elaboración de los POA´s, incluyendo en los mismos los proyectos presentados por las CC.AA, tras una evaluación previa de que cumplen los requisitos, y según los niveles de prioridad. Una vez aprobadas las ayudas, es el Estado el que se encarga de la reasignación de las mismas entre las CC.AA beneficiadas. A pesar de la competencia entre estas para recibir nuevos fondos, el sistema no ha presentado problemas relevantes, salvo la permanente reivindicación de algunas CC.AA de ser interlocutores directos de la Comisión, cosa que ni esta ni el Estado español han admitido hasta ahora.

Finalmente hay que señalar, que hasta un 9% de estos fondos pueden destinarse a las denominadas Iniciativas Comunitarias, que son actuaciones, de origen comunitario, que aunque contribuyen a resolver problemas que afectan al desarrollo regional, revisten una dimensión no estrictamente nacional, sino europea. Estas Iniciativas pretenden favorecer la búsqueda de soluciones comunitarias a problemas que afectan a toda Europa, y estaban, inicialmente, articuladas en torno a siete temas prioritarios:

- Cooperación y redes transfronterizas, transnacionales e interregionales.
- Desarrollo Rural.
- Regiones ultraperiféricas.
- Empleo y recursos humanos.
- Gestión del cambio industrial.
- Desarrollo de barrios urbanos en crisis.
- Reestructuración del sector pesquero.

Añadiéndose, a posteriori, el desarrollo y la innovación tecnológica.

Una vez establecidos cuales son los Objetivos a los que son de aplicación los distintos Fondos Estructurales, y el procedimiento de gestión de los mismos, vamos a ver, someramente, los fines específicos de cada uno de estos:

El Fondo Europeo de Desarrollo Regional, FEDER, que a día de hoy se rige por el Reglamento 1783/1999 (hasta el 1 de enero de 2007) tiene como función principal la cofinanciación de los siguientes elementos de desarrollo:

- Las inversiones productivas que permitan crear o mantener empleo.
- Las infraestructuras en las regiones del Objetivo 1.
- Las iniciativas de desarrollo local y las actividades de las pequeñas y medianas empresas
- Inversiones en el terreno de la educación y de la sanidad en las regiones del Objetivo 1.

En concreto, esos fondos se han aplicado a múltiples actividades, entre las que podemos incluir: los transportes, las tecnologías de comunicación, la energía, el medio ambien-

te, la investigación y la innovación, la formación (adicionalmente al FSE), las infraestructuras sociales, la rehabilitación urbana y la reconversión industrial, el desarrollo local, e incluso, el turismo y la cultura.

A través de estas medidas se quiere fomentar el desarrollo del entorno productivo, la investigación y el desarrollo tecnológico, el desarrollo de la sociedad de la información, la protección y mejora del medio ambiente, la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en el trabajo, así como la cooperación transfronteriza, transnacional e interregional.[7]

Además, desde 1989 el Reglamento regulador del FEDER, a través de su artículo 10 permite la realización de acciones de carácter innovador y efectos demostrativo, en los ámbitos de Cooperación Interregional, Programas de Intercambio de Experiencias (Pacte), Redes de cooperación RECITE, etc.

El Fondo Social Europeo se creó con la finalidad de ayudar a la cohesión social de la Unión Europea. Soporta financieramente las políticas destinadas a lograr mas y mejores puestos de trabajo, la formación y la reconversión profesional de los ciudadanos de la Unión, principalmente los afectados por crisis industriales o en situación de desventaja competitiva ante el mercado de trabajo por desempleo, edad o sexo, potenciando la igualdad de oportunidades, la plena incorporación de la mujer el mercado laboral, etc. También busca la lucha contra el desempleo, especialmente el de larga duración, fomentar la calidad y productividad en el trabajo y fomentar la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores, y la integración y cohesión sociales.

Las ayudas del FSE se conceden siguiendo las directrices y recomendaciones de la Estrategia Europea de Empleo (EEE), rigiéndose por lo dispuesto en el Reglamento 1784/1999, aunque ya está aprobado un nuevo Reglamento para adaptarse a la Unión de los 27. Todas estas políticas, están recogidas en 5 ámbitos preferentes de actuación en el citado Reglamento.

Aquí también existe una Iniciativa Comunitaria, la EQUAL, cuyo fin es luchar contra la discriminación y las desigualdades, de cualquier naturaleza, dentro del ámbito del mercado laboral, con una especial incidencia en la integración social y laboral de los solicitantes de asilo.

El Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola –FEOGA-O–, fue el primer Fondo Estructural creado, en 1962, como complemento a la Política Agraria Común. Hoy se rige por el Reglamento 1285/1999, aunque también esta en trance de sustitución, y se divide en dos secciones, la de Garantía y la de Orientación. Durante el periodo financiero 2000-2006 ha dispuesto de 4.339 millones de Euros.

La sección de Garantía del Fondo financiará en particular los gastos de la organización común de mercados agrícolas, las medidas de desarrollo rural que acompañan al apoyo a los mercados y las medidas rurales fuera de las regiones del Objetivo 1, los gastos relativos a determinadas medidas del sector veterinario, así como campañas informativas sobre la política agrícola común.

7 Fuente: CEIM sobre datos de la Comisión Europea.

La sección de Orientación financia otros gastos en el ámbito del desarrollo rural (concretamente los que no son financiados por la sección de Garantía del FEOGA).

La financiación máxima para los proyectos acogidos a las ayudas del FEOGA-O es del 50%, pudiendo llegar en casos especiales hasta el 75% de las ayudas.

El muy poco conocido Instrumento Financiero de Ordenación de la Pesca IFOP es el Fondo estructural encargado de ayudar a solucionar los problemas estructurales de dicho sector, en las zonas acogidas al Objetivo correspondiente, y según los dispuesto en el Reglamento, las medidas estructurales del IFOP tienen como objetivo:

- contribuir al logro de un equilibrio entre los recursos pesqueros y su explotación;
- incrementar la competitividad de las estructuras de explotación y el desarrollo de empresas económicamente viables en el sector;
- mejorar el abastecimiento en productos de la pesca y de la acuicultura y la valorización de los mismos;
- contribuir a la revitalización de las zonas que dependen de la pesca y de la acuicultura.

Por su parte, y con vistas a garantizar la misión del IFOP, el Reglamento establece el ámbito de actuación de estas ayudas, previendo el apoyo del Fondos a las medidas siguientes:

- renovación de la flota y modernización de los buques pesqueros,
- ajuste del esfuerzo pesquero,
- sociedades mixtas,
- pesca costera artesanal,
- medidas de carácter socioeconómico,
- protección de los recursos pesqueros de las aguas marinas costeras,
- acuicultura,
- equipamiento de los puertos pesqueros,
- transformación y comercialización de los productos de la pesca y de la acuicultura,
- búsqueda de nuevas salidas para los productos pesqueros,
- acciones realizadas por los profesionales,
- acciones innovadoras: particularmente los proyectos de carácter transnacional y de interconexión de los agentes económicos del sector y de las zonas dependientes de éste y
- asistencia técnica.

Finalmente, y dentro de los nuevos instrumentos de la política de cohesión reformada para el periodo 2007-2013, se ha creado un nuevo Fondo Estructural, denominado Agrupación Europea de Cooperación Transfronteriza (AECT).

Aunque todavía no esté operativo, se ha propuesto y aprobado –ya existe un proyecto de Reglamento para su regulación– este nuevo Fondo, basado en el artículo 159 del Tratado de la Unión, con el fin de crear un marco, opcional, para la creación de organismos europeos

para la cooperación transfronteriza con el objeto de superar los obstáculos que la frenen. Dichos organismos estarán dotados de personalidad jurídica propia, para la aplicación de programas de cooperación transfronteriza y se basarán en un convenio acordado por las autoridades participantes, sean nacionales, regionales, locales o públicas de otro tipo. Constarán con un sistema mixto de financiación, entre las partes firmantes y la Comunidad.

Aparte de su importancia económica, este nuevo Fondo tiene una gran importancia política y simbólica porque, a falta de cómo se aprueba definitivamente el Reglamento que lo regule, permite la iniciativa directa en proyectos europeos, y en la gestión de los fondos, no solo a las entidades regionales –en el caso español a las Comunidades Autónomas–, sino también a las entidades locales, como Diputaciones provinciales, o incluso municipios.

II.b Los Fondos de Cohesión

1. Desde su creación hasta 2004

Estando previsto en el Tratado de Maastrich, el Fondo de Cohesión se creó en 1993 como un instrumento financiero de cohesión, institucionalizándose como Fondo en el Reglamento 1164/94, siendo posteriormente modificado por los Reglamentos 1264 y 1265/99.

En el momento de su creación, los destinatarios de estos fondos eran los Estados miembros cuyo Producto Interior Bruto por habitante fuera inferior al 90% de la media comunitaria, por lo que en realidad fue un Fondo creado para acelerar el desarrollo de 4 Estados: España, Grecia, Portugal e Irlanda.

Su función era el fortalecimiento de la Cohesión Económica y social de la Comunidad, financiando proyectos en los siguientes ámbitos:[8]

- Medioambientales, principalmente aquellos que coincidan con las prioridades en materia de política comunitaria medioambiental, establecidas por los planes de acción medioambiental y de desarrollo sostenible pertinentes, dando prioridad al suministro de agua potable, al tratamiento de aguas residuales, a la eliminación de residuos sólidos, las medidas de reforestación y control de la erosión y la conservación de la naturaleza.
- Redes transeuropeas de infraestructuras de transporte, definidas por las directrices RTE
- estudios preparatorios y medidas de asistencia técnica relativas a los proyectos subvencionables.

No se establece que porcentaje de los fondos deben destinarse a cada una de estas actividades, lo único que se menciona es que el reparto entre infraestructuras y medio ambiente debe ser equilibrado.

8 Informe sobre el Fondo de Cohesión de Política Regional – Inforegio. http://europa.eu/regional-policy.

Este Fondo nació como una ayuda complementaria para estos países con la idea de ayudarles a poder conseguir cumplir los criterios necesarios para incorporarse a la Unión Monetaria y Económica –la moneda única–, objetivo que se cumplió, aunque fuera con la ayuda de la denominada "contabilidad creativa", aunque no es menos cierto que estos cuatro no fueron los únicos Estados que tuvieron que acudir a ella, para poder cumplir los criterios establecidos, fundamentalmente el de déficit público, pero también los de deuda e inflación.

Durante el periodo 1994 – 1999 se dotó al Fondo con 15.150 millones de ECU's, decidiéndose en la Cumbre de Edimburgo el reparto de los mismos, que finalmente –tras ásperas discusiones– quedó repartido de la siguiente forma:

España: 52-58%
Grecia: 16-20%
Portugal: 16-20%
Irlanda: 7-10%

España, aunque fuera la mayor beneficiaria en términos absolutos, no lo era en términos relativos, ya que era, a distancia, el Estado con mayor población. En el periodo actual, 2000 – 2006, los fondos destinados a cada Estado han sido los siguientes, en millones de Euros:

España: 12.357.
Grecia: 3.338.
Portugal: 3.338.
Irlanda: 584.

No obstante lo anterior, en la revisión realizada en 2003, Irlanda salió de los Fondos de Cohesión, no percibiendo por este motivo cantidad alguna en el año 2004, por haber superado el 90% de la renta comunitaria –de hecho ha superado ya el 100% de la renta media de la Unión Europea de los 15- siendo la muestra mas palpable del éxito obtenido por la política de cohesión comunitaria.

La mecánica de este Fondo es diferente a la de los Fondos Estructurales, ya que aquí no existe programación anual, sino que el dinero se asigna a proyectos individuales, en base a las propuestas presentadas ante la Comisión por lo países beneficiarios.

La financiación de estos proyectos alcanza el 80-85% del coste de los mismos, excepto los estudios preparatorios y las medidas de asistencia técnica, que pueden llegar a obtener una financiación del 100%. Dado que el propósito de estos fondos era ayudar a conseguir cumplir los criterios de convergencia, entre los cuales el mas importante era el de déficit público, aquí no se aplicaron los criterios de adicionalidad en el gasto establecidos para los fondos estructurales. La única restricción existente, era que un proyecto no podía obtener financiación de estos Fondos y de los estructurales, simultáneamente.

Al igual que en los fondos estructurales, la presentación de los proyectos corresponde el Estado beneficiario. En España generalmente la propuesta de inversión proviene de las Comunidades Autónomas, siendo el Estado el que decide que proyectos se

presentan y cuales no. Los proyectos deben presentarse con una memoria que incluya el motivo por el que se ha seleccionado ese proyecto, un estudio sobre la viabilidad y forma de financiar el mismo, así como de sus repercusiones desde el punto de vista socioeconómico y medioambiental, siendo finalmente consensuado entre el Estado beneficiario y la Comisión Europea que proyectos de los presentados van finalmente a recibir financiación.

La Comisión, previamente a dar el visto bueno a los proyectos, analiza que se cumplen todas las condiciones para aprobarlos, comprobando:

- Las ventajas económicas y sociales a medio plazo del proyecto, demostradas por un análisis de costes y beneficios coste-eficacia.
- La participación del proyecto en la consecución de los objetivos comunitarios para el medio ambiente o la Red transeuropea de transporte.
- El respeto a las prioridades establecidas por el Estado miembro.
- La compatibilidad del proyecto con las demás políticas de la Unión, y por tanto con las acciones emprendidas mediante el uso de los Fondos Estructurales.

Los Estados miembros ejercen la responsabilidad de la ejecución de los proyectos con arreglo a la decisión de la Comisión en lo relativo a la gestión de los fondos, el cumplimiento del calendario, el plan de financiación, y sobre todo, garantizando el control financiero, aunque también la Comisión realiza un seguimiento y controles periódicos de los proyectos. Todo ello, por supuesto, sometido al control a posteriori del Tribunal de Cuentas de la Unión Europea.

2. El periodo 2004 – 2006

Con la ampliación el 1 de enero de 2004 de la Unión Europea con 10 nuevos Estados, se planteó el problema de que todos ellos cumplían los criterios aprobados para la concesión de las ayudas del Fondo de Cohesión, con lo que hubo que modificar la distribución de este para el periodo 2004 – 2006, lo que supuso un incremento en la cuantía de dicho Fondo, aunque como hemos dicho, Irlanda dejó en 2004 de ser perceptor de las ayudas, por haber alcanzado un nivel de desarrollo real que le dejaba fuera de los criterios de concesión.

El presupuesto adicional aprobado fue de 8.500 millones de Euros, para los tres años, distribuidos de la siguiente forma, siempre en millones de Euros:[9]

Chequia: 936.,05.
Chipre: 53,94.
Letonia: 515,43.
Lituania: 608.17.
Estonia: 309,03.

9 Fuente: Comisión Europea.

Hungría: 1.112,67.
Malta: 21,94.
Polonia: 4.178,60.
Eslovenia: 188,71.
Eslovaquia: 570,50.

Lo que arroja un total de 8.495,04 millones de Euros.

Estas ayudas fueron condicionadas al logro de una estabilidad macroeconómica. Así se dispuso que no podrían financiarse nuevos proyectos ni, en el caso de grandes proyectos plurianuales, ninguna nueva fase de un proyecto, si el Consejo consideraba que un Estado miembro no había aplicado su programa de estabilidad o convergencia de modo que evitara un déficit excesivo.

En julio de 2004 el Consejo consideró que siete Estados miembros beneficiarios del Fondo de Cohesión, incluidos seis nuevos miembros –República Checa, Chipre, Hungría, Malta, Polonia y Eslovaquia- tenían un déficit excesivo, recomendándoles la toma de medidas tendentes a su corrección. El 22 de diciembre del mismo año, el Consejo informó de que todos estos Estados, salvo Grecia y Hungría, habían tomado medidas adecuadas para reducir su déficit, instando a estos dos últimos a tomar medidas correctoras en el Consejo de 18 de enero de 2005, cosa que ambos hicieron en los meses siguientes, aunque sin demasiado éxito en el caso de Hungría.

Este planteamiento amplió el objetivo fundamental del fondo, la ayuda al desarrollo de los Estados menos ricos de la Unión, al de ayudar a la consecución de la estabilidad macroeconómica de la Unión, aunque muy mediatizado por el absurdo que suponía que, de prescindirse de las ayudas por culpa de un déficit excesivo, previsiblemente este aumentara.

3. El periodo 2007 – 2013

Ante la complejidad del nuevo reto asumido por la Unión con su ampliación a 25 Estados miembros, y con el fin de adaptar la política de cohesión a las nuevas circunstancias, en función de la experiencia adquirida hasta el momento, el 14 de julio de 2004, la Comisión Europea, previa negociación con el Consejo y con la nueva Comisión de Política Regional del Parlamento Europeo, presentó unas propuestas legislativas destinadas a la reforma de la política de cohesión, cuyas finalidades eran:

- mayor especificidad en relación con las orientaciones estratégicas de la U.E. (compromisos de Lisboa y Gotemburgo a favor de una "economía del conocimiento" competitiva y sostenible).
- mayor concentración en las regiones mas desfavorecidas
- mayor descentralización de la gestión y una aplicación simplificada, mas transparente y eficaz.

Para ello se proponían tres instrumentos: un nuevo Reglamento General de Gestión de todos los fondos comunitarios para la cohesión, basado en el principio de gestión compartida entre la Comisión, los Estados miembros y las regiones beneficiadas; tres nuevos Reglamentos, uno para cada Fondo (FEDER, FSE y Cohesión) y finamente un Reglamento para la creación de una Estructura Transfronteriza de Cooperación. Estos cinco Reglamentos que constituyen la base jurídica sobre la que se asientan las políticas de cohesión de la Unión Europea en los próximos años, han sido aprobados por el Consejo y por el Parlamento Europeo en julio de 2006.

En estos de Reglamentos se sustituyen desde 2007 los antiguos Objetivos, pensados cuando solo existían los Fondos Estructurales, por otros tres nuevos, que incluyen todas las políticas comunitarias de cohesión. Los nuevos Objetivos son:

- Objetivo Convergencia. Muy próximo al actual Objetivo 1 y financiable con fondos FEDER, FSE y Cohesión. Destinado a acelerar la convergencia económica de las regiones menos desarrolladas, potenciando fundamentalmente el crecimiento económico y el empleo, mediante inversiones, en recursos físicos y humanos, en innovación y sociedad del conocimiento, en la adaptación a los cambios económicos y sociales, en protección del medio ambiente y en la mejora de la eficacia administrativa.
  A este Objetivo se destinarán el 78.54% del total de las ayudas disponibles, distribuyéndose de la siguiente forma:
  . el 67.34% para las regiones con un PIB/habitante inferior al 75% de la media.
  . el 8.38% para las regiones afectadas por el "efecto estadístico".
  . el 23.86% para los países beneficiarios del Fondo de Cohesión.
  . el 0.42% para las regiones ultraperiféricas.

- Objetivo Competitividad Regional y Empleo. Financiable con fondos FEDER y FSE. Su fin es fomentar la competitividad de las regiones europeas en general y la productividad y adaptabilidad de sus trabajadores, conforme a la Estrategia Europea de Empleo (EEE), así como el desarrollo de mercados de trabajo orientados a la integración social.
  A este objetivo se le asignará el 17.22% de las ayudas totales, y se distribuirá de la siguiente manera:
  . el 83.44% para las regiones que no dependan del actual Objetivo 1.
  . el 16.56% para las regiones en transición *phasing-in.*

  Objetivo Cooperación Territorial Europea. (FEDER). Su misión es intensificar la cooperación en la Unión a tres niveles: La cooperación transfronteriza a través de programas conjuntos; la cooperación a escala de zonas transnacionales; y el establecimiento de redes de cooperación y de intercambio de experiencias en el conjunto de la Unión.
  Los créditos disponibles para la cooperación territorial ascenderán al 3.94% del total, y se distribuirán de la siguiente forma:

. un 47.3% para la cooperación transfronteriza, del cual el 35.61% se dedicará a las acciones de cooperación sobre el territorio de la U.E., y el 12.12% restante para los ámbitos de vecindad y cooperación y de instrumentos de preadhesión.
. el 34.3% para las zonas de cooperación transnacional.
. el 4.54% para las redes europeas de cooperación e intercambio.

El montante total previsto para la Política de Cohesión en el periodo 2007 – 2013, asciende a 336.100 millones de Euros.

4. Las perspectivas para España

Cuando se iniciaron las negociaciones para este periodo, las expectativas para España eran$ francamente negativas. En el año 2003, momento clave de la negociación, existía una profunda crisis económica en la mayoría de los países contribuyentes netos al presupuesto de la Unión Europea, crisis que encabezaban Alemania, Francia y Holanda, incluso con crecimientos negativos de su PIB, que les llevó a intentar una disminución de sus compromisos financieros con la Unión, con la consiguiente propuesta de reducción del presupuesto de la Unión, propuesta a la que se sumaron con entusiasmo los otros contribuyentes netos, Reino Unido, Suecia y Austria, aunque sus propuestas intentaban ser frenadas por la Comisión y por el Parlamento Europeo que temían que, sin las políticas de cohesión, la Unión acabaría siendo una simple zona de libre cambio, tal y como quería por ejemplo el Reino Unido, y no una verdadera Unión Económica. Estos 6 Estados, dirigieron una carta al presidente de la Comisión en la que propusieron que el techo del gasto de la Unión Europea se situara en el 1% de la Renta Nacional Bruta Comunitaria, lo que habría supuesto un cataclismo para España.

A esta mala situación económica de los países principales financiadores de las políticas de cohesión, y a la pobreza de los nuevos Estados miembros,[10] se añadía el problema de la prosperidad económica alcanzada en los últimos años por España, que había hecho que la renta per capita española se acercara al 100% de la media de la nueva Unión Europea de los 25,[11] aunque nuestro país alegó el hecho innegable de que dicho acercamiento se había producido no solo por el crecimiento español, sino también por el efecto estadístico que las nuevas incorporaciones habían provocado.

Aunque los fondos que España va a recibir en los próximos años sean bastante inferiores a los del periodo anterior, son todavía muy sustanciales, y mayores de los que realmente se esperaban, aunque nadie duda que, de seguir las cosas como hasta ahora, a partir de 2013, España pasará, con suerte, a una situación de equilibrio, o mas probablemen-

10 La ampliación de la Unión Europea de 15 a 25 Estados provocó una disminución de la riqueza media per cápita del orden del 12.5% e hizo pasar la proporción de la población que vive en zonas menos desarrolladas del 20 al 25%. (Fuente doc. CESE 390/2005).

11 De hecho, en el Documento IP/04/927 de 15 de julio de 2004, de la Comisión Europea sobre "*Los nuevos instrumentos de la política de cohesión reformada 2007-2013"* se afirma, referido al Fondo de Cohesión: "De conformidad con las estadísticas actuales, comprende a los 10 nuevos Estados miembros más Grecia y Portugal".

te, a ser contribuyentes netos, lo que no tiene porqué ser algo negativo, ya que significará que España ha alcanzado el nivel de prosperidad de nuestros socios, y ya no precisamos de su ayuda, como ya ha acontecido con Irlanda..

El primer éxito obtenido ha sido la prórroga para España de la concesión del Fondo de Cohesión y el mantenimiento de los fondos estructurales para casi todas las regiones que los recibían, logrando así minimizar el efecto estadístico en las regiones menos desarrolladas, pero también se ha conseguido que la Unión ayude a financiar el control de los flujos migratorios, y se ha logrado la creación de una ayuda para el desarrollo tecnológico, especifico para España, lo que es una novedad en la historia comunitaria.

En cuanto al temido efecto estadístico, España presentó a la Comisión, el 19 de abril de 2001, un informe sobre "Política Regional y la Ampliación", en el que se demostraba que la ampliación provocaba que prácticamente todas las regiones españolas pasaban, automáticamente, a disponer de una renta superior, o extremadamente próxima, al 75% de la nueva media comunitaria, sin haber cambiado sus fundamentos económicos.

Esto suponía que seis de las doce regiones españolas que se beneficiaban de los fondos estructurales –Asturias, Murcia, Castilla León y Castilla La Mancha, junto con las ciudades de Ceuta y Melilla- dejarían de percibirlos, además de no poder acceder España al Fondo de Cohesión, suponiendo de esta forma el coste de la ampliación para España, unos 14.800 millones de Euros, lo que provocaría que España fuera, prácticamente, el "pagano" de la ampliación. Esto se debía a lo que se denominó "efecto tijera", en resumen, que España cada vez aportaría más al presupuesto comunitario y recibiría menos del mismo, lo que España planteó que era inaceptable. A todos estos problemas económicos se juntaban la mala relación política del gobierno español de la época con los gobiernos de Alemania y Francia por culpa de la política proamericana del gobierno español y su apoyo a la política estadounidense sobre Irak, en contra de la opinión de la mayoría de los Estados de la Unión Europea de los 15, excluida Inglaterra, tema que, posteriormente, dividió profundamente a la Europa de los 25 (casi todos los nuevos estados miembros adoptaron también posturas fuertemente proamericanas).

Las objeciones españolas fueron finalmente entendidas por tres de los mayores contribuyentes de la Unión, Alemania, Francia e Inglaterra, a lo que ayudó la posibilidad, nunca mencionada expresamente, pero siempre presente, de que España vetara la ampliación, aunque esto, políticamente, fuera inimaginable.

Esta comprensión en parte fue debida a lo extremo de la propuesta antes señalada, de reducir el presupuesto comunitario al 1% de la Renta Nacional Bruta de la Unión y la exclusión de España de los Fondos de Cohesión, lo que habría supuesto, como España puso de manifiesto, un "juego de suma cero", con el traslado automático de todo el dinero que recibía el sur de Europa, y sobre todo España, a los nuevos Estados miembros. Para complicar mas las cosas, España, en Diciembre de 2003, se enfrentó a la Comisión Europea –su aliado natural– por la falta de medidas de transición en los Fondos de Cohesión en la propuesta presupuestaria. España amenazó con vetar el presupuesto. De haberse aprobado este presupuesto habría habido una caída en vertical de los fondos recibidos por España, ya en 2007, pasando a ser contribuyente neto en el año 2010 – 2011, aunque la renta real no se hubiera acercado más.

La propuesta original de la Comisión era que el techo de los gastos se mantuviera en el 1.24% de la RNB, al igual que en el periodo anterior (aunque en realidad solo se gaste el 1.09%). Intentando soslayar las dificultades, el Parlamento Europeo propuso como mínimo admisible el 1,18% RNB, lo que tampoco fue aceptado por los países contribuyentes, proponiendo la presidencia luxemburguesa que el tope se estableciera en el 1,06%, lo que tampoco se aceptó.

Quizás lo extremo de las propuestas fue beneficioso para España, aceptando finalmente los países contribuyentes la propuesta de la canciller alemana Merkel de enero de 2004 de mantener los gastos de la Unión en el 1.045% de la RNB, aunque la propuesta de la Comisión seguía sin prever mecanismos de salida ("phasing out") de los fondos de cohesión, pero si de los estructurales.

Ante el riego de no llegar a un acuerdo, y por tanto de veto, la presidencia luxemburguesa hizo, el 15 de junio de 2004, una propuesta en la que además de proponer establecer el tope de gasto en el 1,06% de la RNB comunitaria, se incluía una prórroga de los fondos de cohesión por dos años, en los que España recibiría el 68% y el 46% de lo recibido en el último año del periodo anterior (es decir en 2006), lo que supondría unos 1.200 millones de euros en 2007 y 800 en 2008. Esto fue rechazado por España porque supondría pasar a ser contribuyente neto en 2011 – 2012.

A continuación se incluye un cuadro resumen con las distintas propuestas barajadas a lo largo de la negociación (en millones de Euros).

	Comisión Europea enero 2004	**Parlamento Europeo**	**Presidencia Luxemburgo** junio 2005	**Presidencia Británica** diciembre 2005	**Acuerdo final** 17 dic. 2005
Crecimiento sostenible	457.995	446.930	381.604	368.910	380.129
Competitividad	121.687	110.600	72.010	72.010	72.010
Cohesión	336.308	336.330	309.594	296.900	308.119
Gestión recursos naturales	400.294	392.306	377.800	367.464	370.854
Ayudas directas	301.074	293.105	295.105	293.105	293.105
Ciudadanía	14.724	16.053	11.000	10.270	10.270
Seguridad, justicia	9.210	9.321	6.630	6.630	6.630
Ciudadanía	5.514	6.732	4.370	3.640	3.640
Europa en el mundo	62.770	63.983	50.010	50.010	50.010
Administración	57.670	54.765	50.300	49.300	50.300
Compensaciones	800	800	800	800	800
Total	994.253	974.837	871.514	846.754	862.363
Techo compromisos (% RNB)	1.24	1.18	1.06	1.03	1.045

Fuente: Comisión Europea y Presidencia británica.

Sorprendentemente, la llegada de los británicos a la presidencia en julio de 2004, ayudó a flexibilizar las posturas de los mas intransigentes, a favor de España, aunque, eso si, proponían mantener el gasto en el 1,03% de la RNB europea. Finalmente, en el acuerdo alcanzado en la madrugada del 17 de diciembre de 2004, sobre la propuesta alemana de establecer el tope en el 1,045 de la RNB comunitaria, se lograba prorrogar los Fondos de

Cohesión para España hasta el año 2013, logrando obtener la concesión de 3.250 millones de euros (de 2004) frente a los 2.000 millones de la propuesta anterior, mas la cantidad de 600 euros por desempleado para aquellas regiones que fueran abandonando los Fondos, a lo largo del periodo, tanto si lo hacían por el efecto estadístico, como si lo hacían por un incremento real de la renta disponible.

Todo esto además con la ventaja añadida de que, al no estar regionalizados los Fondos de Cohesión, como si lo están otros, como por ejemplo los FEDER, según vayan dejando de recibir ingresos las regiones que dejen de cumplir las condiciones para su recepción, estos fondos podrá el Estado español destinarlos a proyectos en otras regiones que sí sigan cumpliendo los criterios, con lo que no se perderán estos Fondos, salvo en el prácticamente imposible caso de que ninguna región española pudiera ser acreedora de tales ayudas.

Además, España logró la creación, dentro de los Fondos Estructurales, de un Fondo Tecnológico, a aplicar exclusivamente en España, y una participación en el nuevo Fondo de Ajuste para la Globalización, también dentro de los FEDER, nacido para contrarrestar fenómenos de deslocalización empresarial y con una dotación inicial de 500 millones de euros anuales. Finalmente, aunque no esté cuantificado, previsiblemente, España será uno de los Estados mas beneficiados del importante presupuesto de que la Unión dispondrá para su política de control de migraciones y buena vecindad.

Cuantificando todos los ingresos previstos para el periodo 2007 – 2013, las estimaciones del Ministerio de Economía –que a su vez las ha realizado a partir del documento 15914/05 del Consejo Europeo- son que se recibirán un total de 27.300 millones de los Fondos Estructurales y de Cohesión, mas unos 44.120 millones en concepto de ayudas directas y por la Política Agraria Común, mas otros 19.000 millones por la participación de España en otras políticas comunitarias. En total unos 90.420 millones de Euros.

Haciendo balance de la situación financiera de España frente a la Unión, está previsto que, dado el diferencial de crecimiento favorable a España con relación al conjunto de la Unión, nuestras aportaciones netas al presupuesto comunitario se incrementen en unos 1.800 millones de euros anualmente, por lo que las contribuciones españolas pasarán, en el periodo mencionado, de los 61.200 millones de euros a unos 74.200. Esto significa que, al margen de cantidades pendientes de recibir del periodo anterior, el saldo financiero en el periodo 2007 – 2013, será positivo para España en una cantidad evaluada entre 5.000 y 6.000 millones de euros anuales, lo que puede considerarse como un gran éxito negociador, y que previsiblemente no se repetirá, ya que aparte de que en el periodo se superará la media de renta per capita de la U.E.-27 –ya superamos el 98%– probablemente se alcance en este periodo la convergencia real que supondría llegar a superar el 90% de la renta de la Unión Europea de los 15. Parece lógico que España pase a implicarse en el esfuerzo solidario con los nuevos Estados miembros, mucho menos desarrollados que España, tanto a niveles absolutos como relativos, haciendo extensiva a dichos Estados la solidaridad que ella misma recibió tras su ingreso, y que nadie duda que ha sido uno de los grandes éxitos de la Europa comunitaria.

Estas son las cifras oficiales que se barajaron durante la negociación, pero el pasado 20 de septiembre de 2006, ante una interpelación parlamentaria del Bloque Nacionalista Gallego, el Ministro de Economía, Pedro Solbes, aseguró en las Cortes que la cifra a recibir por España de los Fondos Estructurales y de Cohesión rondará los 35.200 millones de euros –casi 8.000 millones de euros mas de las previsiones iniciales– entre los que incluyó 543

millones del Fondo de Cohesión, 31.114 millones del FEDER y FSE, mas 560 millones de fondos de desarrollo regional. Del total, el ministro informó que de los fondos estructurales, 21.000 millones irán a las regiones convergencia –aquellas con un PIB por habitante inferior al 75% de la media comunitaria-; 1.573 millones a los fondos FEDER de Investigación, Desarrollo e Innovación, destinados a fomentar la inversión en tecnología de las empresas, mientras que 1.584 millones irán a las regiones que superando el 75% del PIB per cápita de la U.E. de los 25, no llegan a este umbral si se considera la U.E. de los 15.

También informó que el Objetivo de cooperación territorial se dotará con 559 millones para la cooperación transfronteriza, de los cuales irán 200 millones para la cooperación con Francia y Portugal, 111 millones para proyectos de cooperación con Marruecos y 148 millones para espacios definidos por la Unión Europea, sin especificar a que se destinará el resto.

A partir de estas cifras, el ministro considera que España será el segundo mayor receptor de fondos de la política de cohesión comunitaria en los próximos 6 años.

La conclusión evidente de todo lo anterior es que la U.E. ha sido, una vez más, extremadamente generosa con España. Aunque España ve moderadamente disminuidas (entre un 25 y un 40%, según las estimaciones y los conceptos que se incluyan) las ayudas que percibe –en mi opinión no tiene mucho sentido hablar de "perdidas" ya que el motivo es como para tirar cohetes: se está alcanzando la prosperidad media de los países más ricos del mundo, al margen que la palabra perdida significa que desaparezca algo propio, no que te vayan a dar menos de los que deseas- estas ayudas seguirán manteniéndose en niveles muy altos, ayudando al desarrollo español.

Se ha hablado mucho en los últimos tiempos de balanzas fiscales, pero es indudable que si cuando España se adhirió, los países contribuyentes se hubieran basado en ellas, no se habría realizado el extraordinario ejercicio de solidaridad que con los países "pobres" europeos se realizó. Ahora, los países pobres son otros –por su P.I.B., España es la octava potencia económica del mundo–, y cuando se visita alguno de ellos –al margen de las cifras económicas y de bienestar, con diferencias astronómicas con España en algunos casos– produce sonrojo que muchos españoles– y fundamentalmente algunos políticos, que deberían conocer el tema- consideren poco menos que la Unión Europea nos está robando y que nuestros negociadores son unos inútiles. Para mí la situación es otra: gracias al buen hacer de los españoles –empresarios, trabajadores y sindicatos, y Administración–, a la inversión extranjera, a la apertura económica, a la elevación del nivel educativo y a la mejora de las infraestructuras básicas –en gran parte financiadas por la Unión Europea, no lo olvidemos– España ya no necesita –y esperemos que en el futuro, todavía menos– los ingentes niveles de ayuda recibidos. Si alcanzada la convergencia, se siguieran recibiendo, en detrimento de los países más pobres, ya no se trataría de una ayuda solidaria, sino sencillamente un regalo.

III. La política de cohesión Europea y España

Recapitulando, es unánime el reconocimiento de que las políticas de cohesión y solidaridad emprendidas por la Unión Europea ante el ingreso de nuevos miembros menos desarrollados, han supuesto un indudable éxito, sobre todo en lo que se refiere a Irlanda y

España. La primera alcanzó el 90% de la media del PIB por habitante de la U.E. de los 15 en 2004 (hoy supera ampliamente dicha media), y en lo que a España se refiere, las previsiones son que de seguir el actual ritmo de crecimiento español, lo alcance antes de 2010.

Ya en abril de 2005, en el documento ECO/151 "Fondo de Cohesión" del Comité Económico y Social Europeo, organismo nada sospechoso de complacencia con los gestores comunitarios, se daban los siguientes datos, referidos a este éxito:

- La red de autopistas de los cuatro Estados beneficiarios de las políticas de cohesión pasaron de estar un 20% por debajo de la media comunitaria a estar un 10% por encima de la misma en 2001.
- El grado de modernización del transporte ferroviario y la densidad de cobertura por ferrocarril de estos 4 países ha subido fuertemente, aunque todavía represente el 55% de la media de la U.E., cifra que aumenta sensiblemente en el caso de España.
- La creación de infraestructuras de transporte ha sido un fuerte factor de atracción en las regiones beneficiarias, produciendo un fuerte incremento de la actividad económica, la productividad y la renta real de la población.
- Los estudios realizados por la Comisión demuestran que la contribución de los Fondos Estructurales en general, y del Fondo de Cohesión en particular, ha influido en la ubicación de actividades con un fuerte componente de investigación y desarrollo, lo que fomenta, indudablemente, el crecimiento sostenible del conjunto del espacio europeo.
- Si se toma como referencia el PIB per cápita durante el periodo 1994-2001, el aumento en estos cuatro estados miembros (media del 3% en términos reales) superó en más del 1% la media anual del aumento registrado en la Unión Europea.

Según datos recopilados por J.A. Herce y S. Soldevilla (FEDEA) a partir de datos del Ministerio de Economía y de los presupuestos del Estado para 2005, en el periodo 1985-2005, España habría contribuido al presupuesto europeo con 117.600 millones de Euros, y habría recibido 211.000 millones, por lo que el saldo a favor de España habría sido de 93.300 millones de euros (algo mas de 15 billones de las antiguas pesetas), lo que supone que por cada Euro aportado a la Unión Europea, el retorno ha sido de 1,85 Euros.

En cifras macroeconómicas, esto ha supuesto una transferencia neta del 0,83% del PIB español en cada uno de los 20 años considerados, o lo que es lo mismo 129 euros por español y año desde 1986. Estas ayudas se han traducido en una elevación de la tasa de crecimiento español de 0,4 puntos porcentuales cada año, y ha supuesto la creación de unos 300.000 empleos. Todo esto ha permitido a España pasar de una renta media del 72% del PIB por habitante de la Unión Europea a 15, hasta el 97,6% de la renta media de la U.E. a 25 en 2005, que se correspondería con aproximadamente el 88% de la renta media de la U.E.-15.[12]

12 Fuente: Simón Sosvilla-Rivero y José A. Herce – "La política de Cohesión Europea y la Economía Española: Evaluación y perspectiva". Doc. 52/2004 Real Instituto Elcano.

Esta ganancia habría supuesto un incremento medio de la renta por habitante de 1.027 Euros (a precios de 1999), sin cuyos avances estaríamos hoy, a efectos prácticos, casi seis puntos porcentuales por debajo en nuestro indicador de renta por habitante relativo a la U.E.-15. En relación al mercado de trabajo, los distintos estudios estiman con casi total unanimidad que las ayudas europeas habrían generado o mantenido, en términos medios, para esos 20 años, un 2,07% más del empleo que se habría observado sin las ayudas, lo que ha supuesto una disminución media de la tasa de paro de casi dos décimas porcentuales a lo largo del periodo.

Finalmente, adjuntamos un cuadro de los mismos autores, en los que se estudia cual ha sido la evolución de la renta per capita española gracias a las políticas de cohesión, comparándola con la que tendríamos sin estas ayudas. Para valorar correctamente estos datos, debemos tener en cuenta otros factores, consecuencia de nuestra integración en la Unión Europea y que también han sido determinantes es esta evolución, desde la disciplina presupuestaria y la obligada reducción de la tasa de inflación, hasta la apertura al comercio internacional de España en estos 20 años.

Renta por habitante en España ajustada por paridad del poder adquisitivo (UE-15 = 100)

	Con ayudas	Sin ayudas	Diferencia
Índice en 1988	74,34	74,34	0,00
Índice en 1993	78,83	76,95	1,88
Índice en 1999	80,96	77,41	3,55
Índice en 2006	89,39	83,61	5,78
Índice medio período 1989-1993	77,78	76,45	1,33
Índice medio período 1994-1999	80,22	76,21	4,01
Índice medio período 2000-2006	86,76	81,00	5,76

Fuente: cálculos Soldevilla-Rivero y J.A. Herce obtenidos del modelo HERMIN aplicados a las series de la base AMECO de la DG ECFIN de la Comisión de la UE.

Parece evidente de todo lo expuesto que la conclusión a obtener no puede ser mas sencilla: la política de cohesión europea ha sido un elemento fundamental en el desarrollo económico de los Estados destinatarios de la misma, cuantificado, como hemos visto, en el caso español de una equiparación en 5,78 puntos porcentuales a la renta de los países que podemos considerar como los mas ricos del mundo, hasta llegar a alcanzar el 90% de su renta per cápita –cifra probablemente infravalorada, pues existe un consenso generalizado de que en España existen unos niveles de economía sumergida bastante superiores a la media de la U.E. – 15 (se habla incluso de un 30% del PIB, aunque lo mas probable es que ronde el 20%), lo que implicaría probablemente que la aproximación a la renta media haya sido mayor, acercándose probablemente al 100% de la UE-15 a día de hoy, y por supuesto superando ampliamente la renta media de la U.E. de 27 miembros.

En función de lo anterior me reafirmo en la idea anteriormente expuesta: es de justicia que de seguir el crecimiento español la senda de los últimos 20 años, España deje en el año 2013 de ser receptor de ayudas comunitarias a la cohesión, e incluso pase a ser financiador de las mismas a los países menos desarrollados, en base a los mismos ideales de solidaridad y ayuda a la construcción europea que propiciaron las ayudas que ella recibió, con tan elevado éxito.

La Función del Ombudsman en un Pacto Económico y el Tratado de Cooperación Amazónico y los Derechos de los Pueblos Amazónicos y el Desarrollo Sostenible

*Román J. Duque Corredor**

1. Las tareas pendientes de los pactos económicos. 2. Los pactos económicos y la democracia social. 3. Los efectos de la ingobernabilidad de la democracia en los pactos integracionistas y las funciones de las Defensorías del Pueblo. 4. La normativa comunitaria de derechos humanos y su aplicación directa en los Estados de economías integradas. 5. La legitimidad internacional de las Defensorías de Pueblos nacionales y la participación ciudadana en los procesos de integración. 6. El derecho a la identidad cultural en los pactos económicos y el papel de las Defensorías del Pueblo. 7. La incorporación de los mecanismos de promoción y protección de los derechos ciudadanos en las estructuras comunitarias de los Estados y la legitimidad del ejercicio del Poder Público como presupuesto de los procesos de integración. 8. La Amazonía herencia común de la Humanidad. El derecho amazónico. 9. El avance de la cooperación internacional hacia la institucionalidad supranacional, en el tratamiento de la Amazonía. 10. Los derechos de los pueblos amazónicos: su naturaleza colectiva o solidaria. El derecho al desarrollo y el desarrollo sostenible. 11. La defensoría de la Amazonía como institución de la organización internacional del Tratado de Cooperación Amazónica para consolidar el derecho amazónico transnacional. A manera de conclusión.

1. Las tareas pendientes de los pactos económicos

La finalidad de este trabajo es evidenciar como los instrumentos de integración no pueden limitarse a sus aspectos económicos, jurídicos, tributarios, arancelarios o migratorios. Sino que también deben comprender reformas institucionales a los para fortalecer los derechos humanos como base de los sistemas auténticamente democráticos de gobierno. Y, por ello, se quiere plantear como tema de discusión la función que debe desempeñar el Defensor del Pueblo en los pactos económicos para que su consolidación no vaya en perjuicio de los derechos y de la dignidad de las personas, y para que la población de las diferentes regiones tenga participación efectiva en sus beneficios y también en los diseños de esos pactos y en la adopción de las medidas económicas que puedan afectarla. De manera, que la promoción de Ombusdman o Defensores del Pueblo para los pactos económicos es su objetivo principal. Y, en concreto, tomo como ejemplo concreto los pactos de cooperación amazónica por cuanto sus sustento es más humano que económico.

* Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Miembro de la Comisión Andina de Juristas, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Caracas, Venezuela, Profesor de Derecho Constitucional, Vicepresidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman, Socio de Hoet Pelaez Castillo & Duque, Caracas, Venezuela.

2. Los pactos económicos y la democracia social

Los pactos económicos y la profundización de la democracia han sido la característica de la última mitad del Siglo XX. Los primeros para lograr la integración económica de las regiones y, en definitiva, el desarrollo de nuestros pueblos; y lo segundo, para responder a la exigibilidad de una gobernabilidad democrática para garantizar, de este modo, la justicia social y la paz a nuestras colectividades. Con la integración, en definitiva, lo que se busca es reducir la pobreza y mejorar la distribución de los ingresos de la riqueza regional. Y, con las exigencias de una nueva gobernabilidad, que supere la democracia representativa para que se fundamente en el respeto de los derechos humanos dentro de un ambiente de libertad y de democracia políticas. Lo cierto es que ambos objetivos, la reducción de la pobreza y la democracia ciudadana, no son excluyentes sino que por el contrario, el primero es imposible alcanzarlo sin que se fortalezca la institucionalidad democrática que tenga presente principalmente a los derechos del ciudadano y de las sociedades a las cuales pertenece.

Soy un convencido que más importante es el funcionamiento de las instituciones ciudadanas que procuren la justicia, la libertad y la paz, que las solas revoluciones populares que se proclaman en nombre de uno solo de esos valores. En éstas el ciudadano se masifica y se pierde en la estructura del Estado o del partido, afectándose la libertad y el pluralismo, y, en definitiva, los derechos fundamentales del ciudadano. Es decir, la democracia misma. En cambio, aquéllas, cuando son fruto de una verdadera institucionalidad democrática, en su creación, formación y designación, que garanticen su independencia y su criterio profesional, en defensa del ciudadano, frente a los centros del poder político, económico, social o militar, aseguran la libertad como el ambiente más propicio para la democracia. En otras palabras, una democracia ciudadana, con crecimiento económico en paz y con equidad; que es el nuevo nombre de la gobernabilidad democrática.

3. Los efectos de la ingobernabilidad de la democracia en los pactos integracionistas y las funciones de las Defensorías del Pueblo

Los esfuerzos integracionistas de los pactos económicos se ven frustrados y debilitados cuando, por defectos de la gobernabilidad de los sistemas democráticos, sus objetivos de desarrollo económico no se llegan a alcanzar porque no se consigue superar la pobreza y porque sus beneficios sólo se distribuyen entre los sectores privilegiados de las regiones. A veces porque al definirse las políticas de la región los sectores más interesados tampoco tienen canales de acceso a los centros de las decisiones gubernamentales y regionales. El fortalecimiento de los procesos de integración debe pasar también por un proceso de fortalecimiento de las formas de representación y participación ciudadana en los pactos económicos. Se ha avanzado en algunos medios de representación política, como son los parlamentos regionales, pero que a la hora de la verdad se convierten en representaciones de ideologías o de grupos de partidos regionales. Creo, por tanto, que las Defensorías del Pueblo pueden ser también instancias válidas de representación ciudadana en los pactos económicos.

No creo que esta función es incompatible con las que constitucional y legalmente se les atribuye a las defensorías del pueblo. Por el contrario, en la vertiente moderna del derecho internacional hoy es indiscutible la categoría jurídica del ciudadano y de las poblaciones, como sujeto de derechos y obligaciones regionales. Hoy día, por ejemplo, se habla del ciudadano europeo y de sus derechos, en el ámbito de instrumentos comunitarios, y del proyecto de Constitución Europea. Y no vemos porque la situación deba ser distinta cuando volteamos los ojos a nuestras regiones.

4. La normativa comunitaria de derechos humanos y su aplicación directa en los Estados de economías integradas

Ciertamente que no hemos avanzado tanto como hasta llegar a proyectos de Cartas o Constituciones regionales. Pero, sí contamos con instrumentos internacionales que constituyen normativas integrales comunitarias de derechos humanos, de aplicación directa e inmediata en el ámbito interno, al ser acogidos por cada una de las Constituciones nacionales; que amplían y complementan la normativa nacional en la materia. Así, en el ámbito regional, baste citar, entre otros instrumentos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de Bogotá de 1948; la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José" de 1969; el Protocolo Adicional a esta Convención Americana de El Salvador de 1988; la Carta Democrática Interamericana de Lima de 2001 y la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Humanos de Guayaquil de 2002. Estos instrumentos aceptados por nuestros Estados no sólo como compromisos internacionales, sino incluso hoy en día como parte de sus Constituciones, constituyen Cartas Magnas de los derechos de los ciudadanos de nuestras regiones, para cuya defensa, incluso, se ha llegado admitir la petición, queja o denuncia personal ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. Existe, pues, en concreto, un Estatuto de los derechos del Ciudadano Latinoamericano de aplicación internacional y nacional. Incluso, en este orden de ideas, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su Trigésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones, de Santiago de Chile, de 2004, calificó la Carta Democrática Interamericana como "*el principal referente hemisférico para la promoción y defensa de principios y valores democráticos compartidos en las América al inicio del Siglo XXI"*, y cuya "*aplicación efectiva plantea un desafío permanente para sus pueblos y gobiernos"*.

5. La legitimidad internacional de las Defensorías de Pueblos nacionales y la participación ciudadana en los procesos de integración

De manera, que las Defensorías del Pueblo de nuestros países están, a mi juicio, legitimadas para sostener peticiones ante organismos internacionales, por cuanto su función es principalmente la defensa integral de los derechos de los ciudadanos, donde cabe su actuación nacional e internacional de censura y de denuncia dentro de su función de con-

trol de la actuación de los poderes públicos. Existiendo, pues, el reconocimiento de la ciudadanía regional, y admitiéndose que las Defensorías del Pueblo, aparte de su función de control de la arbitrariedad, son un canal de participación de la sociedad en los asuntos públicos, no puede haber resistencia para reconocerles legitimidad para la actuación de estas Defensorías ante los organismos regionales, e internamente para su participación en el diseño de las políticas de integración de los pactos económicos.

Dentro de las agendas de los Defensores del Pueblo, en consecuencia, su participación más activa en estos procesos ha de tener carácter prioritario. En efecto, se ha hablado de un conocimiento masivo de los derechos humanos como un logro internacional por la presión y la movilización social, pero para cuya efectividad se requiere igualmente de otro proceso parecido en materia del ejercicio pleno de esa ciudadanía no sólo interna sino también externamente. Y aquí es donde cabe una función primordial a las defensorías del pueblo. En este orden de ideas, vale la pena destacar que la OEA, en su trigésimo tercer período de sesiones, ratificó la necesidad de definir en la Agenda de Gobernabilidad para el hemisferio los cambios políticos, económicos y sociales que permita fomentar la credibilidad y la confianza ciudadanas en las instituciones democráticas. Y dentro de estos cambios, el fortalecimiento de la cooperación y la acción solidaria entre los Estados como instrumentos para promover la confianza y la participación plena de la ciudadanía en el sistema democrático y representativo de gobierno. Más recientemente, los gobiernos asistentes al Seminario "Agricultura Familiar y Negociaciones Internacionales", celebrado en agosto del año 2004, proclamaron en la "Declaración de Brasilia" que *"En los distintos países se debe garantizar la participación de la sociedad civil, particularmente de las organizaciones de trabajadores y productores rurales familiares, en las negociaciones internacionales".*

6. El derecho a la identidad cultural en los pactos económicos y el papel de las Defensorías del Pueblo

En efecto, en los pactos económicos se corre el riesgo que la uniformidad de ciertas políticas internacionales, sin tener presente idiosincrasias e identidades culturales, resulten lesivas y atentatorias contra las poblaciones más pobres de nuestros países; y en verdad que las Defensorías del Pueblo, en ejercicio de su representación ciudadana, podrían solicitar la discusión, la revisión, o el aplazamiento de las medidas que perjudiquen a esas poblaciones; o la adopción de medidas que compensen las desventajas que provoquen las políticas económicas de ajuste o de reajuste. Hoy día no se discute el papel de contralor de las políticas y gerencias públicas de las Defensorías del Pueblo. Por lo que su intervención para promover la participación ciudadana en el sistema económico interamericano es compatible con sus funciones y resulta por lo demás determinante para sus aspectos sociales y políticos. En efecto, de esta manera se promueve y protege el derecho de los ciudadanos interamericanos al desarrollo. Es decir, al crecimiento económico con equidad en el orden económico regional para erradicar la pobreza, mejorar la justicia social y la igualdad de oportunidades. De modo que en los pactos económicos no sólo se debe promover el crecimiento económico, la apertura comercial de productos de la región y un creciente flujo de inversiones para la misma, sino que también debe dársele prioridad a las políticas

públicas dirigidas a resolver los problemas de pobreza, desnutrición, salud y analfabetismo. Las defensorías del Pueblo han de ser no solo los portavoces de estas propuestas, sino actores eficaces de su discusión y gestión, así como del control de su ejecución por los Estados y por los organismos comunitarios.

7. La incorporación de los mecanismos de promoción y protección de los derechos ciudadanos en las estructuras comunitarias de los Estados y la legitimidad del ejercicio del Poder Público como presupuesto de los procesos de integración

En los recientes instrumentos sobre derechos humanos latinoamericanos, para la consecución de los objetivos de una democracia efectiva, del desarrollo integral de nuestros pueblos, de superación de la pobreza, para promover y consolidar la paz y la libertad, y de resolver la exigencia de gobernabilidad de la democracia; se reafirma la necesidad y conveniencia del fortalecimiento de los mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano, regional y nacional. Y dentro de ellos, especialmente las formas de participación política y social y la defensa de los derechos humanos. Es tiempo, pues, de ponderar el planteamiento del ILO de la creación de una Defensoría del Pueblo interamericana o regionales y de la participación efectiva de las Defensorías del Pueblo nacionales en los pactos económicos y en los mecanismos de integración, como instrumentos de promoción y protección de estos derechos humanos en estos pactos y procesos, y de participación política y social de los ciudadanos en la planificación y ejecución del orden económico regional. La experiencia de la Unión Europea puede ser ilustrativa.

Los procesos de integración dentro de los pactos económicos requieren no sólo de un ámbito geográfico de actuación, sino también de un ambiente político similar entre sus Estados. Nadie discute que estos procesos no se logran entre Estados de sistemas políticos diferentes y contrarios. Así, por ejemplo, en la Unión Europea se modificó su Carta Constitutiva para que Estados que no son democráticos, que no respeten los derechos humanos en términos definidos internacionalmente, no puedan ser parte de sus organismos comunitarios. Y es verdad que no es democrático el Estado donde no existan elecciones libres y equilibradas, y formas de representación políticas. O, donde se desconozcan las libertades políticas y los derechos sindicales. Pero, ciertamente que es el funcionamiento de las instituciones democráticas de representatividad, el respeto de los derechos humanos, la tolerancia y el pluralismo, la sujeción al Estado de Derecho y la verdadera separación e independencia de los poderes públicos; los elementos que definen esencialmente la democracia como sistema político de gobierno. De forma que también la legitimidad en el ejercicio del poder político, además de la legitimidad de origen, es también una condición para la integración económica.

Y, ciertamente, que para que esa legitimidad se mantenga y no se desvíe se requieren órganos independientes y autónomos que denuncien la arbitrariedad y la deslegitimación del ejercicio del gobierno cuando esté en juego la institucionalidad democrática por

el irrespeto a sus reglas esenciales y a los derechos humanos. Ese papel, a escala nacional e internacional, corresponde a las Defensorías del Pueblo que, al lado de su función de control social de la legitimidad del Poder Público, en el ámbito interno, deben asumir un papel primordial en los sistemas de promoción y protección de los derechos ciudadanos y en la materialización del derecho de participación política en las políticas públicas de superación de la pobreza en el orden económico internacional. En este contexto, es por lo que se plantea la intervención de las Defensorías del Pueblo en los pactos económicos y en los procesos de integración, para la defensa de esos derechos que pueden perjudicarse por las políticas internacionales que no tengan presente las normativas en materia de derechos humanos. En ese cometido las organizaciones no gubernamentales que están, defienden la plena vigencia de la institucionalidad democrática y el respeto de los derechos humanos deben ser igualmente parte interesada y activa. De fortalecerse la democracia social en los pactos económicos, con la presencia de una Defensoría Regional del Pueblo, y con la participación en esos pactos, de las Defensorías del Pueblo nacionales, se ayudaría de manera más eficaz a los procesos de paz que adelantan algunos de nuestros países, y que de no lograrse esa paz a que tiene derecho su población que sufre los rigores de conflictos armados, se perjudicarían irreparablemente a sus sectores populares y, por consecuencia, a los de toda la región. Porque cuando en un país, como dijo Juan Pablo II, se atenta contra la paz, "*es la coexistencia toda entera entre las naciones la que se cuestiona*". Y ello, según el mismo Pontífice, porque "*la guerra es una aventura sin retorno*".

8. La Amazonía herencia común de la Humanidad. El derecho amazónico

El concepto de herencia común de la humanidad apareció por primera vez en 1967, a proposición del Embajador de Malta ante la ONU, **ARVID PARDO**, originariamente respecto de los océanos y de los lechos submarinos y después se extendió a la Luna, al espacio exterior y a la Antártida. La aceptación de este concepto por los diferentes Estados parte del principio que existen bienes que por su naturaleza común tienen la condición de herencia de la humanidad y que como tal deben ser reservados sólo para propósitos pacíficos y administrados por una autoridad internacional para el beneficio de todos los pueblos. La idea fundamental de esta doctrina internacional es que se trata de entidades naturales, que son áreas comunes, que pertenecen a la humanidad entera y que todos los pueblos tienen derecho a participar en su manejo y a opinar en las políticas que se establezcan para ello.[1] La consideración jurídica de este planeamiento, aplicado a espacios naturales, que por su importancia para la sostenibilidad y la calidad de vida de la tierra, como propiedad global de la humanidad, ha dado lugar a un derecho internacional o trasnacional. El ***ius humanitatis***, que se fundamenta precisamente en la doctrina de la "*herencia*

1 De Souza Santos, Boaventura, "*La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*", Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), segunda reimpresión, 2002, Bogotá, D.C., p. 246.

común de la humanidad"[2] Según los doctrinarios la herencia común de la humanidad se encuentra asociada a los siguientes elementos: *Inapropiabilidad*; manejo por parte de todos los pueblos; *participación internacional* en los beneficios obtenidos de la explotación de los recursos naturales; *uso pacifico*, incluyendo libertad de investigación científica en beneficio de todos los pueblos; y conservación para las generaciones futuras.[3] A estos elementos se puede agregar *el desarrollo sustentable* cuya idea fundamental es la compatibilidad del desarrollo con la protección ambiental, mediante el establecimiento de condiciones ambientales adecuadas para mejorar la calidad de vida de las presentes y futuras generaciones; que tengan en cuenta soluciones específicas para cada región en atención a sus hechos ecológicos. De esta manera el desarrollo sustentable, que orienta el desarrollo disminuyendo su impacto ambiental, protege la condición de herencia común de ciertos bienes, contribuyendo, en consecuencia, a hacer de la Tierra un planeta verdaderamente habitable. Venezuela se afilia en esa tendencia al proclamarse en el Preámbulo de su Constitución, que uno de los propósitos de este Texto, entre otros, es promover la integración latinoamericana para el equilibrio ecológico y la protección de los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad.

Ahora bien, por la consideración de área común natural que de la Amazonía han hecho Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Suriname, Guyana y Venezuela, los países firmantes del Tratado de Cooperación Amazónica (TCA) del 3 de julio de 1978, puede calificarse a esta Región como herencia de sus pueblos. La diferencia con otras áreas comunes naturales, es que en la Amazonía los países amazónicos tienen soberanía territorial sobre sus recursos naturales.[4] Sin embargo, por los efectos jurídicos de dicho Tratado estos países, por la vía, primigenia de la cooperación internacional, han convenido en actuar conjuntamente para promover armónicamente el desarrollo de sus respectivos territorios amazónicos;[5] lo cual implica limitaciones para su soberanía internacional y limitaciones para sus derechos nacionales que permiten la libre apropiación de sus recursos naturales tanto por los Estados como por los particulares. En otras palabras, que sus políticas públicas de explotación de estos recursos, e inclusive, sus legislaciones ambientales y de ordenamiento territorial, han de surgir del intercambio de informaciones, de acuerdos y entendimientos operativos, y de los instrumentos jurídicos internacionales que se establezcan para cumplir las finalidades del TCA de promover el desarrollo armónico de sus territorios, la equidad de los beneficios de su explotación y la preservación del medio ambiente y la explotación racional de sus recursos naturales. Por ejemplo, nacionalmente en materia de aprovechamiento de la flora y de la fauna.[6] E, igualmente, la internacionalización de los ríos amazónicos implica para los Estados ribereños la obligación de la libre navegación, la uniformidad de sus legislaciones y la utili-

2 De Souza Santos, Boaventura, Ob. cit., p. 245.

3 Pureza, 1993; Zieck, 1992; "*Pacen in Maribus*" (XX Conferencia del Instituto Oceánico Internacional, Malta 1 al 5 de noviembre de 1992), 1992; Blazer, 1990; Joyner, 1986; White, 1982; Dupuy, 1974. Citados por De Sousa Santos, Boaventura, en su Obra mencionada, p. 257.

4 Ver artículo IV del Tratado de Cooperación Amazónica (TCA).

5 Artículo I del TCA.

6 Ver artículo VII del TCA.

zación racional de esos recursos.[7] Todo lo cual confirma la naturaleza transnacional del ordenamiento jurídico internacional de la amazonía.

En efecto, no obstante, la aclaratoria del TCA respecto de la soberanía de los Estados sobre los recursos de sus territorios amazónicos; no hay ninguna duda sobre la naturaleza de área común de la Amazonía respecto de esos Estados, por la importancia vital geográfica, ecológica y económica que tiene para sus pueblos. Y, por otro lado, las limitaciones internacionales que al uso de esos recursos y las libertades de investigación y de navegación, se han impuesto dichos Estados, por medio de la cooperación internacional, así como el derecho que se han reconocido recíprocamente de opinar y de participar en las políticas públicas del manejo de la Amazonía, permiten denominar a la Amazonia como un bien perteneciente a la herencia común no sólo de los pueblos amazónicos, de casi 22 millones de personas que habitan esos territorios, sino también de la humanidad. En efecto, ninguna otra Región presenta tanta riqueza forestal, diversidad biológica y recursos genéticos como la Amazonía, la cual constituye y produce aproximadamente el 50% del oxigeno puro y posee el 20% de agua dulce del planeta y la mayor cuenca del mundo de 7,3 millones de kilómetros cuadrados.

Ese ordenamiento, pues, que tiene como objeto de estudio y de regulación a la Amazonía, es el **derecho amazónico**, que puede calificarse de *derecho transnacional especial*, por su fuente primigenia y sus finalidades de promoción del desarrollo armónico de esa Región, de preservación del medio ambiente y el racional aprovechamiento de su flora y fauna, y por los principios de la internacionalización de sus recursos hídricos y de la explotación de sus territorios; así como por la institucionalidad internacional que ha generado. Derecho este que en Venezuela se incorpora a su ordenamiento nacional y que es de aplicación directa y preferente a la legislación interna, de acuerdo con lo previsto en el artículo 153 de la Constitución venezolana, y cuyos tratados y acuerdos que desarrollen las obligaciones derivados del TCA ni siquiera requieren de la aprobación por la Asamblea Nacional, en atención a la excepción contenida en el artículo 154 ibidem.

9. El avance de la cooperación internacional hacia la institucionalidad supranacional, en el tratamiento de la Amazonía

Desde la suscripción del TCA, que dio lugar a mecanismos de intercambio de informaciones y entendimientos operativos y a la creación del Consejo de Cooperación, con su Secretaria Pro Tempore, de naturaleza consultiva y de asistencia, se ha avanzado al crearse en el Protocolo de Enmienda del TCA de Caracas de fecha 8 de diciembre de 1998 la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica.[8] Ese paso supone un camino hacia la supranacionalidad en el tratamiento jurídico de la Amazonía. En efecto, está Organización (OTCA), con el cumplimiento de los requisitos constitucionales de aprobación de la enmienda por los países amazónicos y con su entrada de vigencia, contará con

7 Ver artículos III y V del TCA.
8 Este Protocolo modifica el Artículo XXII del TCA.

personalidad jurídica propia, separada e independiente de los Estados partes de dicho Tratado, que le permitirá celebrar por sí, a través de su Secretario General, acuerdos con las partes contratantes y con Estados no miembros del TCA y con otras organizaciones internacionales. Además, su Secretaría Permanente, que tiene su sede en Brasilia, y cuyo reglamento fue aprobado por la VI Resolución de Ministros de Relaciones Exteriores en Caracas, el 6 de abril del 2000[9] es la encargada de implementar los objetivos del TCA, de conformidad con las resoluciones emanadas de las reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores y del Consejo de Cooperación Amazónica.

En otras palabras que la Región Amazónica cuenta con una organización internacional a través de la cual se llevará a cabo el proceso de cumplimiento de los objetivos del TCA, constituida por los Estados que integran esa Región, cuyas decisiones generarán normas jurídicas que no sólo obligarán a los Estados partes, sino que también constitucionalmente integrarán sus derechos nacionales y que incidirán en los derechos y obligaciones de sus ciudadanos respecto de la explotación de los recursos de los respectivos territorios amazónicos. Puede decirse que el TCA evolucionará de una cooperación entre los gobiernos de los países amazónicos a una comunidad de derecho que no sólo crea estructuras internacionales, como la OTCA, sino que, además, genera y generará normas y derechos para sus ciudadanos, que constitucionalmente, al ser recepcionados como derecho interno, se aplican directamente a sus ciudadanos. Este conjunto de normas y derechos relativos a la Amazonía es el derecho amazónico, cuya naturaleza transnacional es cada vez más evidente.

Es verdad, que en el Protocolo de Enmienda del TCA no se prevé aún propiamente una "*supranacionalidad de la Región Amazónica*", porque la OTCA no podrá ejercer coacción directa, a través de su Secretaria sobre los Estados miembros de la Región, como ocurre en los procesos de integración económica que cuentan con órganos supranacionales administrativos, legislativos y jurisdiccionales, que actúan encima de los Estados que los han creado, porque éstos les atribuyen competencias nacionales, sin ceder soberanía, en un esquema de distribución del poder de relación no jerárquica, a la manera de los Estados federales. Sin embargo, la creación de organizaciones, con personalidad jurídica independiente de los Estados que suscriben Tratados, para cumplir los objetivos de esos mismos Tratados es un paso hacia la supranacionalidad, que se impondrá a medida que esas organizaciones comiencen a generar normas que deben ser cumplidas por los Estados y a reconocer en esas normas derechos a los ciudadanos de las regiones comprendidas en esos Tratados. La ausencia en el TCA de mecanismos directos de coacción y de protección de esos derechos impondrá, al igual de lo que ha sucedido en los procesos de integración económica, que han generado comunidades de derecho internacionales, en el futuro, en mi criterio, la necesidad de avanzar hacia la **Comunidad Amazónica**, creándose, entonces, verdaderas organizaciones supranacionales, que en consecuencia, producirán normas de naturaleza supranacional destinadas a regular la Amazonía como Región, y los derechos y obligaciones de sus ciudadanos, que será el **derecho amazónico comunitario**.

9 Resolución RES/VI MRE-TCA/1.

En el caso del TCA se contempla no sólo un proceso de integración económica, sino algo más trascendente e integral, como lo es un pacto para el desarrollo armónico y para la preservación de un bien común de la humanidad, como lo es la Región Amazónica. Es decir, que existen valores éticos que imponen esa supranacionalidad para garantizar esa herencia común, que es más importante que la integración de las economías y de los mercados. En efecto, se trata de la salvaguardia de los derechos de los pueblos amazónicos y de la humanidad en general, por lo que la supranacionalidad es éticamente obligatoria, para limitar la soberanía interestatal y los derechos individuales de apropiación y aprovechamiento de los recursos de los respectivos territorios amazónicos. Se impone, pues, en mi criterio, desde un punto de vista ético, que se contemple una autoridad internacional, creada por los Estados de la Región, que vigile la utilización de ese patrimonio común de la humanidad y proteja los derechos de los pueblos amazónicos.

10. Los derechos de los pueblos amazónicos: su naturaleza colectiva o solidaria. El derecho al desarrollo y el desarrollo sostenible

La condición de propiedad global de la humanidad de la Amazonía y los fines del TCA de la promoción del desarrollo armónico de los territorios amazónicos, de la preservación del medio ambiente y de la utilización conjunta y equitativa de sus recursos naturales; determinan un conjunto de derechos de carácter colectivo para los pueblos de esa Región. En efecto, sin entrar a discutir el tema de los llamados derechos humanos de solidaridad o derechos de la tercera generación, no cabe duda que el derecho al ambiente, el derecho al agua y el derecho a la paz, así como el derecho al desarrollo y de reconocimiento de propiedad global de la Humanidad, en la Amazonía son derechos de la comunidad amazónica y de sus poblaciones, más que de sus Estados o de sus individuos en particular.[10] Asimismo, por aplicación del Convenio nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo de fecha 27 de julio de 1989, que forma parte del derecho internacional de los derechos humanos, y por aplicación de normas constitucionales de los Estados Amazónicos,[11] los pueblos indígenas de la Región tienen derechos especiales en la Amazonía, como comunidades nativas, entre otros el derecho prioritario de aprovechar sus recursos naturales.

10 Para este concepto de derechos de la tercera generación puede verse: Uribe Vargas, Diego, "*La tercera generación de derechos humanos y la paz*", Plaza & Janes, 1983, p. 34. Y, también, Gros Espiell, Héctor, "*El Derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad*", en "*Estudios sobre Derechos Humanos*", Ediciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, Tomo I, p. 146.

11 Las Constituciones de Perú (artículos 2º, inciso 19, 48, 89 y 149), Venezuela 119 a 126); Bolivia (artículo 171); Brasil (artículos 231 y 232); Colombia (artículos 7, 10, 63, 67, 72, 96, literal c, 246, 329 y 330); Ecuador (artículos 1 y 135). Los Estados Andinos, por su parte, ratificaron estos derechos de los pueblos indígenas en la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobada en Guayaquil el 26 de julio de 2002 (artículos 32 a 39). Y los Estados Americanos en la Carta Democrática Interamericana aprobada en Lima el 11 de septiembre de 2001 (artículo 9º).

De estos derechos tan importantes, destacaré *el derecho al desarrollo*, porque además de ser omnicomprensivo de los otros derechos, al reconocerse en el TCA que su finalidad es la del desarrollo armónico de los territorios amazónicos, se pone de relieve su naturaleza de derecho colectivo o solidario. En efecto, la consecución de este objetivo requiere la acción conjunta de todos los componentes de la comunidad amazónica: Estados, individuos, entidades públicas y privadas. Derecho éste al desarrollo que junto al derecho a la paz, el derecho al ambiente y el resto de los derechos económicos y sociales y las libertades de la persona humana, constituyen una unidad indivisible. Es decir, un desarrollo que estimule el crecimiento equitativo de la Región, sin desnaturalizar la condición de Herencia Común de la Humanidad de la Amazonía, y que se sujete a la protección de los recursos naturales de dicha Región, limitando su explotación y aprovechamiento, en beneficio de sus pueblos y de su ecología y su ambiente.

El desarrollo fue tema central en 1961 de la Encíclica "*Mater et Magistra*" de Juan XXXIII, al señalar que existe una relación inseparable entre el desarrollo económico y el desarrollo social. Asimismo, Pablo VI fue quien en su Encíclica "*Populorum Progressio*" habló del desarrollo de los pueblos y de todos los hombres y del hombre total, para enfrentar la injusticia sobre la base de la solidaridad internacional. Pablo VI calificó al desarrollo integral y solidario, como "*el nuevo nombre de la paz".* Pero fue propuesto como un derecho humano por primera vez en 1972 y así fue reconocido en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y posteriormente adoptado en la Declaración del Derecho al Desarrollo de la Asamblea General de la ONU en Resolución nº 41/128 del 4 de diciembre de 1986. Por su parte, la Carta Democrática Interamericana aprobada Lima por la OEA el 11 de septiembre de 2001, considera consustanciales e interdependientes el desarrollo integral, el crecimiento económico y la consolidación de la democracia.[12] Y la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobada en Guayaquil el 26 de julio de 2002, reconoce expresamente el derecho al desarrollo.[13] Pues bien, este derecho aparte de obligar a los Estados a diseñar políticas públicas de desarrollo nacional y regional para el bienestar social de la población de sus comunidades internacionales y para la equitativa distribución de los beneficios de ese desarrollo, implica también el derecho de esta población de estar representada y de participar en su promoción. Así, a pesar de las criticas de algunos respecto de la autonomía de este derecho, la Comisión Internacional de Juristas ha propuesto una concepción compresiva de los diferentes aspectos del derecho al desarrollo. Según esta reconocida organización no gubernamental internacional, el derecho al desarrollo es un derecho de los individuos, grupos, pueblos y Estados, que consiste principalmente en participar y en beneficiarse del proceso de desarrollo para desplegar plenamente las potencialidades de la persona humana en armonía con la humanidad.[14] Desde este punto de vista, en este derecho al desarrollo se reconoce a la persona humana tanto como el sujeto y el objeto del desarrollo, y como su principal participante y como su beneficiario. En este mismo sentido, el autor **Shepherd**

12 Artículo 13, en concordancia con su artículo 11.
13 Artículo 29.
14 Ver, De Sousa Santos, Boaventura, ob. cit., pp. 230 y 231.

propone su autonomía como un derecho humano básico, que implica derechos que se concentran en satisfacer las necesidades de las personas, en la redistribución antes que en el crecimiento y en la participación política.[15]

Pero por otra parte, estos derechos de los pueblos amazónicos, donde se incluyen los de las comunidades nativas, exigen además de políticas públicas de desarrollo, de paz, de defensa del medio ambiente, de utilización equilibrada de los recursos naturales y de prioridad de su aprovechamiento por esas comunidades; requieren de una acción de la comunidad internacional amazónica. En otras palabras, no puede haber desarrollo sin solidaridad internacional. Es decir, sin una acción internacional correlativa, o como lo llama **Héctor Gross Espiell,** sin el "*necesario internacionalismo de los derechos de la tercera generación*", que es un aspecto consustancial de los denominados "*derechos de la solidaridad".*[16]

La concepción solidaria de los derechos al desarrollo de los pueblos amazónicos y la consideración de la Amazonía, como herencia común de la humanidad, aún respetando la soberanía de los Estados, impone nuevos paradigmas frente a paradigmas tradicionales. Así, frente al expansionismo económico se impone el desarrollo sostenible. Ante la propiedad privada tradicional se impone el del aprovechamiento prioritario de las comunidades nativas y el aprovechamiento nacional. Frente a la soberanía del Estado-Nación, se impone la idea de un fidecomiso por la comunidad internacional amazónica.[17] En otras palabras, la transnacionalidad del derecho cuyo objeto de regulación es la Amazonía. Es decir, del derecho amazónico que tendrá que ocuparse de estos nuevos paradigmas.

11. La defensoría de la Amazonía como institución de la organización internacional del Tratado de Cooperación Amazónica para consolidar el derecho amazónico transnacional

Señalé anteriormente que se ha ido avanzando desde la cooperación técnica hacia la organización internacional del proceso de desarrollo armónico de la Amazonía, cuando se creó por ejemplo la OTCA. Asimismo igualmente he señalado, que por el influjo de la aplicación de la concepción de herencia común de la humanidad a esta Región, esa organización internacional tenderá mucho más hacia la supranacionalidad. Ello sucederá cuando los Estados amazónicos atribuyan a las organizaciones creadas por ellos mismos competencias nacionales en los asuntos amazónicos, sin renunciar a la soberanía de sus territorios. Sin lugar a dudas que la creación de esas organizaciones, generará normas referentes a las obligaciones de los Estados y a los derechos de los pueblos amazónicos, por lo que tarde o temprano se requerirá de mecanismos de coacción sobre los Estados en los casos de incumplimientos y de sistemas de protección de esos derechos cuando se desconozcan o se violen.

15 Citado por De Sousa Santos, Boaventura, en su obra mencionada página 231.

16 Ob. cit., p. 146.

17 Sobre estos nuevos paradigmas surgidos de la herencia común de la humanidad, puede verse De Sousa Santos, Boaventura, ob. cit., pp. 256 y 257.

Aparte de lo anterior, como afirmé anteriormente el derecho primordial de los pueblos amazónicos es el derecho a participar activamente en el proceso de desarrollo de sus respectivos territorios y en sus beneficios. Para ello debe existir un acercamiento de la organización internacional de la Amazonía con sus ciudadanos, por lo que mientras no existan mecanismos de participación ciudadana sus derechos no serán efectivos. Además, es una realidad que los problemas políticos, económicos, sociales, ambientales, de tierra y de biodiversidad de cada Estado amazónico inciden en el desarrollo de la región por causa de su naturaleza común. Por tanto, debe existir una instancia internacional, independiente y autónoma, donde pueden ser llevados esos problemas para ser solucionados por formas no jurisdiccionales de índole supranacional, mediante mecanismos de buenos oficios de la OTCA, o a través de la persuasión, la conciliación o la mediación. En concreto, que sugiero además de la elaboración de un instrumento sobre los derechos de los pueblos amazónicos, una instancia supranacional que acerque la organización internacional de la Amazonía al ciudadano amazónico, que vele por los derechos de los pueblos amazónicos y permita la solución de las controversias con las autoridades nacionales, independientemente de las competencias de los órganos internos de cada Estado. Esa instancia podría ser, en mi criterio, un Defensor de la Amazonía, o también, una Comisión de Defensa de la Amazonía. En uno u otro caso, estos órganos servirían de puente entre la organización internacional amazónica y los ciudadanos para su participación en el proceso de desarrollo de la Región y para la protección de sus derechos colectivos.

A manera de conclusión

Las argumentaciones anteriores tienen el propósito de promover la creación dentro de los pactos regionales sudamericanos y en particular dentro organización internacional del Tratado de Cooperación Amazónica, de instancias de defensa o defensoría de los derechos de los pueblos y concretamente de los de la Amazonía , por tratarse de una herencia común de la Humanidad y para garantizar la participación de esos pueblos amazónicos en el proceso de su desarrollo armónico y equitativo y la protección de sus derechos colectivos, así como el cumplimiento de las normas del derecho comunitario o amazónico respectivamente.. A tal efecto, los diferentes institutos universitarios y comunitarios de integración, y los propios gobiernos, deberían proponer estudios a los fines de presentar a los Estados las enmiendas o reformas necesarias para la creación de Defensorías en sus respectivas estructuras supranacionales.

Integración Eléctrica en Centroamérica y en Europa

Jorge Rivera Staff[*]

Introducción. 1. Aspectos generales. I. Elementos específicos del sistema eléctrico. II. Regulación, competencia y mercado. III. Un vistazo a los procesos de integración regional. IV. Noción de supranacionalidad. 2. Integración eléctrica en centroamérica. I. Antecedentes. II. Normativa. A. Tratado Marco del Mercado Eléctrico Regional. B. Normas Complementarias. III. Características. A. Mercado Mayorista. B. Carácter de Servicio Público. C. Instituciones Regionales. D. Infraestructuras. E. Estructura Empresarial. 3. Integración eléctrica en la Unión Europea. I. Antecedentes. II. Normativa. A. Tratado de Niza. B. Tratado de Lisboa. C. Normas complementarias. D. Tratado por el que se establece la Comunidad de la Energía. III. Características. A. Estructura de mercado. B. Carácter de servicio público. C. Instituciones regionales. D. Infraestructuras. E. Estructura empresarial. Conclusiones finales.

Introducción

Nos hemos propuesto en el presente trabajo, hacer un análisis de la integración eléctrica dentro del seno del proceso de integración de la Unión Europea, una región tan importante en el escenario mundial, y establecer una relación comparativa con el proceso que se lleva a cabo en Centroamérica, región cuyo proceso de integración regional en el sector eléctrico, es muy avanzado en términos de conformación de mercados y de implementación de infraestructuras de interconexión.

Es importante analizar ambos procesos resumiendo sus objetivos, características esenciales, así como sus ventajas, desventajas, aciertos y desaciertos, con el fin de obtener resultados que nos permitan hacernos una idea de las perspectivas a corto, mediano y largo plazo de cada uno y por otro lado, las posibles oportunidades y retos que se plantean, con miras a su desarrollo y agilización.

Al realizar el presente estudio no es, ni remotamente, nuestra intención dar respuesta a todas las interrogantes y variables que se presentan, sino mas bien, aportar ideas y reflexiones en torno a los contenidos tratados, y servir de alguna forma como referencia para subsecuentes análisis del tema; así como para profundizar en el debate permanente (doctrinal y práctico) que se debe llevar a cabo, lo cual ha podrá traducirse en una mejor gestión de los recursos relacionados a este sector.

1. Aspectos generales

Para lograr completar una visión clara de un tema tan complejo, es imprescindible acotar algunos puntos fundamentales con relación a la energía eléctrica, los cuales le con-

[*] Doctorando en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid.

fieren características físicas *sui generis,* que no se presentan en otros productos o servicios, mismas que además definen de forma casi inalterable, el modelo a través del cual se opera la actividad eléctrica en la actualidad y que condicionan en gran medida la forma en que se configura el régimen jurídico.

I. Elementos específicos del sistema eléctrico

Como referencia inicial, es importante señalar las características físicas de la electricidad, que desde el punto de vista técnico, determinan la necesidad de que sus componentes sean gestionados como un sistema interconectado mediante redes a través de las cuales se conduzca el producto "electricidad"; lo cual dicho de otro modo, si no se presenta esta configuración de red, el sector no existiría tal y como lo conocemos.

Es necesario indicar, que la electricidad cuenta con dos propiedades físicas principales, muy singulares y que determinan en gran medida su gestión,[1] siendo la primera de las características, y que puede ser la más fundamental, es que, en los términos en los que estamos analizando, la electricidad no puede almacenarse, por lo tanto es necesario su funcionamiento como un sistema, al ser el bien de que estamos tratando, perecedero casi en el mismo instante en que es producido; es decir que la electricidad se produce en las plantas generadoras y en ese mismo momento se consume dicha electricidad en alguna parte de la red.

Esto deriva además que dicha operación se realice dentro de estrictas y específicas normas técnicas para que pueda ser útil y eficiente, lo cual podemos denominar "operación del sistema", la cual es una función independiente y fundamental del resto que puedan llevarse a cabo en este sector.

La segunda propiedad física de la electricidad, es que no puede encaminarse a voluntad, por lo que al ser imprescindible la red eléctrica interconectada en todo momento para su gestión, todo lo que suceda en cada una de las instalaciones, afecta al resto de las unidades, independientemente de su cercanía o su régimen de propiedad.

Esto traducido en términos económicos significa, que por esta característica, si no existe una red mallada que interconecte los componentes del sistema, no existirá concurrencia entre oferta y demanda.

A estas propiedades físicas implícitas en la electricidad, debemos añadir además las características que comparte además con otras actividades en red que las han llevado a considerar tradicionalmente como monopolios gestionados por empresas integradas verticalmente, ya sean de propiedad pública o privada, en los cuales en la mayoría de los casos

1 BARREIRO, Rubén A. Derecho de la Energía Eléctrica. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 2002 "La primera de ellas, quizás la más importante, es que la no puede almacenarse: se consume o se pierde. De manera que la electricidad debe generarse, transportarse y distribuirse conforme a las necesidades del momento en que ello ocurre, llegando a los lugares donde será consumida por medio de redes a través de las cuales viaja a una velocidad cercana a la de la luz. Otra propiedad que da ribetes propios a la industria eléctrica es que la electricidad no puede encaminarse a voluntad, sino que es preciso transportarla a través de una red especialmente diseñada.

se configuraban bajo esquemas de servicio público, retribuidas mediante tarifas y sujetas a planificación obligatoria.[2]

II. Regulación, competencia y mercado

Estos 3 conceptos están en la actualidad unidos muy estrechamente, ya que el modelo de regulación que se busca implantar, sobre todo en el sector eléctrico, bajo los nuevos esquemas es de Regulación Económica que fomente el mayor grado de competencia posible, tanto en aquellas actividades donde realmente sea factible, como en aquellas que técnicamente no lo es, pero introduciendo elementos que permitan su integración sin menoscabar la consideración de todos los elementos como un sistema.

Al ser nociones muy utilizadas por diversos sectores en la actualidad, se tiene el riesgo de no tener clara su significación y contenido, para lo cual intentando simplificar debemos apuntar en nuestro caso, lo siguiente: El mercado es asociado a concurrencia de oferta y demanda, la competencia se asocia a la libertad de opciones de oferentes y demandantes, por lo que en la misma línea, podemos decir que la competencia es una medida del mercado, que dependerá de la estructura vigente en cada momento.

Estos conceptos además se vinculan en general a otros como liberalización o privatización, que aunque no son necesariamente causa o efecto, unos de otros, debido a las políticas aplicadas en los últimos años, han sido procesos complementarios unas veces y simultáneos las otras.

Las medidas de regulación, de acuerdo a su aspecto formal, pueden ser por un lado *estructurales*, cuyo objetivo consiste en establecer principalmente el marco en que se desenvuelven quienes prestan la actividad; y por el otro *de conducta*, cuyo objetivo es establecer la forma en que se presta la actividad.

Podemos señalar, que actualmente, uno de los grandes retos (sino el más grande) que tiene la regulación de estos sectores, es lograr un equilibrio entre cumplir su objetivo de implantación de competencia en un modelo de mercado, sin menoscabar las prestaciones que los usuarios reciben.

Esta doble finalidad no se presentaba bajo el esquema de servicio público tradicional, ya que no se tenía en cuenta el componente de la competencia, por lo que en ese punto apreciamos una diferencia importante, con las nuevas concepciones, ya que las mismas no solo tienen en cuenta el objetivo de la competitividad, sino que el mismo pasa a ser el principal objetivo de la regulación.

Incluso según la teoría de este proceso, se entiende que gradualmente y en base al proceso de implantación de elementos y características del mercado en dichos sectores, poco a poco las condiciones permitirán que el objetivo de regulación de garantía de prestaciones, el cual en su mayoría es *ex ante,* sea necesario cada vez menos, con lo cual al

2 ARIÑO, Gaspar. Principìos de Derecho Público Económico. Editorial Comares. Granada, 2004.
1. Son industrias en las que la actividad se desarrolla en fases sucesivas. 2. Suministran servicios esenciales para la comunidad. 3. Son sectores estratégicos para la economía con necesidad de adoptar una visión global a medio plazo. 4. Son actividades intensivas en capital y de gran complejidad técnica.

final, al consolidarse el mercado, solo sea necesario mantener la regulación de defensa de la competencia, que tiene como uno de sus elementos, el ser *ex post*.

Esto variará dependiendo de las características de cada sector, siendo que en el eléctrico, a nuestro criterio, solo un salto importante en la tecnología de la infraestructura actual, podría permitir una evolución hacia este tipo en la regulación *ex post.*

Sin duda alguna todas estas características y elementos que configuran los sistemas eléctricos nacionales, se presentan en los procesos de integración regional y configuración de estructuras supranacionales, con lo cual su complejidad aumenta, por los diversos factores a tomar en cuenta en los mismos.

III. Un vistazo a los procesos de integración regional

En la actualidad se utiliza de forma generalizada el concepto de integración regional, así como el concepto de globalización, como parte de una tendencia natural del desarrollo de las sociedades y países, pero es importante reseñar que ambas son producto de un proceso que en realidad se ha visto intensificado a partir de la segunda mitad del siglo XX. En general los países han mantenido históricamente, posiciones individuales y han centrado sus políticas tanto internas, como a nivel internacional, en función de sus intereses nacionales, lo cual no pocas veces llevó a disputas y enfrentamientos, así como en el peor de los casos a guerras y conflictos armados.

Luego de esta época de conflictos, poco a poco se fue configurando un cambio en la forma de entender las relaciones internacionales, surgiendo entre las diversas teorías, una que no solo ha servido como fundamento teórico principal de los procesos de integración que se han llevado a cabo en los últimos tiempos, sino también como base del actual conjunto de organizaciones internacionales, estructuradas en el sistema de las Naciones Unidas, surgido luego de finalizada la segunda guerra mundial.

Esta teoría denominada funcionalismo, surgida en el período entre la primera y segunda guerra mundial, de los trabajos del autor David Mitrany, sugería que ante la creciente complejidad de los sistemas gubernamentales, el Estado moderno se veía en una incapacidad de satisfacer las necesidades básicas, en seguridad y bienestar de su población. Tales necesidades, no sólo creaban la demanda de especialistas altamente entrenados en el nivel nacional, sino que también contribuirían a la emergencia de problemas esencialmente técnicos en el nivel internacional. Para colmar esta carencia, proponía la creación paulatina de una red de organizaciones internacionales que irían asumiendo la gestión de sectores concretos como la agricultura, energía, transporte, defensa, entre otros.

Se gestaría así un sistema aterritorial de transacciones, encargado de satisfacer, con la colaboración de los gobiernos estatales y de las poblaciones de los distintos Estados, las necesidades básicas de los ciudadanos. Así poco a poco, surgiría entre los ciudadanos de los Estados participantes en el experimento, la conciencia de estar vinculados a los demás por una red cada vez más densa de intereses comunes.

De este modo, la percepción de que las organizaciones son útiles para satisfacer las necesidades cotidianas, llevaría a una transformación gradual de las actitudes de los individuos, en el que se produciría una paulatina transferencia de las lealtades, hasta entonces

concentradas en los respectivos gobiernos, hacia las distintas organizaciones internacionales encargadas de la satisfacción de intereses específicos.

Podemos afirmar, que estos procesos se han iniciado principalmente, a través de acuerdos comerciales entre Estados, principalmente de reducción de aranceles o de unificación de políticas sobre productos o mercados específicos. Estos objetivos iniciales, fueron evolucionando hacia otros sectores económicos, al producirse excelentes beneficios para los Estados involucrados, como consecuencia de la dinámica de este tipo de acuerdos. Aunado a esta situación, los demás Estados empezaron a percibir los procesos de integración como una nueva forma de encarar el desarrollo económico, buscar la paz y fortalecer el poder de negociación internacional, sobre todo con la constatación de la necesidad de ser cada vez más competitivos dentro del contexto de un mundo globalizado.

Es por estas razones, que al iniciar estos procesos, que en muchos casos conllevan decisiones políticas, económicas y sociales, se han de tomar en cuenta principios rectores y métodos que faciliten o permitan avanzar en la búsqueda de ese objetivo.

Sin entrar a comentar en detalles, podemos mencionar que estos procesos de integración cuentan con algunas características principales, que si bien no garantizan el éxito del proceso, si permiten contar con una hoja de ruta para su desarrollo, tales como la voluntariedad de los Estados para emprender el proceso, que el mismo sea gradual, con etapas cada vez más profundas y abarcadoras, iniciando con acuerdos arancelarios, llegando hasta la posibilidad de convergencia económica y política.

IV. Noción de supranacionalidad

Como consecuencia de estos diversos niveles y etapas de integración, que cada vez van incluyendo nuevos sectores o actividades, se hace necesario en esa misma dirección, la integración (más que simple coordinación) de las instituciones, así como de normas y reglas.

Llegado el punto en que este nuevo tipo de instituciones y normas son necesarias, se plantea la disyuntiva acerca de la forma a través de las cuales han de ser desarrolladas, planteándose la posibilidad de crear organismos independientes y superiores a los Estados, los cuales tengan competencia para la regulación de estos sectores o actividades en todos los Estados que forman parte de la integración. Para lograr este tipo de acuerdos, se necesita una gran dosis de voluntad política de cesión con respecto al concepto de soberanía nacional, en beneficio del conjunto de sus ciudadanos.

Existen diversos niveles mediante los cuales, un organismo supranacional tiene competencia sobre los aspectos cedidos por los Estados, que pueden variar desde la forma de dictar las normas, y el método a través del cual dicha normativa se aplica o integra en el ordenamiento nacional de cada Estado parte, hasta en las funciones de aplicación de dichas normas, que pueden variar desde la ejecución independiente por cada Estado o una ejecución por parte del organismo supranacional.

En este punto, una vez esbozados de forma general, más que adentrarnos en la forma en que estos organismos desarrollan sus funciones, lo importante es señalar la voluntad de los Estados parte que permitió su creación, luego de un proceso de integración gradual que por regla general se ha producido de menos a más, y que dichos organismos tienen como

finalidad concretar la efectividad de estos procesos al llegar a una etapa más compleja e interrelacionada.

Partiendo de estas premisas que hemos anotado hasta el momento, se facilita tener una visión que permita entender las dificultades y obstáculos, que en los llamados procesos de integración, ya sean bilaterales o regionales, han ocurrido, y siguen ocurriendo en la actualidad, en todos los campos en que se promueven este tipo de iniciativas, mucho más evidente en el campo eléctrico, que aunque existe una clara voluntad de integración regional en Centroamérica y Europa, tal como hemos acotado, tiene un adicional nivel de complejidad por sus características intrínsecas.

Si nos referimos específicamente a los procesos de integración eléctrica, podemos observar que los mismos, generan economías de escala, lo cual conlleva mejoras en los niveles de eficiencia, así como a través de las interconexiones adecuadas, se logran los beneficios de la potenciación de la introducción de competencia en aquellos modelos que se encuentran en transición, como mayor seguridad y calidad del suministro.

Por otro lado, en virtud de la estrecha relación entre los temas eléctricos y medioambientales, también se pueden lograr confluencia entre los Estados involucrados, en las políticas sobre este último tema, ya que al abordarse con una perspectiva más amplia los problemas regionales o globales de la integración energética, se encuentran soluciones que involucran necesariamente medidas en conjunto en aspectos medioambientales que no están sujetos a fronteras políticas.

En vista de los elementos de supranacionalidad que revisten algunos aspectos importantes de la integración, los mismos permiten marcos de actuación más estables a mediano y largo plazo, fijando políticas de mayor homogeneidad no solo entre los Estados dentro del proceso de integración, sino a lo interno de cada uno de ellos, al tener que adecuar sus políticas internas al marco establecido.

2. Integración eléctrica en centroamérica

I. Antecedentes

En Centroamérica, como en el resto de las regiones del mundo, los modelos eléctricos de cada país fueron evolucionando, de acuerdo a sus necesidades y posibilidades nacionales, siempre marcado por su situación de subdesarrollo, sin dejar de lado los conflictos bélicos que afectaron a gran parte de dichos países en las décadas de los años 60, 70 y 80, con las funestas consecuencias que los mismos conllevaron.

Las interconexiones de electricidad en el Istmo se empezaron a concretar a partir de 1976, cuando entró en servicio el enlace entre Honduras y Nicaragua mediante una línea de 230 kV. En 1982 se puso en operación la interconexión entre Costa Rica y Nicaragua y en 1986 tanto la de Costa Rica-Panamá, como la de El Salvador-Guatemala, con lo cual se formaron dos subsistemas territoriales interconectados.

Estas interconexiones existentes entre cada par de países han sido enlaces sencillos, con capacidad limitada de transferencias y se concretaron para conectar subestaciones fronterizas cuando los sistemas eléctricos nacionales se fueron expandiendo.

A pesar de estas adversidades, desde el año 1984, dentro del marco del SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA), se conformó progresivamente una tendencia hacia la integración en diversos ámbitos, y por supuesto la electricidad no quedaba al margen de esta iniciativa. En el año 1989 se concreta la conformación del CONSEJO DE ELECTRIFICACIÓN DE AMÉRICA CENTRAL (CEAC), el cual es el organismo regional de cooperación, coordinación e integración, cuya finalidad principal es lograr el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos de los Estados Miembros, por medio de una eficiente, racional y apropiada generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica entre los países de América Central.

Entre los diversos avances que se logran en estos años, se consolidan ciertas interconexiones bilaterales, que principalmente buscaban objetivos de refuerzo de seguridad de suministro a través de intercambios menores en caso de necesidad temporal o escasez provisional. En esta época además, los acuerdos e intercambios eran realizados por las empresas nacionales integradas verticalmente, de propiedad pública, que operaban en cada uno de los países del área bajo el modelo de monopolio del sector.

Las interconexiones existentes han sido muy útiles para apoyo mutuo en emergencias y para intercambiar excedentes de energía, básicamente hidráulica; sin embargo, no permiten concertar transacciones firmes y los limites de transferencia son reducidos (unos 50 MW) ya que la salida imprevista del enlace deja a un sistema deficitario y muy posiblemente sujeto a apagones. Además, existe un rezago en el mantenimiento de las infraestructuras que se refleja en menor confiabilidad y mayores pérdidas de energía.

Como consecuencia de esta incipiente colaboración, tanto de información como de infraestructura, dentro del CEAC se fue gestando el fundamento para una integración a mayor escala, con lo cual surgió el Proyecto de SISTEMA DE INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA DE LOS PAÍSES DE AMÉRICA CENTRAL (SIEPAC), formado por los países de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, el cual consiste en la creación y puesta en marcha de un mercado eléctrico centroamericano mayorista y del desarrollo del primer sistema de transmisión regional, en donde cualquier agente calificado podrá vender o comprar electricidad, independiente de su ubicación geográfica. Las ventajas primordiales de este sistema son: reducción de pérdidas, mayor confiabilidad y seguridad del sistema, aumento de inversión en capacidad instalada por economías de escala y mayor competencia y seguridad jurídica

Este mercado se crearía sin menoscabo de los esfuerzos de reestructuración que cada país llevara a cabo a nivel nacional. El Proyecto SIEPAC fue visualizado por los gobiernos centroamericanos con participación del de España en 1987, realizando estudios diversos, los cuales demostraban las amplias oportunidades que tendría la región si se llevara a cabo una integración eléctrica mayor entre los países. En 1995 los gobiernos centroamericanos, el de España y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) acordaron proseguir con la ejecución del Proyecto SIEPAC, para lo que acordaron una cooperación técnica que permitiera desarrollar los estudios de factibilidad técnico económica, infraestructura y la formulación de un Tratado Marco.

En estos años, además de formularse la iniciativa de este proyecto de integración, en casi todos los países de la región se iniciaba el proceso de reestructuración y liberalización de los sectores eléctricos (en unos mucho más que en otros), de acuerdo a las tendencias y

políticas internacionales, que en ese sentido se fueron impulsando, tanto desde el campo teórico o empresarial, como a través de organismos de crédito o financiamiento, por lo que necesariamente, el modelo de operación, gestión y funcionamiento de este proyecto regional, sería basado en estas premisas, ya mencionadas.

Los Presidentes de América Central, reunidos en las Cumbres Presidenciales Nos. XV, XVI y XVII, llevadas a cabo en agosto 1994, marzo 1995 y diciembre 1995 respectivamente, luego de estudiar los antecedentes y ventajas del proyecto, tomaron acuerdos tendientes a concretarlo, crear una empresa propietaria de la red regional e impulsar la suscripción del Tratado Marco.

Como consecuencia de los mandatos emitidos por los Presidentes se negociaron y acordaron los términos del llamado Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central.

II. Normativa

A. Tratado Marco del Mercado Eléctrico Regional

Los estudios de factibilidad demostraron que el concepto de crear un mercado eléctrico regional con la disponibilidad de un primer sistema de transmisión regional a construir en paralelo con el sistema eléctrico existente, era muy atractivo a los habitantes de la región, dado que podía bajar los costos de suministro de electricidad, aumentar la continuidad y seguridad de suministro e incentivar la inversión privada en el sector, y potenciar la conformación de un mercado para el gas natural en la región, para su utilización en plantas de generación.

Una vez demostrada la bondad del Proyecto se dispuso establecer un mecanismo jurídico que comprometiera a los seis países a determinadas reglas comunes, necesarias para asegurar el éxito del proceso. Dicho mecanismo fue plasmado como el Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central que fue suscrito por los Presidentes de estos países el día 28 de diciembre 1996 en la ciudad de Guatemala. El Tratado Marco y un primer protocolo fueron elevados a consideración de los Congresos Nacionales para su ratificación. A partir de 1999 el Tratado Marco está vigente legalmente en toda la región centroamericana, y es la piedra angular del proceso de creación del mercado regional. Cabe señalar que este Tratado tiene un segundo protocolo que complementa ciertas normas del mercado eléctrico regional, el cual fue suscrito por los Estados partes en la ciudad mexicana de Campeche el 10 de abril de 2007.

En ese sentido, es fundamental señalar, que a diferencia de otras iniciativas de integración energética de otras latitudes, en esta ocasión los países han suscrito un instrumento jurídico de Derecho Internacional Público de obligatorio cumplimiento, en el cual se crean organismos supranacionales de regulación y operación y se adoptan compromisos mutuos e individuales concretos, a fin de lograr el objetivo estipulado en su Artículo 1:

> Artículo 1- El presente Tratado tiene por objeto la formación y crecimiento gradual de un Mercado Eléctrico regional competitivo, en adelante denominado el Mercado,

basado en el trato recíproco y no discriminatorio, que contribuya al desarrollo sostenible de la región dentro de un marco de respeto y protección al medio ambiente.

En desarrollo de este objeto, los Gobiernos de América Central se comprometieron por medio del Tratado Marco a: 1) La formación y crecimiento gradual de un mercado eléctrico regional competitivo, impulsar la infraestructura de interconexión necesaria para el desarrollo del mercado eléctrico regional. 2) Designar a un ente público de cada país para participar en una empresa de capital público o con participación privada, denominada Empresa Propietaria de la Red (EPR), con el fin de desarrollar, diseñar, financiar, construir y mantener un primer sistema de transmisión regional que interconectará los sistemas eléctricos de los seis países. 3) Otorgar el permiso, autorización y concesión a la EPR para la construcción y explotación del primer sistema de interconexión regional 4) Otorgar autorizaciones, permisos, o concesiones para futuras expansiones de las redes de transmisión regional a la EPR u otras empresas de transmisión regional. 5) Autorizar a los entes públicos de los países miembros dedicados a cualquiera de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica para suscribir la compra de acciones en la sociedad mercantil que construya la primera línea regional de interconexión. 6) Declarar de interés público las obras de infraestructura eléctrica necesarias para las actividades del mercado eléctrico regional. 7) Establecer las condiciones propicias para el desarrollo de plantas de generación eléctrica de carácter regional. 8) Establecer reglas objetivas, transparentes y no discriminatorias para regular el funcionamiento del mercado eléctrico regional y las relaciones entre los agentes participantes, así como la creación de los Entes Regionales apropiados para el logro de los objetivos del Tratado. 9) Garantizar el libre tránsito o circulación de energía eléctrica por sus respectivos territorios, para sí o para terceros países de la región, sujetos únicamente a las condiciones establecidas en el Tratado Marco, sus protocolos y reglamentos.10) Exonerar aquellos tributos al tránsito, importación o exportación de energía eléctrica entre sus países, que discriminen las transacciones en el Mercado.

En su artículo 3, el Tratado Marco establece y define los Principios por los cuales se regirá el mismo:

Articulo 3. – El tratado se regirá por los principios de Competencia, Gradualidad y Reciprocidad, los cuales se definen así:
Competencia:
Libertad en el desarrollo de las actividades de prestación del servicio con base en reglas objetivas, transparentes y no discriminatorias.
Gradualidad:
Previsión para la evolución progresiva del mercado, mediante la incorporación de nuevos participantes, el aumento progresivo de la operación coordinada, el desarrollo de las redes de interconexión, y el fortalecimiento de los entes regionales.
Reciprocidad:
Derecho de cada Estado para aplicar a otro Estado las mismas reglas y normas que ese Estado aplica temporalmente de conformidad con el principio de Gradualidad.

Esta enunciación y definición de principios que rigen este tratado y por ende a la conformación del mercado, sirven de hilo conductor del proceso, además de ser guía de interpretación para las estructuras que se conforman dentro del marco del mismo, permitiendo unificar criterios entre las partes, a medida que se desarrollan las diferentes etapas.

El primer principio, sienta las bases para definir el modelo que tiene diseñado el mercado, y consagrar la libertad de las actividades a ser desarrolladas, y así evitar el establecimiento de barreras de entrada de participantes, manteniendo el modelo de integración vertical en una empresa monopolística.

El segundo y tercer principios, buscan reforzar la noción de todo proceso de integración regional, en los cuales la estructuración por etapas es determinante para el éxito en el cumplimiento de los objetivos, ya que se está desarrollando, por un lado, la homogeneización de normativas, políticas públicas y actividades, y por el otro, la cesión de soberanía de los Estados, hacia organismos supranacionales.

En cuanto a las posibles controversias con relación a este instrumento jurídico, es importante señalar, lo estipulado en el Artículo 35, tal como quedó redactado, luego de los Protocolos de 1997 y 2007:

> Artículo 35. Las controversias que surjan entre los Gobierno, relativas a la interpretación o aplicación del Tratado, y sus Protocolos, se resolverán mediante negociación directa por la vía diplomática. Si no se llegara a un entendimiento en el plazo de seis meses los gobiernos podrían mediante acuerdo expreso someterlas a un procedimiento de conciliación por intermedio de la CRIE y, en su defecto se someterán a un tribunal arbitral Ad- hoc, cuyos árbitros serán nombrados según lo acuerden las partes en controversia. El tribunal arbitral decidirá sobre la base de los principios del Derecho Internacional Público y adoptará su propio procedimiento. El laudo arbitral pondrá fin a la controversia.

La diferencia entre esta redacción, y la consagrada en el Tratado, es que se suprime la disposición que inicialmente señalaba, que en caso de controversia, se sometería al Arbitraje de la Corte Centroamericana de Justicia u a otro organismo que acuerden las partes. Se sustituye la jurisdicción de este organismo, por un tribunal arbitral incidental como último recurso, luego de una negociación directa y una posible conciliación de la CRIE, que es el órgano regulador del mercado a nivel regional.

B. Normas Complementarias

Entre las normas complementarias podemos destacar principalmente el REGLAMENTO DEL MERCADO ELÉCTRICO REGIONAL (RMER), dictado por la CRIE, en uso de las facultades conferidas específicamente en el Artículo 23 incisos a), y d), del Tratado Marco, el cual se constituye en el principal instrumento de regulación, y cuyo objetivo es definir las reglas y criterios que rigen la operación técnica y comercial del sistema y del mercado eléctrico de Centroamérica.

Dicho Reglamento, bajo criterios de operación, tanto técnicos como comerciales del mercado, rige las relaciones entre los agentes y las instituciones regionales y nacionales, Cabe destacar que dicho Reglamento contiene los tanto en al actualidad, como luego que sea construida la infraestructura de transmisión eléctrica, necesaria para dichos intercambios de electricidad a un nivel superior.

En este proceso gradual , prevalecen los conceptos de referencia que enunciamos a continuación, basados en los principios que rigen el tratado y que sirvieron de marco para su elaboración:

- Concepto de simplicidad.
- Concepto de aumento del volumen de transacciones comerciales en la región y disminución de costos a nivel regional.
- Principio de independencia de las regulaciones internas de cada país.
- Principios de calidad y seguridad operativa en la operación del MER.
- Principio de reciprocidad en el intercambio de información técnica y comercial entre los operadores de Sistema y de Mercado (OS&M) y el EOR.

Como podemos apreciar, estos conceptos de referencia, son básicos en cuanto a consagrar el principio de gradualidad de implantación del mercado, y principalmente, podemos destacar el de independencia de las regulaciones internas, ya que es necesario ir adecuando la normativa interna de cada Estado parte en materia de mercado eléctrico, buscando, sino la uniformidad, si la homogeneidad de criterios y herramientas de regulación. En ese sentido en la elaboración de dicho reglamento, han participado tanto el EOR, como representantes de los órganos reguladores de cada país, a fin de evitar desde un principio conflictos importantes en esta materia.

Adicionalmente este Reglamento cuenta con una serie de Anexos de carácter técnico, tales como servicios auxiliares, criterios de seguridad por tipo de instalación, nodos habilitados, verificación de información, mantenimiento, etc., los cuales establecen criterios específicos por materia, a ser cumplidos por los participantes del mercado.

III. Características

Luego de revisar a grandes rasgos y de forma jerárquica en el apartado anterior, el contenido de las normas jurídicas que rigen y dan forma a este proceso de integración, examinemos desde un punto de vista más funcional, las características de dicho proceso y sus respectivas consideraciones jurídicas, mismas que hemos precisado de la siguiente manera:

A. Mercado Mayorista

Como hemos mencionado, el mercado eléctrico regional en Centroamérica, se conforma basado en el modelo de mercado mayorista, en el cual se habilitan para participar los agentes productores y consumidores a gran escala, sin plantear esquemas regionales de liberalización de potenciales clientes a este nivel. A estos efectos se deja a decisión de cada

Estado, dentro de su proceso interno de reforma o liberalización, el imponer los criterios para la progresiva participación de mayor cantidad de agentes consumidores, de acuerdo a su nivel de consumo, tal y como se consagra en el Artículo 5 del Tratado Marco, reformado por el segundo Protocolo de 2007:

> Artículo 5.- Las actividades del mercado se realizarán entre sus agentes, los que podrán ser empresas dedicadas a la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad; así como grandes consumidores. Todos los agentes de los mercados mayoristas nacionales, reconocidos como tales en las legislaciones nacionales y en la medida que el ordenamiento constitucional de cada parte lo permita, serán agentes del mercado eléctrico regional y tendrán los derechos y obligaciones que se derivan de tal condición. Los agentes podrán llevar a cabo libremente y sin discriminación alguna, la compra y venta de energía eléctrica. Sin embargo mientras la legislación de un país permita a una misma empresa la realización de dos o más actividades en la prestación del servicio eléctrico o la designación de una sola empresa para realizar transacciones en el mercado, estas deberán crear unidades de negocios separadas que permitan una clara identificación de los costos de cada actividad. La participación de los agentes en el mercado se regirá por las reglas contenidas en este Tratado, sus protocolos y reglamentos.

En esta última parte del Artículo trascrito, se encuentra estipulada una de las pocas disposiciones directas que impone este Tratado, al modelo de mercado existente en cada país, al referirse a la separación contable de las unidades, que formen parte de empresas estructuradas verticalmente o en monopolio.

Esta indicación la anotamos, sin perjuicio de la posibilidad muy genérica que el propio tratado estipula, con miras a un posible avance no solo en este sentido, sino también en muchos otros, desde una perspectiva regional, lo cual se consagra en el Artículo 6:

> Artículo 6.- Los Gobiernos procuraran que el Mercado evolucione hasta estados más competitivos, para lo cual realizaran evaluaciones conjuntas al menos cada dos años, en base a recomendaciones de la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIE) …

Podemos señalar además, que existe dentro del diseño, el concepto de un séptimo mercado superpuesto y coordinado con los 6 mercados nacionales que mantienen su regulación, pero adaptándolas en los mínimos requeridos para la realización de ofertas.

Todo esto fundamentado en el principio de gradualidad que rige las disposiciones del Tratado y en consecuencia, de desarrollo del mercado a futuro, con los siguientes elementos:

· Productos que se comercializan

Desde un punto de vista técnico, podemos afirmar que en el MER se comercializan los siguientes productos: Energía eléctrica, Servicios Auxiliares, Servicio de Transmisión

Regional, Servicio de Operación del Sistema y servicio de regulación del MER. Hemos de señalar que en este mercado no se remunera o comercializa la potencia, como un producto regional, sino que se deja este tipo de operación a criterio de regulación nacional.

Al margen de esta consideración técnica, desde el punto de vista jurídico, lo que se comercializa en este mercado, es electricidad, tal como señala la primera parte del Artículo 4 del Tratado Marco:

> Artículo 4.- El mercado Eléctrico Regional es el ámbito en que se realizan las transacciones regionales de compra y venta de electricidad entre los agentes del mercado. El mercado operará como una actividad permanente de transacciones comerciales de electricidad…

· Participantes

Los Participantes o agentes del MER son las personas naturales o jurídicas a la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad; así como grandes consumidores habilitados para participar en el MER

· Tipos de mercado

El MER, al igual que la mayoría de los mercados nacionales de los Estados parte del Tratado Marco, está estructurado en 2 grandes posibilidades de transacciones: Mercado de Contratos y Mercado de Oportunidad, tal y como está consagrado en el Artículo 4:

> Artículo 4.- El mercado operará como una actividad permanente de transacciones comerciales de electricidad, con intercambios de corto plazo, derivados de un despacho de energía con criterio económico regional y mediante contratos de mediano y largo plazo entre los agentes. El mercado debe evolucionar gradualmente de una situación inicial limitada hacia una más amplia, abierta y competitiva, apoyando en la infraestructura existente y futura tanto nacional como regional.(el subrayado es nuestro)

En el primer caso los mismos, son acuerdos entre participantes, que deben cumplir con la regulación nacional, y los mismos pueden tener tres características no excluyentes: a) Contratos Firmes o no Firmes, de acuerdo a la prioridad de suministro de la electricidad comprometida y su relación con el predespacho del sector b) Estos contratos no firmes pueden ser financieros o físicos flexibles, en relación a la entrega física de la energía y c) Contratos con pago de Derechos de transmisión o con ofertas de pago máximo de cargos variables de transmisión (CVT).

En el mercado de oportunidad, se comercializan excedentes o demandas adicionales en cada país, producto de los desvíos entre la operación real y los intercambios programados, basado en un sistema de competencia., así como la posibilidad de obtener el reemplazo de generación nacional, cuyos costos sean más altos que los de este mercado de opor-

tunidad regional, mediante ofertas de oportunidad programadas realizadas el día anterior del despacho de que se trate.

· Sistema de precios

El sistema de precios de este mercado, está constituido bajo el esquema de precios nodales horarios, tomando en cuenta que la formación de los precios en cada nodo de la Red de Transmisión Regional (RTR), dependerá de lo dispuesto para ello, por cada reglamento nacional, ya sea si es mediante el sistema de eficiencia económica o el sistema de precio marginal.

· Operación del sistema y administración del mercado

El EOR en coordinación con los operadores nacionales, tiene la función de supervisar el funcionamiento del MER y la RTR, a través de una estructura jerárquica descentralizada, y desarrollar tanto el planeamiento operativo, la seguridad operativa, como la operación en tiempo real del Sistema Eléctrico Regional (SER) y el Servicio de Transmisión Regional (STR).

Toda este esquema de operación se establece expresamente en el Artículo 10 del Tratado Marco:

> Artículo 10.- El Ente Operador Regional (EOR), organismo regional creado en el artículo 18 de este tratado, en coordinación con los entes nacionales de despacho de energía eléctrica, realizará las funciones de operación coordinada de los sistemas eléctricos con criterio de despacho económico**.**

· Liquidación y cobranza

El EOR determina para cada período de conciliación, los saldos respectivos a las transacciones realizadas en el MER, para cada agente del mercado y para cada Operador del Sistema u Operador de Mercado, y en virtud de estos datos elabora el Documento de Transacciones Económicas del MER (DTER). A efectos de este procedimiento y de su inclusión en el DTER, se aplican las conciliaciones entre países interconectados, resultando un agente exportador y otro importador en cada transacción.

Una vez realizados estos procedimientos, los agentes deudores deben realizar la transferencia bancaria de la suma adeudada, en los bancos que para tal efecto les comunique el EOR, el cual una vez comprobado que los fondos necesarios para la liquidación están completos, procederá con la transferencia a los acreedores respectivos.

· Garantías, mora y falta de pago

A efectos de mantener liquidez y eficacia en la administración comercial del MER, los agentes habilitados, deberán poner a disposición de sus respectivos operadores nacio-

nales, una garantía de pago que asegure sus compromisos frente al mercado. Dicha garantía debe consistir en un instrumento financiero de ejecución inmediata, la cual debe mantenerse siempre vigente.

El monto de la garantía será determinado por el operador nacional de cada agente habilitado, y corresponderá por lo menos al importe previsto para cubrir las obligaciones del agente frente al mercado durante un mes, tomando como base las transacciones de oportunidad solicitadas por el agente.

En caso de morosidad o falta de pago, por uno de los agentes, se procederá a hacer efectiva la garantía por el monto adeudado, sin perjuicio de las sanciones monetarias que pueda imponer la CRIE, en caso de ser necesario, así como la posibilidad de que por reiteradas situaciones de incumplimiento, pueda solicitar el EOR, a través de la CRIE, retirar la habilitación al agente para participar en el MER.

· Solución de controversias

El procedimiento de solución de controversias entre agentes del MER está estipulado en los Artículos 33 y 34 del Tratado Marco.

> Artículo 33.- Los agentes del mercado procuraran llegar a acuerdos sobre la interpretación y aplicación de este Tratado y se esforzarán en encontrar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier controversia que pudiese afectar su funcionamiento.
> Artículo 34.- Las controversias que surjan entre los agente, Operadores de sistema y mercado nacionales, Ente Operador Regional y entes reguladores de las partes, que no sean resueltas mediante negociación, se someterán a la CRIE, para que, de acuerdo a los procedimientos que establezca, resuelva el asunto, ya sea como amigable componedor a través de la conciliación o como árbitro. La decisión en todo caso será definitiva y tendrá idénticos efectos a un laudo arbitral.

Si bien en el RMER, no existe desarrollo normativo de este procedimiento, en principio el mismo es de simple aplicación, por lo que corresponderá a la CRIE dictar el procedimiento específico en estos casos, a fin de garantizar la protección de los derechos de los agentes habilitados, con mucha más razón en virtud de que los mismos una vez decididos por esta institución de carácter supranacional, serán definitivos por no contemplarse ninguna otra instancia superior (frente a una decisión de la CRIE solo cabe el recurso de reposición ante la misma).

B. Carácter de Servicio Público

En cuanto a la definición conceptual o práctica de los servicios prestados por el sector eléctrico al conjunto de la sociedad, el diseño del MER y por consiguiente, el contenido del Tratado Marco como instrumento jurídico fundamental para la región, no estipulan ni plantean directamente como servicio público a las diferentes actividades que se desarrollan en dicho ámbito.

No obstante, en el Artículo 2 incisos b), e) y g), relativo a los fines del tratado, si se hace referencia a ciertas condiciones que se deben llevar a cabo dentro de la conformación del MER, que no solo apuntan a perspectivas de eficiencia económica y competitividad.

> Artículo 2.- Los fines del tratado son:
> Establecer las condiciones para el crecimiento del Mercado Eléctrico Regional, que abastezca en forma oportuna y sostenible la electricidad requerida para el desarrollo económico y social.
> Crear las condiciones necesarias para propiciar niveles aceptables de calidad, confiabilidad y seguridad en el suministro de energía eléctrica en la región.
> Propiciar que los beneficios del mercado eléctrico regional lleguen a todos los habitantes de los países de la región.

Como apuntamos anteriormente, los objetivos principales del MER, son mejorar la eficiencia económica, y la competitividad del sector, aprovechando las economías de escala para una mejor gestión de los recursos de generación, y mayor atractivo para posibles inversiones. Pero estos fines plasmados en el Tratado le otorgan una dimensión, que sin mencionarlo expresamente, incluye tanto condiciones básicas de servicio público como características de contenido social, que van más allá de la concepción del sector eléctrico como una industria más, que solo busca la mayor rentabilidad posible.

Hecha esta afirmación, no es meno cierto, que estas son reflejo de una declaración de intención, expuesta en el texto jurídico y que habrá que esperar el desarrollo posterior, tanto del MER, como de las políticas de los Estados en este sector, para comprobar si se cumple en mayor o menor grado, estos fines propuestos.

C. Instituciones Regionales

De acuerdo al diseño conceptual del MER como instrumento fundamental de integración eléctrica, se estableció en el Tratado Marco, específicamente en el Artículo 18, la creación de 2 Instituciones de carácter supranacional, con personalidad jurídica de Derecho Público Internacional con capacidad de actuación dentro del territorio de los Estados miembros y en caso de ser necesario fuera de los mismos, respetando en todo momento los principios de satisfacción del interés público, igualdad, libre competencia y publicidad. Estas Instituciones son la CRIE como Ente Regulador Regional y el EOR como operador del mercado regional.

> Artículo 18.- Con el propósito de dar un mejor y más efectivo cumplimiento a los fines de este Tratado y para ordenar las interrelaciones entre agentes del mercado, se crean como Organismos Regionales, la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIE) y el Ente Operador Regional (EOR). (el subrayado es nuestro)

Este es uno de los puntos de mayor trascendencia, respecto a este proceso de integración eléctrica en Centroamérica, y que puede servir de modelo a otros procesos que se

están llevando a cabo en otras regiones, ya que desde el principio, no solo cuentan con un instrumento jurídico que regula la conformación del mercado regional, sino que lo dotan de estas instituciones en las cuales los Estados ceden parte de su soberanía y competencias nacionales. Este hecho, producto de la voluntad política de los países involucrados, puede ser en gran medida el factor de mayor éxito y avance desde los puntos de vista conceptual y práctico, que presenta este proceso, en donde dichas instituciones deberán ir reafirmando cada vez más su independencia y transparencia, partiendo de las iniciales y necesarias funciones de coordinación con sus homólogos nacionales.

· La CRIE

Es el Ente regulador del mercado regional, cuyos objetivos y características son desarrollados en los artículos 19 al 24 del Tratado Marco. Estará conformada por un comisionado por cada país miembro, nombrado por su respectivo Gobierno por un plazo de 5 años prorrogables.

Los objetivos generales de la CRIE están estipulados en el artículo 22.

Artículo 22.- Los objetivos generales del CRIE son:
a. Hacer cumplir el presente Tratado y sus Protocolos, reglamentos y demás instrumentos complementarios.
b. Procurar el desarrollo y consolidación del mercado, así como velar por su transparencia y buen funcionamiento.
c. Promover la competencia entre los agentes del mercado.

Para consolidar su capacidad de actuación y dotarle jurídicamente de herramientas específicas para lograr desarrollar su función regulatoria de forma concreta, en el Artículo 23 se le otorgan diversas facultades, entre las cuales, por más importantes podemos señalar las de emitir los reglamentos para el funcionamiento del mercado, regular los aspectos concernientes a la transmisión y generación regionales, resolver sobre autorizaciones que establezca el Tratado, adoptar medidas en contra del abuso de posición dominante de cualquier agente, imponer sanciones por incumplimientos, aprobar tarifas de transmisión regionales, resolver conflictos entre agentes derivados de la aplicación del Tratado y coordinar con los reguladores nacionales, las medidas necesarias para el mejor funcionamiento del mercado.

Podemos apreciar que, por lo menos en el papel, a la CRIE se le otorgan funciones que configuran en gran medida una agencia regulatoria con capacidad de maniobra e independencia, por lo que solo resta esperar la manifestación de la voluntad política de los Estados partes (de la cual hasta el momento han dado claras muestras), con el objeto de que se materialicen dichos objetivos, ya que tanto la principal fuente de recursos, como lo es el cargo por regulación, como el mecanismo de fiscalización, debe ser aprobado mediante un Protocolo acordado por dichos Estados parte.

Finalmente, en el ámbito puramente de formalidad conceptual, que para algunos tendrá mayor o menor importancia, nos parece que la denominación de la CRIE, como

Comisión de Interconexión, a nuestro parecer, tiende a reflejar más la idea de un comité con funciones de coordinación intergubernamental, y no como un órgano regulador con funciones y potestades ejecutivas.

· El EOR

El Ente Operador Regional, tiene las funciones tanto de Operador del Sistema como de Administrador del Mercado, en concordancia con el modelo imperante en la región, entre los países que han conformado un sistema de mercado mayorista en competencia. Sus responsabilidades y facultades están establecidas en el Artículo 28 del Tratado.

> Artículo 28.- Los principales objetivos y funciones del EOR son:
> a. Proponer a la CRIE los procedimientos de operación del mercado y del uso de las redes de transmisión regional.
> b. Asegurar que la operación y el despacho regional de energía sea realizado con criterio económico, procurando alcanzar niveles adecuados de seguridad, calidad y confiabilidad.
> c. Llevar a cabo la gestión comercial de las transacciones entre los agentes del mercado.
> d. Apoyar, mediante el suministro de información los procesos de evolución del mercado.
> e. Formular el plan de expansión indicativo de la generación y transmisión regional, previendo el establecimiento de márgenes regionales de reserva y ponerlo a disposición de los agentes del mercado.

Estas funciones están enmarcadas dentro de las necesarias para este tipo de organismos, fundamentales para la operación y desarrollo paulatino del mercado regional, y cuya experiencia, primero de coordinación y luego de operación efectiva, será decisiva al momento de establecer las normas reglamentarias definitivas, ya que es el EOR quien tiene mayor grado de iniciativa de propuesta no solo de las mismas, sino de en un futuro, proponer los cambios y ajustes necesarios para la evolución hacia estados más competitivos y eficientes.

El EOR está dirigido por 2 directivos designados por cada Gobierno por 5 años, y en este caso se permite la propuesta para estos cargos de los agentes del mercado de cada país miembro. Sus recursos provienen principalmente del cargo por servicio de operación del sistema, los cuales deberán ser aprobados por la CRIE de acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento respectivo.

D. Infraestructuras

Una parte fundamental y decisiva para lograr la integración eléctrica de cualquier región, es la capacidad en infraestructuras necesarias para tal fin; y Centroamérica no es la excepción. Derivado de las características físicas *sui generis* de la electricidad, que analizamos en el capítulo primero, se ha llegado a afirmar con razón, que "sin infraestructuras no hay mercado".

Para tal fin, el proyecto SIEPAC tiene como uno de sus pilares, la construcción y puesta en funcionamiento de una línea de transmisión eléctrica de 230Kv, de 1.802 kilómetros de longitud con las subestaciones necesarias, que unirá todos los países del área y que irá desde Guatemala hasta Panamá, con un costo aproximado de 330 millones de dólares.

A este respecto, el Tratado Marco establece las bases para este sistema fundamentalmente en su artículo 15.

> Artículo 15.- Cada Gobierno designará a un ente público de su país para participar en una empresa de capital público o con participación privada, con el fin de desarrollar, diseñar, financiar, construir y mantener un primer sistema de transmisión regional que interconectará los sistemas eléctricos de los seis países. Ninguno de sus socios tendrá control directo o indirecto de la misma. Esta empresa denominada Empresa Propietaria de la Red (EPR), estará regida por el Derecho privado y domiciliada legalmente en un país de América Central.

Esta estructura de Derecho privado con participación pública, busca agilizar la gestión de la línea de transmisión, tanto en su fase de construcción como de operación, y permitir la posible participación privada de futuros socios inversionistas y con experiencia en el sector, tal como ha sucedido con la empresa Española ENDESA y la Colombiana ISA, grupos que actualmente ya son socios de esta empresa.

Adicionalmente, se establece un Sistema Eléctrico Regional (SER) frente a los sistemas nacionales, cuyas instalaciones serán definidas por la CRIE y que incluirán como mínimo las vinculaciones entre países, con ciertas disposiciones definitorias en cuanto al esquema, tales como la consideración de transmisión regional a aquellos intercambios entre las fronteras, la limitación de único fin para las empresas de transmisión y la consagración del principio de Acceso libre de terceros a la red, sea esta regional o nacional.

También se define la existencia de una Red de Transmisión Regional (RTR), la cual incluye todos los elementos de transmisión del SER, que son afectados significativamente por los intercambios entre países, la cual será definida por el EOR anualmente y aprobada por la CRIE.

Finalmente, aunque esta infraestructura de transmisión es fundamental para la consecución de los fines de la integración regional, no es menos cierto, que no solo dependerá de ella, sino que será necesaria la inversión en infraestructura de generación adicional, con el fin de buscar realmente la competencia en estos nuevos niveles, ya que si mantenemos el ritmo actual, a pesar de contar con infraestructura de transmisión para soportar el mercado, se seguirá cubriendo marginalmente la demanda de cada país miembro, y por lo tanto no existirá energía eléctrica que pueda ser transada en el mercado, sino exclusivamente para cubrir pequeños déficits transitorios como ha venido ocurriendo hasta el momento.

E. Estructura Empresarial

Los planteamientos del Tratado Marco como instrumento jurídico primordial del proceso de integración eléctrica regional, no estipulan ni presentan de forma directa limi-

taciones o tan siquiera regulación (ni hacen referencia al desarrollo normativo al respecto) en cuanto a estructura empresarial de los agentes habilitados, como tampoco incluyen bases o parámetros de normas de defensa de la competencia.

Esta regulación, se deja en manos de la normativa nacional en la materia, para cada uno de los agentes de cada país, lo cual es un punto importante que habrá que desarrollar dentro de las tareas pendientes del MER, ya que la cuota de mercado y las situaciones de posición dominante que pueden derivarse de la presencia de grupos empresariales en la región, pero con regulaciones independientes en cada país, pueden ser contrarias a la conformación de un mercado materialmente efectivo.

Además de este hecho, hay que resaltar que en algunos países no se ha producido, la separación de actividades, bajo un modelo de competencia y mercado, sino que se está iniciando el proceso de reestructuración del monopolio ejercido por una empresa Estatal integrada verticalmente, lo cual crea una situación de asimetría en cuanto a las características de un mercado regional competitivo, en donde los agentes tengan la mayor igualdad de condiciones para operar.

En esta etapa, se impone la obligación de separación contable, para estas situaciones consideradas excepcionales y temporales dentro del mercado, ya que en su Artículo 6, el Tratado establece la necesidad de avanzar en los niveles de competencia.

> Artículo 6.- Los Gobiernos procuraran que el Mercado evolucione hasta estados más competitivos, para lo cual realizaran evaluaciones conjuntas al menos cada dos años, en base a recomendaciones de la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIE) …

Al incluir esta directriz en el desarrollo del mercado, se mantiene la condición, con respecto a la primacía de regulación nacional sobre los temas de estructura empresarial en el MER.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores, existen algunas disposiciones, que siendo interpretadas de forma coherente y un tanto extensivamente, pueden beneficiar la competencia dentro del mercado, desde un punto de vista de regulación y control regional, como facultades de la CRIE**.**

> Artículo 23.- Las facultades de la CRIE son entre otras:
> b. Tomar las medidas generales y particulares para garantizar condiciones de competencia y no discriminación en el mercado.
> g. Adoptar las medidas conducentes a evitar el abuso de posición dominante en el mercado por parte de cualquier agente.

En este punto, será necesario que la CRIE defina el modelo de regulación en materia de defensa de la competencia, entre la regulación normativa previa (*ex ante*) de los agentes, o la adopción de medidas concretas en casos particulares (*ex post*), ya que según lo dispuesto en este artículo tiene la opción de utilizar uno de estos mecanismos o ambos, si se diera el caso.

3. Integración eléctrica en la Unión Europea

I. Antecedentes

Actualmente, para la mayoría de las personas, la realidad y los éxitos de integración dentro de lo que se denomina actualmente como la Unión Europea, no están asociados o relacionados con conceptos energéticos. Para tener mayor claridad a este respecto, y por la importancia que tiene para el presente trabajo, sin intentar hacer una exposición sobre Derecho Comunitario ni mucho menos, si es importante señalar la relevancia de este sector y su regulación en la génesis de dicho proceso.

En los años en que se consolida el proceso de reactivación económica, política y social del continente europeo, luego de la Segunda Guerra Mundial, y como consecuencia de las nuevas ideas en torno al papel de Europa hacia el futuro, dentro de un contexto geopolítico internacional bipolar de superpotencias enfrentadas, surgen una serie de iniciativas de cooperación e integración, fundamentadas en la necesidad de minimizar o eliminar las posibles causas o factores de enfrentamiento dentro de Europa, con objetivos a largo plazo guiados por el principio de gradualidad en la implantación de los procesos.

Entre estas distintas propuestas, surge la iniciativa de la creación de la Comunidad Europea del Acero y el Carbón (CECA), lo cual se concreta a través del Tratado de París de 1951. Estos productos estratégicos, dentro de un posible contexto bélico, no solo fueron abiertos a un mercado común entre estos países iniciales (Bélgica, República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos), sino que además fueron situados dentro del marco de acción de la denominada Alta Autoridad, lo cual suponía una cesión de soberanía con respecto a estos sectores tan sensitivos.

Cabe mencionar, que desde un principio, la implantación de los procesos de integración se vio influenciada en diferentes grados por la teoría funcionalista, cuyas características principales expusimos en el capítulo primero, y por la cual la integración se debe desarrollar gradualmente en diferentes ámbitos iniciales de cooperación entre los países involucrados, siendo en este caso, sectores sensitivos como los mencionados, pero que podrían extenderse a otros distintos, como en efecto sucedió posteriormente.

Debido al éxito que tuvo la implantación de la CECA, los Estados parte deciden ampliar el campo de acción y en consecuencia firmaron en el año 1957 los Tratados de Roma constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA).

Se manifestó en esta nueva iniciativa, la relevancia del tema energético, al regular la CEEA, principalmente el uso de la energía atómica para fines pacíficos, en especial: la producción de energía eléctrica.

No cabe duda que el éxito del proceso de integración europeo se ha producido a partir del desarrollo de la CEE, ya que el mismo, se fundamenta en la apertura del principal motor de los procesos de integración, como lo es el económico, iniciando con reducciones arancelarias, evolucionando hacia estados más profundos y amplios de integración.

Estos nuevos Tratados y la estructura jurídica e institucional, que crearon, basados en el concepto de supranacionalidad y cesión de soberanía a una entidad en común, fue-

ron fundamentales en el éxito de este proceso, y han servido de modelo para otros procesos iniciados posteriormente en diversas regiones del mundo.

Pero el impulso inicial que el sector energético imprimió a esta integración se vio reducido, sino detenido, por razones de índole política, y como consecuencia de las discrepancias de los Estados miembros, se ha dificultado el establecimiento de una política energética comunitaria de carácter global.[3]

En consecuencia, mientras la CEE cada vez asumía nuevas competencias, delegadas por los Estados en varios sectores económicos, buscando la apertura e integración; en el sector energético, incluida la electricidad, apenas se produjeron iniciativas, ya ni siquiera de integración, sino que en lo referente a las infraestructuras se mantuvieron esquemas de redes nacionales casi aisladas entre sí.

Esta situación se mantuvo casi inalterada hasta la primera mitad de la década de los años 80 del siglo pasado, en donde varios factores incidieron en un nuevo impulso del proceso de integración, pero esta vez desde una perspectiva donde la competitividad y las reglas del mercado juegan un papel más preponderante.

Como primer factor, podemos señalar el inicio de una serie de reformas estructurales de la economía en el Reino Unido, incluyendo los servicios públicos, en donde surgió el llamado modelo del "Pool", o despacho económico de las unidades de generación en base a su precio marginal.

En segundo lugar, la firma del Acta Unica Europea en 1986, a fin de superar el concepto de mercado común y avanzar en la creación del mercado interior, en donde se propone un salto de grandes proporciones, en relación con la situación inmediatamente anterior, ya que en el mismo se estipulan medidas y plazos concretos, para la consecución de este mercado, fijando como fecha límite para su instauración el año de 1993. Entre estas medidas, está la necesidad de incrementar la competitividad de Europa, dentro del nuevo escenario mundial que se configuraba, y que ha sido denominado como globalización.

La preparación de la Unión Europea, para los retos que presenta este fenómeno mundial, en el sector eléctrico, pasa por medidas tanto de integración, como de liberalización interna de los sectores, siendo las normas Comunitarias,[4] las que principalmente han indicado el proceso a seguir, debido a la reticencia, mayor o menor, de los Estados en ese proceso.

---

3 Ferrer, Juan de la Cruz. Principios de Regulación Económica en la Unión Europea. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2002

"Desde la perspectiva política, estos sectores resultaban estratégicos para la seguridad y para la independencia de los Estados, por lo que las empresas fueron consideradas especiales, excluidas de las reglas del mercado y sometidas a planificación y dirección gubernamental de forma más o menos intensa (nacionalización, planificación, regulación económica).

Desde la perspectiva jurídica, la gestión de estos servicios públicos o <servicios de interés económico general> se entendió que impedía que las empresas quedaran sometidas a las normas sobre competencia, disfrutando, por tanto, de derechos especiales o exclusivos y de situaciones de monopolio."

4 ZAPATER DUQUE, Esther. La gestión de la Seguridad de aprovisionamiento energético en la Unión Europea: ¿Una cuestión Política o Económica? Editorial Dykinson, SL. Madrid, 2002

"La cuestión energética reviste un carácter pluridimensional en el que los elementos jurídicos se hallan especialmente sujetos a consideraciones de tipo económico y político."

II. Normativa

A diferencia del proceso centroamericano, analizado en el apartado anterior, en la Unión Europea, no existe un texto específico y único que regule el proceso de integración eléctrica, primero porque los temas energéticos en conjunto, están enmarcados dentro del proceso general de integración de los países de la Unión, en donde la delegación y cesión de soberanía están estipulados y organizados en función de los organismos y procedimientos comunitarios, y en segundo lugar porque en las negociaciones para las modificación de los Tratados de la Unión que se han llevado a cabo a través del tiempo, se ha manifestado la negativa de los Estados miembros a reconocer una competencia material de carácter global a la Comunidad Europea en el ámbito de la energía.

Como consecuencia de esta falta de competencia genérica, en el sector, la Comisión europea, ha elaborado diversos documentos de trabajo y de orientación, tales como el Libro Verde de 1995 *"Para una política energética de la Unión Europea"* y el posterior Libro Blanco de 1996, en los cuales se concretan las principales orientaciones sobre política energética y las medidas adecuadas para su implementación.

Según estos documentos, los objetivos principales del sector energético comunitario son: la competitividad general, la consecución e la integración de los mercados, la seguridad de abastecimiento y la protección del medio ambiente. La consecución efectiva de los mismos, debe encaminarse mediante la acción normativa comunitaria, evidentemente dentro del limitado marco competencial que le reconoce el Tratado de la Unión, cuestión que implica necesariamente la colaboración de los Estados miembros.

En esa misma línea de acción, y en vista de los grados de avance diferentes en la aplicación a nivel legislativo interno en los Estados miembros (en algunos casos deficiente), de la primera Directiva sobre normas comunes del mercado interior de electricidad, y el escaso desarrollo en temas de interconexión e infraestructuras, la Comisión Europea creó en 1998 el Foro regulador de la electricidad, denominado Foro de Florencia.

En este encuentro participan todas las partes involucradas del sector eléctrico en la UE, y su principal objetivo es alcanzar con relativa rapidez, acuerdos sobre los principios básicos del mercado interior, facilitando el intercambio de información entre los participantes y lograr así promover la transposición coherente (subsidiaridad armonizada). Además por un lado, sirve de matriz para grupos de trabajo en temas específicos, principalmente sobre interconexión, para presentar propuestas de normativas, y por el otro, funciona como miniforo para los mercados regionales en conformación dentro de la UE.

A. Tratado de Niza

En la actualidad el instrumento jurídico de mayor importancia jerárquica, en el cual descansan las instituciones europeas y su proceso de integración, es el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*, modificado por el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001. Aunque en el mismo no se estipulen disposiciones específicas con respecto a la energía, en su artículo 52 establece:

> Artículo 52
> 1. A efectos de alcanzar la liberalización de un servicio determinado, el Consejo, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Comité Económico y Social y al Parlamento Europeo, decidirá mediante directivas, por mayoría cualificada.
> 2. Las directivas previstas en el apartado 1 se referirán en general, con prioridad, a los servicios que influyan de forma directa en los costes de producción o cuya liberalización contribuya a facilitar los intercambios de mercancías.

Fundamentalmente, en base a este artículo, con miras a la consolidación del Mercado interior, se han dictado las normas complementarias o de desarrollo, principalmente Directivas, en el ámbito de la liberalización e integración eléctrica en la UE, documentos que revisaremos más adelante.

B. Tratado de Lisboa

Se espera que este instrumento jurídico firmado el 13 de diciembre de 2007 por los representantes de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, entre en vigor el día 1 de enero de 2009, luego de los procesos de ratificación respectivos a cada país. El mismo sirve de nuevo y renovado empuje al proceso de integración Europeo, que fue desacelerado por los reveses políticos sufridos por el denominado "*Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*".

Desde el punto de vista conceptual, el Tratado de Lisboa, en materia energética, mantiene la propuesta de avance planteada en la fallida Constitución Europea, y el mismo permite apreciar la implantación gradual en la normativa comunitaria, de las líneas generales de política energética europea, esbozadas en el Libro Blanco de 1996 (mencionado anteriormente), produciéndose un cambio gradual, pero sostenido, en este aspecto al más alto nivel de decisión, constituyéndose en un punto de inflexión del proceso de integración, ya que los textos de los Tratados anteriores, no recogían regulación o disposición alguna en materia energética.

En dicho documento se establece, en el marco del establecimiento del mercado interior y de la necesidad de preservar el medio ambiente, los siguientes 4 objetivos de la política energética europea:

a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía.
b) garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión.
c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables.
d) Fomentar la interconexión de las redes energéticas.

Además se establece que para lograr estos objetivos de política energética, los mimos deben ser guiados por un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros.

C. Normas complementarias

En vista de que el establecimiento de políticas comunitarias en materia eléctrica, no está fundamentado expresamente dentro de los Tratados constitutivos, mediante la interpretación y aplicación de facultades con respecto a la conformación del mercado interior europeo en general y en interacción con otras políticas comunitarias, ha sido posible avanzar en ciertos aspectos relativos a la liberalización de los mercados nacionales, así como en la iniciativa de integración, principalmente a través de las Directivas sobre mercado interior de electricidad, y algún Reglamento sobre intercambios internacionales.

· Directivas Comunitarias

En el año 1996, se dictó la primera Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, mediante la cual se establecieron medidas de liberalización para cada uno de los Estados miembros, tales como:

a) El acceso de terceros a la red, es decir la separación de la propiedad de la red y del uso de la misma (dejando a criterio del Estado si el acceso es regulado o negociado).
b) Normas comunes para la explotación de redes de transmisión y distribución, como la creación de la figura de gestor de la red, pero con independencia solo funcional del gestor de transmisión.
c) Promoción de energías renovables, dejando a criterio de cada Estado los mecanismos para incentivar el uso de este tipo de fuentes.
d) Separación contable de las actividades de generación, transmisión y distribución, así como separación contable de las actividades no eléctricas de las mismas.
e) Abertura del mercado a los clientes cualificados, en base a un calendario de apertura gradual, en base al nivel de consumo de los mismos.
f) Instalación de nueva generación por procedimiento de autorización o de licitación.

Como consecuencia de la estructura jurídica de las Directivas, en las cuales se fijan objetivos comunitarios a cumplir por los Estados, pero el método o forma para llegar a cumplir dichos objetivos, se deja a criterio de cada Estado parte, y en los cuales se debe trasponer dicha normativa Europea a través de legislación interna. Por esta razón quedaron muchos asuntos pendientes de consecución efectiva por parte de algunos Estados, de los objetivos planteados, mientras que otros no solo cumplieron, sino que fueron más allá en sus medidas liberalizadoras, presentándose un problema de asimetrías en el proceso de desarrollo de los mercados competitivos.

Por estas razones y otras adicionales, el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, al plantearse el reto de convertir a la Unión Europea en la economía basada en el

conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, en el sector de la energía dispone acelerar el proceso de liberalización.

En consecuencia se dicta la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de junio de 2003, relativa a las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE. Esta directiva pretende reforzar las condiciones favorables a una competencia real y equitativa y a la implantación de un auténtico mercado único, obligando a los Estados miembros a adoptar las disposiciones necesarias para llevar a cabo objetivos muy precisos como la protección de los consumidores vulnerables, la protección de los derechos fundamentales de los consumidores y la cohesión económica y social**.**

Entre los principales adelantos de dicha Directiva con respecto a la anterior de 1996, se encuentran:

a) La aceleración del calendario de liberalización de clientes, estableciendo el 1 de julio de 2007, como fecha en que todos los clientes podrán elegir suministrador.
b) Se consagra la independencia de las actividades de gestión del transporte y gestión de la distribución, mediante la separación jurídica.
c) Se establecen obligaciones de servicio público para las empresas prestadoras del servicio, principalmente en cuanto al derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada a precios razonables.
d) Promoción de la Implementación de medidas de gestión de la demanda.
e) Se consagra el principio de acceso regulado de terceros a la red, desapareciendo la opción de acceso negociado, por considerarse la primera, más adecuada para la competencia.
f) Designación por parte de los Estados de Autoridades reguladoras independientes, las cuales deben velar por el funcionamiento eficaz del mercado.
g) Libertad de instalación en generación, con posibilidad de actuar ante fallos del mercado.

Estas Directivas, como podemos apreciar, básicamente introducen medidas a llevar a cabo por los Estados a nivel interno, con el objetivo de permitir la conformación de un mercado interior de electricidad, a través de la convergencia de modelos o estructuras, y en base a la libertad de circulación de mercancías dentro de la UE.

En cuanto al intercambio de electricidad entre los Estados, se dictó el Reglamento 1228/2003, que regula las condiciones para acceder a las redes en el comercio transfronterizo de electricidad, punto en el que existen deficiencias en esta materia.

Como complemento a estas disposiciones, se dictó la Decisión 1229/2003/CE que establece un conjunto de normas relativas a las redes transeuropeas de energía, para lograr entre otras cosas, una capacidad de interconexión de un 10% entre los Estados miembros.

Todavía queda mucho por cumplir en cuanto a esta normas, en relación con la creación de un mercado interior de la electricidad, en toda la UE, pero esta situación no es obstáculo para la conformación de mercados regionales, dentro del marco de la UE, en donde si se está avanzando en gran medida hacia estos objetivos de integración, tal como analizaremos más adelante en el presente estudio.

D. Tratado por el que se establece la Comunidad de la Energía

Este es un instrumento jurídico, resultado del proceso de Atenas de 2002, mediante el cual la Comisión Europea propuso la creación de un mercado regional de la energía entre la Unión Europea y los países del sureste de Europa, que actualmente no forman parte de la Unión.

En primer lugar el Tratado extiende la aplicación de la legislación comunitaria en materia de energía, medio ambiente y competencia a los países firmantes que no son miembros de la UE.

En segundo lugar, partiendo de la base de la creación de un mercado común de energía, se acuerda el establecimiento de políticas comunes en materia de comercio exterior y asistencia mutua.

Adicionalmente, en el plano eléctrico específicamente, crea un acuerdo con el Banco Mundial y el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, en cuanto a inversiones millonarias en los países no miembros, con el fin de que alcancen estándares de la UE para el año 2015.

Desde el punto de vista institucional, lo más destacable es la creación del Consejo regulador de la comunidad de la energía, el cual se encargará de los asuntos en materia de regulación y de resolver los conflictos que surjan en el funcionamiento del mercado. La incorporación de esta institución en este Tratado es fundamental, ya que es el primer organismo regulatorio de carácter supranacional en la región, que puede servir de génesis para su funcionamiento en la conformación del mercado interior de la energía de la UE.

III. Características

A. Estructura de mercado

El objetivo del proceso de liberalización del sector eléctrico en los países que conforman la Unión Europea, es lograr mejorar la competitividad de este sector con la consecuente reducción del precio de la electricidad para los consumidores, y por ende mejorar la competitividad del resto de sectores que dependen de la electricidad y que constituye un costo importante para sus productos. Esta competitividad, se intenta lograr a través de mecanismos de mercado en cada país, con miras a la integración de los mismos.

Pero esta integración total del mercado interior de la electricidad pasa por una etapa intermedia, con la constitución de mercados regionales dentro de la UE, tales como el Noordpool, Mibel, Reino Unido e Irlanda, Europa occidental, Europa del este, Europa del sudeste y Báltico. Esta etapa no es tan solo necesaria, debido a las dificultades actuales desde el punto de vista institucional y de infraestructuras, sino que también más eficaz, ya que si permite más fácilmente integrar primero mercados regionales, y luego estos integrarlos entre sí.

Adicionalmente, es importante señalar, que el objetivo de mercado interior de la electricidad en la Unión Europea, no solo está condicionado por una mayor interconexión física entre los sistemas eléctricos nacionales, sino que también se plantea la posibilidad de

que, en virtud del proceso de convergencia normativa, las empresas de cualquier país de la UE, puedan establecerse y competir en el mercado de otro Estado miembro, con las mayores condiciones de igualdad entre unos y otros.

B. Carácter de servicio público

Si bien es cierto que el concepto de servicio público, tal como se ha entendido en la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones, ha sido superado en el ámbito de actuación y normativas de la Unión Europea, y ha sido sustituido por el concepto de servicio de interés general, no es menos cierto que esta nueva construcción jurídica mantiene características esenciales de satisfacción de necesidades básicas para la cohesión y promoción de las sociedades.

En desarrollo de estos supuestos, se han desarrollado las denominadas obligaciones de servicio público que las empresas que prestan este servicio deben cumplir, tales como: continuidad en la prestación, condiciones de acceso, igualdad de los usuarios ante el servicio, precios razonables, protección medioambiental o velar porque se aplique a todos los clientes cualificados el acceso a las redes, entre las más importantes.

Esta concepción de mercado competitivo no margina los elementos que para los ciudadanos, en este caso consumidores, son imprescindibles a objeto de recibir un servicio de calidad y acorde con niveles que se consideran mínimos en cuanto a satisfacción y utilidad.

C. Instituciones regionales

Tal como señalamos al respecto del contenido de las Directivas que regulan el proceso de liberalización en los países de la UE, en esta etapa del proceso de integración eléctrica, las mismas estipulan la creación de autoridades reguladoras nacionales independientes, que fiscalicen el desarrollo efectivo del mercado, pero no se estipula, ni se esboza en el corto plazo la creación de una autoridad específica de regulación eléctrica supranacional.

En todo caso, la cesión de soberanía de los Estados que forman parte de la Unión, se encuentra en los organismos de la UE, tales como la Comisión, El Parlamento o el Tribunal, en los cuales, aunque no sectorialmente, tienen competencia en esta materia, si que conocen y pueden, como en efecto lo hacen, regular los temas relativos a este proceso, dentro del marco de la conformación del mercado interior, y del proceso de integración en general que se está llevando a cabo.

En este punto, es importante señalar, la iniciativa de autoridad que se crea mediante el Tratado que crea la Comunidad de la Energía, como ensayo de autoridad sectorial supranacional, para su posible implementación en un futuro en el seno de la UE.

D. Infraestructuras

Para el desarrollo de las infraestructuras necesarias, que permitan la interconexión efectiva y el intercambio comercial de electricidad entre los agentes de los Estados miembros, se deja en manos de la iniciativa privada enmarcada dentro de lo dispuesto sobre

expansión, por la legislación nacional, tomando en cuenta las normas marco contenidas en la Decisión 1229/2003/CE relativas a las redes transeuropeas de energía, para lograr principalmente entre otras cosas, una capacidad de interconexión de un 10% entre los Estados miembros, tal como señalamos anteriormente.

E. Estructura empresarial

Mediante las Directivas, y su correspondiente transposición por la legislación de los diferentes Estados miembros, se ha iniciado un proceso de separación contable, de las actividades de las empresas que actúan en el sector, fundamentalmente separando las actividades reguladas de las no reguladas, pero sin ir más allá, como por ejemplo; de separación de propiedad o disgregación de empresas integradas vertical u horizontalmente. Sin embargo, se deja en manos de las autoridades de defensa de la competencia, tanto nacionales como comunitarias, el control sobre estos temas, sobre todo en cuanto a concentración empresarial o abuso de posición dominante en los mercados relevantes de cada una, temas en lo cuales se pone de manifiesto la tendencia al control *ex post* de estas actividades en cuanto a este aspecto.

Además debemos señalar, la existencia en algunos países, de empresas públicas, en donde la liberalización todavía no ha sido desarrollada de forma palpable, las cuales se encuentran en condiciones de ventaja operativa y normativa, frente a posibles nuevos agentes de su mercado, lo que dificulta en gran medida, el proceso de apertura del mercado y la integración.

El énfasis, en cuanto a la separación, se ha puesto con respecto a la figura de los gestores de las redes de transmisión y distribución, y las obligaciones y restricciones que tienen en su operación, debido a las características de monopolio natural de estas actividades reguladas, y el papel primordial que su independencia tiene en el desarrollo de la competencia efectiva y conformación de mercado en los sistemas eléctricos.

Conclusiones finales

En los apartados anteriores hemos esbozado elementos característicos de los procesos de integración que se están llevando en Centroamérica y en la Unión Europea, cada uno con sus particularidades, matices y situaciones materiales que definen sus diferentes grados y modelos de implantación respectivos. En base a estas consideraciones, en la actualidad, no podemos llegar a definir si alguno es mejor que el otro, pero si podemos intentar señalar algunos conceptos importantes de cada uno, apreciando sus ventajas y desventajas, no solo desde el punto de vista jurídico, sino desde el contexto real en que se han desarrollado.

Partiendo de la premisa de la gran diferencia, tanto cuantitativa como cualitativa, existente no solo entre los países centroamericanos y los que conforman la Unión Europea, sino entre sus procesos de integración, podemos plantear las siguientes afirmaciones como conclusiones finales del presente trabajo:

- Las características específicas de la electricidad, y su necesaria estructuración en un sistema en red, condicionan cualquier proceso de integración regional que se lleve a cabo, independientemente de la conformación bajo estructura de mercado o de monopolio.
- Por estas mismas características, es imprescindible la existencia de infraestructuras de interconexión adecuadas entre los países, para poder hablar de un proceso de integración, que cumpla con las características mínimas que conformen su razón de ser.
- Todo proceso de integración necesita ser desarrollado en base al principio de gradualidad, fundamentado en etapas sucesivas de mayor alcance, a fin de lograr sus objetivos de forma eficaz, que entre otras cosas requiere de una cesión parcial, en mayor o menor grado, de la soberanía de los Estados que formar parte de dicho proceso.
- Los procesos de integración regional, incluidos los eléctricos, han recibido un auge decisivo con la irrupción del fenómeno de la globalización en todos los ámbitos de la vida y todas las regiones del mundo, en el cual para ser competitivo es necesario pasar a estados más allá de la simple cooperación.
- La integración eléctrica centroamericana, se desarrolla, dentro de un proceso general, que aunque tiene grados de avance bastante limitados, en este sector se ha experimentado avances importantes, gracias a la voluntad política de integración de los gobiernos y de los agentes de los sectores eléctricos de los Estados partes.
- El principal elemento característico del proceso centroamericano de integración eléctrica, lo constituye la firma y entrada en vigor del Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central, el cual instaura instituciones regionales supranacionales, así como sienta las bases para la regulación de dicho mercado, pasando de una fase inicial de cooperación hacia etapas de mayor operación centralizada.
- El principal objetivo, aunque no único, de este proceso de integración, es la conformación de un mercado competitivo, buscando aprovechar las economías de escala regional, pero tomando en consideración elementos de desarrollo sostenible y protección del medio ambiente.
- El esquema competitivo adoptado para el mercado, en base al principio de gradualidad que rige el proceso, permite ir adaptando la realidad de los sectores eléctricos nacionales, al mercado regional, sirviendo el mismo como marco o guía de aquellos procesos de liberalización, en los países en que todavía están pendientes de culminarse.
- Aunque no se señale expresamente la característica de servicio público de la actividad del sector eléctrico, en el contenido de la normativa que regula el mercado, principalmente el Tratado Marco como norma orgánica de rango superior, del texto del mismo se pueden deducir y extraer disposiciones que plantean mínimos de seguridad y calidad, que se corresponden con las obligaciones de servicio público que deben cumplirse en beneficio del conjunto de la sociedad.

- Mientras por un lado, jurídica e institucionalmente se avanza en la conformación del mercado, el proceso de desarrollo de la infraestructura imprescindible (y los recursos necesarios) también avanza, con perspectivas de consolidación a mediano plazo, si se cumple aceptablemente el calendario de trabajo establecido, tal como ha sucedido hasta el momento.
- Es necesario reforzar el contenido de la regulación en materia de defensa de la competencia, a nivel regional, ya que principalmente se mantiene dicho control a nivel nacional, con las consecuencias que puede traer para el mercado el grado de concentración de estructuras empresariales horizontales o verticales en la región. Los instrumentos para tal fin, pueden ser desarrollados basándose en las competencias que le otorga el Tratado marco a la CRIE, siempre y cuando la misma logre consolidar su independencia y transparencia, frente a los agentes del sector; así como frente a los Gobiernos de la región.
- La integración Europea, en un principio fue impulsada por acuerdos en materia energética, pero en el caso de la electricidad, por considerarse un sector estratégico se mantuvo fuera de las disposiciones comunitarias, hasta fechas recientes.
- El proceso de integración eléctrica en la Unión Europea, fue impulsado en gran medida, por la necesidad de elevar los niveles de competitividad de la UE, frente al nuevo escenario mundial enmarcado por el fenómeno de la globalización.
- La regulación del proceso de liberalización y de integración, no está fundamentado explícitamente en los textos fundamentales de la UE, sino que se desarrolla dentro de la conformación del mercado único. En consecuencia, la cesión de soberanía de los Estados, a las instituciones supranacionales, igualmente está condicionada en este marco general.
- Los principales instrumentos jurídicos de la nueva estructura de mercado, las directivas, fijan objetivos a cumplir por los Estados miembros, pero el método o forma de lograr cumplir estos objetivos, se deja en manos de los Estados.
- Principalmente se busca mediante estas medidas, la convergencia de legislaciones nacionales en torno a estos objetivos compartidos, a fin de que en cada Estado los agentes tengan la mayor igualdad en las condiciones de participación en el mercado.
- El proceso de integración, en un primer lugar, se desarrolla a través de mercados regionales, dentro del seno de la UE, para así en un mediano o largo plazo, integrar todos en un mercado interior de la electricidad.
- La conformación del mercado interior de electricidad, tiene como objetivo, no solo la interconexión de sistemas nacionales, sino que también pretende la libertad de entrada de agentes de cualquier Estado miembro, en el mercado de otro, sin mayores barreras o distorsiones.
- La avances en términos de voluntad política hacia la cooperación y coordinación comunitaria en materia energética, reflejada en el Tratado de Lisboa, es una muestra de la tendencia que se está consolidando entre los Estados miembros con respecto a este tema.

- La concepción de servicio de interés general, esbozada en la UE, conlleva obligaciones de servicio público, que garantizan los niveles mínimos de satisfacción y utilidad que deben cumplir los mismos, aún cuando se estructure la actividad dentro de un marco de mercado competitivo.
- En la actualidad, no existe organismo regulador sectorial a nivel supranacional en la UE (ni en el corto plazo se prevé su establecimiento), ya que esta función la desarrollan en distintos niveles, los organismos de la Unión Europea, dentro del marco de integración general entre los Estados miembros.
- La realidad económica, social, cultural, demográfica y política de ambas regiones es muy diferente, por tanto las comparaciones en el marco del presente trabajo, deben tener presentes dichos elementos y su influencia en cada uno de los procesos de integración llevados a cabo en cada una.
- Mientras que el proceso de liberalización e integración eléctrica en la Unión Europea fue condicionado por razones de reducción del costo de la misma, como parte de costos de producción, para mejorar la competitividad; en Centroamérica, como en el resto de América Latina, estos procesos fueron condicionados por la falta de financiamiento para las inversiones necesarias en infraestructuras para el desarrollo, producto de la estructura monopolística pública y el enorme peso de la deuda externa en sus presupuestos nacionales.
- A pesar de que en Centroamérica existe una institución de integración con mayor o menor grado de desarrollo, en el caso eléctrico se optó por otorgarle una categoría especial, y en consecuencia se firmó un Tratado Marco, que regulara las reglas de juego en el escenario regional. En cambio en la UE, las relaciones y normas de los procesos eléctricos a nivel comunitario, aunque no estén expresamente estipulados, se amparan en el proceso de integración general, y en específico, en la conformación del mercado interior de la Unión.
- Derivado de esta característica, las autoridades supranacionales, tienen diferentes competencias y facultades, ya que en el caso de la UE, son organismos de integración de un proceso muy amplio, y en el caso centroamericano, lo son sectoriales.
- En el caso centroamericano, dentro del proyecto de conformación del mercado, existe un elemento de construcción de la infraestructura necesaria para la realización de los intercambios de energía efectivos dentro de un mercado regional. En el caso europeo, no se plantea directamente este elemento, pero si que se promueve la interconexión entre los sistemas, principalmente, dentro de mercados regionales en el seno de la UE, como etapa previa al mercado interior de la electricidad.
- En cuanto a la defensa de la competencia, en el caso centroamericano, se estipulan normas muy básicas en este tema, dentro de las competencias de la autoridad reguladora regional, pero no se tienen procedimientos ni regulación específica. En la Unión Europea, si existe un procedimiento establecido en este punto, y tiene acumulada vasta experiencia en materia de decisiones sobre dicha área.

- Ambos procesos se enmarcan dentro de la concepción de mercado competitivo de electricidad liberalizado, sin dejar de lado, en mayor o menor grado en cada caso, las obligaciones de servicio público que deben cumplir los agentes que realizan esta actividad, así como la responsabilidad ambiental que deben mantener a nivel nacional y regional.
- Tanto en el proceso centroamericano, como en el de la Unión Europea, el principio de gradualidad en la conformación de la integración, es fundamental para desarrollar todos los elementos por etapas sucesivas de mayor profundidad cada vez, en virtud de la natural reticencia de los Estados a ceder competencias hacia organismos supranacionales.
- La palabra clave en ambos casos, es proceso, lo cual manifiesta su contenido dinámico, evolutivo y gradual, desde etapas iniciales hacia estados más avanzados, sin condicionar, por lo menos hasta el momento, un punto final o límite para la integración.

Evolución y Perspectivas de las Agencias Independientes en el Sector Eléctrico

*Pedro Antonio Blanco Peralta**

1. Génesis de las agencias reguladoras. 2. Crisis del Estado nación y nueva visión del mercado eléctrico. 3. El nuevo modelo energético. 3.1. Servicio eléctrico. 3.2. Características del modelo. 3.3. Modelo de competencia regulada. 3.4. Libertad para fijar precios. 3.5. Regulación para la competencia. 4. Estructura que deben poseer las agencias independientes. 4.1. Sistemas que se deben adoptar Centralización y Descentralización. 4.1.1. Centralización. 4.1.2. Descentralización. 5. Una Agencia Única o Múltiples Agencias Independientes. 5.1. Los Costes de la Regulación y las Fallas del Mercado. 5.2. La autonomía de las Agencias Reguladoras independientes. 5.2.1. Coherencia. 5.2.2. Independencia. 5.2.3. Responsabilidad del Regulador. 5.2.4. Transparencia. 5.2.5. Previsibilidad. 5.2.6. Capacidad. 5.2.7. ¿Quien controla a quien? 6. Elección de los miembros del órgano regulador. 6.1. Forma de elección. 6.2. Obligaciones y funciones de las agencias independientes. 6.3. Capacidad Técnica. 6.4. Remuneración. 7. Control judicial de las instituciones reguladas. 7.1. Alcance de las facultades jurisdiccionales de los Entes Reguladores. 7.2. Tribunal de la competencia como garante de la no captura del regulador. 7.3. La defensa de la competencia: Una prioridad pública. 7.4. Funciones de los tribunales de defensa de la competencia. 7.4.1. Función resolutiva. 7.4.2. Función consultiva. 7.4.3. Función tutelar. 7.5. Conductas prohibidas acuerdos, decisiones o recomendaciones. 7.5.1. Abuso de posición dominante. 7.5.2. Actos desleales. 7.6. El procedimiento en conductas prohibidas. 7.7. El control de las concentraciones empresariales.

1. Génesis de las agencias reguladoras

Para el estudio de las agencias independientes en el marco del sector eléctrico debemos de remontarnos a la génesis de dichas instituciones por tanto dichos fenómenos estructurales del modelo de estado se dio en el Reino Unido[1] y más tarde en Estados Unidos[2], en procesos puramente nacionalista y enfocados en sectores específicos, el cual

* Diplomatico Embajada de la Republica Dominicana en el Reino de Espana; Licenciado en Derecho por Universidad Iberoamericana (UNIBE) "Cum Laude". Master en Derecho Administrativo y Tributario por la Universidad Complutense (2004-2005), Master en Negocio y Derecho de la Energía por la Fundación Repsol YPF (2006-2007), Doctorando en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Complutense (2005-2007), Executive Education on Regulation por la London School of Economics and Politicals Sciences (LSE) (2008), Miembro de Metholus Consultoria Juridica Internacional.

1 De hecho, éste es el razonamiento que llevó a Michael Moran a plantear la creación de un Estado regulador "victoriano" en el Reino Unido entre 1833 y 1850, cuando se establecen las siguientes instituciones: 'the Factory Inspectors; the Poor Law Commissioners; the Prison Inspectorate; the Railway Board; the Mining Inspectorate; the Lunacy Commission; the General Board of Health; the Merchant Marine Department; and the Charity Commission' (2003: 41-42). Esta explosión en la creación de instituciones reguladoras también incluyó ciertas innovaciones en la autorregulación, como la creación de modelos modernos de profesiones autónomas y el autogobierno.

2 Tal como lo esboza Ramón Parada " Las comisiones o agencias independientes surgieron hace un siglo en los sectores de clave de la economía norteamericana y al parecer, por imitación de la corporación inglesa

luego se trasladaría a diversos sectores dentro del mismo país. Según LOWI su noción de "Regulatión" el cual se define como las regulaciones que emanan de un actor o agencia pública dirigidos al control del desarrollo de la actividad de los agentes de un determinado sector o mercado.

Según el profesor Baldwin & Cave, 1999, el término regulación comprende un conjunto variado de formas de control que limitan de acuerdo con la regla, las elecciones y las actividades de los sujetos presentes en una arena sectorial. Según S. Breyer en el libro Regulations compilado por el profesor Baldwin en su pag. 59 explica que la justificación para la intervención y posterior regulación se produce porque los mercados poseen problemas estructurales; que luego se ven afectados por el debate político y posteriormente por las intereses en conflicto. Esto es lo que MAJONE analiza como la red de políticas públicas que se entretejen entre los diversos actores que al final promueven cambios legislativos. en ese juego de poderes[3] que se entrecruzan diversos intereses que se quieren maximizar, vemos como la información mas detallada para la toma de decisiones se ven quebradas en lo que Joseph Stiglitz llamaba asimetría de la información.[4]

Esta noción de policy networks o redes de políticas públicas se pudiesen definir como patrones más o menos estables de relaciones sociales entre actores interdependientes, que toman forma alrededor de los problemas y/o de los programas de políticas. De donde los agentes públicos y privados, aceptan el papel determinante del Estado en las tomas de decisiones.[5] Las redes de políticas públicas, forman el contexto en el que tiene

---

sobre el transporte ferroviario, la Interstate Comerse Comisión a las que le siguieron la Federal Trade Commission entre otras.

3 Las dinámicas regulativas pueden ser estudiadas a partir de la estructura de juegos de poder, de intercambios de recursos o información generadas en la red de actores presentes en una política determinada (Tollison, 1991).

4 El origen de la asimetría surge porque el regulador no conoce todas las características tecnológicas de la firma, ni el verdadero esfuerzo en ganar eficiencia productiva. La primera asimetría es un problema de selección adversa (en una relación entre principal y agente, el primero puede observar el resultado del segundo ex-post pero desconoce, ex-ante su comportamiento por lo que lo definirá por su comportamiento esperado) que dentro de una relación de principal – agente, el regulador (principal) debe ofrecer un menú de contratos de acuerdo con la tipología de la firma (agente). La segunda asimetría es un problema de riesgo moral (El riesgo moral aparece cuando, en el establecimiento de una relación contractual entre partes, un estado de la naturaleza no es relevado a una de ellas, por lo que no le es posible formular previamente condiciones al respecto) en el cual el esfuerzo del agente no es observado por el principal. En este sentido, el regulador debe diseñar un contrato que incentive la eficiencia del agente por medio de una mejor gestión.
Ante la existencia de asimetrías de información que imposibilitan el desarrollo de mercados eficientes, la intervención del estado se justifica en la medida en que se enfoque hacia la difusión de la información y por lo tanto, a la reducción de la incertidumbre acerca de los resultados de la toma de decisiones en los mercados (Stiglitz 1998).
Los altos costos en los que debe incurrir el estado para recabar información puede acarrear consecuencias desfavorables originadas por toma de decisiones basada en información errónea o insuficiente. Un mercado eficiente requiere que la información esté disponible, de manera tal que el costo sea sólo el de transmitirla mas no el de buscarla

5 Esta teorias fueron formuladas en un principio por Subirats y luego Scheneider y Werler en 1991 las estudiaron a profundidad analizandola como estructuras sectoriales que emergen de los afentes públicos y privasdos aceptando el papel preponderante del Estado a la hora de intervenir en la decisiones de politicas públicas sin afirmar categóricamente el papel dominante del Estado.

lugar el proceso político. Representan un intento dentro de la ciencia política para analizar la relación entre el contexto y el proceso en la hechura de políticas

Las políticas públicas reguladora por medio de agencias independientes, era una características del Reino Unido y los Estados Unidos en un principio en el sistema bancario, y de los avances del mismo se traslado a otros servicios públicos.

Ese paso a otros servicios públicos se reflejaron en los años noventa con la formulación del llamado "consenso de Washington" propuestas por John Williamson sobre las reformas en las políticas económicas. El escrito concreta diez temas de política económica, en los cuales, según el autor, "Washington" está de acuerdo e impulsa. "Washington" significa el complejo político-económico-intelectual integrado por los organismos internacionales (FMI, BM), el Congreso de los EUA, la Reserva Federal, los altos cargos de la Administración y grupos de expertos.[6] Los temas sobre los cuales existiría acuerdo son:[7] *disciplina presupuestaria; cambios en las prioridades del gasto público (de áreas menos productivas a sanidad, educación e infraestructuras); reforma fiscal encaminada a buscar bases imponibles amplias y tipos marginales moderados; liberalización financiera, especialmente de los tipos de interés; búsqueda y mantenimiento de tipos de cambio competitivos; liberalización comercial; apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas; privatizaciones; desregulaciones; garantía de los derechos de propiedad.*

Existen otras propuestas que expresan la necesidad de cuatro aspectos fundamentales para el buen funcionamiento que son: marco macroeconómico equilibrado ("sound"); gobierno de menores dimensiones y más eficiente; sector privado eficiente y en expansión; y políticas destinadas a la reducción de la pobreza, propiciando mercados libres y una estabilidad de la moneda local como base para el mantenimiento del equilibrio económico de las inversiones y un marco jurídico estable que propicie la seguridad jurídica de los inversionistas.

En el año 1993, en otro artículo ("La democracia y el "consenso de Washington" Williamson reformulará en donde defiende de nuevo la necesidad de un consenso y matiza el alcance del mismo, distinguiendo tres tipos de medidas de política económica:

a) aquellas en las que se ha conseguido consenso;

---

6 See Maddison (1991, 1995 and 2001); O'Rourke and Williamson (1999); Dowrich and DeLong (2001); Lindert and Williamson (2001) and O'Rourke (2001). The starting point, set at around 1870, is somewhat arbitrary, but it reflects the incipient and still limited integration at the international level (and even at the domestic level, in large countries) of goods, capital and labour markets up to that time, as well as the restricted scope of the industrialization process in most of the countries that formed the nucleus of the world economy.

7 Consenso de Washington en GUITIÁN, M. MUNS, J. (ed.) Servicio de estudios de La Caixa. La cultura de l' estabilitat i el consens de Washington Barcelona 1999, 18-19. En este sentido, Williamson cree que un conjunto de normas claras puede ayudar a frenar los problemas derivados del "ciclo político": *"Las normas que hacen que la ayuda pública sea la excepcion a unos principios aceptados, cortarán las alas a aquellos que no exigen que las reglas sean transparente y se basen por el concepto de bien público que pueda estar representado en unos políticos cuyo principal objetivo sea enriquecerse, en lugar de fomentar un bienestar social aceptable".* "La democràcia i el consens de Washington" en GUITIÁN, M. MUNS, J., *op. cit.,* 121.

b) aquellas en las que existe controversia técnica (no relacionada con temas de equidad);
c) aquellas en las que todavía queda controversia para años, porque implica valores políticos: sobre todo problemas de equidad.

Para el caso europeo estas reformas se vieron reflejadas por el tratado de Maastricht El Tratado de la Unión Europea (TUE),[8] firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Este Tratado es el resultado de elementos externos e internos. A nivel externo, el hundimiento del comunismo en Europa del Este y la perspectiva de la reunificación alemana dieron lugar al compromiso de reforzar la posición internacional de la Comunidad. A nivel interno, los Estados miembros deseaban prolongar los progresos realizados por el Acta Única Europea a través de otras reformas.

Con el Tratado de Maastricht, se culmina los propósitos establecidos en el Tratado de París (1951), el Tratados de Roma de (1957) y el Acta Única Europea de 1986, se sobrepasaba por primera vez el objetivo económico inicial de la Comunidad y se le daba una vocación de unidad política y económica estableciendo un mercado común, respondiendo a cinco objetivos esenciales:

- refuerzo de la legitimidad democrática de las instituciones,
- mejora de la eficacia de las instituciones,
- instauración de una unión económica y monetaria,
- desarrollo de la dimensión social de la Comunidad,
- institución de una política exterior y de seguridad común.

El mercado único queda concluido con la instauración de la UEM. La política económica consta de tres elementos. Los Estados miembros deben garantizar la coordinación de sus políticas económicas, instaurar una vigilancia multilateral de esta coordinación y quedar sometidos a normas de disciplina financiera y presupuestaria. El objetivo de la política monetaria consiste en instaurar una moneda única y garantizar su estabilidad mediante la estabilidad de los precios y el respeto de la economía de mercado. Para el logro de estos objetivos se dividieron en etapas en las cuales en un primer lugar se liberalizó la circulación de capitales, el 1 de julio de 1990; a partir del 1 de enero de 1994 se permitió la convergencia de las políticas económicas de los Estados miembros y la tercera etapa culminó el 1 de enero de 1999 con la creación de una moneda única y de un Banco Central Europeo (BCE).

La política monetaria descansa en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), constituido por el BCE y los Bancos centrales nacionales. Estas instituciones son independientes de las autoridades políticas nacionales y comunitarias

En Latinoamérica este proceso de liberalización de los mercados, bancos centrales regulados de forma independiente del poder central, descentralización de algunas de las funciones públicas y agencias independientes a nivel global en ningun sector ni pais algu-

8 Portal de la Unión Europea http://europa.eu/scadplus/treaties/maastricht_es.htm.

no, ha resultado inmune a estos procesos. Sin embargo, los distintos países y sectores muestran diferencias en términos de cómo se han aplicado estas reformas institucionales.

Pero la génesis de todo ese cambio en las formas de ver la administración pública coincide con al ascenso al poder de Margaret Thatcher en el Reino Unido y al surgimiento de las ideas neoliberales, así como a la posterior elección de Ronald Reagan como presidente estadounidense. Ambos acontecimientos representan el inicio de un nuevo período frecuentemente descrito bajo el término "neoliberalismo". Que nosotros entendemos como "capitalismo regulador". Todo ello coincide con el hecho de que muchas economías latinoamericanas enfrentan graves dificultades financieras como consecuencia de la crisis del petróleo.[9]

Como resultado del amplio proceso de liberalización del comercio y las finanzas, muchas explicaciones sobre los cambios políticos han quedado obsoletas dado que éstas se centraban en los aspectos coactivos (por ejemplo, la capacidad de las autocracias para promover reformas costosas e impopulares) o en los obstáculos para llevar adelante las transformaciones (por ejemplo, la oposición doméstica). Sin embargo, existe escasa evidencia que indique que la coerción o los obstáculos fueran lo suficientemente significativos como para dar cuenta de estos cambios sistémicos.[10]

En la década de los noventa, se produjeron procesos de liberalización y la privatización originando una ola de regulación económica teniendo su principal origen en las fallas de mercado, sin embargo, cuando el Estado interviene para paliar dichas fallas, surgen dificultades como asimetría de la información, haciendo vulnerable al estado a la hora de tomar decisiones eficientes en materia económica y favoreciendo en muchas ocasiones a grupos de poder. Para evitar estos inconvenientes y crear instituciones eficientes, se han impulsado la creación de agencias reguladoras independientes del poder político y las firmas reguladas.

En este sentido, los entes regulatorios independientes surgen como una necesidad para que la actividad regulada tenga buenos resultados y estos se transfieran a los consumidores. Es común en los procesos de privatización el establecimiento de este tipo de agencias, sin embargo, la experiencia ha sido muy diversa dependiendo del sector y país.

En la nueva visión del Estado tal como lo expresa la creación véase (Majone, 1997) las autoridades reguladoras son el sello distintivo de la transformación del Estado como proveedor de servicios, en un Estado regulador (y, en términos más generales, como muestra de la configuración de un nuevo orden de capitalismo regulador (Levi-Faur, 2004; Lutz, 2004; Braithwaite y Drahos, 2000). En muy distintos contextos, hemos observado la ampliación de las formas reguladoras de la gobernanza hacia otras esferas de la vida y, de manera creciente, hacia nuevas arenas políticas. Sugerimos entonces que la regulación,

9 JACINT JORDANA y DAVID LEVI-FAUR, ¿HACIA UN ESTADO REGULADOR LATINOAMERICANO? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores Serie: América Latina Número 7, Lengua original: inglés, Revisión de la traducción: Andrea C. Bianculli
Edita: CIDOB edicions, Elisabets, 12, Barcelona, junio de 2005, p. 8.

10 Esto también fue observado por Rodrik: "What is remarkable about current fashions in economic development policy… is the extent of convergence that has developed on the broad outlines of what constitutes and appropriate economy strategy" (Rodrik, 1996: 9).

como arte y oficio de la gobernanza, como realidad institucional, como campo de estudio y como discurso público resulta hoy más notable y prestigiosa.[11]

Entre los acontecimientos que se han venido realizando con los procesos de liberalización y de creación de agencias independientes cabe señalar a la privatización como uno de los más notorios.[12]

Otro aspecto de las agencias independientes es que ejercen un control regulador sobre entidades empresariales en áreas que antiguamente se denominaban como de interés público y ahora se denominan como prestadoras de servicios esenciales que incluyen las telecomunicaciones, la electricidad, el agua, la banca, los servicios postales, los medios de comunicación, transportes e incluso en áreas que son de interés social como son: la seguridad social, medio ambiente, servicios sanitarios y de salud.

Estas entidades, tal como lo expresa Ramón Parada "denomina a las agencias independientes como especies de gobiernos que determinan un sector de la vida económica, cuyos gestores no pueden ser destituidos libremente por el presidente, ostentan además de las ejecutivas, funciones cuasilegislativas y cuasijudiciales, extraídos a los poderes ejecutivos y judicial que les proporciona cierta independencia del poder presidencial"[13] proporcionándoles cierto grado de autonomía respecto del control político directo, aumentando de esa forma la "credibilidad política" vis-à-vis con el capital doméstico e internacional (Majone, 1999). En tercer lugar una buena gobernanza permite unas reglas claras y una regulación que permita la circulación libre de capitales. Pero estos procesos traen a su vez la necesidad de implementar mecanismos que permitan regular y tutelar de forma transparente las actividades que realizan las empresas a nivel competencial evitando los monopolios de hechos y los diversos fallos que el mercado produce.

2. Crisis del Estado nación y nueva visión del mercado eléctrico

Es un hecho ya demostrado que el Estado Nación no puede seguir siendo considerado como el único ente estructurador de las políticas públicas y las estrategias de desarrollo de un país, como lo planteaban los autores de la teoría del desarrollo en décadas pasadas.[14] A esta paradoja de los conceptos enraizado en la doctrina administrativa se le cono-

11 JACINT JORDANA y DAVID LEVI-FAUR, ¿HACIA UN ESTADO REGULADOR LATINOAMERICANO? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores Serie: América Latina Número 7, Lengua original: inglés, Revisión de la traducción: Andrea C. Bianculli Edita: CIDOB edicions, Elisabets, 12, Barcelona, junio de 2005, p. 13.

12 No obstante dicho proceso ha sido criticado por Stiglitz en su libro ¿Cómo hacer que funcione la globalización pag. 86, en dicho libro plantea que gestionar el cambio es una tarea difícil y en muchos países de Asia del Este, Rusia y Latinoamérica han traído dificultades tanto en la recaudación de impuestos por parte de las empresas privatizadas, como fuga de capitales que al menor rumor de caída de un mercado desconfian del mismo fugando sus capitales, además de los innumerable casos de corrupción de empresas que se infravaloran y se expolian a precios leoninos.

13 Parada, Ramón, Derecho Administrativo II, Editorial Marcial Pons, 2004, Barcelona, España, p. 289.

14 En particular Raul Prebish, autor de diversos textos que aplicaban el proteccionismo keynesiano al análisis del desarrollo en América latina y padre de la llamada política de substitución de importaciones. Sobre el tema, ver LAURELLI, E.; ROFMAN, A. (1989) (eds.).

ce como la crisis del Estado nación, siendo un punto de inflexion que marco una nueva estrategia económica y de intensificación del consumo, lo que constituye un cambio fundamental en las políticas económicas.

El concepto de nacionalismo económico territorial inherente al proteccionismo económico y a las estrategias keynesianas ha perdido el sentido, en la medida que el Estado disminuye su capacidad de determinar la orientación y el ritmo de la economía. La globalización de la economía ha precedido a la integración comercial, que en el fondo se limita a una adaptación de los países convivan en un espacio económico común.

En resumidas cuentas, tal como dicen Juan Luis Klein y Benoit Levesque que:

> *"La crisis del Estado nación pone de manifiesto la imposibilidad de ejercer en un marco territorial único lo que ha sido, por lo menos en los decenios de posguerra y en las sociedades democráticas de corte occidental, las dos funciones primordiales del Estado:*
> *1) Garantizar un contexto de estabilidad y de crecimiento de la acumulación del capital,y*
> *2) Lograr la legitimidad de las jerarquías sociales inherentes al sistema capitalista a través de un cuadro nacional de convergencias socialmente y políticamente eficaces."*[15]

Tomando esto en cuenta vemos como las funciones tradicionales del Estado se han perdido, provocando un vacío real en la regulación de lo social, al mismo tiempo que el Estado pierda su antiguo carácter regulador de las relaciones sociales. Modelos de estados totalmente distintos tanto en Europa como en Norteamérica aunque por vías distintas persiguen objetivos comunes.

En el modelo seguido por la Unión Europea, la integración ha sido acompañada, e incluso precedida, por la creación de una estructura político-administrativa que está lejos de limitarse a lo puramente simbólico. En particular, se han puesto en práctica diversas políticas de apoyo a las regiones y comunidades más débiles, en todo el entramado de su infraestructura y muestra de ello son las políticas energéticas y las directivas para las competencias en ese sector.

La generación, la transmisión y consumo de energía aun siendo actividades económicas susceptibles de desarrollarse por distintas empresas de forma independiente producen un sinnúmero de bienes y servicios que son inseparables.[16]

Por sus características técnicas de la electricidad han propiciado la configuración corporativa del Sector Eléctrico sobre la base de organizaciones monopolistas verticalmente integradas y con implantaciones territoriales delimitadas ligadas a la extensión de una red, soporte los servicios prestados en el suministro de electricidad. [17]

---

15 Klien, Jose Luis et Benoit Levesque, (1998) La descentralización y la globalización en la reestructuración de las relaciones entre el Estado y el territorio: los casos de Québec y Chile, Revista Análisis Geográfico, nº 32, pp. 97-117 .

16 Lasheras, Miguel Ángel, (1998), La regulación económica de los servicios públicos, Ed. Ariel, Barcelona, España, p. 251.

17 Fabra Utray, Jorge, (2004) ¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad, Ed. Marcial Pons, Barcelona, p. 57.

3. El nuevo modelo energético

3.1. Servicio eléctrico

Para el estudio del nuevo modelo energético en Europa es necesario detenernos a analizar la DIRECTIVA 2003/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, relativa a normas comunes para el mercado interior de la electricidad. ha supuesto contribuciones significativas para la creación de un mercado interior de la electricidad.

El segundo apartado de su preámbulo dicha directiva expresa:

> *"La experiencia adquirida con la aplicación de esta Directiva ha puesto de manifiesto las ventajas que pueden derivarse del mercado interior de la electricidad, en lo que se refiere a mayor eficacia, reducciones de los precios, mejora de la calidad del servicio y mayor competitividad. Sin embargo, subsisten deficiencias importantes y es posible mejorar el funcionamiento de este mercado, en particular son necesarias medidas concretas para garantizar unas condiciones equitativas en el ámbito de la generación y para reducir el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes y comportamiento abusivo, garantizando así tarifas de transporte y distribución no discriminatorias mediante un acceso a la red basado en tarifas publicadas antes de su entrada en vigor, y velando por la protección de los derechos de los pequeños clientes y de los clientes vulnerables y la publicación de información sobre las fuentes de energía para producción de electricidad, así como referencia a las fuentes, cuando estén disponibles, que faciliten información sobre su impacto medioambiental."*[18]

Anterior a esta directiva, la 96/92 del Parlamento Europeo en su Capitulo II, artículo 3 establece las Normas generales de organización del sector:

> *"Artículo 3: Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros, basándose en su organización institucional y cumpliendo el principio de subsidiariedad, velarán por que las compañías del sector de la electricidad funcionen con arreglo a los principios de la presente Directiva, con miras a la realización de un mercado competitivo de la electricidad, y no ejercerán discriminación entre aquéllas en cuanto a derechos y obligaciones. Los dos enfoques de acceso a las redes recogidos en los artículos 17 y 18 deberán dar lugar a resultados económicos equivalentes y, por consiguiente, un nivel directamente comparable de apertura de mercados y un grado directamente comparable de acceso a los mercados de la electricidad.*

18 DIRECTIVA 2003/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE.

> 2. Dentro del pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, en particular su artículo 90, los Estados miembros podrán imponer a las compañías de electricidad obligaciones de servicio público de interés económico general, que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad de abastecimiento, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medioambiente; estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables; dichas obligaciones de servicio público, así como su posible revisión, serán publicadas y comunicadas sin demora a la Comisión por los Estados miembros. Como medio de cumplir con las mencionadas obligaciones de servicio público, los Estados miembros que así lo deseen podrán establecer una planificación a largo plazo."

Esta directiva establecía que en virtud del principio de la subsidiariedad tiene por objeto garantizar una toma de decisión lo más cerca posible del ciudadano, comprobándose constantemente que la acción que debe emprenderse a escala comunitaria se justifica en relación con las posibilidades que ofrece el nivel nacional, regional o local. Concretamente, es un principio según el cual la Unión no actúa, excepto para los sectores de su competencia exclusiva, hasta que su acción es más eficaz que una acción emprendida a nivel nacional, regional o local Está estrechamente vinculado a los principios de proporcionalidad y de necesidad que suponen que la acción de la Unión no debe exceder lo que es necesario para lograr los objetivos del Tratado.

Todos estos principios establecidos en dichas directivas modifican de forma sustancial los principios arraigados en el derecho continental en lo atinente al servicio público, antiguamente el profesor francés M. Hauriou decía:

> *"Le droit administratif, qui est le droit de l´activité administrative, ne s´explique comme une réglementation de pouvoirs de l´administration, devenus droits de puissance publique, ou de l´exercices de ces pouvoirs par des actes d´administration ou par des opérations administratives, le tout en conflit avec les droits des particuliers qui sont des pouvoirs prive."*

Para Hariou resulta útil distinguir la potestad pública y la gestión del Estado, pero a su vez el concepto de gestión se desdobla en gestión administrativa (en el caso de los servicios públicos) y gestión privada del Estado. Según este autor, el grave error de DUGUIT es de tratar de eliminar del derecho público la noción de potestad pública.[19]

Por otra parte, el mismo DUGUIT, se encarga de definir la posición de Berthélémy, para contradecirla a punto seguido; posición que la resume así: lo que se puede distinguir dentro del Estado son las funciones de autoridad y las funciones de gestión,[20] que es la posición clásica.

19 Laubadère, Venezia y Gaudamet. *Ob. cit.* T. 1, p. 39.
20 DUGUIT. Ob. cit. (1975), p. 31.

Los criterios sobre la inexistencia de la personalidad jurídica del Estado e inexistencia de la soberanía estatal fueron generalmente descartadas por algunos de los principales tratadistas de la época (como Hariou, Carré de Malberg, Berthélémy, etc.) y no se mantienen en la actualidad, pero los enfoques de DUGUIT sobre el servicio público tuvieron mejor suerte, puesto que dominaron casi medio siglo la doctrina del derecho administrativo francés e influyeron en los demás países con un sistema de derecho público administrativo. A partir de los años cuarenta del presente siglo, especialmente desde las intervenciones del Estado en la actividad empresarial, se empezó a considerar la noción del servicio público como una camisa de fuerza, porque no explicaba suficientemente los nuevos fenómenos de la intervención administrativa. Se habla entonces de la declinación[21] o crisis[22] del concepto del servicio público.

Para entender el nuevo concepto de servicio público debemos situarnos en el principio de libertad de comercio e industria el cual permite la concurrencia en igualdad de condiciones del sector público y el sector privado, esta es otra dimensión del concepto del principio anteriormente mencionado.[23] Las posturas más liberales entienden que el Estado es un mal administrador ya que no tiene incentivos a la hora de gestionar de modo eficientes los recursos de las mismas, otro de los argumentos estriba en introducir competencia en los sectores donde por su naturaleza es saludable que exista la misma. Promoviendo la inversión de recursos que en muchos casos afectarían los presupuestos anuales de forma sensible a los Estados, distrayendo esas cargas del presupuesto anual y transmitiéndolas a las empresas privadas que suplen dichos servicios a cambio de una prestación debida, asegurada en un tiempo determinado.[24]

Atendiendo a este interés público sin impacto en los presupuestos, disminuye la necesidad de gasto público y, consecuentemente, de receta pública y la presión del endeudamiento externo sobre las arcas públicas, otro caso puede ser por ineficiencia del Estado cuando el mismo prestaba los servicios. Otros casos son para el control de la corrupción. Luego, la búsqueda del equilibrio es un motivo más para la retomada de la concesión, como una parte del proceso de reforma del Estado y del aparato estatal.

En este contexto, las **inversiones privadas** solamente invertirían en caso de tener un **cuadro favorable**. O sea, en economías de transición, ya que son necesarios gobiernos fuertes que establezcan el orden, la seguridad jurídica, la libertad y proteja los derechos de propiedad, contratos y responsabilidad, factores estos, necesario para comprender los factores y procesos que hacen funcionar a los mercados, es necesario a su vez la reducción del impacto de las cláusulas exorbitantes sobre los contratos administrativos.

21 Laubadère, Venezia y Gaudemet. *Ob. cit.* T. 1, p. 39.

22 RIVERO y WALLINE. *Ob. cit.,* p. 143; VEDEL y DEVOLVÉ. *Ob. cit.,* p. 115.

23 Dromi, Raphael etal (1995), Services Publics et Droit Public Économique, Troisieme édition, Edit, Litec, Paris, France, p. 129.

24 En el caso de la segunda visión, no es que el Estado deje de ser garante de proveer a los ciudadanos de los servicios públicos esenciales, sino que la forma en que el mismo se manifiestan es a través de órganos reguladores que controlan la ejecución eficiente de los entes privados, que por una razón económica, buscaran las formas mas eficientes de reducir costes innecesarios para suplir el servicios, incentivos estos que el Estado no tiene al administrar la "cosa pública".

Tal cuadro normativo favorable a las inversiones, ocurrió con la exigencia de autorización legislativa para la extinción del contrato, la imposición del pago de indemnización previa, como condición para reanudar el contrato, la creación de mecanismos de equilibrio económico-financiero de los contratos entre otros. No se puede olvidar que el objetivo de destacar la concesión de servicio público de los otros contratos administrativos fue ampliar la seguridad jurídica de las inversiones de largo plazo. En el Estado democrático de derecho, la no modificacion de las condiciones pactadas en forma arbitrarias al concesionario representa un derecho exigible al Poder Público, en lo concerniente, al adecuado cumplimiento del contrato y de la legislación. Sin embargo, la Administración Pública también debe tener seguridad que sus pretensiones sean cumplidas, por estas razones se elaboran pliegos de condiciones y requisitos para que la concesión sea otorgada. La confianza mutua tanto del Estado como de los Consecionarios derivara en la ejecucion de obras de fomento que incrementaran la riqueza de los naciones**.**

3.2. Características del modelo

Gaspar Ariño[25] entiende que entre las características que tiene la regulación del sector eléctrico y del gas se encuentra:

1. Son industrias que se desarrollan en fases sucesivas:
   - En electricidad: generación, transporte, distribución y suministro
   - En gas: Adquisición, licuefacción, transporte, regasificacion y almacenamiento.

En consecuencia tal como lo expresa Jorge Fabra Utray[26] en cuanto a las características del mercado eléctrico:

> *"La configuración corporativa del Sector Eléctrico sobre la base de organizaciones monopolistas verticalmente integradas y con implantaciones territoriales delimitadas ligadas a la extensión de una red, soporte de los servicios prestados en el suministro de electricidad."*

Es por ello que se dice que existe un monopolio natural por que las barreras de entrada en dichos sectores son elevadas, y propician en principio la implementación de monopolios, pero es ya demostrado que es posible la introducción de competencia en algunas de las fases del proceso industrial de la generación de electricidad.

2. Sectores que prestan un servicio público esencial como lo es el de la electricidad o el gas que mueven todo el aparato productivo de las naciones consideradas desarrolladas o en vías de desarrollo.

25 Ariño Ortiz, Gaspar (2004), Principios de Derecho Público Económico, Tercera Edición, Editorial Comares, Granada, España, pp. 713 y sigtes.

26 Fabra Utray, Jorge, ob. cit., p. 58.

3. Sectores Estratégicos para la economía, por las industrias e instituciones que se ven afectadas por la participación del mismo en el juego económico, motivando la necesidad de planificación de políticas publicas encaminadas al crecimiento del sector a mediano y largo plazo.
4. Son sectores de los llamados economías de escala,[27] las cuales llevan consigo la necesidad de invertir cuantiosos recursos que son una barrera de entrada en principio para nuevos competidores.[28]

3.3. Modelo de competencia regulada

Luego de la ruptura del modelo de monopolio absoluto por parte del Estado se plantean, soluciones que tienden a eficientizar el servicio suministrado, permitiendo una competencia justa entre los actores del mercado, incentivando la entrada de nuevas tecnologías y tipos de servicios que la postre servirán de elementos diferenciadores entre las compañías actuantes, catalizando el comportamiento posterior del mercado.

Según el profesor Juan de la Cruz Ferrer en el capitulo IV de su libro La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico[29] nos dice:

> *"Atendiendo al grado de competencia y libertad de elección, podemos distinguir cuatro modelos alternativos de organización de la industria eléctrica:*
> *Modelo 1: Modelo de integración vertical, en el que no existiese ningún grado de competencia permitido.*
> *Modelo 2: Modelo de Agencia Compradora, en el que un único agente decide a qué generadores va a adquirir energía; introduce cierta competencia en la generación.*
> *Modelo 3: Las compañías distribuidoras pueden elegir suministrador. Existe, por tanto competencia en el nivel de generación y de mercado al por mayor.*
> *Modelo 4: Se introduce la libre elección de suministrador en el nivel de minorista."*

Entendemos al igual que el profesor Ferrer que el modelo 4 es el más saludable para el mercado eléctrico, y sobre todo para el consumidor final del servicio, creemos también que debe introducirse aun más competencia en los mercados separando de forma efectiva, la generación, la transmisión y la distribución; donde en la transmisión, las empresas generadoras y las distribuidoras no tenga intereses dentro de la empresa que gestiona la transmisión, eso evita de forma efectiva los comportamientos monopólicos de la empresa que tenga intereses en la red. Y finalmente, la regulación debe per-

27 Cuando estamos hablando que una producción esta sujeta a economía de escala, el coste medio de producción disminuye a medida que aumenta el número de unidades producidas.

28 En innumerables casos no es el Mercado el que tiene dichas barreras de entrada sino mas bien el Estado incentivando monopolios, que pueden ser estatales o privados en el caso de los privados se produce por la necesidad de garantizar al explotador de la concesión de un plazo para retornar el coste de su inversión.

29 De la Cruz Ferrer, Juan, (1999), La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico, Ed. Marcial Pons, Barcelona, España, p. 164.

mitir que el consumidor final a nivel de minorista elija la compañía que le prestará el servicio con la mejor calidad y precio.

3.4. Libertad para fijar precios

Otro aspecto importante es la libertad para fijar precios que es el sello distintivo de una real liberalización de los mercados; no puede entenderse una liberalización efectiva si el Estado interviene en la fijación de los precios. Aquí se presenta un problema que ha sido estudiado por los economistas como un Problema de la Información, donde entre las dos partes existen asimetrías en la información por la cual el Regulador no podrá fijar tarifas reales y por el otro lado la empresa no tendrá incentivos para invertir en el futuro y estará desincentivado en reducir costes, puesto que todas las reducciones que se operen serán trasladadas al consumidor. O en su defecto se obligará al Estado a subsidiar costes que pudiese utilizar para otros fines, sin contar con el coste político que acarrearía si los costes se disparan por externalidades como es la subida de los precios del petróleo.

A todo esto, existen preguntas que son recurrentes ¿Es el libre mercado garante de precios justos? ¿Cómo se pueden beneficiar a los consumidores finales, de prácticas colusivas de las empresas?

En principio el mercado regula los precios en razón de que la competencia obliga a los entes que interactúan a ofrecer un mejor servicio a un menor precio y en las actividades donde no existe monopolio no debe estar sujeto al control de precios,[30] pero esta no intervención del regulador en la tarifa puede variar por las obligaciones de protección al consumidor impuesta en las licencias y en las condiciones dadas en las mismas.

3.5. Regulación para la competencia

El Dr. Oriol Mir Puigpelat expresa:

> *"Son precisamente los poderes públicos quienes tendrán que regular y vigilar los mercados, corrigiendo sus fallos y garantizando la competencia real entre sus actores. Esta regulación*[31] *y vigilancia son muy intensas. Los poderes públicos pueden imponer e imponen numerosas condiciones a quienes deseen operar en el mercado (destacan las obligaciones de servicio público que pueden imponer en una serie de sectores*[32]*) y llevan un férreo control de todas aquellas actuaciones empresariales que amenazan la libre competencia. De ahí el nuevo equilibrio alcanzado entre*

30 Cameron, Peter D, (2005) Legal Aspect of EU Energy Regulation, Edit Oxford, London, Great Britain, Page. 355.

31 Conocida como re-regulación o neoregulación, porque sigue a la desregulación en que inicialmente consiste toda regulación.

32 Y que comprenden los principios de universalidad, igualdad y regularidad, continuidad, calidad y adaptación al progreso. (Martínez López-Muñiz, José Luis, Servicio Publico, Servicio Universal y obligaciones de Servicio Publico, ob. cit., p. 52.

Estado y sociedad: el Estado, por así decirlo, pierde la prestación directa de los bienes y servicios, pero gana, a cambio, un enorme poder de regulación y vigilancia de los mercados. El Estado deja de ser un Estado prestador y se convierte en un Estado regulador-controlador, un Estado garante."[33]

Pero la *Liberalización,* por si sola no es una receta mágica que provocara el progreso de las empresas y del Estado, en general para que la misma sea eficaz, que es el fin último para el desprendimiento de todas estas prerrogativas y beneficios que contaba el Estado; se deben desarrollar agencias reguladores independientes que garanticen el derecho de la competencia. Ya que de lo contrario lo más probable es que se produzca una transformación del monopolio público a un monopolio privado.[34]

4. Estructura que deben poseer las agencias independientes

Muchas de la decisiones que deben tomar los gobiernos a la hora de implantar las reformas en los diversos sectores y con mayor razón en el sector eléctrico es el problema de la Agencia independiente y la forma en que la misma se va a estructurar y una de los primeras disyuntivas que se plantean es cual es el alcance saludable a la hora de otorgarles las innumerables prerrogativas necesarias para sus funciones; en páginas anteriores comentábamos la necesidad de proporcionarles ciertos poderes legislativos y judiciales.[35] Pero dentro de esas funciones se enmarcan la de otorgar licencias, preservar la calidad del servicio, precios (en los casos de que fijen tarifas). De esta forma las agencias independientes fungen como equilibrio entre los actuantes dentro del sistema eléctrico, pudiendo resolver problemas de derecho de la competencia y de corrección de los mercados en los casos que se ameriten. Existen casos en que los Estados prefieren tener un mayor control y aunque crean agencias independientes, las mismas estas supeditadas al control minucioso de los ministerios.

4.1. Sistemas que se deben adoptar Centralización y Descentralización

4.1.1. Centralización

Cada Estado, según su modelo de organización administrativa, decide si mantiene el formato centralizado o el descentralizado; modelos que poseen ventajas y desventajas según los criterios que se establezcan; en un modelo puramente centralizado los órganos administrativos tienen una relación de interdependencia de tal suerte que el ultimo en el escalafón depende del primero en forma jerárquica. Donde en definitiva el órgano supe-

33 Mir Puigpelat, Oriol (2004) Globalización, Estado Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Editorial Thomson Civitas, Cuadernos Civitas, pp. 111-112.
34 Expresión ultima de Sendín García, Miguel Angel, Regulación y servicios públicos, ob. cit., p. 99
35 Parada Ramón, ob. cit., p. 289.

rior subordina a los inferiores con sus lineamientos políticos. Tal como lo expresa el profesor Gabino Fraga[36]

> *"La relación jurídica que liga a los diversos órganos de la administración, en el sistema centralizado, es absoluta, pues ninguna decisión emana de los órganos subordinado; lo cual explica además la unidad del Poder Administrativo a pesar de la diversidad de los órganos que lo forman. En dicho sistema de concentración administrativa, la unidad del poder esta garantizado por la (concentración del poder de decisión y de mando)."*

Desde una óptica del análisis económico del derecho debemos observar que los sistemas centralizados se caracterizan por la existencia de una forma unitaria de gobierno el cual asigna de manera discrecional los recursos que posea. Asignado en esa misma escala valorativa en función del gasto público y el presupuesto.

En las escalas inferiores (Los ministerios y secretarias de estado), ejecutarán las trasferencias y provisiones asignadas por el gobernante. Bajo este supuesto los agentes (llamémosle así a los ministerios y a las demás dependencias en orden descendente) no poseen una información totalmente veraz, produciéndose problemas de asimetría en la información,[37] de donde el agente principal no sabrá con certeza como se han redistribuido los recursos dispuestos por el primero, pudiéndose desviar de las previsiones preestablecidos por el presupuesto sea por exceso o como en la mayoría de los casos por defecto de lo planificado con antelación, desviándose de los objetivos establecidos.[38]

Con lo cual se demuestra que en efecto existen bajos incentivos poco atractivos para los miembros inferiores de la organización administrativa a realizar una correcta asigna-

36 Fraga, Gabino, Derecho Administrativo. Ed. Porrúa S.A., Mexico, 1971, p. 168.

37 Ver página segunda donde se explica los problemas desarrollados por Stiglitz sobre agencia y de la asimetría en la información.

38 Un supuesto es que. Se considera un estado representativo y su gobernador y El único objetivo del ejecutivo nacional es velar por el bienestar social medido por el Índice de Desarrollo Humano (IDH). No se consideran problemas fiscales ni de tipo inflacionario. Descripción: Se considera una relación bilateral, en la que el principal es el presidente del país y el agente el gobernador. El principal contrata al agente para que cumpla la tarea de asignar los recursos transferidos a cambio de un pago monetario. El contrato que rige dicha relación es una Ley del Trabajo, o su equivalente, donde se defina la remuneración al trabajador o funcionario público. El principal espera como resultado aumentar el bienestar colectivo medido a través del Índice de Desarrollo Humano. Este resultado dependerá de la manera como asigne el gasto el gobernador y de un componente aleatorio, es decir, cualquier evento o suceso que escape de las manos tanto del principal como del agente (el estado de la naturaleza). El gobernador solamente puede escoger entre dos posibles asignaciones. Asignar exactamente como lo dicta el principal, lo que se considera como esfuerzo alto o desviar la asignación, lo que se considera como esfuerzo bajo. El problema de información asimétrica surge porque el gobernador puede gastar en objetivos distintos a los del presidente, es decir, tiene incentivos para "hacer trampa". El comportamiento del principal depende de su función de utilidad esperada, la cual revela sus preferencias. El valor de esta función aumenta en la medida en que percibe un mayor valor del Índice de Desarrollo Humano y disminuye al pagarle el sueldo al gobernador. El objetivo del presidente de la nación es obtener el mayor IDH posible, el cual se consigue con mayor probabilidad cuando el gobernador realiza un esfuerzo alto. El principal es neutral al riesgo, la utilidad que le reporta una unidad adicional neta de IDH es igual a desutilidad que le reporta una disminución de la misma unidad.

ción de recursos que solo serán mas de índoles morales que de económicos así como el estancamiento que produce la burocracia en los modelos que son extremadamente centralizados y jerarquizados.

4.1.2. Descentralización

La administración pública moderna precisa de un grado menor de centralización absoluta modernizándose respecto al servicio que proporcionara a sus ciudadanos. La descentralización actual se debe a exigencias propias de la buena gobernanza que debe poseer un Estado, en otros casos como el Europeo se produce por la necesidad de dotar a los gobiernos municipales de herramientas eficaces de ejercer su función pública y como una forma de resolver asuntos que la burocracia estanca y olvida en el proceso.

Para André Laubadére:[39]

> *"la descentralización se caracteriza por la existencia de asuntos propios a cargo de las corporaciones descentralizadas; que dichos entes descentralizados gestionen, por ellos mismos los asuntos a su cargo y que los órganos de las personas titulares de la descentralización sean autónomos en el poder central, solo el control llamado de "tutela" , que asiste a éste, sobre aquéllas."*

Para Richard Posner,[40] el propósito de la descentralización es impedir la monopolización del poder coercitivo del Estado, una forma de monopolio potencialmente más costosa que cualquiera que pueda presentarse a nivel privado.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho los sistemas descentralizados se caracterizan porque existen varios niveles de gobierno con autonomía decisoria. Basándose en ese poder y autoridad a la hora de tomar decisiones sobre la recaudación, administración y asignación de las finanzas públicas, el gobierno central tiene un grado menor de responsabilidad o su responsabilidad es indirecta ya que los primeros están obligados a satisfacer dichas necesidades.

En este modelo los representantes son elegidos por sufragio directo y las responsabilidades del gasto están financiadas principalmente por impuestos locales. Los ciudadanos pueden discriminar de forma mas racional si se invierte o no adecuadamente pudiendo penalizar con un coste político dicha percepción que tenga el ciudadano. En los casos que dichos recursos sean insuficientes el gobierno central podrá otorgar transferencias para cubrir los desequilibrios verticales.[41]

---

39 De Laubadére, André, Traité de Droit Administratif, Paris, 6. ed, p. 88.

40 Posner, Richard, El análisis económico del derecho, Ed. Fondo de cultura económica, México, 1998, p. 580.

41 En este modelo la información asimétrica radica en que los electores no saben con certeza si el gobierno regional asignará en función de sus requerimientos y demandas de prestación de servicios y bienes públicos. El gobierno regional puede asignar de manera diferente entre otras cosas, porque tenga que guiarse por una política económica acorde con la del gobierno central, porque se le presente algún imprevisto, o simplemente por beneficio propio.

En ocasiones con la distribución de la electricidad los operadores dentro del mercado, por los costes internos del sistema es más eficiente realizar una descentralización por zonas o regiones aunque las tomas de decisiones se realicen desde una agencia independiente, dicha agencia debe ser única en los casos de países medios o pequeños; en caso de que los países sean extensos pudiese realizarse una deslocalización y dividir en varias agencias que regule los mercados en los subniveles.[42]

Finalmente entendemos que el modelo que se requiere de un estado social que posea una economía de mercado la descentralización de las prerrogativas estatales y más en materias que por su complejidad técnica y jurídica el Estado no pueda cumplir con eficiencia su rol de prestador de un determinado servicio público; la descentralización viene a aportar una mayor eficacia a la hora de la prestación de dichos servicios; lográndose una mayor satisfacción de los intereses de los agentes interventores en el mercado proporcionando servicios de calidad y suministros adecuados a nuestros tiempos.

5. Una Agencia Única o Múltiples Agencias Independientes

Anteriormente exponíamos la necesidad de mantener dentro del marco de la organización del estado la potestad de dirigir las políticas energéticas y expresábamos que la forma más correcta por parte del Estado es tener descentralizados los procesos de toma de decisión en el sector eléctrico y con más efectividad mediante una agencia independiente que tenga facultades de toma de decisión, presupuesto propio y poderes cuasijurisdiccionales a la hora de sancionar las conductas anticompetitivas y colusorias que pudiesen presentarse en el mercado.

En estos diversos modelos de agencias debemos hacer notar que en algunos países existen lo que se denominan comisiones independientes que según el servicio público será mas o menos independiente, pero tendrán una subordinación directa del Estado a través del ministerio de industrio o de ministerios específicos.[43]

En algunos países se han creado agencias ministeriales vinculadas al correspondiente ministerio. Estas instituciones funcionan con un presupuesto independiente, tienen una gestión autónoma y pueden estar sujetas a un marco legal diferenciado (por ejemplo, porque no se apliquen las normas que regulan a los cuerpos de funcionarios), aunque, en última instancia, están subordinadas al ministerio. Con todo, en la práctica, en algunos países las agencias ministeriales operan con un grado sustancial de independencia.

Otro modelo de prestación de estos servicios que la nueva doctrina denomina como esenciales son las comisiones reguladoras independientes. Las comisiones reguladoras independientes son organismos públicos encargados de regular aspectos específicos de una industria. Este último aspecto los distingue de los organismos meramente asesores o con-

42 Smith, William, Regulating Utilities: Thinking about location Questions, Paper presentend at the World Bank´s World Develepment Report, 2002, Summer Research Workshop, 17-19, Washigton DC.

43 El ministerio del ramo es la parte de la rama ejecutiva del gobierno específicamente responsable de la industria. El ministerio que habitualmente se ocupa de los asuntos energéticos es el ministerio de industria o el de economía. Sin embargo, en algunos países de la OCDE existe un ministerio de energía independiente.

sultivos. Las comisiones de regulación comparten sus actividades reguladoras con otras entidades públicas, en especial el ministerio, y están aisladas, hasta cierto punto, de la influencia política a corto plazo. Las funciones de estas comisiones incluyen, a menudo, la regulación del acceso a la red y la determinación de tarifas de acceso a la red y de tarifas al usuario final. Las comisiones reguladoras pueden tener poderes judiciales, o cuasi judiciales, tales como fijar multas y sanciones por incumplimiento o actuar como árbitro en disputas entre los participantes de la industria.

Algunas comisiones también tienen un mandato explícito de proteger a los usuarios finales y regulando la entrada y salida a través de la concesión de licencias. Se pueden observar distintos tipos de comisiones independientes de acuerdo con el grado de independencia política y el conjunto de poderes que tienen asignados. Además de estar dotadas de independencia y poderes concretos, las comisiones reguladoras independientes se reparten las actividades reguladoras con el ministerio competente. En teoría al menos, la "división del trabajo" entre el ministerio y las comisiones asigna la toma de decisiones –el establecimiento de un marco general y la elaboración de las normas– al ministerio. La responsabilidad de la agencia reguladora sería la aplicación de dichas reglas.

Sin embargo, la frontera entre política y regulación es borrosa e, inevitablemente, existe un cierto solapamiento, e interferencia a la hora de toma de decisiones que el gobierno de turno considere que lesione sus intereses.[44]

En algunos países, además de la agencia independiente o el ministerio sea la forma de organización que hayan elegido, existen comisiones consultivas independientes, España, es uno de los países que poseen ese modelo y entre las características que poseen es que no dependen del ministerio incluyendo que el nombramiento de los reguladores no puede ser revocado, y realizan una función de asesoramiento en un amplio conjunto de aspectos, aunque no disponen de poder de decisión en materia reguladora. A menudo tienen la responsabilidad de controlar y resolver las disputas sobre asuntos como el acceso a la red.

Otro de lo modelos que se exponen es en los casos que el ente regulador no controle los asuntos de competencia; expresamente se crean autoridades de la competencia quien es la entidad o conjunto de entidades encargadas de velar por las leyes de competencia. Tiene dos funciones: Actuar "ex-post" para hacer cumplir las prohibiciones sobre colusión, abuso de la posición dominante y otros comportamientos contrarios a la competencia; y también actuar "ex-ante", para prevenir fusiones y adquisiciones que pudieran ir en detrimento de la competencia. En algunos países estos organismos también pueden aplicar medidas estructurales, como ordenar la desinversión de activos, cuando la estructura de la industria bloquea la competencia. Por el contrario, las autoridades reguladoras actúan fundamentalmente ex-ante, estableciendo reglas que sirven de marco para los agentes que participan en el mercado. Existe un grado importante de yuxtaposición e intervención entre las instituciones reguladoras y los organismos sobre competencia en muchas áreas, entre ellas el acceso a la red, la fijación de precios y las medidas estructurales tales como el ordenamiento de la generación y de la oferta al usuario final, las fusiones y las desinversiones.

44 Spiller, P & Savedoff, 1999, Commitment and Governance in infraestructura sectors , Washington DC, The Jhons Hopckins University Press.

5.1. Los Costes de la Regulación y las Fallas del Mercado

La necesidad de una regulación viene dada a que el Estado con su poder de Imperium vela por la buena actuación de los agentes económicos, sin intervenir de forma absoluta en las decisiones internas de cada agencia; creando un marco de actuación transparente que permita tener unas reglas claras que faciliten el cumplimiento de mínimos regulatorios establecidos por la ley.

Desde la perspectiva de la teoría de la regulación, la existencia de fallos del mercado es condición necesaria, más no suficiente, para justificar la regulación estatal. Se requiere, además, que los beneficios sociales esperables de la regulación superen a los costos directos e indirectos que ella conlleva.

La justificación de la regulación viene dada a dos fallos de dos teoremas básicos de la economía:

1. Los mercados competitivos conducen a asignaciones eficientes y las instituciones públicas resultan ineficientes.[45]
2. Cualquier asignación eficiente es posible mediante intercambios libres. Los servicios públicos solo tendrían que garantizar la distribución inicial y el mercado haría el resto.[46]

Estas teorías económicas del mercado fallan por la imposibilidad de que existan mercados que no tengan un cierto riesgo y que todos los riesgos son intercambiables en el presente o en el futuro.[47]

---

45 El artículo que E. Fama publicó en 1970 en el The Journal of Finance con el título: "Efficient Capital Markets: a Review of Theory and Empirical Work" es probablemente el más citado en economía financiera. Mucha gente –en especial los redactores de libros de texto– lo consideran como el artículo 'fundador' de la teoría financiera moderna. En palabras de Andrei Shleifer: La teoría de los mercados eficientes ha sido la proposición central en finanza en los últimos treinta años. Fama [1970], en su presentación clásica de esa teoría, define un mercado de capitales eficiente como un mercado donde el precio de los activos siempre refleja plenamente la información disponible [Shleifer 2000, 1].

46 Frank, Robert & Ben Bernanke, en su libro Principios de Economía, Cap. 8, p. 175, dicen que en las economía de mercado, las funciones de asignación y de racionamiento de los precios encauzan los recursos hacia los uso mas valorados. Los precios influyen en la cantidad que se produce de cada tipo de bien (función de asignación). Las empresas entran en las industrias en las que los precios son altos y abandonan las que menos beneficios proporcionan (función de racionamiento).
La renta económica es la cantidad en la que el pago a un factor de producción es superior al precio de reserva del oferente. A diferencia del beneficio económico, que tiende a cero como consecuencia de la competencia, la renta económica puede persistir durante largos períodos, especialmente en el caso de los factores que tienen un talento especial que no puede reproducirse fácilmente. los primeros que adoptan una innovación ahorradora de costes disfrutan temporalmente de un beneficio económico. Pero a medida que otras empresas adoptan las innovaciones, el desplazamiento descendente de la oferta provoca un descenso del precio. A largo plazo, el beneficio económico retorna a cero y todos los ahorros de costes se trasladan a los consumidores. (Esta es la Teoría de la mano invisible de Adam Smith).

47 Un ejemplo tipo en el mercado eléctrico es los empresarios que invierten en una central nuclear no pueden prever todos los riesgos para la recuperación de su inversión a largo plazo, puesto que es imposible intercambiar todos los riesgos asociados a estos proyectos. Que pueden variar desde el metamercado hasta variaciones propias del mercado.

Problemas de una información imperfecta que provoca una distorsión a la hora de alcanzar asignaciones eficientes. Ya que todos los actores del mercado tratan de sacar provecho de la información privilegiada.[48] Además existen costes y beneficios económicos que no están vinculados de forma directa, son los llamados "No Internalizados" o incorporados a los precios que se han determinado libremente.[49] Otro inconveniente es la existencia de "Bienes públicos de consumo no excluyente o diferenciado (que quiere decir la utilización por un consumidor no disminuye para el resto de consumidores).[50]

También en las economías de escala en determinadas funciones de producción se producen los monopolios naturales para Ben Bernanke,[51] si una producción se duplica exactamente, se produce que el proceso de producción de la empresa muestra rendimientos constantes de escala. Si la producción se duplica con creces, se dice que el proceso de producción muestra rendimientos crecientes de escala o economías de escala. Cuando la producción esta sujeta a economías de escala el coste medio de producción disminuye a medida que aumenta el número de unidades producidas.[52] Y por último un necesario objetivo de equidad que impregna un valor social en la asignación de determinados bienes.[53]

Los costos directos, e ineludibles, corresponden al financiamiento de la operación de las entidades regulatorias, que deben ser evaluado en función del costo alternativo que supondría la asignación de esos recursos en otras áreas de las políticas públicas.

Más relevantes para nuestro análisis son los costos indirectos de la regulación o también llamados fallas de la regulación.

La regulación, al igual que el mercado, tiene fallas, y al igual que éste, los modelos de funcionamiento perfecto sólo funcionan en la teoría. En efecto, en los procesos de diseño, elaboración y aplicación de la regulación se manifiestan las imperfecciones o fallas del Estado. El diseño y operación de la institucionalidad regulatoria tienen por desafío prevenir o minimizar las fallas de la regulación que a continuación se describen.

---

48 Ejemplo de ello seria los generadores de ciclos combinados, las empresas que tengan contratos take or pay mas ventajosos tendrán en principio mayores ganancias que otros que no tengan contratos ventajosos. otro ejemplo es en el caso del Fuel que tiene costes de combustibles mas ineficientes pueden derivar en la salida de esos inversores del mercado.

49 El caso típico es la red eléctrica en una zona urbana tiene muchos mayores beneficios instalarlos en esas zonas mientras que en zonas rurales, escasamente pobladas los costes son mayores.

50 Ejemplo de ello es la conservación de reservas naturales en las cuales se protege al medio ambiente a su vez que los lugareños se benefician de un valor económico que se genera en la región.

51 Robert Frank &Ben Bernanke, *op. cit.,* p. 189.

52 En la generación de electricidad la utilización de generadores mayores reduce el coste unitario de producción. En los mercados de esos productos, tienden a haber un único vendedor o quizás solo unos cuantos vendedores, porque si el número de vendedores fuera mayor, los costes serían mucho más altos. Un monopolio que se debe a economías de escala es lo que se denomina monopolio natural.

53 En los monopolios que afectan el sector eléctrico podemos encontrar dos relevantes el primero es un monopolio en el servicio público: 1) Fallo del mercado que requiere la intervención del servicio público; 2) El estado debe evitar estos monopolios para evitar así precios excesivos. Un segundo monopolio es el expuesto anteriormente se produce cuando el mismo mercado no puede conseguir asignaciones eficientes, cuando una tecnología impone una función de costes según la cual cuesta más producir la cantidad demandada de un determinado bien por dos o mas empresa que por una sola (Ejemplo de ello es duplicidad en la red eléctrica).

1.- Asimetrías de información o Ausencia de información:[54] Con frecuencia el regulado sabe más de la industria regulada que el regulador, y esa asimetría de información, agravada en ocasiones por la desigual capacidad de captar y retener personal especializado, genera decisiones ineficientes, ineficaces y hasta contraproducentes del regulador. Caso frecuente en esta materia lo constituyen los procesos de fijación tarifaría de servicios públicos gestionados por privados en que la información de los costos de producción es proporcionada por la industria. Las dificultades para verificar o auditar esa información suelen conducir a fijación de tarifas que resultan en utilidades superiores a las perseguidas por la fijación precios

2.- Riesgo de captura: La importancia de las decisiones adoptadas por el regulador lo transforman en blanco de los intereses creados del sector regulado. La captura del regulador se produce cuando prevalecen los objetivos de quien ejerce presión, por encima, y en contradicción, con los objetivos propios de la regulación. La captura puede ser de dos tipos: captura por intereses económicos, y captura por intereses políticos.

Es económica, cuando los intereses económicos sujetos a regulación, o indirectamente afectados por ella, logran del regulador decisiones que los favorecen. La relevancia económica de las decisiones regulatorias, unida a factores como la discrecionalidad del regulador y la falta de transparencia y fundamentación de sus decisiones son factores que favorecen la corrupción del regulador.

Para contrarrestar los riesgos descritos, el diseño de la institucionalidad regulatoria suele considerar las siguientes medidas:

1. *Exigencias de fundamentación y publicidad de las resoluciones;*
2. *Equiparamiento salarial entre el personal que labora en el ámbito del ente regulador y los regulados;*
3. *Reglamentación del post-empleo, estableciendo prohibiciones, plazos mínimos o condiciones para que un regulador se desempeñe posteriormente en el sector regulado;*
4. *Prohibiciones de recibir prebendas por parte de los regulados.*

La captura puede obedecer, también, a razones políticas. La regulación afecta intereses o expectativas de diversos grupos, en el sector energético sensible por la competitividad que resulta del fallo del suministro en una región. Gremios profesionales, grupos de usuarios organizados poseen un capital político que puede resultar muy atractivo seducir para reguladores que tengan expectativas en ese ámbito.

En los casos que la legislación no sea clara y explícita estableciendo la misión del regulador, más vulnerable resultan las presiones o condicionamientos políticos al corto plazo del gobierno de turno, particularmente cuando la designación como la remoción del regulador son materia de decisión exclusiva y discrecional del gobierno. (De ahí la importancia de una agencia independientes de los vaivenes políticos). Los riesgos de captura

54 En los casos de ausencia de información el Poder Público fija precios respecto a costes de las empresas reguladas. y siempre tendrá incentivos para disminuir esos costes mediante la fijación de las tarifas.

política del regulador son mayores mientras más sensible sea el área regulada a la opinión pública, y más enconado sea el debate social acerca de la orientación y objetivos del regulador en ese ámbito.

3.- Sobreregulación: Se refiere a las situaciones en que los costos que la regulación impone a la actividad, a los regulados -y por ende al consumidor final- son superiores a los beneficios que se desprenden de ella. Aunque la ponderación de costos y beneficios es una cuestión difícil y fuertemente dependiente de la valoración subjetiva que se asigne a unos y otros, es innegable que la regulación puede resultar altamente costosa en situaciones en las que no se prevean los efectos colaterales y de largo plazo de una determinada decisión o en que se impongan gravámenes a la actividad regulada que, más que perfeccionarla, la desincentiven, como puede ocurrir con la fijación de precios o imposición de condiciones de servicios que disuadan la inversión privada.

Para incrementar la eficacia y eficiencia de la regulación, y prevenir los problemas antes reseñados, es fundamental contar con agencias públicas altamente especializadas. Restricciones presupuestarias generales conspiran contra este propósito, lo que es posible y conveniente salvar gravando la actividad regulada con pagos proporcionales a la participación de mercado de cada empresa, con cargo a los cuales financiar total o parcialmente la agencia reguladora.

5.2. La autonomía de las Agencias Reguladoras independientes

En el momento que estamos hablando de estructurar un modelo de agencia independiente debemos tomar en cuenta en que grado dichas reformas van a repercutir en los servicios públicos que la nueva doctrina las denomina como esencial facilities. Dentro de toda esta teoría de las agencias regulatorias debemos analizar los factores que permiten la viabilidad del ente regulador que son: Autonomía en su más amplio significado, coherencia en las tomas de decisiones en todos los organismos gubernamentales, independencia, métodos contables diáfanos, transparencia, previsibilidad y capacidad técnica de sus miembros,

5.2.1. Coherencia

La regulación para cada servicio esencial debe complementarse y tener soportes mutuos; la legislación da las pautas a la regulación para que la misma perdure en el tiempo. Las nuevas leyes deben prever los problemas que se suscitan en el sector de la forma más abierta, pero a su vez clara, dejando a disposición del ente regulador que resuelva en buen derecho cada caso y eliminando las inconsistencias significativas que puedan tender a generar conflicto entre los agentes del mercado.

La coherencia en la legislación debe venir con un trabajo en conjunto de todos los actores en la norma, legisladores, ministros encargados y órganos reguladores, para definir las políticas públicas, las responsabilidades, el alcance de la norma, y el consenso esencial para una buena administración.

En los casos que existan leyes anteriores deben armonizarse con los preceptos que se quieran establecer, reconociendo derechos adquiridos con anterioridad que se liquidan

mediante los "Costes de Transicion para la Competencia" (CTC´s). Asimismo el gobierno que asume estas posturas tiene el deber de informar, explicando los motivos y beneficios de la decisión adoptada, teniendo siempre en cuenta el consenso entre todos los sectores afectados por la regulación.

5.2.2. Independencia

Una efectiva y real regulación de los sectores regulados requiere de una profunda reforma política que va desde una legislación adecuada hasta el desuso de los artilugios y mecanismo con que cuentan los políticos para influir en las decisiones del regulador. Las agencias independientes deben ser apolíticas, objetivas, y regulando a favor de la legalidad de la norma sin mirar intereses particulares de grupos o sectores de poder.[55]

Tal como expresa Kahn pedirles a un regulador una completa independencia es imposible, además de ciertamente inhumano, pero lo que si se le debe exigir es que las políticas pública que realice vayan dentro del marco de legalidad establecida, ejerciendo los controles para que se asegure una competencia efectiva y con un cierto margen de igualdad entre los actores. Que en los casos de incumplimiento de estas normas mínimas estaríamos cayendo en sobreregulacion, tan nocivo como la falta de ella, así como la politización con la subsiguiente polémica que surgen a nivel de los Estados, por sectores que usualmente son de interés vital para las economías de las naciones.

El Estado, cuando toma este tipo de medidas de corte innovador debe comprometerse al menos por un tiempo preestablecido a mantener las reglas, para dar señales positivas al mercado sobre los derechos que se adquieran no serán modificados a la postre.[56]

Una de los aspectos más polémicos de las agencias independiente desde el punto de vista de los gobiernos es la independencia absoluta de los ministerios; ya que si existe una subordinación expresa o implícita, que coarta las funciones establecidas anteriormente al mismo. Todo ello no es absoluto, entendemos que el Estado debe reservarse algunas competencias para casos muy concretos, tasados en la ley que serán utilización solo en casos excepcionales como pudiese ser en catástrofes naturales, estado de guerra, o colusión manifiesta de los agentes para sabotear el sistema.

Otro de los criterios que refuerzan y otorgan más independencia a las agencias es poseer profesionales cualificados dentro del sector, con salarios equiparables a los que laboran en el sector privado. Para de esa forma garantizar profesionales de capacitación similar al privado.

El ultimo criterio es crear sinergias entre el poder legislativo, y el ejecutivo (las agencias) con un cierto consenso de los actores del mercado participaran a la hora de elaborar la legislación básica, y luego los reglamentos que emanen de las agencias deben tener criterios económico y sociales para la aceptación de la norma.[57]

---

55 Reforming Infraestructura, Privatization, Regulation, and Competition, World Bank Policy Research Report, p. 85.

56 La doctrina anglosajona llama esto fixed periods donde se prohibe modificar la norma por causas que nos sean claras (subset to formal review).

57 La definición de los objetivos del organismo regulador es un factor clave, ya que su grado de concreción delimitará su capacidad de actuación discrecional. La especificación y la pormenorización de los objetivos

5.2.3. Responsabilidad del Regulador

Las agencias independientes y en especial el regulador tienen una responsabilidad enorme ya que sus decisiones influyen a la hora de redistribuir grandes rentas dentro de los sectores regulados. Es por ello que la legislación debe determinar con claridad como debe redistribuir esas rentas y cuales son los criterios para las mismas. Es por ello que el regulador no debe tener simpatías políticas, ni preferencias personales, no debe ser corrupto, o en el peor de los casos con buenas intenciones pero ineficiente por no conocer el sector implicado. Al afectar tantos intereses siempre se vera involucrado en acciones legales de corte administrativo tratando de obtener decisiones favorables e incluso modificación de la norma. La habilidad del regulador se demuestra cuando puede equilibrar tantos intereses que se mezclan dentro de un grado de responsabilidad e imparcialidad.

Es por ello necesario que las decisiones emanadas del regulador puedan ser susceptibles de un recurso de revisión y pasado el mismo pase al contencioso administrativo.

En cualquier caso dichos actos podrán ser impugnados, tanto en sede administrativa o contenciosa, cuando los actos que manifiestamente sean ilegales o sin serlos contravengan la esencia de la norma básica. Y tomando en cuenta que dichos actos inapropiados o incompetentes los serán si aún ajustados a la norma contravienen sensiblemente a las leyes de eficacia económica del mercado. Para ello me permito dar un ejemplo, en lo que sería la autorización de una fusión de dos grandes compañías de electricidad;"… el regulador podrá o no asentir a dicha fusión, (y su decisión se enmarca dentro de los preceptos establecidos por la norma) la asentirá siempre y cuando no afecte la competencia de manera global dentro del mercado relevante. Pero la deberá rechazar cuando dicha fusión provoque un monopolio de hecho que no beneficiaria a los usuarios. Aceptar o rechazar está dentro de los parámetros que la ley le atribuye al regulador pero dicha decisión será apropiada o no por razones de eficiencia económica."

5.2.4. Transparencia

Entre los elementos que más se exigen de las agencias independientes son procesos de toma de decisión que es necesario una apertura en el manejo de cada caso. Según Wilson (1980) un procedimiento abierto a la participación de intereses más allá del círculo cerrado de los grupos directamente afectados por las iniciativas reguladoras, incentiva un tipo de interacción política pluralista, pues posibilita la aparición de debate político y de consenso social.

---

de gestión y de las líneas políticas en el desarrollo de los mismos, aumenta sus opciones de actuación independiente (Coen / Doyle, 1999). Si la definición legal de los mandatos o líneas de actuación del organismo regulador es vaga, no concreta o en la que sólo se define de forma abstracta objetivos genéricos como la defensa del interés público, se amplia el margen de discrecionalidad del regulador en la elección de su estrategia política. Ello facilita el desarrollo de estrategias de presión por parte de los grupos de interés para lograr que mediante la implementación de las acciones regulativas se distorsionen los objetivos de política pública establecidos por el legislador.

Todo lo contrario sucede y obstruye el buen funcionamiento son los procesos de toma de decisión en que adoptan la modalidad de cerrados a la hora de establecer una norma donde solo intervengan las partes interesadas, es necesario que todos los sectores afectados y el usuario en general den sus opiniones acerca de las decisiones que finalmente recaen sobre los consumidores.

La transparencia en la toma de decisiones permite de forma directa limitar la discrecionalidad de la agencia independiente, evitando la posible captura de los reguladores que siempre esta latente en una maraña de intereses variables. Además dicha transparencia permite a su vez tomar decisiones mas meditadas, mas acordes con la realidad del sector en un país determinado, consolidando la autoridad de la agencia en base de sus méritos y de sus políticas acertadas en el sector regulado.

5.2.5. Previsibilidad

Como anteriormente expresábamos, la estabilidad normativa es una garantía de la independencia real del regulador, la cual permite una definición legal de la autoridad y la concreción de los objetivos operativos de esta. Es por ello que la regulación debe ser consistente en el tiempo ya lo decía esto Williamson que planteaba que la regulación es una especie de contrato en el cual se especifica, por un lado, lo que cada parte debe hacer en cualquier circunstancia posible, y por otro, como se distribuyen los beneficios y los costes.

Este tipo de contrato debe ser autovinculante en el sentido de que a cada parte le resulte beneficioso seguirlo. Pero los contratos completos son una abstracción. En la mayoría de transacciones, surgen contingencias que cambian el entorno en el que se firmó el contrato y que no era contemplado, ni imaginado, en el mismo. En este caso, la contratación incompleta genera una fuerte tentación a no seguir los términos originales del acuerdo, pues las contingencias no previstas dejan la puerta abierta de interpretación y renegociación del mismo. El desvincular al regulador respecto a los vaivenes del ciclo político electoral, mejora su posición para mantener estables las condiciones iniciales del "contrato regulativo", lo que incentiva a los grupos del sector a aceptar y seguir las reglas de juego regulativas.[58]

Lo que se debe evitar es lo que expresa "Lowi, quien plantea que los mandatos legislativos son generalmente vagos en la formulación de objetivos de actuación, cayendo a menudo en numerosas contradicciones. Este hecho posibilita que las instituciones reguladoras obtengan un gran margen de poder discrecional. Este poder discrecional se transforma en un poder de negociación con el sector regulado, negociación que favorecerá al sector corporativo, por su mayor capacidad de recursos ya sean económicos o de información (Lowi, 1969, 1979)." Este tipo de negociación que obtienen las agencias reguladoras se debe evitar a fin de establecer reglas claras para todos, evitando cualquier posible autoritarismo por parte del regulador en base a las ambigüedades o lagunas que tenga la norma legal.

58 Teoria Del Juego De Nash.

5.2.6. Capacidad

Refiriéndonos a (Lowi, 1979,79-91), el autor sostiene que una buena definición de los objetivos facilitará que el personal de la organización reguladora adopte como criterios de actuación valores profesionales que garanticen la autonomía de la organización. Esta ha de tener una idea clara de su rol y del sistema de valores establecido en su mandato, incluso debe estar incentivada a defender valores distintos que los predominantes entre los profesionales de la industria a regular.

Es por ello que las agencias reguladoras deben ser autónomas para que sus decisiones sean firmes y no se distorsionen por asuntos de conveniencia política.

La capacidad que deben demostrar las agencias es en sus puestos de dirección de la organización reguladora y el perfil profesional de sus cargos. Esta capacidad es mayor de lo exigido al personal que labora para la administración pública que consta de un cuerpo fijo y otra masa laboral rotativa que pertenece a los allegados políticos,[59] que por asuntos electorales ocupan y desempeñan funciones diversas. En el caso de las administraciones independientes, las preferencias políticas no deben ser los motivos para el nombramiento de dichos cargos, sino mas bien los conocimientos y la especialización.

La agencia independiente debe poseer personal capacitado para generar información técnica real y necesaria para obtener la independencia necesaria el proceso del policy-making regulador (Mayntz y Scharpf, 1975). Esta capacidad es la que permite al regulador organizar y distribuir mejor los recursos y es de esa forma que evita y corrige los fallos del mercado. Existen casos donde las agencias independientes no disponen de todas las informaciones necesarias (Problemas de asimetría de la información) y debe recurrir a la información que les ofrecen los agentes del mercado; el regulador debe tasar medidas como contabilidad regulatoria, auditorias regulatorias y personal especializado que verifique los datos suministrados por los primeros.

5.2.7. ¿Quien controla a quien?

Sabemos que todas las instituciones deben ser tuteladas, porque no siempre existen incentivos óptimos para tomar las decisiones más correctas en un momento determinado, y la independencia que se puede otorgar, aunque es necesaria, su exceso resulta nocivo. Es por ello que el control externo sobre la actuación de la institución reguladora es otro condicionante de su independencia de actuación: la elección sobre la naturaleza del sistema de control del cuerpo regulador se convierte en una decisión crítica (Spiller, 1993).

Para Robert Baldwin el control puede ser preponderantemente judicial o con un componente básico de responsabilidad política del regulador directo frente al Parlamento. También encontramos sistemas en los que el ejecutor del control no es otro que las pro-

59 Tres son los grupos típicos de cargos que ocupan la dirección de este tipo de instituciones: líderes políticos, funcionarios de carrera o miembros del poder judicial. Para Noll, las dos últimas categorías profesionales incentivan una mayor independencia de actuación de las organizaciones reguladoras, pues en ellas prima el componente técnico-profesional (Noll, 1983).

pias asociaciones de interés del sector regulado. Los incentivos para la "captura" aumentan en el caso de que sólo exista un único control político-parlamentario y aún son mayores si el control externo es ejercido por las propias empresas del sector privado (Noll, 1983; Baldwin / Cave, 1999). El contenido concreto de los sistemas de control también juega un papel en el condicionamiento de estrategias de captura. Los controles genéricos, no intensivos de la actuación del agente regulador, favorecen las estrategias de los grupos económicos (Noll, 1971; Tunstall, 1986).

La mejor solución a nuestro entender es mantener una situación jurídica mixta, en un principio las decisiones del regulador deben ser controladas por el mismo mediante un recurso de revisión, y en caso de disconformidad los administrados ir por ante el contencioso administrativo. El método de control parlamentario o congresual en los casos de los países que sean parlamentarios, es eficaz tanto en cuanto en tanto no interfieran en las actividades del regulador de forma directa. Solo en los casos de faltas graves previamente tasadas es que se debe proceder a la remoción de los mismos.

6. Elección de los miembros del órgano regulador

6.1. Forma de elección

Las agencias independientes al ser entidades con una regulación particular[60] dentro del organigrama de la administración general del Estado, sus integrantes en la escala superior deben estar sujetos al régimen de las incompatibilidades e impedimentos establecidos para los titulares de altos cargos públicos. También se debe destacar que los miembro de la agencia reguladora no podrá tener intereses de naturaleza financiera dentro del sector eléctrico, ni siquiera en compañías de generación, distribución, comercialización o suministros de insumos o cualesquiera de las anteriores.

Las agencias reguladores en materia de elección del conjunto de sus miembros deberán ser impares, preferiblemente más de tres y menos de siete, para poder tener una coordinación y realizar cruces de ideas a la hora de tomar decisiones. El voto del presidente tendrá un valor preponderante en un virtual empate en las votaciones o en los casos que faltase algunos de sus miembros y quedase en números pares.

El mandato de los miembros de las agencias independientes deberá ser de un período mayor que el electoral que podrá ser cinco a seis años, no renovables, y la terna a elección deberán ser propuestos por partes iguales por el ministerio de industria, por los antiguos miembros de la agencia independientes y por la sociedad civil. La agencia deberá renovará parcialmente sus miembros cada dos o tres años. La renovación afectará alternativamente a cinco o cuatro de sus miembros según corresponda. En los casos de que un miembro cesare, su sucesor solo será por el periodo que debía cumplir su antecesor

60 El ente gozará de autarquía y tendrá plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado, y su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieran y por los que adquiera en el futuro por cualquier título.

Cuando cese en el periodo que esté remplazando podrá ser elegido para un período sin tener la posibilidad de reelegirse a un segundo.

El órgano regulador deberá estar regido tanto el presidente como sus demás miembros de reconocida competencia técnica y profesional, debiendo en todo momento haber un consenso del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo quienes constataran el cumplimiento por parte de los candidatos de las condiciones indicadas en este apartado.

6.2. Obligaciones y funciones de las agencias independientes

Existen varias obligaciones y funciones que poseen las agencias independientes con mayor o menor alcance pero que fungen como garantías que deben solventar, dentro de las prerrogativas más comunes tenemos las siguientes:

a) Hacer cumplir la ley, sus reglamentos y disposiciones complementarias, controlando la prestación de los servicios y el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los contratos de concesión;
b) Dictar reglamentos a los cuales deberán ajustarse los productores, transportistas, distribuidores y usuarios de electricidad en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de los suministros, de acceso a inmuebles de terceros y de calidad de los servicios prestados;
c) Actuar como órgano consultivo en materia eléctrica, gas e hidrocarburos, de la administración central del Estado.
d) Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y usuarios;
e) Establecer las bases para el cálculo de las tarifas de los contratos que otorguen concesiones a transportistas y distribuidores y controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes concesiones y con las disposiciones de esta ley;
g) Publicar los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios;
h) Determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de concesiones de transporte y distribución de electricidad mediante procedimientos públicos o privados cuando razones especiales debidamente acreditadas así lo justifiquen;
i) Llamará a participar en procedimientos de selección y efectuará las adjudicaciones correspondientes, firmando el contrato de concesión ad referéndum del Poder Ejecutivo el que podrá delegar tal función en el órgano o funcionario que considere conveniente;
j) Propiciar ante el Poder Ejecutivo, cuando corresponda, la cesión, prórroga, caducidad o reemplazo de concesiones;

k) Autorizar las servidumbres y los accesos de terceros a las redes tanto de electricidad, gas y oleoductos;
l) Implementar sistemas transparentes para lo cual todas las decisiones deben ser realizadas en audiencias públicas;
m) Velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública en la construcción y operación de los sistemas de generación, transporte y distribución de electricidad, incluyendo el derecho de acceso a las instalaciones de propiedad de generadores, transportistas, distribuidores y usuarios, previa notificación, a efectos de investigar cualquier amenaza real o potencial a la seguridad y conveniencia públicas en la medida que no obste la aplicación de normas específicas;
n) Promover, ante los Tribunales competentes, acciones civiles o penales, incluyendo medidas cautelares, para asegurar el cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley, su reglamentación y los contratos de concesión;
ñ) Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, asegurando el principio del debido proceso;
o) Requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesaria para verificar el cumplimiento de la ley, sus reglamentos y los respectivos contratos de concesión, realizando las inspecciones que al efecto resulten necesarias, con adecuado resguardo de la confidencialidad de información que pueda corresponder;
p) Publicar la información y dar el asesoramiento que sea de utilidad para generadores, transportistas y usuarios, siempre que ello no perjudique injustificadamente derechos de terceros;
q) Aplicar las sanciones que la ley, reglamentos y en los contratos de concesión, se estipulen, siempre respetando el debido proceso;
r) Asegurar la publicidad de las decisiones, que adopte, incluyendo los antecedentes en base a los cuales fueron adoptadas las mismas;
s) Someter anualmente al Poder Ejecutivo y al Congreso de la Nación un informe sobre las actividades del año y sugerencias sobre medidas a adoptar en beneficio del interés público, incluyendo la protección de los usuarios y el desarrollo de la industria eléctrica;
t) Delegar en sus funcionarios las atribuciones que considere adecuadas para una eficiente y económica aplicación de la norma.
u) En general, realizar todo acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones establecidos por la ley y los reglamentos.

6.3. Capacidad Técnica

En muchas ocasiones las agencias independientes tienen dificultades para establecer y desarrollar organismos de fuerte capacidad técnica, independientes de la clásica política clientelista, pudieron llevar al convencimiento de que se debían crear unos organismos que estuvieran fuera del alcance de los intereses y las maniobras de los propios políticos,

con unos recursos propios que también evitaran en lo posible la captura de estos organismos por parte de las empresas privadas.

Es por ello, y por los salarios superiores, que las empresas privadas poseen un personal técnico cualificado que en muchos casos la administración pública adolece. Esta situación tiende a impedir su desarrollo conjunto como una organización eficaz para solucionar los grandes retos que afrontan los Estados. Puede, que este caso tipo, no sea común a todos los Estados pero siempre, aunque exista un buen nivel técnico a la hora de planificar la economía por parte de los ministerios siempre se ven cortos en sus objetivos, y superados continuamente por los entes privados; que en todo momento, estos últimos se adelantan a las realidades que el Estado pretende corregir, algunos teóricos consideran que los sistemas políticos de corte clientelista corporativista o patrimonialista no permite que todo el Estado se aísle de las prácticas de captura descritas, porque los políticos necesitan preservar partes del sector público para repartir puestos y generar recursos que les permitan mantener la lealtad de sus electores o de sus patrocinadores privados" (Hommes, 1999: 291).[61]

Otros consideran que las nuevas reglas institucionales se han orientado –total o parcialmente– a evitar la posibilidad de que una intromisión política alterase las actuaciones de estos nuevos órganos. Su propósito clave era conseguir que unos determinados mercados de gran trascendencia económica funcionasen correctamente.[62]

6.4. Remuneración

Según Stark (2000) existen condiciones necesarias para que las agencias reguladoras sean efectivas. Más allá de su inserción formal en el aparato público, buena parte de la independencia efectiva del regulador está asociada a su financiamiento. Una agencia reguladora ubicada dentro de un ministerio se financia por lo general con fondos presupuestarios, salvo disposiciones específicas en sentido contrario. Ello establece, con mucha frecuencia, límites al volumen y la utilización de los recursos, redundando en remuneraciones poco competitivas, equipamiento deficiente y mayores posibilidades de "captura" del regulador. El menor costo puede traducirse, así, en un sacrificio considerable de la efectividad. El extremo opuesto, de absoluta autonomía del regulador, implica también la independencia en materia financiera a través de la contribución obligatoria de los mismos operadores. En este caso, la calidad y efectividad tienden a verse incrementadas, aunque la posibilidad de "captura" no desaparece por completo.

En lo que concierne a los miembros de las agencias independientes, está implícito el concepto de independencia, que se considere una remuneración adecuada y que no se altere desventajosamente para los miembros su derecho a dicha remuneración. Si los

61 Hommes destaca que el primer tipo de organizaciones se encuentra fuera del alcance de los intereses de los políticos, mientras que el segundo tipo sirve precisamente a tales intereses 1999, 312.

62 Jacint Jordana y David Sancho, http://www.upf.edu/dcpis/gipt/documentos/telecomAL.pdf, Reforma del Estado y telecomunicaciones en América Latina.

miembros de las agencias independientes no confían en la seguridad de su permanencia en el cargo ni en su remuneración, entonces su independencia está amenazada.

El principio de "permanencia" en la agencia independiente, según el cual no hay destituciones más que por causa justa o por procedimientos debidos, y se asegura su pensión cuando llegan a la edad de jubilación (como lo determina la ley escrita de cada estado), es una salvaguarda importante para el Cumplimiento de la ley. Es deseable, por lo general, que los miembros de las agencias independientes se jubilen cuando lleguen a una edad determinada. Esto reduce las posibilidades de que el Ejecutivo alargue el periodo de los miembros que escogió y que le son favorables; también reduce la tentación, por parte de los agentes, de buscar la "aprobación" del Ejecutivo (o de otra autoridad capaz de hacer nombramientos) para permanecer en el cargo, al aproximarse la fecha de jubilación.

7. Control judicial de las instituciones reguladas

El frecuente otorgamiento de facultades jurisdiccionales a los entes reguladores de servicios públicos creados en el seno de la Administración Pública ha renovado la polémica vinculada a la constitucionalidad de dicha asignación. Con carácter previo a analizar los fundamentos jurídicos del ejercicio de tales funciones por el Ente Único, es útil señalar qué se entiende por "jurisdicción", toda vez que no existe consenso claro acerca del alcance de esta noción.

En un sentido restringido, se ha sostenido que "jurisdicción" es la función de un órgano público de declarar el derecho (juris dictio) de un caso controvertido, luego de un procedimiento de debate en el que aquel actúa como tercero y cuya decisión tiene efecto de cosa juzgada en la esfera del poder a que pertenece el órgano que lo dicta.[63]

En el mismo sentido, Marienhoff expresa que "habrá acto jurisdiccional siempre que, en ejercicio de una facultad legal, a raíz de una reclamación del administrado, se dicte decisión expresa y fundada, reconociendo o desestimando el derecho invocado, cualquiera sea el órgano que al efecto actúe".[64]

Con un criterio más amplio, algunos autores opinan que por "función jurisdiccional" se puede entender también la facultad disciplinaria que se materializa mediante la aplicación de sanciones. Aquí no habría una controversia específica entre diferentes sujetos pero

63 Huici, Héctor, "La actividad jurisdiccional de los entes reguladores", LL, 1996-B, Secc. Doctrina, p. 847.– Este autor, citando a Roberto Luqui, agrega que "la actividad jurisdiccional sólo se puede definir por la reunión de diversos elementos, formales y materiales. El acto jurisdiccional es la decisión de un órgano estatal sobre el derecho aplicable a una controversia, lo que constituye su sustancia. Los elementos formales que se le agregan están en relación directa con el interés que se protege. El acto jurisdiccional presupone un juicio, en el sentido lógico, que para ser tal debe estar precedido por un procedimiento contradictorio que sirva de causa a la decisión y tiene por fin asegurar el imperio del derecho, para lo cual se le atribuye fuerza de verdad legal, es decir, efecto de cosa juzgada"

64 Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 90, núm. 18 b). Esta idea concuerda con la opinión de Hugo Alsina y Rafael Bielsa ("Cuestiones de Jurisdicción", p. 25, Bs.As. 1956).

sí una decisión –la de aplicar o no una sanción y en el primer supuesto el grado o monto de la misma– que es típicamente jurisdiccional.

El debate es, en gran parte, puramente nominal, y no tiene mayor utilidad su profundización cuando, en el caso del Ente, existen expresas normas que le atribuyen tanto las funciones jurisdiccionales en sentido estricto, como las de imposición de sanciones, cuya aplicación tiene los mismos efectos jurídicos que cualquier otra resolución jurisdiccional adoptada por el Ente.

Por dicho motivo, cuando nos referimos a las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores lo hacemos en sentido amplio, incluyendo su potestad de aplicar sanciones.

La admisión del ejercicio de facultades jurisdiccionales a organismos especializados, además de ser jurídicamente posible conlleva notables ventajas. Una de ellas reside en someter el conflicto a órganos que cuentan con una mayor preparación técnica para su resolución.[65] De ese modo, sin sustraer la cuestión a la posterior intervención de los tribunales judiciales, se permite que la cuestión arribe a los mismos debatida con un cierto grado de claridad, debiendo someter lo decidido por el órgano técnico administrativo, básicamente al test de legalidad.[66]

Se entiende que la atribución de este tipo de funciones se asienta en la idea de que "una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social los que de otra manera sólo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos"

7.1. Alcance de las facultades jurisdiccionales de los Entes Reguladores

Existe coincidencia[67] acerca de que la admisión del ejercicio de facultades jurisdiccionales debe sujetarse a una serie de requisitos, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes:

En primer lugar, los entes que posean atribuciones jurisdiccionales deben gozar de ciertas garantías que aseguren su independencia, tales como las relativas a la inamovilidad en su cargo, la intangibilidad de su remuneración, sistemas de designación basados en la

65 En autos "Texas & Pacific Railway v. Abalone Cotton Oil Co" la Suprema Corte de los EEUU resolvió que la Comisión de Comercio Interestadual tenía jurisdicción originaria para determinar la razonabilidad de las tarifas y para entender los recursos por tal motivo interpuestos. Entre los fundamentos sostuvo que si un usuario pudiese recurrir directamente a los jueces, éstos se enfrentarían a cuestiones de hecho que posiblemente no podrían desentrañar. La uniformidad y consistencia en la regulación encargada a una agencia, están mejor aseguradas por el conocimiento primario por parte del Ente".

66 Guzmán, Alfredo Silverio, "Cuestiones de interés vinculadas a la actividad jurisdiccional de los Entes Reguladores", ED, t. 171, p. 865.

67 Guzmán, Alfredo Silverio, "Cuestiones de interés vinculadas a la actividad jurisdiccional de los Entes Reguladores", ED, t. 171, pp. 861 y ss.; Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", 6ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, t. II. pp. 86 y ss.; Huici Héctor "La potestad jurisdiccional en el control administrativo de los servicios públicos" LL, 1996- B, Secc. Doctrina, pp. 988 y ss.; "La actividad jurisdiccional de los entes reguladores", LL, 1996-B, Secc. Doctrina, p. 849; Bianchi, Alberto B. "¿Qué son los entes reguladores? (Apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico)", Diario E.D. 30-3-2000, p. 15.

idoneidad y el concurso y un riguroso régimen de incompatibilidades. De ese modo se evitan las presiones políticas y empresarias sobre el ente regulador.[68]

En segundo término, la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos debe provenir de ley formal pues de lo contrario se resentiría el sistema de frenos y contrapesos que la constitución establece. Se ha sostenido, con un criterio menos estricto, que "es necesario formular una distinción entre (a) los sujetos de la relación concesional y (b) los restantes sujetos. Así, solamente los entes creados por ley pueden tener jurisdicción previa y obligatoria sobre todas las controversias que abarquen a ambos.

Por el contrario, los creados por decreto sólo pueden tenerla sobre los primeros, en la medida que han acatado el marco regulatorio y se han sometido a sus prescripciones, pero no sobre los segundos, que se someten a dicha jurisdicción sólo si lo desean".[69]

Las potestades jurisdiccionales otorgadas a los entes reguladores no privan a concesionarios, usuarios y otros interesados de la posibilidad de acudir ante los estamentos judiciales sino tan sólo postergan esta posibilidad.

Cumplidos los requisitos antes apuntados, resulta necesario determinar con la mayor certeza posible ¿Cuál es el alcance que debe otorgarse al ejercicio de las facultades jurisdiccionales? En la búsqueda de respuesta al interrogante planteado, encontramos dos corrientes claramente diferenciadas: la de permisión expresa y la de permisión amplia.

Cassagne expresa: "Los entes reguladores como cualquier otro sujeto administrativo no poseen competencia para actuar fuera del marco de especialidad que les reconocen las normas atributivas de competencia. Esta regla configura una de las garantías fundamentales del derecho administrativo contemporáneo en cuanto representa el principal límite jurídico puesto a la sobreactuación de los entes y órganos administrativos."[70]

La especialidad del órgano de que se trate no va a surgir de su propia voluntad sino de la norma objetiva que establezca la finalidad para la cual el órgano fue creado, o bien su objeto institucional.[71]

7.2. Tribunal de la competencia como garante de la no captura del regulador

La competencia es un motor de progreso y garantía de libertad; consumidores y empresas acuden a los mercados para satisfacer sus necesidades adquiriendo bienes y utilizando servicios. En este ciclo, la existencia de libre competencia es la mejor garantía para

68 Además de los autores citados, Cabezas Cescato, Paola, "Propuestas sobre la independencia de los entes reguladores", LL, T.1998-D, Sec.doctrina, p. 1326.

69 Bianchi, Alberto B. "¿Qué son los entes reguladores? (Apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico)", El Derecho t. 186, pp. 675 y ss.

70 Cassagne, Juan Carlos, "Los nuevos entes regulatorios", E.D. t. 159, p. 975.

71 Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", 6ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, t. I, p. 237. Este autor sostiene que la "especialidad se vincula con el fin de la competencia de cada órgano u ente, el cual surge no sólo de las atribuciones expresas o implícitas (que suponen siempre un desarrollo o interpretación extensiva de las facultades expresas) sino, fundamentalmente, de la enunciación de objetivos, principios de normación (como las atribuciones genéricas) y de las facultades inherentes, que son aquellas que por su naturaleza, fundamentan la creación y subsistencia del órgano y sin las cuales carecen de sentido".

que todos podamos escoger lo que mejor se adecue a nuestros gustos y necesidades, obteniendo una mejor relación calidad-precio en cada momento.

El entorno competitivo incentiva a las empresas a mejorar la calidad de sus productos y ajustar sus precios. De esta forma, la competencia se convierte en un estímulo clave para la innovación, el progreso tecnológico y la búsqueda de medios más eficientes de producción.

La competencia permite que determinados servicios que antes eran considerados artículos de lujo puedan ser usados por personas con menor renta gracias a que sus precios se reducen notablemente. Este efecto positivo en los precios también tiene otras consecuencias sociales directas muy favorables.

Bajar los precios de los bienes o servicios que consumen los trabajadores significa aumentar los salarios reales de éstos evitando, al mismo tiempo, entrar en el tradicional círculo negativo formado por incrementos de los salarios nominales, pérdida de competitividad de la economía, menores tasas de crecimiento, mayor desempleo y caída del poder adquisitivo.

Al mismo tiempo, la existencia de mercados abiertos a la competencia permite a aquellas personas con iniciativa empresarial emprender sus proyectos con total libertad. Con ello, se facilita la creación de empresas y, consecuentemente, de empleo.

7.3. La defensa de la competencia: Una prioridad pública

Según señala la Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia Española, la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general ha de concebirse como un mandato a los poderes.

A pesar de los beneficios derivados para el conjunto de la sociedad del funcionamiento competitivo de los mercados, en determinadas ocasiones, los intereses particulares de algunos agentes económicos pueden no coincidir con los principios inspiradores de la libre competencia y, por lo tanto, los incentivos para llevar a cabo prácticas restrictivas de la misma pueden ser superiores. Por ello, en estas ocasiones la intervención de las autoridades de defensa de la competencia se hace necesaria para garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados y que sus beneficios alcancen al conjunto de la sociedad. Lo mismo ocurre en determinadas operaciones de concentración empresarial que pueden suponer una alteración de la estructura de los mercados contraria al mantenimiento de una competencia efectiva.

7.4. Funciones de los tribunales de defensa de la competencia

7.4.1. Función resolutiva

El Tribunal debe resolver sobre la existencia o no de prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por la Ley y determina e impone las sanciones correspondientes.

Todas las personas, empresas o asociaciones afectadas por estas prácticas tienen derecho a que el Tribunal analice y resuelva su caso.

7.4.2. Función consultiva

El Tribunal ejerce una labor consultiva en el control de las concentraciones empresariales emitiendo un dictamen no vinculante. Asimismo, elabora informes sobre materias relacionadas con la competencia por propia iniciativa o a requerimiento del Gobierno, los Departamentos Ministeriales, los Ayuntamientos, las organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores.

7.4.3. Función tutelar

El Tribunal tutela el funcionamiento de los mercados a través del Servicio de Defensa de la Competencia a quien puede instar a abrir investigaciones. Asimismo, puede formular propuesta motivada al Gobierno para que actúe en casos concretos modificando o suprimiendo situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales o fruto de ayudas públicas.

7.5. Conductas prohibidas acuerdos, decisiones o recomendaciones

En principio se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o interferir la competencia en los mercados.

Este tipo de conductas se materializan, entre otros, en acuerdos o pactos para la fijación de precios o de otras condiciones comerciales, la limitación de la producción o el reparto del mercado dirigidos a homogeneizar comportamientos.[72]

Este tipo de acuerdos es sancionado porque eliminan los incentivos para una mejora de la calidad de los productos o servicios y una reducción de costes al tiempo que dificultan la actividad de otras empresas.

No obstante, existen algunos acuerdos que si bien son punibles no son sancionables al considerarse que conllevan efectos favorables como son la mejora de la producción o el fomento del progreso técnico o, en general, un beneficio para los consumidores. Un ejemplo de estos acuerdos son algunos registros de morosos que facilitan un mejor funcionamiento de las relaciones empresas-clientes del sector correspondiente. El Tribunal puede autorizar este tipo de acuerdos por un período de tiempo prorrogable si las condiciones de mercado se mantienen.

72 Un ejemplo de la prohibición señalada por el artículo 1 de la Ley Española es el caso en que determinadas empresas de un mismo sector acordasen elevar conjuntamente y en medida similar el precio de venta al público de sus productos.

7.5.1. Abuso de posición dominante

La explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio, se entiende la situación en la que una empresa tiene la posibilidad de desarrollar un comportamiento relativamente independiente que le permita actuar en el mercado sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores.[73]

La mera posición de dominio, no es por si sola ilegal, puesto que ésta puede ser resultado de un buen desempeño empresarial, sino un abuso de la misma que pretenda restringir la libre competencia debilitando a los competidores, obstaculizando la entrada a otras empresas o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores.

7.5.2. Actos desleales

Otra de las cuestiones que la literatura en materia de la competencia sanciona son los actos de competencia desleal que, por obrar de manera sensible la libre competencia, afecten al interés público.[74]

7.6. El procedimiento en conductas prohibidas

En primer lugar las Agencias Independientes que actúan en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso se apoderara al Tribunal de Defensa de la Competencia, quien es el órgano encargado de resolver acerca de la existencia o no de conductas prohibidas y determinar, en su caso, las sanciones que corresponda imponer.

Si el Servicio no halla pruebas de infracción, se declara el sobreseimiento del expediente. Contra esta decisión el denunciante puede interponer recurso ante el Tribunal.

Si, por el contrario, el Servicio considera los hechos como prácticas prohibidas remite un informe propuesta al Tribunal que resuelve poniendo fin a la vía administrativa. Contra dicha resolución cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo de lugar.

La cuantía de las sanciones que puede imponer el Tribunal depende, entre otras circunstancias, de la dimensión del mercado afectado, la duración de la restricción de la competencia o la reiteración en la realización de conductas prohibidas.

---

73 Ejemplos de explotación abusiva de una posición de dominio son la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios o la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los mismos.

74 Ejemplos de este tipo de actos son los de denigración de competidores, imitación de iniciativas empresariales ajenas o explotación mediante engaño o confusión de la reputación de otros agentes.

7.7. El control de las concentraciones empresariales

Determinadas operaciones de concentración empresarial pueden suponer una alteración de la estructura de los mercados contraria al mantenimiento de una competencia efectiva. Por ello, el establecimiento de mecanismos eficaces de control de estos procesos se ha convertido en una de las preocupaciones centrales de la política económica. En un principio las agencias independientes pueden dictaminar sobre operaciones del mercado que consideren que pueden acarrear problemas de competencia, anteponiéndose con criterios técnicos del mismo, basados en la superación de ciertos umbrales en términos de volumen de ventas o cuotas de mercado.

Si el Servicio considera que existen indicios de que la operación puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva del mercado correspondiente, el Ministro de Economía solicita al Tribunal un informe y su dictamen sobre la operación. Teniendo en cuenta este informe y otras consideraciones de política económica, como pueden ser el impacto sobre el empleo, la mejora en los sistemas de producción, el progreso técnico o la competitividad internacional de la industria nacional, el Consejo de Ministros determina la procedencia, con la posibilidad de imponer condiciones, o la improcedencia de la operación.

En el proceso de elaboración de su informe, el Tribunal recibe las opiniones y consideraciones de todos los afectados y se asesora por expertos sectoriales y otros organismos. Con el objeto de evaluar el impacto sobre la competencia efectiva en el mercado se realiza un análisis de sus posibles efectos restrictivos atendiendo a circunstancias como la estructura del mercado relevante, las posibilidades de elección de los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios, el poder económico y financiero de las empresas, la evolución de la oferta y la demanda, la competencia exterior y la existencia de barreras de entrada

Esto quiere decir, por ejemplo, que si la agencia sectorial fija un precio, el órgano de la competencia siempre podrá revisarlo. Del mismo modo, existe una opinión común favorable a que todo proyecto de concentración de empresas, debiera ser notificado al servicio de defensa de la competencia, cuando se superan determinados umbrales de cuotas de mercado o de volumen de venta. También debiera ser obligación del órgano regulador remitir al tribunal de la competencia todas aquellas operaciones que, se estime, pueden obstaculizar el mantenimiento o desarrollo de una competencia efectiva en el respectivo mercado.

Esta relación tan cercana entre los entes responsables de aplicar los derechos de la competencia y las agencias independientes provoca una sobreregulacion aumentando los costos de coordinación y eliminar la superposición de facultades, generará confianza en los agentes económicos ya que sabrán identificar los criterios y políticas públicas en materia de regulación económica, es decir seguridad jurídica, concepto que no siempre compatibiliza con el objeto de la regulación y la competencia; puesto que el mercado ante todo es esencialmente dinámico y variable.

El doctor Boaventura de Sousa Santos, hablando de la interacción entre la agencia reguladora y los órganos de la competencia en un mundo globalizado y el fenómeno de la transnacionalización en la regulación, refiriéndose a los cambios en el derecho estatal de un país influidos por presiones internacionales, formales o informales, de otros estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales.

La globalización constituye un gran desafío para el tema de la interrelación entre agencias reguladoras y órganos de defensa de la competencia, la existencia de distintas autoridades y estatutos regulatorios, la intersección entre distintos sectores, exigen una necesaria colaboración tanto entre las agencias reguladoras y los órganos de defensa de la competencia, tanto a nivel interno como internacional.[75]

75 De Sousa Santos Boaventura, La Globalización del Derecho, Ed. ILSA 1998. 20.

Perspectivas da União Europeia no Novo Quadro Regulatório para as Comunicações Electrónicas*

*Miguel Azevedo Nunes***

Introdução. 1. O actual quadro regulatório como a evolução numa conquista da liberalização do sector. a) O quadro comunitário – as Directivas. b) O quadro regulatório português. c) Conclusão. 2. Necessidade de reformulação das actuais regras – procedimentos a seguir. 3. Quais as propostas – nova Autoridade para o mercado. 4. Sistema regulatório mais eficiente. 5. Menos regulação, melhor regulação. 6. Maior concorrência. Conclusão.

Introdução

O presente texto procura evidenciar as perspectivas da União Europeia no novo pacote regulatório aplicável ao sector das comunicações electrónicas, quais as propostas, as principais novidades, e quais os objectivos, são alguns dos temas que se procurará abordar, de uma forma sistemática.

Para tal, é fundamental desde logo referir a evolução ocorrida, mencionando tanto o actual quadro regulatório Europeu, e suas Directivas, como também o quadro regulatório vigente em Portugal, que se caracteriza pelo regime da autorização geral, baseado na Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro (REGICOM), como o instrumento de acesso ao sector das telecomunicações.

As perspectivas da União Europeia sobre o novo quadro regulatório aplicável ao sector passam assim antes de mais por evidenciar a necessidade de reformulação das novas regras e procedimentos em vigor.

Uma visão do actual panorama nacional e comunitário leva-nos à conclusão da necessidade de mudança, com a reformulação das actuais regras, em prol de uma regulação mais eficiente e em menor escala – *less regulation/better regulation* – e procurando uma maior protecção do consumidor e uma maior e efectiva concorrência no sector das telecomunicações.

O quadro regulamentar da União Europeia destina-se a desde logo a beneficiar os utilizadores e consumidores e as empresas, procurando garantir que a concorrência e a crescente integração do mercado europeu levem a um investimento em serviços inovadores, atraentes e a preços acessíveis – como uma concorrência saudável e desenvolvida, o objectivo do quadro regulatório da União Europeia é o de eliminar a regulamentação eco-

---

* O presente texto é da exclusiva responsabilidade do autor, não comprometendo ou veiculando a posição do Regulador Português, instituição para a qual o autor exerce serviços de consultoria jurídica.

** Advogado e Jurista no ICP-ANACOM (Autoridade Nacional de Comunicações), pós-graduado em Direito da Comunicação e em Regulação Pública e Concorrência pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

nómica *ex ante*, passando assim a sua actuação para a esfera *ex post* – intervir de forma focada e objectiva.

1. O actual quadro regulatório como a evolução numa conquista da liberalização do sector

No continente europeu a regulamentação dirigida à liberalização do sector das telecomunicações iniciou-se logo na década de 90 com as chamadas directivas de "primeira geração"[1] (1987 até 1993) que tiveram por objectivo os processos de desmantelamento dos monopólios de telecomunicações existentes, a liberalização das áreas onde se verificavam as situações de monopólio, a abertura do acesso às redes e a aplicação das regras da concorrência ao sector das telecomunicações.

Numa segunda fase (1993 até 2002), inaugurou-se um novo ciclo regulatório de regulação, na sequência da designada "Revisão de 1999", surge então um quadro regulatório com as chamadas "directivas de segunda geração".

O quadro regulatório de 2002 fruto da "Revisão de 1999" estabeleceu um novo conceito de regulação deixando marcas de consolidação e inovação de grande significado, e que foram sem dúvida uma conquista na liberalização do sector com vista à efectiva concorrência e ao estabelecimento de um mercado único, conforme teremos oportunidade de focar ao longo do presente texto.

a) O quadro comunitário – as Directivas

O actual quadro regulamentar das comunicações electrónicas é constituído por uma directiva geral, a Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de março de 2002 relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (**directiva-quadro**) e por quatro directivas específicas, a saber:

- A Directiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas **(Directiva autorização);**
- A Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (**Directiva acesso);**
- A Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas **(Directiva serviço universal);**
- A Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade

1 Sobre as etapas da evolução da regulamentação da Comissão Europeia para o sector das telecomunicações até ao ano de 1999, ver Pedro Gonçalves, Direito das Telecomunicações, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 37 e segs.

no sector das comunicações electrónicas (**Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas).**

Este pacote de directivas comunitárias foi o culminar de um processo designado de "Revisão 99" e que teve como objectivo uma reformulação do quadro regulamentar aplicável às telecomunicações de modo a uma maior harmonização legislativa entre os vários Estados-Membros. No ano de 2002, e na sequência da "Revisão de 1999" surge também uma nova abordagem regulatória para as comunicações (e já não apenas para as telecomunicações).

Breve referência ao âmbito e objectivo destes instrumentos legais

• A Directiva quadro

O âmbito e objectivo da Directiva 2002/21/CE, alterado pelo Regulamento CE nº 717/2007, de 27 de junho, conforme decorre do artigo 1º, é o estabelecimento de um quadro harmonizado para a regulamentação dos serviços de comunicações electrónicas, das redes de comunicações electrónicas e dos recursos e serviços conexos. Nela se definem as funções das autoridades reguladoras nacionais (em Portugal o ICP-ANACOM, que viu a sua natureza jurídica alterado para uma autoridade reguladora[2]) e se fixa um conjunto de procedimentos para assegurar a aplicação harmonizada do quadro regulamentar em toda a Comunidade europeia.

• A Directiva autorização

Todas as directivas assumem a sua importância no quadro regulamentar, mas não poderá deixar de se evidenciar o papel que a Directiva autorização tem, uma vez que esta visa directamente a entrada no sector das telecomunicações dos vários *players.* O seu objectivo é, pois, o de criar um mercado interno dos serviços e redes de comunicações electrónicas através da harmonização e simplificação das regras e condições de acesso ao mercado através do regime da autorização geral. O de criar um quadro jurídico que garanta a oferta de serviços e redes de comunicações electrónicas, sujeito apenas às condições previstas na directiva e às restrições que decorrem do artigo[3] 46º do Tratado de Nice, nomeadamente medidas relativas à ordem pública, à segurança pública e à saúde pública.

Esta *figura* da autorização geral mais não é do que o quadro que garante aos operadores os direitos relacionados com a oferta de redes e serviços de comunicações electróni-

2 Conforme os seus Estatutos, aprovados em anexo ao Decreto-lei nº 309/2001, de 7 de dezembro. Sobre a natureza jurídica do ICP-ANACOM pode consultar-se o seu web-site em: http://www.anacom.pt/template12.jsp?categoryId=2453.

3 Pode consultar o tratado no sitio da Comissão Europeia em em: http://eur lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12001C/htm/C_2001080PT.000101.html.

cas, e que fixa as obrigações e condições a que estes estão sujeitos na oferta dos vários serviços ou redes de comunicações electrónicas.

Trata-se assim de uma nova *figura,* que ao contrário do anterior regime regulatório para o acesso à actividade, caracterizado pela existência de Licenças e Registos, no qual os Estados-Membros sujeitavam as empresas à necessidade de obtenção de tais títulos, vem dispensar a sua obtenção, sendo bastante a comunicação ou notificação da oferta da rede ou serviço por parte das empresas requerentes.

• A Directiva acesso

Esta Directiva visa harmonizar o modo com os Estados-Membros regulamentam o acesso e a interligação das redes de comunicações electrónicas. O objectivo da Directiva 2002/19/CE de 2002, é o estabelecimento de um quadro regulamentar aplicável às relações entre os fornecedores de redes e serviços de em prol de uma sustentável concorrência e de uma interoperabilidade dos serviços de comunicações electrónicas. Nela se fixam os direitos e obrigações dos operadores e das empresas que desejam obter a interligação ou o acesso às suas redes.

• A Directiva serviço universal

A Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, tem como objectivo que os Estados-Membros disponibilizem serviços acessíveis ao público de qualidade. Nela se fixa, que no âmbito do serviço universal, os Estados garantirão que os serviços sejam disponibilizados, com qualidade, a todos os utilizadores finais, independentemente da sua localização geográfica, e a preços acessíveis.

• A Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas

A Directiva 2002/58/CE, objecto de posterior alteração pela Directiva 2006/24/CE, visa as disposições dos Estados-Membros necessárias para garantir um nível equivalente de protecção dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à privacidade, no que respeita ao tratamento de dados pessoais no sector das comunicações electrónicas, e para garantir a livre circulação desses dados e de equipamentos e serviços de comunicações electrónicas na Comunidade.

Outros

Para além da Directiva quadro e das restantes Directivas, o quadro comunitário é também composto pelo Regulamento (CE) nº 2887/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à oferta de acesso desagregado ao lacete local, pela Directiva 2002/77/CE da Comissão relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de

comunicações electrónicas, à Decisão nº 676/2002/CE, relativa a um quadro regulamentar para o política do espectro de radiofrequências na comunidade, sendo também de evidenciar as Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações electrónicas[4] e a Recomendação da Comissão relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector de comunicações electrónicas susceptíveis de uma regulamentação *ex ante*.[5]

O actual pacote relatório trouxe à Europa e à legislação dos vários Estados-Membros, inclusive a Portugal, como se verá de seguida, grandes mudanças não só ao nível do próprio conceito de regulação como também nos objectivos visados, ao procurar criar as condições para o desenvolvimento de um mercado dinâmico e competitivo, para a facilitação da convergência de serviços, redes e tecnologias e para o desenvolvimento de serviços pan-europeus.

A designada "Revisão 99" foi ambiciosa e colhe ainda hoje frutos da sua ambição, as propostas específicas[6] para a mudança referem-se as áreas como:

i. O licenciamento e autorizações;
ii. O acesso e interligação;
iii. A gestão de espectro e radiofrequências;
iv. O serviço universal;
v. Os interesses dos consumidores e utilizadores de serviços;
vi. A numeração de atribuição de nomes e endereços;
vii. As questões específicas de concorrência e questões institucionais.

Veremos, *infra,* em jeito de conclusão, quais os aspectos decisivos que marcaram as novas orientações regulatórias ora materializadas também no quadro regulatório português através do REGICOM.

b) O quadro regulatório português

• O REGICOM

Portugal, que até à transposição deste pacote regulatório tinha como quadro regulamentar para o sector das telecomunicações um conjunto de vários diplomas, tornando a regulação abundante e administrativamente pesada, com a existência de várias diplomas legais dispersos, e sustentada num regime de acesso à actividade caracterizado pelas licenças ou registos como condição da oferta de serviços ou redes de telecomunicações, vê um

4 Jornal Oficial das Comunidades Europeias (JO 2002 C165/6) em: http://publications.europa.eu/index_pt.htm.
5 Jornal Oficial das Comunidades Europeias (JO 2003 L114/45).
6 *Vide* a Comunicação da Comissão – Para um novo quadro das infra-estruturas das comunicações electrónicas e serviços conexos (COM 1999) 539, 10.11.199.

conjunto de diplomas revogados (um total de 12 de diplomas legais[7]) e o nascimento de um novo instrumento legal para o sector das comunicações electrónicas, reunindo assim, numa única Lei, um conjunto de matérias que até então estavam dispersas por vários instrumentos; – A Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro, designada de REGICOM (Regime Jurídico das Comunicações Electrónicas).

O Governo português optou assim por efectuar a transposição das várias Directivas que referimos, num único diploma, e no qual se evidenciam as novas premissas regulatórias para o sector das comunicações electrónicas.

Sendo um dos objectivos do actual quadro comunitário a harmonização e simplificação do regime de acesso actividade nos vários Estados-Membros, uma vez que a existência de vários regimes nos vários países, cada um com os seus condicionalismos próprios, e com as suas próprias barreiras à entrada, tornava o sector pouco competitivo, é de destacar a criação do Regime da Autorização Geral, que seguindo o estabelecido na Directiva autorização, foi então consagrado em Portugal no através do REGICOM.

Tal como *supra* mencionado quando nos referimos à Directiva autorização, o regime da autorização geral mais não é do que o quadro que garante aos operadores os direitos relacionados com a oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas, e que fixa as obrigações e condições a que estes estão sujeitos na oferta dos vários serviços ou redes de comunicações electrónicas.

Neste domínio, e de acordo com o estabelecido no REGICOM, podemos falar em dois regimes;[8]

O regime de Autorização Geral

Que podemos designar como uma espécie de autorização *legislativa ou regulamentar* (emanada de um órgão da Administração, a ANACOM nos termos do REGICOM), isto é, de uma permissão que resulta directamente da Lei para quaisquer empresas (noção em sentido não estritamente comercial[9]). Por conseguinte, as empresas que desejem oferecer redes ou serviços de comunicações electrónicas em Portugal não necessitam mais de requerer uma Licença, tal como anteriormente se verificava, quando as empresas requeriam a atribuição de uma licença para a prestação do serviço fixo de telefone ou para operar uma rede de telecomunicações.

Agora, e nos termos do REGICOM, as empresas apenas necessitam de comunicar o início da sua actividade, enviando uma descrição sucinta de rede ou serviço que pretendem oferecer, e mencionar a data de início de actividade. Após a recepção desses elemen-

7 Conforme o disposto no artigo 127º da Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro.

8 Cfr. Pedro Gonçalves, *in* "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal", Direito e (Tele)comunicações, Coimbra Editora, pp. 109 a 152.

9 Neste sentido, e entre várias, seguimos a noção de empresa dada pela Lei que aprova o regime jurídico da concorrência, Lei nº 18/2003, de 11 de junho, e que é a seguinte: Considera-se empresa, qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento.

tos,[10] a ANACOM emitirá uma declaração que confirma os direitos em matéria de acesso e interligação (direito a negociar a interligação, direito de acesso ou de passagem) e descreve ainda quais as condições a que as empresas estão sujeitas na oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas.

Um empresa pode assim oferecer um conjunto de serviços ou redes de comunicações electrónicas, sem ter que requerer várias licenças e sem que se sujeitar a vários procedimentos administrativos.[11]

A flexibilização e agilização nos procedimentos conduziu-nos a um mercado mais concorrencial, com mais ofertas, mais serviço e mais empresas.

O Regime de atribuição de direitos de utilização

Quando as empresas que desejem oferecer redes ou serviços de comunicações electrónicas necessitem para o efeito de frequências radioeléctricas ou números, têm além de comunicar a sua actividade nos termos do regime da autorização geral, tal como mencionamos, requerer à ANACOM à atribuição de Direitos de Utilização de Números ou Direitos de Utilização de Frequências.

Nesta situação, parece então que nos aproximamos do regime da licença administrativa já que está em causa um acto administrativo de atribuição de direitos.[12] As empresas requerem a atribuição de direitos formulando um pedido à ANACOM. Tratando-se da atribuição de direitos de utilização de números ou frequências, este acto tem por base, no caso dos números, princípios e critérios claros e bem definidos que asseguram não só uma gestão eficaz desse recurso, mas também, e fundamentalmente, um acesso transparente e não discriminatório uma vez que se trata de recursos escassos.

No caso dos direitos de utilização de frequências, quando se tenha verificado a limitação da atribuição do número de direitos a atribuir (tendo em conta os princípios referidos, a concorrência e os interesse dos consumidores), o procedimento de atribuição será de iniciativa oficiosa e através de concurso em princípio.

É pois de verificar que quando está em causa a oferta de serviços que requerem a utilização de frequências o acesso ao mercado tem mais condicionantes ou mesmo mais obstáculos, que dependem de uma decisão administrativa.

No que se refere ao acesso ao sector, vertente que ora consideramos mais relevante para ilustrar em traços gerais o actual quadro regulatório português, o REGICOM pode assim caracterizar-se pelo regime da autorização geral e pelo regime da atribuição de direitos de utilização – de números e de frequências.

---

10 Ver que os procedimentos que as empresas devem observar para o início da oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas em: http://www.anacom.pt/template25.jsp?categoryId=113659.

11 Evidencie-se contudo que, nos termos do disposto no artigo 113, nº 1, alínea c), do REGICOM, a oferta de redes ou serviço de comunicações sem a comunicação de início de actividade constitui contra-ordenação punível com coima.

12 Nesse sentido, Pedro Gonçalves *in* "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal", Direito e (Tele)comunicações, Coimbra Editora, pp. 109 a 152.

c) Conclusão

Conforme referimos, o actual quadro regulatório que teve origem na designada "Revisão de 1999", veio trazer importantes alterações tanto ao nível dos sistemas legislativos dos vários Estados-Membros como também importantes orientações regulatórias, que reputamos de essenciais, postas em prática em Portugal através do REGICOM.

São elas:[13]

a. Separação funcional entre regulação da transmissão e regulação de conteúdos

Na verdade, um dos objectivos da Comissão Europeia, materializada na directiva quadro, foi a separação entre as actividades de transmissão e transporte de sinais através de redes de comunicações electrónicas, das actividades dos conteúdos que abrangem essas redes, como por exemplo os conteúdos radiodifundidos, serviços financeiros ou determinados serviços da sociedade de informação.[14] Assim, uma empresa que por exemplo ofereça serviços de acesso à Internet, efectuando tanto o transporte e transmissão de sinais como também forneça conteúdos em linha, apenas estará sujeita à regulamentação das comunicações na medida em que efectua o transporte ou transmissão de sinais.

b. Neutralidade tecnológica

A *nova regulação* inspira-se numa abordagem de convergência tecnológica, entre as telecomunicações, meios de comunicação social e tecnologias de informação, no sentido em que essa convergência permite a utilização do mesmo equipamento para receber comunicações endereçadas e difundidas para o público e para o transporte de comunicações.

Nesse pressuposto, o actual quadro regulatório integra todos os sistemas de transmissão de sinais, subsumindo-os no conceito de redes de comunicações electrónicas,[15] passando esta noção a abrange tanto um rede de radiodifusão sonora como uma rede de televisão por cabo.

---

13 Cfr. Pedro Gonçalves, "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal", *in* Direito e (Tele)comunicações, Coimbra Editora, pp. 109 a 152.

14 Nos termos do artigo 2º do REGICOM, excluem-se do seu âmbito de aplicação: Os serviços da sociedade da informação, definidos no Decreto-lei nº 58/2000, de 18 de abril, que não consistam total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas; e os serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de áudio-texto.

15 Nos termos do artigo 3º da alínea x) do REGICOM, rede de comunicações electrónicas são todos os sistemas de transmissão e, se for o caso, os equipamentos de comutação ou encaminhamento e os demais recursos que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioeléctricos, meios ópticos, ou por outros meios electromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas (com comutação de circuitos ou de pacotes, incluindo a Internet) e móveis, os sistemas de cabos de electricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes utilizadas para a radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida.

Assim se explica, também, porque razão falamos hoje em comunicações electrónicas e não em apenas em telecomunicações.[16] Este regime é por isso concebido numa visão de convergência, para que englobe todas as formas de comunicação e transmissão tecnológica, tanto para o transporte de voz, com para Internet ou distribuição de programas de televisão.

c. Abolição dos direitos especiais ou exclusivos

A Comissão já tinha encorajado os Estados-Membros a abolir a existência de direitos especiais ou exclusivos, no sentido em que estes são um factor de distorção de concorrência. Ora, por lado a Directiva 2002/77/CEM vem confirmar isto, por outro é consagrado a liberdade de acesso ao mercado através do regime da autorização geral, criado pela directiva autorização tal como *supra* nos referimos. É pois de concluir por uma liberdade de acesso e de iniciativa económica ao sector das comunicações electrónicas.

d. Modelo de regulação independente

A "revisão de 1999" teve como um dos objectivos fundamentais o de encorajar os Estados-Membros a conferirem as funções de regulação e regulamentação do sector, a entidades administrativas independentes do poder governativo. Entre nós, tal foi conseguido pela transformação do Instituto Português das Comunicações em ICP-ANACOM (Autoridade Nacional de Comunicações), uma Autoridade Reguladora, que não sendo uma Agência ao "estilo" americano, é de facto uma entidade administrativa independente,[17] que regula e supervisiona em Portugal a actuação dos vários *players* do sector das comunicações.

e. Preferência na aplicação da regulação da concorrência à regulação sectorial

Numa 1º fase da liberalização do sector das telecomunicações houve necessidade de impor uma regulação sectorial, isto é específica para o sector, própria para uma situação comum de monopólios, caracterizada pela existência de grandes desequilíbrios entre os operadores dominantes e aqueles que estavam a entrar no sector, e que levou a imposição de medidas para próprias para estabelecimento da liberalização e desmonopolização do sector com vista à criação de efectiva concorrência.

A regulação funcionava assim num plano assimétrico e *ex ante*, impondo aos operadores mais fortes obrigações específicas, de forma a favorecer a entrada no mercado dos

16 Cfr. Ian Walsen, "creating a competitive market: The evolution of European telecommunication law", *in* Direito e (Tele)comunicações, Coimbra Editora, pp. 109 a 152.

17 Conforme o estatuído nos artigos 1º e 4 (O artigo 4º consagra a Independência funcional da ANACOM já que se refere que o ICP-ANACOM é independente no exercício das suas funções, no quadro da lei, sem prejuízo dos princípios orientadores de política fixados pelo Governo, nos termos constitucionais e legais, e dos actos sujeitos a tutela ministerial, nos termos previstos na lei e nos estatutos) dos estatutos do ICP-ANACOM, aprovados em anexo ao Decreto-Lei nº 309/2001, de 7 de dezembro.

novos operadores. Porém, à medida que o mercado vai-se consolidando e havendo mais concorrência, a ideia é a de que ele pode ser regulado já não sempre de forma *ex ante* mas sim *ex post,* ou seja de que pode ser regulado, em termos gerais, pelas regras do direito da concorrência (que actua com uma função repressiva e punitiva), excepto nas situações em que há necessidade de se intervir antes.

Isto é, em traços gerais, apenas vamos recorrer à aplicação da regulação *ex ante* no caso de existir necessidade, e esse necessidade surge desde logo quando um ou mais operadores têm poder de mercado significativo nem determinado mercado relevante, fazendo com que não exista concorrência, nesse caso teremos de fixar obrigações *ex ante* para essas empresas.

Do exposto, não significa que a regulação *ex ante* deixe de se aplicar ou de ter importância, mas apenas que as orientações regulatórias e o caminho da liberalização do sector tal qual tem sido seguido pela Comissão impõe um tratamento e uma visão mais evoluída, no sentido em que os devem ser os mercado a funcionar sem a ingerência pública a não ser quando se verifiquem condutas ou práticas restritivas ou lesivas.

f. Atribuição de poderes à Comissão Europeia

O pacote de 2002 trouxe também como novidades, a atribuição do poder de direito de veto à Comissão quando a certas medidas nacionais, e ainda a de poder emitir recomendações e linhas de orientações que as autoridades reguladores nacionais tem de ter em consideração na sua actuação. Questiona-se, de facto, o largo poder de controlo e regulação quanto aos vários Estados-Membros por parte da Comissão, ao instituir uma instância de controle supra-nacional.

g. Manutenção da Regulação do Serviço Universal

O pacote de 2002 deixou também a sua marca social, se assim o podemos designar, mantendo a garantia por parte dos Estados-Membros em assegurar a existência de um serviço universal. Neste contexto, a Directiva serviço universal define o seu âmbito, exigindo que os Estados-Membros garantam a ligação à rede telefónica pública e acesso aos serviços telefónicos num local fixo, listas e serviços de informação de listas e postos públicos, a preços justos e com o mínimo de qualidade a todos os cidadãos.

2. Necessidade de reformulação das actuais regras – procedimentos a seguir

Até aqui tentámos dar uma perspectiva sobre a evolução regulatória na União Europeia nas últimas décadas no sector das telecomunicações, numa vertente mais prática, evidenciando em que consistiu a designada "Revisão de 1999", sua importância, com a criação de um novo pacote de Directivas em 2002, uma Directiva quadro, e outras quatro Directivas, que marcam um novo ciclo regulatório de regulação ("as Directivas de segunda geração", sendo que as primeiras visaram a liberalização enquan-

to tal[18]) nos vários Estados-Membros, e também a situação em Portugal, que viu a transposição de quadro regulatório efectuado através de um único instrumento legal, a Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro – O REGICOM.

É um facto que a liberalização das telecomunicações trouxe importantes consequências e benefícios para os consumidores, desde logo com os preços dos serviços a descerem sensivelmente 30% e com uma maior concorrência no sector.

Ora, não obstante o caminho que se foi trilhando, desde uma liberalização transitória nos finais dos anos 80, passando por uma liberalização progressiva e gradual, e finalmente por uma liberalização total em finais dos anos 90, com vista ao estabelecimento de um mercado de redes e serviços de comunicações electrónicas, em ambiente de sã concorrência, não podemos deixar de registar que para os tempos que correm o quadro alcançado necessita de ser alterado e melhorado.

Hoje em dia o papel das comunicações na União Europeia assume mais do que nunca uma importância vital e central na vida dos cidadãos, tanto a nível pessoal, como na sua vida profissional.

De facto, nos dias de hoje uma grande parte dos cidadãos da União Europeia possui um telefone móvel, sendo que Portugal é neste domínio dos países com maior taxa de penetração (no final do 1º trimestre de 2008 a taxa de penetração deste serviço ascendia a 129 por 100 habitantes),[19] acresce que quase ninguém na sua profissão prescinde também de um telefone móvel, ou de fazer uso dos sistemas de voz através da Internet (VoIP) (*voice over Internet protocol)* ou ainda de beneficiar de novas ofertas como as que surgem através de sistemas de *triple play* que nos trazem internet televisão e telefone, por exemplo. É pois, muito difícil, imaginar a vida de hoje sem as comunicações.

Acresce que a sua importância em termos económicas é muito expressiva sendo um dos sectores da União Europeia mais relevantes que emprega sensivelmente 4% dos cidadãos,[20] e movimenta cerca 290 biliões de Euros anualmente.

Mas muito há para fazer ainda, para os que consumidores europeus possam beneficiar de mais serviços com melhor qualidade e a preços mais reduzidos.

Em 2006, no 11º Relatório,[21] a Comissão Europeia evidenciava um balanço positivo sobre a implementação do pacote regulatório de 2002 nos vários Estados-Membros, porém no 12º Relatório[22] a conclusão já não é tão optimista, realçando-se um conjunto de situações que no entender da Comissão obstam à concretização dos objectivos propostos.

Uma das observações registadas tem exactamente que ver com a necessidade de existir uma maior harmonização entre as várias regulações. De facto, hoje em dia apenas existem alguns operadores que oferecem serviços pan-europeus, e a maioria dos operadores oferece apenas serviços a nível nacional.

18 Sobre as etapas de evolução da regulamentação da CE para o sector das telecomunicações até ao ano de 1999, Cfr. Pedro Gonçalves, Direito das Telecomunicações, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 37 e sgs.

19 Fonte: ANACOM, em: http://www.anacom.pt/template12.jsp?categoryId=258062.

20 "Reforming the current telecom rules" – European Commission, Information Society and Media.

21 Regulamentação e mercados europeus das comunicações electrónicas em 2005 – COM (2006) 68, de 20 de fevereiro de 2006.

22 COM(2007) 155, de 29 de março de 2007.

Questiona-se, por exemplo, por que razão não havendo fronteiras a nível do espectro radioeléctrico e se de facto a Internet pode ser acessível em qualquer parte, o mercado dos 27 Estados-Membros está ainda tão fragmentado neste sector.

Uma das razões para que tal aconteça é porque a lei e os procedimentos exigidos para a oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas não são os mesmos entre os vários Estados-Membros.

Como exemplo, de sucesso, de uma medida regulatória adoptada entre os vários Estado-Membros (*achieving homogeneity within the EU*) temos o caso da Regulação sobre *roaming*, que entrou em vigor dia 30 de junho de 2007,[23] permitindo que os cidadãos da União Europeia possam beneficiar de melhores tarifas nos preços das suas comunicações quando viajam pelos vários países da União Europeia.

As várias Autoridades Reguladoras ou as entidades que exercem os poderes de Regulação no sector actuam ainda de forma diferente e isso é hoje um factor que pode condicionar a entrada de novos *players* e a desejável ambicionada concorrência no sector. Um dos objectivos da Comissão no novo pacote regulatório é pois o estabelecimento de uma maior aproximação regulatória entre os 27 países, com a novidade de vir existir a par das várias instâncias reguladoras nacionais, uma nova autoridade, supra nacional, a Autoridade para o mercado das Comunicações (Autoridade), da qual *infra* se dará conta. É entendimento da Comissão que uma melhor e eficaz regulação do sector passa também por mecanismos de colaboração entre as autoridade reguladoras nacionais e a Autoridade a criar, voltaremos mais adiante a este tema.

Outro dos problemas, no entender da Comissão é o facto dos chamados operadores históricos ainda deterem uma grande quota no mercado. A Comissão reconhece hoje que continuam a existir mercados onde os operadores incumbentes detêm poder de mercado significativo (como é o caso de Portugal em que se verifica que o operador incumbente PT Comunicações, S.A. tem um PMS em quase todas os mercados identificados), que isso prejudica a concorrência no sector, e que tal como antes nos referimos a propósito nas novas orientações regulatórias, a regulação terá de funcionar mais numa vertente *ex post* por forma a corrigir a assimetria nos mercados e na concorrência.

As propostas para o novo quadro regulatório são o resultado de 2 anos de trabalhos entre as entidades reguladoras dos vários Estados-Membros, os operadores, os representantes das empresas do sector, associações de consumidores, e outros intervenientes, sendo de prever a sua conclusão em 2010 (Iniciativa i2010).

A nova reforma regulatória para o sector das comunicações electrónicas na União Europeia aponta os seguintes objectivos:[24]

a) Regular menos e melhor

Regulando menos e com mais eficácia, principalmente quando a concorrência já existe e o mercado funciona, e incidindo com eficácia sobretudo nas áreas onde ainda se verifica o chamado efeito *bottleneck* que impede o aparecimento de novos *players*.

23 Publicada no JOC L 717, 29 de Junho de 2007 – *Regulation (EC) No 717/2007 of the European Parliament and of the Council of 27 June 2007 on roaming on public mobile telephone networks within the Community and amending Directive 2002/21/EC.*

24 "The need for reform", Factsheets on the reform – European Commission, Information Society and Media.

b) Reforçar os poderes e independência das autoridades reguladoras

Independência dos governos e dos próprios regulados. O reforço da independência dos reguladores é desde logo uma garantia de uma regulação pró-consumidores. Refira-se, a propósito, que em muitos Estados-Membros o operador dominante é ainda detido a 100% pelo Estado, é o que se verifica por exemplo no Chipre ou Eslovénia em que o Governo detém a totalidade das acções dos operadores incumbentes. Ora, uma relação próxima entre Reguladores e Regulados leva necessariamente a uma regulação ineficaz com práticas regulatórias menos boas, reforçando o proteccionismo nacional, e colocando em segundo plano o interesse dos consumidores. Contudo, e pese embora a vontade da Comissão no reforço dos poderes das autoridade reguladoras, certo é que em nosso entender no caso de Portugal, tal não se verifica, já que esta reforma praticamente nada vem acrescentar aos poderes que a ANACOM já dispõe, resumindo-se apenas a um *ligeiro* reforço quando aos poderes repressivos e punitivos ou a um aumento das causas de destituição do seu Presidente.

c) Reforçar a protecção dos consumidores

Reforçar a protecção dos utilizadores de redes de e serviços de comunicações electrónicas.

d) Reformar a segurança e protecção das redes de comunicações

Aumentar a segurança das redes de comunicações contra eventuais ataques de *spam*, vírus informáticos ou outros *ciber attacks.*

e) Criar as condições para um mercado único

Estabelecer as condições para o estabelecimento de um mercado único no qual as regras e os procedimentos são aplicados todos da mesma forma nos vários Estados-Membros, com a ajuda da nova autoridade para o mercado a criar, Autoridade para o mercado das Telecomunicações.

f) Procedimentos a seguir

Das ideias é necessário passar à prática, e dentro da União Europeia existe um procedimento a seguir até que as propostas apresentadas sejam definitivas e estejam aprovadas para então serem transpostas para pelos 27 Estados-Membros.

Nos termos do designado procedimento de co-decisão vigente na União Europeia o quadro regulatório é adoptado conjuntamente entre o Parlamento Europeu e o Conselho após todos os Estados-Membros se terem pronunciado sobre as propostas apresentadas pela Comissão.[25] O texto final é aprovado após uma larga discussão tanto em sede do

25 Para seguir o acompanhamento do processo de aprovação do novo pacote regulatório pode consultar-se o PreLex Parliament's legislative observer em: http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5539232.

Parlamento Europeu, como nos comités, e no Conselho, como entre os vários representantes dos Estados-Membros, com os ministros responsáveis pela respectiva pasta da área das comunicações a completarem as negociações ao mais alto nível.

A nível dos vários Estados-Membros o procedimento de transposição varia de Estado para Estado (de notar que no caso por exemplo da Directiva sobre a criação da Autoridade para o mercado a sua aplicação é imediata após aprovação), sendo que o prazo para a transposição das Directivas na legislação nacional é fixado nas próprias Directivas. Embora o prazo médio seja de um ano para a transposição, em Portugal esse prazo é por regra ultrapassado.

Dada a relevância das matérias constantes das Directivas aprovadas, a Comissão espera que o trabalho dos 27 Estados-Membros na transposição do novo pacote regulatório esteja concluído e entre em vigor já em 2010 (Iniciativa i2010).

Realça-se, por isso, que o presente texto é neste aspecto actual já que a previsão é que a discussão das propostas apresentadas se faça durante o 1º ou 2º semestres de 2008 (Presidências Eslovena e Francesa da União Europeia, respectivamente).

Evidencie-se que, o grupo de Reguladores Europeus (ERG) já se pronunciou[26] sobre a generalidade das propostas apresentadas pela Comissão, posição essa expressa em carta enviada à Comissária Europeia para a Sociedade de Informação e Media.

3. Quais as propostas – nova Autoridade para o mercado

Em novembro de 2007 foram aprovadas as propostas para a reforma do novo quadro regulatório. Integram este novo pacote, duas Directivas, um Regulamento, duas Comunicações, uma Recomendação e o respectivo documento explicativo, bem como um Relatório de Impacto e o respectivo sumário executivo, designados de "Revisão 2006".

A Comissão vê este novo pacote como o instrumento legal que, num mercado único de 500 milhões de consumidores, vai reforçar os direitos dos consumidores e utilizadores de redes e serviços, permitir-lhes uma oferta mais alargada, com qualidade e de tarifas mais reduzidas.

Para alcançar estes objectivos a Comissão prevê uma mudança, que se consubstancia desde logo num reforço dos poderes e independência das autoridades reguladoras, numa regulação mais específica, com realce para a eficácia no estabelecimento da concorrência, numa protecção e segurança das redes tornando-as menos vulneráveis, à luz das propostas da Comissão, uma nova Autoridade para o sector que será um *plus* na execução desta tarefa agindo como braço direito da Comissão e assegurando que as regras são aplicadas de forma consistente e harmoniza entre os vários Estados-Membros.

Citando o Presidente da Comissão Europeia a propósito da aprovação das propostas, " *de hoje em diante, um mercado único sem fronteiras para os operadores de telecomunicações e para os consumidores não é mais um sonho".*

26 Carta para a Comissária Europeia para a Sociedade de Informação em: http://www.erg.eu.int/doc/publications/viviane_reding_letter.pdf.

O Impacto na vida dos cidadãos[27]

Com esta reforma, a Comissão espera que as telecomunicações se tornem mais seguras, mais acessíveis, mais baratas e transparentes para os todos os cidadãos, com maior oportunidade de escolha para os utilizadores de serviços e redes.

Com as novas regras vai ser mais simples aos utilizadores, não só comparar as tarifas dos vários operadores, pois estes vão ter fornecer a informação relevante sobre o preços e condições dos serviços, permitindo assim que os utilizadores possam fazer as suas escolhas de um modo mais informado, como também trocar de operador. A Comissão prevê que partir da entrada em vigor do novo quadro regulatório os cidadãos possam mudar de operador em menos de 24 horas mantendo o mesmo número (*number portability*).

A reforma visa também obter um melhor acesso aos serviços de emergência (marcando o número 112 a partir de qualquer telefone móvel ou fixo) em qualquer parte da Europa. De facto, hoje o número de emergência Europeu não funciona de forma eficaz pois não está implementado em todos os Estados-Membros de igual forma.

Mas visa também assegurar que os utilizadores com deficiência, com necessidades especiais ou idosos, possam ter um acesso fácil e sem problemas aos serviços, designadamente que consigam compreender os preços que lhe são cobrados (o que hoje em dia ainda não se verifica na maioria dos Estados-Membros que nem sequer legislação criada para estas situações têm aprovada), como por exemplo a introdução de canais com sinais na linguagem para invisuais.

Importante, também, é o objectivo de alcançar serviços de banda larga para todos. O *switch off* da televisão analógica para o início da televisão digital imposto pela Comissão e que deverá ter lugar até ao ano de 2012 deverá conduzir a uma libertação de espectro a ser usada para outros fins, designadamente para oferecer serviços de acesso à internet em banda larga, por exemplo recorrendo a *wirelless Lan*, servindo locais ou regiões, que pelo seu difícil acesso às infraestruturas de cabo não são capazes de oferecer o serviço.

Com impacto na vida dos cidadãos, são também as medidas previstas para a tomada de decisões dos reguladores, que verão no seu processo de tomada de decisão a participação das organizações dos consumidores (ressalva-se quanto a este aspecto que por exemplo no caso Português isso já se verifica).

Vejamos, então, em concreto, como se propõe a Comissão alcançar estes ambiciosos objectivos, designadamente com os instrumentos legais que fazem parte destas propostas:

a) Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera as Directiva Quadro, Acesso e Autorização[28]

Esta proposta vem alterar a Directiva 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva

27 "Why Europe's Telecoms Reform concerns you…" Factsheet 64 – European Commission, Information Society and Media.

28 COM(2007) 697 final emhttp://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/proposals/697/com_2007_0697_pt.pdf: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/proposals/697/com_2007_0697_pt.pdf.

2002/19/CE, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos, e a Directiva 2002/20/CE, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas.

A ideia da Comissão com esta reforma *tripla é* de ajustar o quadro regulamentar das comunicações electrónicas, melhorando a sua eficácia, reduzir os custos administrativos necessários para a execução da regulação económica (referimo-nos o processo de análise de mercados) e tornar o acesso às radiofrequências mais simples e mais eficiente.

Os objectivos desta proposta de Directiva resumem-se em:

1. Criar as condições para uma gestão mais eficiente do espectro facilitando o acesso dos operadores ao espectro e a estimular a inovação;
2. Garantir que nos casos em que seja necessária regulamentação, esta seja mais eficaz e mais simples para os operadores e para os reguladores;
3. Harmonizar o quadro regulatórios entre os vários Estados-Membros.

b) Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva Serviço Universal e a Directiva Privacidade[29]

Esta proposta vem alterar a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) nº 2006/2004 relativo à cooperação no domínio da defesa do consumidor

A ideia da Comissão com esta proposta *dupla* é reforçar alguns direitos dos consumidores e dos utilizadores, em particular no que toca à acessibilidade, e assegurar que as comunicações sejam seguras e fiáveis, e proporcionem um elevado nível de protecção da privacidade e dos dados pessoais. Evidencie-se que, neste proposta não é alterado nem o âmbito nem o conceito do Serviço Universal, já que estes são objecto de uma consulta à parte.

Os objectivos desta proposta de Directiva resumem-se em:

1. Reforçar e melhorar a protecção dos consumidores e os direitos dos utilizadores no sector das comunicações, nomeadamente fornecendo aos consumidores mais informações sobre preços e condições de oferta e facilitando o acesso e a utilização das comunicações, incluindo serviços de emergência, pelos utilizadores com deficiência ou com necessidades especiais;
2. Melhorar a protecção da privacidade e dos dados pessoais no sector das comunicações, nomeadamente através de disposições que reforçam a segurança e de melhores mecanismos de repressão.

29 COM(2007) 698 final em: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/proposals/698/com_2007_0698_pt.pdf http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/proposals/698/com_2007_0698_pt.pdf.

c) Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que institui a Autoridade Europeia para o Mercado das Comunicações Electrónicas[30]

Tendo a Comissão constatado que actualmente se verificam muitos problemas a nível da falta de coerência na aplicação das regras comunitárias e fragmentação regulamentar do mercado interno, pois na verdade a existência de diferentes abordagens regulatórias, diferentes competências das autoridades reguladores, diferentes recursos financeiros e humanos, é no entender da Comissão visto como um obstáculo para o desenvolvimento tecnológico e para o desenvolvimento de serviços pan-europeus, avançou então com a proposta da criação de uma nova Autoridade, independente, que coopere estritamente com os vários Estados-Membros e que tem como objectivo apoiar a Comissão e os reguladores nacionais no cumprimento das regras do mercado, de forma consistente, independente e sem proteccionismo, em todos os Estados-Membros.

d) Recomendação 2007/879/CE[31]

Deste conjunto de propostas saliente-se a Recomendação da Comissão relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação *ex ante* em conformidade com a Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas.

A Comissão considera que, em princípio, não é necessário os órgãos reguladores nacionais regularem metade dos actuais dezoito mercados sujeitos à regulação *ex ante.* Esta Recomendação tem como antecedente a Recomendação 2003/311/CE, de 11 de fevereiro de 2003, que identificou os dezoito mercados susceptíveis de regulamentação *ex-ante* por parte das autoridades reguladoras nacionais (ARN), mercados esses que, desde então, foram analisados e notificados à CE.

Nos termos propostos, são agora previstos sete mercados, um a nível retalhista (acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes residenciais e não residenciais) e os restantes seis a nível grossista (originação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo, terminação de chamadas em redes telefónicas públicas individuais num local fixo, fornecimento grossista de acesso à infra-estrutura de rede num local fixo, fornecimento grossista de acesso em banda larga, fornecimento grossista de segmentos terminais de linhas alugadas e terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais).

A Comissão recomenda que as autoridades reguladoras nacionais, ao definirem os mercados relevantes adequados às circunstâncias nacionais, devem analisar os mercados de produtos e serviços identificados no anexo da Recomendação. Recomenda também que ao identificarem outros mercados que não os enumerados no referido anexo, devem cer-

30 COM(2007) 699 final em: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/proposals/699/com_2007_0699_pt.pdf.

31 Http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/proposals/879/l_3442007 1228pt00650069.pdf.

tificar-se de que satisfazem cumulativamente os três critérios seguintes: presença de obstáculos fortes e não transitórios à entrada nesse mercado; uma estrutura de mercado que não tenda para uma concorrência efectiva num período de tempo pertinente; e a insuficiência do direito da concorrência para, por si só, corrigir adequadamente a ou as insuficiências apresentadas pelo mercado em causa.

Embora as propostas apresentadas sejam todas muito importantes, já que as alterações a nível dos quadros regulatórios dos vários Estados-Membros vão sofrer as necessárias adequações, e não sendo esta a altura própria para nos dedicarmos ao comentário crítico sobre todas elas, decidimos apenas dar mais ênfase à proposta que institui a criação da Autoridade Europeia para o mercado das comunicações electrónicas (doravante abreviadamente designada de Autoridade), pois de facto dela resultará uma nova entidade, um novo *órgão,* com reflexos, que pensamos, ao nível da própria independência, das autoridades reguladoras dos vários Estados-Membros.

• Nova Autoridade para o mercado

As razões que a Comissão aponta para a justificação da criação desta nova entidade já tivemos oportunidade de as referir *supra* mas que podemos resumir, no facto da fragmentação do mercado ser hoje uma realidade, na existência de 27 sistemas regulatórios diferentes que são um obstáculo ao aparecimento de mais serviços pan-europeus, dos diferentes graus de independências dos reguladoras, das diferentes abordagens regulatórias face ao problema da concorrência no sector, entre outros.

Note-se contudo, que através European Regulator Group (ERG)[32] existe já algum mecanismo de cooperação nesta matéria entre as autoridades reguladoras dos 27 Estados-Membros e a Comissão, mas esta entendeu que os objectivos previstos não foram alcançados pelo grupo dos reguladores dos 27, dando como exemplo a falta de consenso em matérias *quentes* como VoIP, custo de terminação das chamadas, preços de *roaming,* entre outros, e que por isso mesmo há necessidade de algo mais.

Os objectivos com a criação da Autoridade são, em suma:[33]

1. Melhorar a qualidade e consistência da regulação na União Europeia;
2. Reforçar a cooperação entre as autoridades reguladoras nacionais e a Comissão;
3. Apoio técnico e especializado à Comissão

Estrutura

A Autoridade incluirá em conselho de reguladores composto pelos presidentes das autoridades reguladoras nacionais de todos os Estados-Membros, substituindo o Conselho

32 O ERG foi instituído pela decisão 2002/627/CE da Comissão, de 29 de julho de 2002, alterada pela Decisão 2004/641/CE, da Comissão de 14 de setembro de 2004. No momento em que o Regulamento que cria a Autoridade entrar em vigor, a Comissão revogará a Decisão que institui o ERG – ver ERG em: http://www.erg.eu.int.

33 The European Telecom Market Authority – European Commission, Information Society and Media.

de Reguladores Europeus (ERG), dirigida por um director executivo nomeado por 5 anos. A Autoridade assumirá também as funções da Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação.

A Autoridade irá assistir a Comissão e as autoridades reguladoras nacionais na coordenação e harmonização da legislação (fornecerá aconselhamento à Comissão nomeadamente na preparação das decisões regulamentares do chamado procedimento do "artigo 7º").

A Autoridade será independente e também responsável perante o Parlamento Europeu, órgão a quem prestará contas (*accountable*). As suas principais atribuições são assegurar que os 27 Estados-Membros trabalhem de forma concertada, como equipa, emitir pareceres técnicos e opiniões junto da Comissão e das autoridades reguladoras, facilitando o seu trabalho, melhorar a acessibilidade dos serviços de comunicações electrónicas aos utilizadores com necessidades especiais, supervisionar a implementação do número de emergência europeu (112), tornar mais fáceis a oferta de serviços transnacionais, tratar das questões relacionadas com a segurança das redes, vírus informáticos e *cyber attacks,* tanto junto da Comissão como criando sinergias com os reguladores dos vários Estados-Membros – não são por isso poucas as suas atribuições.

A Comissão entende que a Autoridade irá ajudar a assegurar que os consumidores Europeus e as empresas possam beneficiar de um verdadeiro e moderno mercado de serviços de comunicações, designadamente através da cooperação que irá estabelecer com as autoridades reguladoras dos 27 Estados-Membros, em matérias como VoIP, oferta de serviços pan-europeus, serviços de *roaming,* serviços móveis em aeronaves, ou outros, onde o risco de existirem 27 sistemas regulatórios com diferentes abordagens poderá colocar em causa a própria mais valia destes serviços.

Embora o tema deste texto não abranja o comentário crítico às propostas apresentadas pela Comissão na nova reforma, já que procuramos apenas dar a perspectiva comunitária, e mostrar as propostas em discussão, não podemos deixar de levantar as maiores dúvidas quanto às benefícios e aspectos positivos que a Comissão refere que advém da criação desta Autoridade. De facto, entendemos que através desta Autoridade, a Comissão terá uma maior esfera de influência e intervenção, ainda que indirectamente, em matérias que respeitam às autoridades dos vários Estados-Membros.

4. Sistema regulatório mais eficiente[34]

Já se falou que um dos principais objectivos desta reforma é o estabelecimento de um grande mercado para o sector das telecomunicações em todos os Estados-Membros, onde a concorrência funcione com resultados nas escolhas para os consumidores. Para tal a Comissão propõe uma maior consistência regulatória entre os 27.

A Comissão conclui que nos mercados analisados pelas autoridades reguladoras onde houve necessidade de impor os chamados remédios estes foram aplicados de modo diferente num Estado e noutro, não obstante existirem por vezes iguais condições no merca-

34 A more effective regulatory system – European Commission, Information Society and Media.

do, que os remédios foram impostos em tempos diferentes, e que algumas autoridades reguladoras reagem de forma diferente, e mais rápida para assegurem que os operadores respeitam as regras.

Ora, é entendimento da Comissão que tal gera uma inconsistência regulatória, e que a nova Autoridade serve desde logo para conseguir reduzir esse inconsistência e tentar aproximar os sistemas regulatórios. De facto, a Europa não conseguirá alcançar os benefícios de um mercado único enquanto existir uma fragmentação no mercado, que leva a distorções na concorrência.

Na nova reforma a Comissão vai dispor de mais poderes que no entender desta podem superar as dificuldades que provém do obstáculo da inconsistência regulatória. Nos termos reforma de 2007, a Comissão, seguido de parecer técnico da Autoridade, pode desde logo, quando e como quiser, impor o *power of enforcement* ou ainda impor certas medidas para acelerar a implementação e consistência regulatória, sempre com o objectivo de eliminar a inconsistência que hoje perduram ainda.[35]

As propostas prevêem uma simplificação no processo de análise de mercados e imposição de medidas, por forma a que a imposição de remédios possa ser mais simples e objectiva quanto aos problemas verificados. Na prática, significa que a Autoridade emitirá um parecer técnico à Comissão sobre propostas que as autoridades reguladoras nacionais apresentem ou sob propostas suas, permitindo que a Comissão formule as suas decisões com base no conhecimento técnico dos reguladores e das condições do mercado.

A Autoridade pode também, a pedido da Comissão, investigar, e propor ela própria remédios, para questões de redes ou serviços transnacionais, problemas de segurança de redes, questões de serviços oferta de pan-europeus , entre outros.

No entender da Comissão o novo sistema regulatório será mais eficiente na medida em que combina o *expertise* das autoridades reguladoras nacionais através da Autoridade, com os poderes que a Comissão dispõe. Trabalhando de perto com a Autoridade a Comissão pode agir com maior abrangência e no interesse de todos os Estados-Membros, em prol do mercado para promover a concorrência e reforçar a protecção dos consumidores.

5. Menos regulação, melhor regulação[36]

De facto, a regulação do sector trouxe importantes consequências em várias vertentes, como sejam na concorrência dos mercados, numa maior dinâmica promovendo e estimulando o investimento e a inovação, nos melhores preços para os consumidores, numa maior oportunidade de escolha quanto aos serviços. Contudo, a abordagem regulatória que se segue visa agora uma opção de desregulação, ou melhor, de orientar a regulação para as áreas onde ela seja absolutamente necessária e principalmente onde se verifiquem proble-

35 Ora, evidencie-se quanto a este propósito, que nos ficam sérias dúvidas quanto à bondade desta solução, já que pensamos que os poderes da Comissão saem reforçados, directa ou indirectamente, através da Autoridade, com a consequente diminuição da esfera de actuação das autoridades reguladoras nacionais dos vários Estados-Membros.

36 Less but better regulation – European Commission, Information Society and Media.

mas de concorrência por via do chamado "efeito de gargalo" (*bottleneck effect*) que para ser atenuada necessita de regulação específica.

Na análise dos mercados, por exemplo (7 mercados conforme prevê a Recomendação *supra* mencionada), a Comissão crê as autoridades reguladoras possam reduzir a regulação. No sentido de criar menos e melhor regulação, a nova reforma prevê também remover certas disposições que no seu entender não fazem mais sentido por serem obsoletas.

Outro dos exemplos é nos procedimentos de recurso (Direito de Recurso) da decisão proferida pela autoridade reguladora, que se prevê tornar mais simples e céleres. Na realidade, os procedimentos de recurso de uma decisão da autoridade reguladora variam de Estado-Membro para Estado-Membro, tendo efeitos diferentes quanto à decisão da autoridade reguladora nacional, *timings* diferentes, podendo nuns casos chegar a 5 anos até haver uma decisão do Tribunal. Ora, tal leva a que as empresas sintam falta de confiança no sector e coloca necessariamente problemas no mercado.

A Comissão prevê assim a criação de um procedimento único de recurso, a adoptar, a nível interno, pelos Estados-Membros, para assim se verificar uma maior consistência nos procedimentos de recurso. É razoável pensar-se que uma empresa sinta confiança num mercado de um Estado-Membro, quando sabe que pode contar com uma decisão do Tribunal que contestou uma decisão da autoridade reguladora desse Estado-Membro num curto espaço de tempo.

Uma melhor regulação, no entender da Comissão, advém também de uma maior independência das autoridades reguladoras, independentes dos Governos e das empresas *(enforcement.)* As propostas apresentadas referem um reforço dos poderes das autoridades reguladoras, um reforço dos estatutos das autoridades reguladoras.[37]

Maior flexibilidade de espectro radioeléctrico aos utilizadores é também uma forma de melhor regulação. Aumentar a flexibilidade na atribuição de espectro tornando mais simples e mais reduzidos os procedimentos administrativos dos vários Estados-Membros, incluindo o uso de espectro sem necessidade de licenciamento. Flexibilidade na atribuição do espectro significa também que os Estados-Membros devem ter uma regulação que seja tecnologicamente neutra, que seja o mercado a escolher qual a melhor tecnologia para a utilização de uma determinado frequência. Não são as autoridades reguladoras que escolhem as tecnologias ou os serviços mas sim os operadores.

A reforma prevê facilidade no acesso ao espectro por parte de empresas que necessitem de direitos de utilização de frequências em todas os Estados-Membros (é o caso por exemplo empresas que oferecem serviços de satélite).

Uma melhor regulação, é por isso, também, uma maior flexibilidade e eficiência na atribuição do espectro, que desde logo na Europa irá ter lugar com o chamado dividendo digital, expressão que designa a libertação de espectro radioeléctrico proveniente do

37 Na verdade, e no que se refere a Portugal, este reforço praticamente em nada se traduz já que os poderes da ANACOM serão os mesmos, apenas o seu poder punitivo e repressivo será aumentado com a possibilidade de aplicação de coimas de montante mais elevado. Também as causas de destituição do Presidente são aumentadas com a proposta apresentada.

switch off da televisão analógica na Europa e que servirá para oferecer um conjunto enorme de serviços com grandes oportunidades de negócio.[38]

A Comissão prevê que uma utilização eficiente do espectro possa levar a um crescimento na ordem dos 10 biliões de euros do produto interno bruto.

6. Maior concorrência[39]

Graças a anterior reforma (Revisão de 1999) existe hoje de facto maior concorrência, maior número de operadores, maior escolha para os consumidores, com preços mais atractivos que desceram em 27% desde 1996.

Todavia a concorrência permanece como algo muito importante no sector e existem ainda mercados onde ela não é efectiva (no mercado de serviço telefónico fixo por exemplo). Mas sabe-se que mais concorrência traz mais investimento, mais inovação, e preços mais reduzidos com claros benefícios para os consumidores.

Ora, só é possível uma maior concorrência com uma regulação mais focada nos aspectos essenciais, tal como antes mencionámos, (com intervenção no chamado efeito de *bottlenecks*). A regulação actuará onde a concorrência não esteja a funcionar, não seja efectiva, e nos mercados que são essenciais para que a Europa se mostre competitiva.

A concorrência é um vector da reforma proposta e que no entender da Comissão é alcançada com a nova orientação regulatória, com a criação da Autoridade para o mercado, com a aplicação dos remédios por parte da Comissão, com a chamada separação funcional, a ser impostas aos operadores incumbentes, e que permite o acesso à rede dos novos operadores (*new entrants*) para assim poderem oferecer serviços de comunicações electrónicas utilizando a rede do operador incumbente.

A Comissão entende assim que a nova reforma trará mais concorrência, mais investimento e mais inovação no sector das comunicações electrónicas, com claros benefícios e para os cidadãos europeus.

Conclusão

Ao longo do presente texto procurámos evidenciar as perspectivas da União Europeia no novo pacote regulatório aplicável ao sector das comunicações electrónicas, quais as propostas, as principais novidades, e quais os objectivos.

Para que se perceba as razões e a necessidade, que no entender da Comissão Europeia está por detrás desta reforma, abordámos, também, a evolução ocorrida, mencionado tanto o actual quadro regulatório Europeu, e suas Directivas, como também o quadro regulatório vigente em Portugal.

Uma visão do actual panorama nacional e comunitário leva-nos assim à conclusão da necessidade de mudança, com a reformulação das actuais regras, em prol de uma regula-

38 Why does the Commission propose to reform spectrum management? The EU telecom reform proposes a single market for 500 million consumers – Frequently asked questions.

39 More competition for a stronger Europe – European Commission, Information Society and Media.

ção mais eficiente e em menor escala – *less regulation/better regulation* – e procurando uma maior protecção do consumidor e uma maior e efectiva concorrência no sector das telecomunicações.

O quadro regulamentar da União Europeia destina-se a desde logo a beneficiar os utilizadores e consumidores e as empresas, procurando garantir que a concorrência e a crescente integração do mercado europeu levem a um investimento em serviços inovadores, atraentes e a preços acessíveis.

A Comissão tem assim como objectivos principais nesta reforma, um reforço da posição da Europa na vanguarda das telecomunicações, um aumento da concorrência, da inovação e do investimento, e a missão de ajudar a levar aos cidadãos melhores e mais modernas comunicações.

Por fim, e após este *balanço* conclusivo faremos apenas um breve comentário acerca da nova reforma "Revisão 2006". Breve, pois o tema do presente texto são as perspectivas da União Europeia sobre o novo quadro regulatório para as comunicações electrónicas.

Assim, não cabe aqui fazermos uma análise vasta e critica, ponto por ponto, de quais as principais alterações a nível da legislação portuguesa (REGICOM) com a transposição das novas Directivas, percorrendo as várias propostas que a Comissão apresenta, mas tão só deixarmos uma nota final sobre o pacote legislativo que compõe as propostas apresentadas.

Entendemos, quanto a este, e na sua generalidade, que se traduz num claro reforço dos poderes da Comissão, tanto por via directa, como indirectamente quando agindo no âmbito do procedimento conjunto com nova Autoridade para o mercado a criar. Na verdade, a Comissão passa a ter intervenção e actuação em matérias que ainda estão na esfera das autoridades reguladoras dos respectivos Estados-Membros. É caso, por exemplo, da intervenção no processo de identificação e definição de mercados que a Comissão passa a ter, substituindo-se nalguns casos às autoridades reguladoras, tanto nas análises nacionais como transnacionais. É o caso, por exemplo, do direito de veto da Comissão sobre os "remédios" propostos pelos autoridades reguladoras.

Mas também, em geral, passa a ter mais poderes, pois os instrumentos da actuação de que dispõe são agora maiores e passam não só pelas meras recomendações como também pelas decisões – poder de emitir decisões.

Por um lado, e em geral, a Comissão chama agora a si mais matérias para decidir que estavam na esfera de actuação das autoridades dos Estados-Membros. Por outro lado, não sabemos até que ponto a Autoridade a criar irá agir com o grau de independência e cooperação entre as autoridades reguladoras e a Comissão que se deseja, a ponto de eliminar a inconsistência regulatória existente entre os 27, que tanto se critica, e com isso potenciar o crescimento com vista ao mercado único. É que atribuindo-lhe estes poderes, está-se porventura a tirar outros, que estavam no raio de actuação das autoridades reguladoras e dos Estados-Membros.

Também vimos que o tal reforço dos poderes e independência das autoridades reguladoras, independente dos Governos e das empresas, e com um maior reforço com vista ao eficaz *enforcement* no caso da ANACOM, não é expressivo, em pouco ou nada adiantando face aos poderes que actualmente dispõe.

Por tudo isto, e não cabendo aqui efectuar a análise crítica de todas as propostas nas várias áreas em que estas se manifestam, nuns pontos até muito positivos, diremos apenas

que porventura a reforma proposta tem demasiadas boas intenções e objectivos ambiciosos para as soluções apresentadas, pois entendemos que nos termos em que estão formuladas (note-se, todavia, ainda em fase de discussão) serão concretizadas à custa da perda de poderes e da esfera de influência das autoridades reguladoras dos 27 Estados-Membros da União Europeia.

A Competitividade no Setor Portuário e o Transporte de Cargas de Terceiros nos Terminais de uso Privativo Misto

*Marcos Juruena Villela Souto**

I. Apresentação. II. Desenvolvimento, 1. O domínio da lei e o domínio da regulação. 2. A Reforma do Estado e a consequente mudança de política pública. 3. A missão da ANTAQ e das Companhias Docas na execução das atividades portuárias. 4. Os objetivos e a metodologia regulatória. 5. O exercício da competência normativa e as exigências trazidas pela norma. 6. A proposta de inovação legislativa. 7. O Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008. III. Conclusões.

I. Apresentação

Cuida-se de examinar a legalidade de norma que envolve a autorização para a exploração de terminais de uso privativo misto com vistas à movimentação de carga de terceiros.

Não restam dúvidas de que a ANTAQ possui competência para editar suas normas, calcada, especialmente, na Lei nº 10.233/2001, art. 13:

> Art. 13. As outorgas a que se refere o inciso I do art. 12 serão realizadas sob a forma de:
> V – autorização, quando se tratar de prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, de prestação de serviço de transporte aquaviário ou **de exploração de infra-estrutura de uso privativo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)**

Vale citar, ainda, outros dispositivos que cometem à ANTAQ competências envolvendo a prática de atos relacionados à utilização de infraestrutura portuária e a sua correspondente disciplina normativa:

> Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes **aquaviário** e **terrestre**:
> I – descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal;

* Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes – Rio de Janeiro; Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho – Rio de Janeiro; Professor Visitante da Universidade de Poitiers – França.

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:
I – promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de serviços portuários;
II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;
III – propor: (Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007)
a) ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária fluvial e lacustre, excluídos os portos outorgados às companhias docas, e de prestação de serviços de transporte aquaviário; e (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)
b) à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República o plano geral de outorgas de exploração da infra-estrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às companhias docas; (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)
IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;
(...)
VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte aquaviário celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes;
(...)
XIV – estabelecer normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias, nos termos da Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;
(...)
XVII – autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos, conforme o caso, propostas de declaração de utilidade pública; (Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007)
(...)
XXII – autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei nº 8.630, de 1993; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
(...)
XXV – celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
(...)
XXVII – celebrar atos de outorga de autorização para construção e exploração de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte. (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)
Art. 33. Os atos de outorga de autorização, concessão ou permissão a serem editados e celebrados pela ANTT e pela ANTAQ obedecerão ao disposto na Lei nº 8.987, de

13 de fevereiro de 1995, nas subseções II, III, IV e V desta Seção e nas regulamentações complementares a serem editadas pelas Agências.

Art. 43. A **autorização** aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:
I – independe de licitação;
II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;
III – não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

Nesse passo, a Resolução nº 517, de 18 de outubro de 2005, que aprova a norma para outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo, fixou, no artigo 5º, inciso II, (c):

Resolução 517 da ANTAQ
Art. 5º A interessada na autorização de que trata esta Norma deverá dirigir requerimento à ANTAQ, instruído com a seguinte documentação
II – Habilitação Técnica:
c) declaração da requerente especificando as cargas próprias que serão movimentadas no terminal**, com movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas;**

Indaga-se se caberia ao agente regulador realizar tal especificação – quanto à limitação ao transporte de cargas de terceiros.

Isto porque tal exigência não consta expressamente da Lei nº 8.630/93, que, em seu artigo 4º, II, (b), atribuiu ao explorador de terminal de uso privativo misto a possibilidade de movimentação de carga própria ou de terceiro.

Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:
I – de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;
II – de autorização do órgão competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado. (Alterado pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007 – DOU de 6/9/2007)
§ 1º A celebração do contrato e a autorização a que se referem os incisos I e II deste artigo devem ser precedidas de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (Rima).

§ 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:
I – uso **público**;
II – uso **privativo**:
a) exclusivo, para movimentação de carga própria;
b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.
c) de turismo, para movimentação de passageiros. (Incluído pela Lei nº 11.314 de 2006)
d) Estação de Transbordo de Cargas. (Alterado pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007 – DOU de 6/9/2007)
Art. 6º Para os fins do disposto no inciso II do art. 4° desta lei, considera-se autorização a delegação, por ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.
§ 1º A autorização de que trata este artigo será formalizada mediante contrato de adesão, que conterá as cláusulas a que se referem os incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIS, XV, XVI, XVII e XVIII do § 4° do art. 4° desta lei.
§ 2º Os contratos para movimentação **de cargas de terceiros reger-se-ão, exclusivamente, pelas normas de direito privado, sem participação ou responsabilidade do poder público.**
§ 3º As instalações de que trata o *caput* deste artigo ficarão sujeitas à fiscalização das autoridades aduaneira, marítima, sanitária, de saúde e de polícia marítima.

O ponto central da crítica estaria no fato de que não poderia a referida resolução criar uma limitação que não foi prevista em lei, sob pena de subversão do sistema democrático, notadamente da Separação dos Poderes (artigo 2º, CRFB).

Posta a problemática, discute-se se a norma contida na letra "c", do inciso II, do art. 5º, da Resolução 517 de 18/10/2005 da ANTAQ, à luz do disposto nas letras "a" e "b", do inciso II, do § 2º, do art. 4º da Lei 8.630/93 seria legal, bem como se a ANTAQ, como agência reguladora, possuiria competência para estabelecer critérios que, a partir do dimensionamento de cargas próprias e de terceiros, devam ser necessariamente seguidos para a definição da modalidade "uso privativo misto" de instalação portuária, ou tal matéria deveria vir regulada por lei formal, em observância aos princípios da legalidade e da separação de poderes.

Diante da apresentação de uma Emenda à MPV 412, de 31/12/2007, que propõe a alteração da letra "b" do inciso II, do § 2º do art. 4º da Lei nº 8.630/93, para admitir terminal misto, para movimentação de carga própria E/OU de terceiros, discute-se acerca de sua constitucionalidade, principalmente diante do comando normativo advindo do art. 21, inciso XII, letra "f", da CF/88.

II. Desenvolvimento

1. O domínio da lei e o domínio da regulação

Muito se cogita sobre a pertinência da preservação da distinção entre serviços públicos e atividades econômicas, o que, para o caso em exame, não parece fundamental. É

certo, no entanto, que a Lei Maior ainda reserva determinadas atividades para o Poder Público e seu exercício pelo particular só pode ocorrer mediante o recebimento de um título jurídico diverso da licença – que materializa um direito à liberdade de iniciativa, de natureza vinculada e declaratória. Assim ocorre no caso das atividades portuárias, conforme se vê do art. 21 da Constituição Federal:

> Art. 21. Compete à União:
> XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
> (...)
> **f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;**

Portanto, a exploração de portos não é livre ao setor privado, dependendo, pois, da obtenção de um título jurídico expedido pela União Federal.

O constituinte elegeu a existência e a disciplina dos portos como uma das prioridades nacionais, ao lado de outras atividades essenciais. No entanto, uma coisa é a existência da estrutura (o porto), com a sua correspondente disciplina (pela lei, pela agência reguladora e pela autoridade portuária), outra, bem diversa, é o regime jurídico da exploração dos bens que integram tal estrutura, a saber, os terminais. Note-se, ainda, que há terminais situados dentro do porto organizado e outros fora do porto organizado.

O mesmo ocorre com os aeroportos e rodoviárias, que devem existir, para viabilizar a prestação dos serviços de transportes, mas contemplam diferentes sistemas de exploração de seu uso por companhias transportadoras e por passageiros, usuários e consumidores.

No caso dos portos, há três níveis distintos de exploração dos seus terminais – a justificar uma terminologia distinta para cada um dos tipos de atos (ali não se cogitando de *licença*).

A Constituição não foi adiante, cuidando, apenas, de fixar a obrigatoriedade de a União disciplinar a existência dos portos. Deixou ao legislador ordinário a disciplina do tema, cabendo-lhe, pois, traçar o critério distintivo entre as situações que comportam uma concessão, uma permissão ou uma autorização. É certo, ainda, que, sendo a atividade qualificada como iniciativa estatal – tal como prevista no citado art. 21, XII, *f* – tal serviço público pode ser objeto de concessão ou de permissão, sempre precedidas de licitação (exigida pelo art. 175, CF).

Igualmente, não tem sede constitucional a disciplina dos terminais, seja dentro ou fora do porto organizado. Ademais, se a Lei Maior se ocupou, no citado art. 175, das concessões ou permissões de serviço público, a exigir licitação para ambas, nada falou acerca do regime jurídico das autorizações (muito menos das autorizações de atividades econômicas, previstas no art. 170, p. único, *in fine*, CF). Trata-se, pois, de matéria relegada ao domínio da lei. Em outras palavras, não está na Lei Maior a orientação doutrinária de que as autorizações são sempre atos discricionários e precários, podendo a lei ordinária traçar-lhe um perfil distinto (tal como o fez, por exemplo, a Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472, art. 131[1]).

---

1 Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofreqüências necessárias. § 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o

Estabelecido o domínio da lei para a disciplina jurídica do regime das autorizações, é preciso, ainda, reconhecer que o princípio da legalidade passa por profundas transformações no que concerne à sua aplicação, suas potencialidades e seus limites. Em síntese, cada vez mais fala-se em princípio da juridicidade[2] e de atuação conforme o Direito (e não apenas em conformidade com a letra da lei).

---

ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. § 2º A Agência definirá os casos que independerão de autorização. § 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

2 Não restam dúvidas de que os particulares devem, especialmente quando atuam em colaboração com o Estado, direcionar sua atuação pela aplicação direta dos princípios constitucionais, mormente na era da constitucionalização do Direito Administrativo. Vivencia-se a crise da lei formal, cujos efeitos se espraiam sobre todos os ramos do ordenamento jurídico pátrio, ocasionada pelo aumento desenfreado da produção legislativa, pela multiplicação das formas de juridicidade e pela força normativa da Constituição. J. J. GOMES CANOTILHO aborda exatamente esse ponto: "*o princípio da prevalência ou preferência da lei sofreu um processo de "erosão" e de "relativização" que importa ter em conta para se compreenderem muitas das questões a tratar em sede de parâmetro da constitucionalidade e da legalidade. Quanto à "escala de dureza das normas" (Calamandrei), a força normativa da Constituição concretizada sobretudo pelo princípio da constitucionalidade e cuja observância é fiscalizada pelos tribunais obriga a considerar o princípio da constitucionalidade como a marca da indiscutível superioridade hierárquica das normas constitucionais. O princípio da legalidade, que pressupunha um conceito unitário de forma e força de lei, acaba por ser objecto de uma tendencial relativização porque, por um lado, surgiram outros actos com força de lei (ex.: decretos-leis do Governo e decretos legislativos regionais) e, por outro lado, configuraram-se actos legislativos com valor reforçado (ex.: leis reforçadas). Além disso, o princípio da legalidade é substituído pelo princípio da constitucionalidade nos casos em que a constituição serve como "habilitação" imediata do agir da administração. Finalmente, o princípio da legalidade significa hoje princípio da legalidade* ***comunitária*** *com a consequente observância das normas do direito comunitário, directamente aplicáveis, e correlativa desaplicação de normas internas contrárias às mesmas.* (CANOTILHO. J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Portugal: Almedina, p. 717). Em síntese, a Lei deixa de ser o único fundamento de validade da atividade administrativa e passa a servir de substrato para a aplicação dos princípios constitucionais, se constituindo, assim, no cerne da vinculação da Administração ou dos particulares à juridicidade. Em outras palavras, a legalidade, não obstante sua importância no ordenamento pátrio, passa a ser tida como um princípio dentro dos sistemas e regras consagradas pelo sistema constitucional vigente. Daí a necessidade de intervenção direta dos princípios constitucionais, vistos como mandamentos normativos de otimização, na atividade Administrativa. Explica-se. Essa juridicização da atividade administrativa deve se materializar pela aplicação, apenas, da lei que for considerada constitucional; pela retirada da validade da sua atuação diretamente do texto constitucional e pela realização de uma ponderação do princípio da legalidade com os demais princípios presentes no ordenamento constitucional. Reforçando a possibilidade de aplicação dos princípios constitucionais sem a necessidade da intermediação legislativa, nos ensina JUAN CARLOS CASSAGNE: "*La Constitución estatuye el conjunto de principios y normas supremas del ordenamiento positivo, cuya jerarquía normativa es superior a la ley y al reglamiento, imponiéndose a todos los actos eu dicta la Administración Pública. (...) Pero tanto las normas como los principios constitucionales tienen operatividd por sí mismos, no siendo indispensable que las declaraciones, derechos y garantías, que consagra la Constitución, deban ser reglamentadas*" (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo I*. Sexta Edición Atualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 126-7). Assim, toda a nova lógica constitucional consagrada pelo Estado Democrático de Direito tem sua posição fundante na proteção aos direitos e garantias fundamentais, ocorrendo, assim, a superação do outrora absoluto dogma da preponderância da lei em qualquer situação e a sua paulatina substituição pela aplicabilidade direta da própria Constituição. No caso em exame, valoriza-se a aplicação dos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência.

Outras fontes normativas assumem relevância, surgindo, então, no âmbito da Administração Pública, as agências reguladoras – tais como a ANTAQ – para implementarem políticas públicas fixadas em lei.

São, assim, nítidos os campos de atuação da lei e da regulação. A primeira fixa uma política pública, traduzindo a "vontade geral" numa norma jurídica de primeiro grau, criando direitos e obrigações; a segunda (a regulação), cuida de orientar os critérios de atendimento dessa vontade, sendo típico comando executivo. É tranquila a distinção entre normas de primeiro grau e normas de segundo grau, assim exposta por DEL VECCHIO:[3]

> As duas espécies de normas examinadas são normas primárias, autônomas; ou seja: normas que directamente exprimem uma regra obrigatória do operar. Mas as outras espécies de normas, que iremos agora examinar, são normas secundárias ou seja: já não são normas autônomas, mas dependentes de outras, às quais terão de ser sempre referidas, a fim de serem devidamente entendidas. Só quando se articula a norma secundária à norma primária, pode descobrir-se o que de jurídico há no seu conteúdo.

Em síntese, o regulador, embora tenha competências para orientar a correta execução da vontade da lei, por meio da edição de atos normativos que traduzam tecnicamente os seus comandos, dada a complexidade das situações envolvidas, não tem competência para produzir, ele próprio, uma política pública diversa daquela constante do ordenamento jurídico como um todo, nem, menos ainda, divergir das normas de primeiro grau.

2. A Reforma do Estado e a consequente mudança de política pública

Também é bastante corriqueiro se atribuir às Emendas Constitucionais de 1995 a sede para o processo de Reforma do Estado. Na verdade, tal reforma começou bem antes, com a edição da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, que resultou na aprovação da Lei nº 8.031/90, pela qual foi instituído o Programa Nacional de Desestatização. Tal norma, logo em seu art. 1º, fixou os objetivos de valorização da liberdade de iniciativa, de redução da presença do Estado em determinados setores e de retomada dos investimentos privados. Confira-se o dispositivo:

> Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:
> I – **reordenar a posição estratégica do Estado** na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
> II – contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
> **III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;**

3 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Coimbra: Sucessor, 1979, pp. 384-5.

IV – contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;
V – permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.

Já se reconhecia, pois, desde 1990, a insuficiência de recursos públicos para investimento em todos os segmentos relevantes da economia, de modo a se alcançar o desejado desenvolvimento econômico; tais objetivos, princípios e regras não se modificaram com a posterior revogação da Lei nº 8.031/90 pela Lei nº 9.491/97.

Nesse contexto, foi editada a Lei de Modernização dos Portos, voltada para a ampliação dos investimentos privados no setor e para a flexibilização do monopólio natural que ele representa, conforme se extrai da Mensagem nº. 67/1991, do Presidente da República:

2. Este Projeto (...) Destina-se primordialmente a modernizar a anacrônica estrutura portuária brasileira que, corroída pelo tempo e pela falta de Investimento, tem seus custos desproporcionalmente superiores aos de seus similares internacionais.
(...)
4. O projeto guarda coerência com a ação do Governo, que procura aumentar a competitividade da economia brasileira, ao mesmo tempo em que envida esforços para modernizá-la, dado fim a práticas que funcionam em detrimento do conjunto da sociedade.

Antes disso, a Exposição de Motivos nº 10, de 18 de fevereiro de 1991, elaborada pelos Exmos. Srs. Ministros de Estado da Justiça, da Marinha, da Economia, Fazenda e Planejamento, do Trabalho e da Previdência Social e da Infra-Estrutura, já destacava os objetivos de:

a) assegurar o aumento da produtividade do setor portuário, mediante a racionalização da atividade econômica e a integração dos diversos agentes envolvidos, através da diminuição da intervenção do Estado e do estímulo à livre concorrência, de sorte a possibilitar maior rentabilidade aos investimentos necessários à modernização do setor e melhores níveis de remuneração ao fator trabalho;
(...)
c) estimular a participação do setor privado na construção e exploração, arrendamento ou locação de instalações portuárias privadas, sempre através de licitação, de maneira a dotar o País, a médio prazo, de uma infra-estrutura portuária moderna compatível com as necessidades do comércio exterior;
(...)
e) possibilitar maior competitividade para as exportações, mediante aumento da eficiência e dos ganhos de produtividade na operação do sistema portuário, de modo a contribuir para a inserção de produtos brasileiros em mercados externos;

(...)
c) a livre concorrência entre os diversos portos, de maneira a assegurar, de um lado, maior racionalidade na destinação de receitas e no processo de tomada de decisões em matéria econômica, e, de outro lado, fomentar, em cada caso, uma busca permanente de maior eficiência nas operações portuárias e melhor rentabilidade aos investimentos em equipamentos e em infra-estrutura;
d) a livre concorrência entre os proprietários, arrendatários ou locatários de instalações de um mesmo porto, de maneira a possibilitar, através da competição, a prática de tarifas adequadas e a prestação de serviços de acordo com as necessidades dos usuários;
e) o estímulo a participação do setor privado nos investimentos necessários à modernização da infra-estrutura e ao reaparelhamento dos portos – em face da carência de recursos públicos, que devam ser destinados, prioritariamente, para atender às demandas da área social – possibilitando aos terminais privativos movimentarem mercadorias de terceiros;

A busca da competitividade para aumentar a eficiência era diretamente relacionada à redução de custos dos serviços, para viabilizar uma maior possibilidade de escoamento da produção brasileira com vistas ao mercado externo. Quanto maior a realização de investimentos, maior seria a competição e, consequentemente, a oferta de opções aos destinatários de atividades portuárias, que se beneficiariam da redução dos custos. Todo o país seria beneficiário de tais medidas. Daí expor MANUEL ALVES DO VALE:[4]

O novo documento legal (Lei nº 8.630/93) fulcrou-se na liberalização das operações e atividades portuárias, visando a que pudessem os portos desenvolver ampla competição, interna e externa, alcançar a necessária eficiência, produtividade e competitividade. como estímulo e viabilidade do comércio marítimo brasileiro.

No mesmo sentido é o ensinamento de CARLOS TAVARES DE OLIVEIRA:[5]

Análise panorâmica comparativa sobre o funcionamento dos grandes complexos portuários mundiais demonstra claramente que a competição é a mola mestra do aprimoramento da qualidade e da redução dos custos dos seus serviços. Existe mesmo uma proporção direta indicando que, quanto maior for a concorrência, melhor será a qualidade e menores os preços das operações.

Evidente, pois, que a política pública fixada para o setor era de ampliação dos investimentos privados, com vistas a uma ampliação tanto da oferta como da competição entre os operadores, de modo a viabilizar uma redução dos custos do serviço e, com isso, permitir que a produção nacional chegue em condições mais favoráveis no exterior.

4 VALE, Manuel Alves do. *Portos: abertura e modernização*. Imbituba: Lex Graf, 1995, p. 25.
5 OLIVEIRA, Carlos Tavares. *Modernização dos portos*. São Paulo: Aduaneiras, 1994, p. 47.

3. A missão da ANTAQ e das Companhias Docas na execução das atividades portuárias

Ainda apresentando o contexto da Reforma do Estado, mister se faz frisar que um dos mais relevantes objetivos da Lei de Modernização dos Portos foi o atendimento de uma política pública voltada para o desenvolvimento nacional.

Enquanto a Lei nº 8.630/93 cuidou da formatação da organização do trabalho portuário, o advento do Estado Regulador, com as Reformas Constitucionais de 1995 em diante, trouxe novas orientações, mantida a preocupação com o desenvolvimento econômico, incumbindo as agências reguladoras, autarquias especiais, mas integrantes da Administração Pública, da implementação dessas políticas públicas.

Para o setor do transporte aquaviário foram fixadas diretrizes de política econômica na Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, fixando, em seu art. 4º, dentre os objetivos essenciais do setor a promoção do desenvolvimento:

> **Art. 4º São objetivos essenciais do Sistema Nacional de Viação:**
> (...)
> **III – promover o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional.**

Para tanto, o art. 5º do mesmo diploma legal criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT, vinculado à Presidência da República, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens; estas, na forma do inciso primeiro do dispositivo, devem estar em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano, de meio ambiente e de segurança das populações, **formuladas pelas diversas esferas de governo.**

Nessa mesma linha, o art. 11 da citada Lei criadora da ANTAQ dispõe que o gerenciamento da infraestrutura, onde se incluem os portos, e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos, dentre outros princípios gerais, pela preservação do interesse nacional e promoção do desenvolvimento econômico e social, bem como pela **busca da ampliação da competitividade do País no mercado internacional.**

Como diretrizes para as ações no gerenciamento da infraestrutura, frise-se, onde são incluídos os portos, estão a busca da descentralização e a **priorização dos programas estratégicos**. Confira-se a norma:

> Art. 12. Constituem **diretrizes** gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:
> I – descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal;

> III – dar prioridade aos programas de ação e de investimentos relacionados com os eixos estratégicos de integração nacional, de abastecimento do mercado interno e de **exportação**; (...)

Com toda essa vinculação de ações a planos, outra não poderia ser a dicção do art. 20, que fixa, dentre os objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário, a função de implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e as diretrizes acima.

Integrando a ANTAQ a Administração Pública Federal, não escapa daquilo que EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZI[6] denomina de **princípio da integração sistêmica da Administração**, citando a necessidade de estruturação ordenada da administração de acordo com fins almejados:

> O princípio da integração sistêmica da administração condensa o aspecto positivo, impulsionante, material, que inocula no cerne do corpo administrativo a ordenação superior do interesse público e preserva o equilíbrio estrutural intrínseco da máquina administrativa. É a enervação medular da ossatura administrativa pública, a energizar a dinamização estatal. Em suma, é o fundamento apriorístico da atividade participativa do Estado na gestão socioeconômica da coletividade, bem como o ponto de gravitação do aparelho administrativo do Estado contemporâneo, cujas diretrizes políticas categorizam-se como interesse público jurídico-administrativo por meio do princípio da integração sistêmica da administração.

Em síntese, se as entidades da Administração Pública são criadas e estruturadas para executar uma política pública e se essa política pública setorial é voltada para a ampliação dos investimentos privados com vistas à obtenção de maior competição, a ANTAQ, legitimada a editar atos normativos, não pode buscar objetivos ou condicionantes diversos daqueles já estabelecidos no ordenamento jurídico.

4. Os objetivos e a metodologia regulatória

A atividade regulatória, como visto, é uma atividade infralegal – de execução da vontade da lei, por meio de uma orientação tecnicamente motivada. Isto significa que, para a edição atos regulatórios – inclusive a interpretação regulatória[7] – é necessária a observância de um método, que se consubstancia num processo administrativo regulatório. Isso exige que o processo de regulação, que tem como objetivo a ponderação entre interesses em tensão – no caso, a liberdade de concorrência e a defesa da justa competição – contem-

6 GUALAZI, Eduardo Lobo Botelho. *Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado*. São Paulo: RT, 1985, p. 34.

7 Tratada em SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. 1ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 194-195.

ple uma etapa de conhecimento desses interesses, pela via da participação, seguida da sua valoração e de uma decisão tecnicamente motivada, com vistas ao resguardo do bem maior. São, pois, condições de validade do ato regulatório, seja ele normativo, executivo ou judicante.

Não impressiona tanto o fato de não haver expressa previsão na lei para o estabelecimento de condições para a outorga de autorizações administrativas para a exploração de terminais misto. Isto porque, como dito, na era da deslegalização, da regulação e da desestatização, é o regulador quem está próximo dos fatos e é dotado dos conhecimentos técnicos para disciplinar qual a correta maneira de se atingir os objetivos fixados na lei. Esta (a lei), como dito, não contempla todos os elementos para a edição do ato regulatório, cabendo ao regulador o "preenchimento da moldura regulatória", desde que voltado tal preenchimento ao atingimento dos objetivos contidos no "marco regulatório" – que tem sede na Constituição e nas leis.

Não pode, pois, atuar "fora" do marco, pois não estará preenchendo nada, mas, ao revés, criando novo marco, o que implica violação da Separação de Poderes, constitucionalmente resguardada – CF, art. 2º.

Na hipótese em exame, o marco está bem definido, qual seja, a ampliação dos investimentos privados e da competição, com vistas à redução de custos e da ampliação da infraestrutura portuária.

5. O exercício da competência normativa e as exigências trazidas pela norma

Como visto, a Lei de Portos, com vistas à ampliação dos investimentos e, consequentemente, da oferta de operadores, previu a existência dos seguintes agentes:

> Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:
> I – de **contrato de arrendamento**, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;
> II – de **autorização** do ministério competente, quando se tratar de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado.
> § 1º A celebração do contrato e a autorização a que se referem os incisos I e II deste artigo devem ser precedidas de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (Rima).
> § 2º A exploração da **instalação portuária** de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes **modalidades**:
> I – uso **público**;
> II – uso **privativo**:
> a) **exclusivo**, para movimentação de carga própria;

b) **misto**, para movimentação de carga própria e de terceiros.

c) de **turismo**, para movimentação de passageiros.

§ 3º A exploração de instalação portuária de uso público fica restrita à área do porto organizado.

A competência para disciplinar as autorizações foi, legitimamente, confiada à ANTAQ.

Ocorre que a ANTAQ, no exercício de tal mister, estabeleceu que, para a autorização dos terminais mistos, seria necessário que o interessado demonstrasse que a movimentação anual mínima estimada de cargas próprias justifique, por si só a implantação do terminal. Em outras palavras, exigiu que o terminal misto opere, basicamente, pela movimentação de cargas **próprias.**

Ora, isso implica fazer o terminal **misto** funcionar como os terminais **exclusivos**, admitindo, apenas em caráter **complementar**, a movimentação de carga de terceiros.

É claro que há uma aparente razão para tanto.

É missão das agências reguladoras, aqui, em especial, da ANTAQ, zelar pela "justa competição".

A preocupação da ANTAQ é no sentido de não criar um cenário desfavorável aos arrendatários de terminais portuários.

Afinal, destes é exigido, como condição para a obtenção do título jurídico de exploração do terminal – o contrato de arrendamento – que sejam vitoriosos em procedimentos licitatórios. Para tanto, os critérios de julgamento envolvem um maior pagamento pelo uso do bem e um compromisso de movimentação mínima de cargas, propiciando renda ao arrendador, concessionário do porto.

De outro lado, os autorizatários podem obter o título jurídico **sem licitação e não têm tal compromisso**. São **livres** para praticar o *preço* por seus serviços,[8] enquanto que os arrendatários são submetidos a uma remuneração por meio de *tarifa*, que é regulada pelo Poder Público.

Evidente, pois, a diferença de regimes em competição.

Daí, frise-se, a preocupação da ANTAQ, encarregada de preservar a "justa competição", pretendo, assim, evitar a "facilidade" de acesso ao cenário competitivo, no qual o leque de obrigações do arrendatário é bem maior que os compromissos exigidos dos autorizatários.

Ocorre, no entanto, que foi, justamente, essa "assimetria regulatória" uma das apostas do Programa de Reforma do Estado. Em outras palavras, ao se buscar instituir a competição nas atividades reguladas, não se quis limitar à competição pelo direito ao acesso ao mercado – licitação – mas, também, no mercado e, especialmente, entre mercados.

---

8 Art. 43. A autorização aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:

I – independe de licitação;

II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

III – não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

Isso é facilmente perceptível em vários serviços tradicionalmente definidos como públicos, que, agora, sem perderem tal condição, contemplam a possibilidade de desenvolvimento das atividades em regime público e em regime privado.

Antes mesmo da Lei Geral de Telecomunicações instituir a distinção entre serviços prestados em regime público – mediante concessão previamente licitada – e serviços prestados em regime privado – mediante autorização, em regra não precedida de tal procedimento – a Lei nº 9.074/95, voltada à ampliação da oferta de energia elétrica, previu o surgimento das figuras do produtor independente de energia elétrica e do autoprodutor de energia elétrica.[9]

Nesse passo, é importante destacar que foi expressamente reconhecido que o fato de o autoprodutor de energia elétrica poder vender uma parcela da energia gerada para terceiros não desnatura tal qualificação.[10] O objetivo de tal orientação é estimular a autoprodução, i. e., a produção para consumo próprio, liberando energia gerada no sistema público. Com isso, se amplia a oferta de energia no sistema público sem que haja investimento com recursos públicos ou com recursos dos usuários mediante pagamento de tarifas que remunerem os investimentos de concessionários. Para tanto, é necessário viabilizar esse investimento em autoprodução, o que se faz admitindo a comercialização de um resíduo.

O motivo de tal comparação é demonstrar que, na hipótese em exame, o autoprodutor, como explorador, em regime privado, da atividade regulada, se equipara ao explorador portuário de cargas próprias em regime privativo. Ou seja, a legislação disciplina que se submete a um regime jurídico de direito privado aquele que desenvolve a atividade em proveito próprio, ainda que para viabilizar tal atividade seja necessário contemplar a participação de terceiros.

Isso, aliás, não tem nada de novo; figuras como essa já eram contempladas no Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), bem como no antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4717, de 27.08.1962), onde já se vislumbrava a autorização, bem como a disciplina dos serviços privados e de interesse restrito. Confira-se:

> Código de Águas:
> **Art. 43. As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de**

9 DECRETO nº 2.003, DE 10 DE SETEMBRO DE 1996. Regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor e dá outras providências.
Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:
I – Produtor Independente de Energia Elétrica, a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou energia produzida, por sua conta e risco;
II – Autoprodutor de Energia Elétrica, a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo.

10 Tanto isso é verdade que a Resolução nº 390 da ANEEL, de 11 de setembro de 2001, que estabelece os procedimentos para consumidores adquirirem diretamente de autoprodutores e produtores independentes de energia elétrica, parcela excedente à meta de consumo fixada durante o Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, não realizou a desnaturação da qualificação dos autoprodutores.

utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.
§ 1º A autorização não confere, em hipótese alguma, delegação de poder público ao seu titular.
Art. 141. **Dependem de simples autorização**, salvo o caso do § 2º, do art. 139, os aproveitamentos de quedas de água e outras fontes de energia de potência até o máximo de 150kws quando os permissionários forem titulares de direitos de ribeirinidades com relação à totalidade ou ao menos à maior parte da seção do curso d'agua a ser aproveitada e destinem a energia ao seu uso exclusivo.

Código Brasileiro de Telecomunicações.
Art. 6º Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam:
b) serviço público restrito, facultado ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicação;
6º Dependem de permissão, dada pelo Conselho Nacional de Telecomunicações os seguintes serviços:
a) Público Restrito (Art. 6º, letra b);
Art. 30. Os serviços de telégrafos, radiocomunicações e telefones interestaduais estão sob a jurisdição da União, que explorará diretamente os troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações, e poderá explorar diretamente ou através de concessão, **autorizaçã**o ou permissão, as linhas e canais subsidiários.
Art. 33. Os serviços de telecomunicações, não executados diretamente pela União, poderão ser explorados por concessão, autorização ou permissão, observadas as disposições da presente lei.

A Lei nº 9.472, de 16.07.1997, ao criar a ANATEL, também previu a figura dos serviços de interesse restrito, prestados em regime privado; nestes, sequer a autorização é necessária,[11] podendo se cogitar de mera comunicação,[12] assim como a figura dos serviços de interesse geral, prestados ao público, qualificado como consumidor (e não como usuário).

A Lei nº 9.478, de 06.08.1997, que criou a ANP, igualmente disciplinou os investimentos privados mediante autorização para a instalação de estruturas essenciais de redes (*essential facilities*):

Art. 53. Qualquer empresa ou consórcio de empresas que atenda ao disposto no art. 5º poderá submeter à ANP proposta, acompanhada do respectivo projeto, para a

11 Art. 75. Independerá de concessão, permissão ou autorização a atividade de telecomunicações restrita aos limites de uma mesma edificação ou propriedade móvel ou imóvel, conforme dispuser a Agência.

12 Sobre atividades comunicadas ver CUNHA, Paulo César Melo. As atividades comunicadas e o controle do exercício das *liberdades*. In OSÓRIO, Fabio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.) *Direito administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 255-268.

> construção e operação de refinarias e de unidades de processamento e de estocagem de gás natural, bem como para a ampliação de sua capacidade.
> § 1º A ANP estabelecerá os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos a serem atendidos pelos proponentes e as exigências de projeto quanto à proteção ambiental e à segurança industrial e das populações.
> § 2º Atendido o disposto no parágrafo anterior, a ANP outorgará **a autorização** a que se refere o inciso V do art. 8º, definindo seu objeto e sua titularidade.
> Art. 60. Qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá **receber autorização** da ANP para exercer a atividade de importação e exportação de petróleo e seus derivados, de gás natural e condensado.
> Parágrafo único. O exercício da atividade referida no *caput* deste artigo observará as diretrizes do CNPE, em particular as relacionadas com o cumprimento das disposições do art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, e obedecerá às demais normas legais e regulamentares pertinentes

O objetivo de tudo isso, frise-se, foi a competição entre os diversos agentes, sob diversos regimes. É o que se denomina de assimetria regulatória, assim explicada por FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO:[13]

> A regulação é assimétrica, à medida que esta nova prestadora que assume o serviço de telecomunicações não possuirá o ônus de universalizar o serviço, isto é, de levar aos habitantes dos rincões do Tocantins, ficando livre para atacar o mercado que o seu concorrente (que adquiriu as empresas do sistema TELEBRÁS) não consegue atender. Surge, aqui, a competição. Esta empresa que assumiu o sistema Telebrás tem vantagens competitivas mas, no entanto, terá o ônus de universalizar o serviço. Sendo assim, aquele concorrente, inserido no mercado para competir com suas prestadoras que assumiram o sistema TELEBRAS, possuirá, sem dúvida, uma série de obrigações quanto à qualidade do serviço. No entanto, prestará o serviço em um regime jurídico diferente, compatível com suas obrigações, e não possuíra obrigação de universalizar o serviço.

Em outros setores se vislumbra esse mesmo grau de busca da competição, tal como ocorre, por exemplo, no serviço postal, onde convivem as atividades postais, previstas no art. 21, X, CF, com as atividades de transporte de cargas e encomendas; a própria Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos oferece ao mercado dois produtos em competição, a saber, a carta simples, com tarifa módica e regrada pelo Poder Público, e o SEDEX, um serviço diferenciado, sob regime de preço, sem compromisso com a modicidade e, consequentemente, com a universalidade.

---

13 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das telecomunicações e a ANATEL. In SUNDFELD, Carlos Ari. Coordenador. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 307.

Até mesmo no âmbito do ordenamento social se vislumbra essa competição. A própria Constituição prevê a convivência entre os regimes de saúde pública e de saúde privada, de educação pública e de educação privada.

Essa distinção se dá no direito comunitário europeu, que engloba, sob a denominação de "serviços de interesse geral", os serviços universais convivendo com os serviços de interesse **econômico** geral. Confira-se, a propósito, o artigo 86, § 2º, do Tratado de Maastrich:

> As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiado, o desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de modo que contrarie os interesses da comunidade.

A definição de serviços de interesse econômico geral consta do GLOSSÁRIO,[14] que é um dos documentos oficiais:

> Os serviços de interesse económico geral designam as actividades de serviço comercial que preenchem missões de interesse geral, estando, por conseguinte, sujeitas a obrigações específicas de serviço público (artigo 86º – ex-artigo 90º – do Tratado CE). É o caso, em especial, dos serviços em rede de transportes, de energia e de comunicações.
> O artigo 16º, inserido pelo Tratado de Amsterdão no Tratado CE, reconhece o lugar que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União Europeia, bem como o papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial. Estes serviços devem funcionar com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.
> O artigo 36º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece que a União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral a fim de promover a coesão social e territorial da União.

No caso específico da competição entre os diversos terminais num mesmo porto, leciona GESNER DE OLIVEIRA:[15]

> (...) o "mercado de portos" apresenta imperfeições, tornando desejável uma atenção especial ao fomento da concorrência entre intraporto. Isso inclui a concorrência entre terminais operadores, trabalhadores, entre outros aspectos.

14 http://europa.eu/scadplus/glossary/services_general_economic_interest_pt.htm; consulta em 17.03.2008, às 8:17.

15 OLIVEIRA, Gesner. *Defesa da concorrência dos portos*. RAE.v.38. julho/setembro de 2008.

Em síntese, se, por um lado, seria, em tese, possível ao regulador, para preservar a competição, estabelecer algum nível de distinção entre os arrendatários e os autorizatários, por outro lado, não é legítimo, sob o mesmo pretexto, igualar os diferentes tipos de autorizatários, como se não houvesse distinção entre os usos misto e exclusivo no regime privativo.

Portanto, menos pelo fato de não haver previsão expressa na norma, e mais porque o objetivo atribuído ao regulador é de estimular a competição, não se pode admitir que, pela via regulatória, se estabeleça objetivo diverso, de proteger o arrendatário contra o regime liberal previsto para os autorizatários, concebido, exatamente, para estimular a competição entre o regime público e o privado, entre tarifas e preços, voltado para a ampliação da oferta de estruturas para o escoamento da produção nacional.

6. A proposta de inovação legislativa

Uma Emenda à Medida Provisória nº 412 de 31.12.2007 propõe a alteração da letra "b" do inciso II, do § 2º do art. 4º da Lei 8.630/93, para que o terminal misto, possa movimentar carga própria **E/OU** de terceiros:

> Inclua-se um Art. 2º na Medida Provisória nº 412, de 31.12.2007, com a seguinte redação, renumerando-se os demais:
> Art. 2º O § 2º do Art. 4º da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 4º -.....
> § 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:
> I – uso público;
> II – uso privativo:
> a) exclusivo, para movimentação de carga própria;
> b) misto, para movimentação de carga própria e/ou de terceiros;
> c) de turismo, para movimentação de passageiros;
> d) Estação de Transbordo de Cargas.
> **JUSTIFICAÇÃO:**
> As alterações propostas visam estimular a participação do setor privado nos investimentos necessários à modernização da infraestrutura, ao reaparelhamento dos portos e a ampliação da oferta de serviços portuários – em face da carência dos recursos públicos, que devem ser destinados prioritariamente para atender às demandas da área social – de maneira a dotar o País de uma infraestrutura portuária moderna e compatível com as necessidades do comércio exterior.
> É de conhecimento público a carência do país em infraestrutura de transportes, em especial a ausência de terminais portuários, o que acaba por limitar o fluxo das exportações e importações, a circulação das mercadorias e a competitividade da indústria brasileira, impedindo o crescimento nacional.
> Nos últimos anos ocorreu um aumento significativo da movimentação de cargas nos portos nacionais, obrigando-os a operar acima dos seus limites operacionais e acarre-

tando custos adicionais a toda sociedade brasileira. As projeções das principais entidades públicas e privadas preveem o agravamento desta situação, inclusive com a possibilidade de uma grave e ampla crise no setor, o que acarretará prejuízos significativos a toda economia nacional, particularmente ao comércio exterior brasileiro.
Assim, diante deste cenário, esta emenda objetiva:
a) estimular à participação do setor privado nos investimentos necessários a ampliação e modernização da capacidade portuária nacional, através da construção e exploração, arrendamento ou locação de instalações portuárias privativas, possibilitando aos terminais privativos movimentarem livremente mercadorias, sem qualquer tipo de restrição quanto a sua titularidade;
b) fomentar o aumento da produtividade do setor portuário através do estímulo à livre concorrência, de forma a possibilitar o ambiente jurídico adequado aos investimentos privados;
c) incentivar a livre concorrência entre os portos nacionais, de modo a incitar, de um lado, uma busca constante de aumento de eficiência nas operações portuárias e melhor rentabilidade aos investimentos em equipamentos e em infraestrutura e, de outro lado, garantir maior racionalidade na destinação de receitas e no processo de tomada de decisões em matéria econômica;
d) estimular a livre concorrência entre os proprietários, arrendatários ou locatários de instalações de um mesmo porto, de maneira a possibilitar, através da livre e ampla competição, a prática de tarifas adequadas e a prestação de serviços de acordo com as necessidades dos usuários;
e) aumentar a competitividade da economia nacional, através do aumento da eficiência e dos ganhos de produtividade na operação do sistema portuário, de modo a contribuir para a inserção de produtos brasileiros em mercados externos;
f) incentivar a livre movimentação de mercadorias, sejam essas próprias e/ou de terceiros, sem nenhuma restrição quanto à sua quantidade ou proporção, em todas as modalidades de terminais, a fim de atender a demanda atualmente existente através do aumento da capacidade instalada de serviços de movimentação de cargas em terminais portuários, minimizando-se assim, o reconhecido gargalo logístico nacional e incentivando a livre iniciativa e oferta de serviços entre os proprietários, arrendatários ou locatários de instalações portuárias, possibilitando-se, desta forma, a prestação de serviços de acordo com as necessidades da sociedade brasileira.

Como apontado anteriormente, tal disciplina não seria nenhuma inovação, já que o regime jurídico das telecomunicações previu a ampla competição entre os diversos prestadores de serviços, em regime público e em regime privado. Confira-se a disciplina traçada na Lei nº 9.472/97, onde se percebe, facilmente, que o objetivo da norma foi ampliar os investimentos e a competição entre operadores sob diferentes regimes jurídicos, sendo certo que dos concessionários, em regime público, se exige a prévia licitação para a obtenção do título legitimador da exploração (o que não é exigido dos autorizatários, como regra):

> Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de **prévia autorização da Agência**, que acarretará direito de uso das radiofreqüências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.
§ 2º A **Agência definirá os casos** que independerão de autorização.
§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização **comunicará** previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.
§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.
Art. 132. São condições objetivas para obtenção de autorização de serviço:
I – disponibilidade de radiofreqüência necessária, no caso de serviços que a utilizem;
II – apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis.
Art. 133. São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:
I – estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;
II – não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofreqüência;
III – dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social;
IV – não ser, na mesma região, localidade ou área, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço.
Art. 134. A **Agência disporá sobre as condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse restrito**.
Art. 135. A **Agência poderá**, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, **condicionar a expedição de autorização** à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.
Parágrafo único. Os **compromissos** a que se refere o *caput* serão objeto de **regulamentação**, **pela Agência**, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.
Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.
§ 1º A **Agência determinará** as regiões, localidades ou áreas abrangidas pela limitação e disporá sobre a possibilidade de a prestadora atuar em mais de uma delas.
§ 2º As prestadoras serão selecionadas mediante procedimento licitatório, na forma estabelecida nos arts. 88 a 92, sujeitando-se a transferência da autorização às mesmas condições estabelecidas no art. 98, desta Lei.
§ 3º Dos vencedores da licitação será exigida contrapartida proporcional à vantagem econômica que usufruírem, na forma de compromissos de interesse dos usuários.

> Art. 137. O descumprimento de condições ou de compromissos assumidos, associados à autorização, sujeitará a prestadora às sanções de multa, suspensão temporária ou caducidade.

Vê-se, pois, a ampla competência da agência para disciplinar os direitos de ingresso no setor e a possibilidade de instituir compromissos de atendimento de interesses gerais, bem como a desnecessidade de licitação, como regra, para a obtenção da autorização.

A grande diferença está na proteção que existe ao destinatário, num regime jurídico e noutro. No regime público, o destinatário da atividade é mais tutelado pela disciplina das *tarifas*, integralmente reguladas e controladas pelo Poder Público, ao passo que no regime privado, remunerado por *preço*, reina a liberdade na sua fixação, bem como na continuidade do serviço. É um fator importante na competição.

No entanto, no exercício de sua legitimidade, a agência deve buscar um ponto de equilíbrio, que deixe os terminais de uso misto bem distintos, em termos de requisitos e obrigações, dos regimes de arrendamento e de uso exclusivo. Ao incidir em equiparação a um deles para distanciar do outro, fugiu do equilíbrio, sendo, pois, desproporcional a medida. Daí sua invalidade.

7. O Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008

Em que pesem as competências legais, a autonomia e a independência atribuídas à ANTAQ, foi editado o Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008, que dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências.

A Seção III do referido ato, dispõe sobre as autorizações, sendo certo que em seu art. 35, II, tratou dos terminais portuários de uso misto, estabelecendo como regra a utilização do terminal para uso próprio, e apenas em caráter subsidiário e eventual, a utilização por terceiros.

Tal norma estabeleceu, em seu art. 48, que as obras de melhoramento e de reforma de instalação portuária, arrendada ou autorizada, independem de nova outorga, mas serão, obrigatoriamente, submetidas à autoridade portuária e à ANTAQ, conforme o caso, para aprovação prévia, se houver alteração que descaracterize os projetos apresentados inicialmente.

E mais – o que é grave para a segurança jurídica: o art. 49 determinou que a ANTAQ, no prazo de cento e oitenta dias, contados da publicação deste Decreto, proceda à adequação das disposições regulatórias referentes aos arrendamentos e às autorizações de instalações portuárias de que tratam este Decreto, submeta à aprovação da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República o plano geral de outorgas. O art. 50 prevê que, configurado o interesse público, poderá ser autorizada, excepcionalmente, a utilização de instalações portuárias arrendadas para recepção de carga compatível transportada em navio que demande ao porto, não destinada ao arrendatário, desde que configurada a urgência e necessidade, com o objetivo de evitar situações de congestionamento nas demais instala-

ções portuárias e de acostagem. A autorização somente poderá ser concedida pela autoridade portuária depois da manifestação favorável da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o que se aplica também às instalações portuárias de uso público.

Trata-se de franca violação à autonomia e independência da agência, o que é uma ameaça à segurança jurídica dos investidores que acreditaram no instituto.[16]

III. Conclusões

Em face de tudo que foi aqui exposto, é possível sintetizar as seguintes proposições:

1. A ANTAQ, como agência reguladora, possui competência para estabelecer critérios que, a partir do dimensionamento de cargas próprias e de terceiros, devam ser necessariamente seguidos para a definição da modalidade "uso privativo misto" de instalação portuária, ou tal matéria deveria vir regulada por lei formal, em observância aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Tais poderes devem ser exercidos dentro dos objetivos fixados em lei, que representam uma política pública a ser implementada pela Agência. Como dito acima, a ANTAQ tem competência, decorrente da lei (deslegalização), para fixar os critérios técnicos para as autorizações de uso de instalações portuárias, mas tal competência é orientada para implementação de uma política pública pró-competição entre os diversos operadores e não para dificultá-la, protegendo um dos agentes; há que se buscar um ponto de equilíbrio, aqui não alcançado pela equiparação dos terminais mistos aos terminais de uso exclusivo.

2. A norma contida na letra "c", do inciso II, do art. 5º, da Resolução 517 de 18/10/2005 da ANTAQ, à luz do disposto nas letras "a" e "b", do inciso II, do § 2º, do art. 4º da Lei 8.630/93 não é legal. Embora a ANTAQ possa preencher o marco regulatório, tal competência tem por objetivo estimular a competição e não reduzi-la para preservar um dos agentes, não sendo, pois, válida a norma.

3. A Emenda à MPV 412 de 31/12/2007 que propõe a alteração da letra "b" do inciso II, do § 2º do art. 4º da Lei 8.630/93, para: "b) misto, para movimentação de carga própria E/OU de terceiros" é constitucional, já que o comando contido na Lei Maior é para a disciplina do porto e não para as instalações nele contidas; são regimes diversos. O porto é serviço público; o transporte de cargas é atividade econômica e exige a existência do porto, salvo se houver terminais privativos (fora dos portos organizados) para viabilizarem sua entrada e saída. Como serviço público, o porto só pode ser explorado pela Administração Pública ou mediante delegação a particulares por concessão ou permissão; o art. 21, XII, *f* admite a autorização, sem definir-lhe o regime jurídico, que pode ser feito pela lei ordinária. Certo é, no entanto, que a lei ordinária deve fixar uma diferença entre

16 Tal usurpação da autonomia não é nova! O contingenciamento de recursos das agências, para fins de produção de superávit primário nas contas públicas, a criação da Câmara de Gestão da Crise do Setor Elétrico, em detrimento da competência da ANEEL são exemplos de posturas repudiáveis pela doutrina do direito regulatório.

as situações que exigem licitação – arrendamento – das que não exigem – autorizações – sempre considerando como objetivo a preservação da justa e ampla competição entre os diversos operadores.

O relevante é fixar a idéia de que os serviços públicos caminham para um regime de maior liberalização e de ampliação da competição, por meio do ingresso de novos agentes. A competição não se dá apenas por meio da licitação. Este é apenas um dos formatos. Cada vez mais, além da concorrência pelo direito de ingresso num segmento de mercado, há a concorrência no mercado e entre mercados ou entre regimes jurídicos; os serviços postais, de transportes, de eletricidade e de telecomunicações já vislumbram tal competição entre os regimes jurídicos público e privado, tal como se objetiva instituir no setor portuário. Cabe ao regulador zelar pela lealdade na competição, editando normas que viabilizem tal mister. No mais, a Constituição não traçou um regime jurídico para as autorizações, podendo o legislador fazê-lo, admitido o auxílio da deslegalização.

Hacia una Regulación del Turismo Sostenible

*Víctor Rafael Hernández-Mendible**

Introducción. I. El régimen jurídico del Turismo. II. La naturaleza jurídica de la actividad turística. III. El marco institucional de la actividad turística. 3.1. El Ministerio de Turismo. 3.2. El Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística. 3.3. Los fondos mixtos de promoción y capacitación turística. 3.4. El Consejo Nacional de Turismo. 3.5. La Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles. 3.6. Las autoridades estadales y municipales. 3.7. Otras autoridades administrativas. IV. El estatuto de los usuarios de los servicios turísticos. 4.1. Los derechos de los turistas. 4.2. Los deberes de los turistas. 4.3. Los medios de protección de los derechos. V. Los operadores de la actividad turística. 5.1. Las obligaciones de los operadores. 5.2. Los derechos de los operadores. VI. La actividad turística sustentable. Consideraciones finales.

Introducción

Es muy frecuente asociar la noción de turismo con los viajes y se piensa que toda persona que viaja hace turismo, cuando lo cierto es que los viajes han existido desde épocas ancestrales por distintas razones como las aventuras, las guerras de conquistas de otros pueblos, el comercio, la búsqueda de alimentos e incluso por razones climáticas o de salud. En el mundo actual algunas de estas motivaciones han desaparecido y en la actualidad se suele viajar para realizar estudios, para trabajar o hacer negocios, por distracción o descanso, pero hacer turismo constituye una realidad moderna cualitativa y cuantitativamente diferente,[1] por sus implicaciones sociales, culturales, ecológicas, económicas y políticas.

El turismo ha sido definido como la actividad de una persona o conjunto de personas que realizan viajes por placer,[2] pero esta acepción no ha sido suficiente para que el Derecho se interesase de manera particular por la regulación del turismo.[3]

---

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho de la Regulación Económica, en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), Profesor invitado en la Universidad Externado de Colombia y en la Universidad de La Sabana (Colombia). Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo; fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y miembro de honor de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. Premio Mención Especial en el I Concurso Iberoamericano "Ángel Ballesteros" de Estudios y Buenas Prácticas Locales, otorgado por la Unión Iberoamericana de Municipalistas. 2006. www.hernandezmendible.com.

1 DELPIAZZO, C. E. *Derecho Administrativo Especial.* Vol. 2. A.M.F. Montevideo. 2007, p. 665.

2 El vocablo "Turismo" puede ser consultado en la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española.* Tomo II. 22ª ed. Madrid. 2001, p. 2246.

3 Se ha señalado "que el turismo es un sector al que el jurista y, más en concreto, el estudioso del Derecho público apenas ha prestado atención. La ordenación jurídica del turismo ha venido siendo una de las materias más olvidadas por parte de nuestra doctrina jurídico-administrativa". Antonio CALONGE VELÁZQUEZ, Aproximación al estudio del sector público turístico. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo III.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, p. 3071.

La actividad turística se comenzó a realizar de manera organizada a comienzos de los años treinta del siglo XX, razón por la cual con anterioridad carecía de interés para el Estado intervenir en su regulación, debiendo entenderse en sus orígenes que desde el punto de vista jurídico, podía ser considerada una actividad económica mercantil, en virtud de lo cual las personas en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, de la autonomía de la voluntad y de la libertad de negociación y contratación, libremente transaban la prestación de algunos servicios turísticos como el hospedaje o posada, la alimentación y el transporte (en un comienzo terrestre o marítimo y luego el aéreo), lo que suponía que no existía mayor regulación sobre la misma, que la general que regía a toda actividad comercial.

Ello permitía que producto de la libre iniciativa empresarial privada, aunque siempre con sometimiento a la legislación mercantil, el sector turístico encontrase como fuente de su regulación la libertad de empresa y el Código de Comercio.

Con el surgimiento del Estado social y democrático de Derecho se produce una transformación en la intervención del Estado respecto a las actividades privadas, con independencia de su naturaleza civil o comercial, lo que sin llegar al extremo de una auténtica *publicatio* produjo una intensificación de la presencia del Estado, no solo a través de una regulación especializada desde el punto de vista jurídico, económico y técnico, sino de su presencia empresarial como un operador económico más y de la creación de autoridades administrativas encargadas de velar por el efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico sectorial, lo que la doctrina científica ha denominado el proceso de administrativización de la actividad turística.[4]

Esto pone en evidencia la complejidad para determinar el régimen jurídico aplicable a los particulares y al propio Estado, según sea el rol que desempeñe en la actividad económica donde interviene. Así lo recuerda la doctrina científica al señalar que la intervención del Estado en las actividades económicas privadas debe abordarse desde una perspectiva de aproximación, lo que exige analizar cada sector de manera diferenciada de los otros sectores económicos privados, para entender la evolución de la iniciativa privada y de las técnicas de intervención que emplea la Administración Pública en cada caso.[5]

Ha sido la masificación de los desplazamientos turísticos y el consecuente incremento de la actividad turística lo que ha generado la expedición de una regulación sectorial nacional, a la que se suma –no debe olvidarse–, toda la normativa internacional que se ha producido respecto a dicha actividad,[6] así como el surgimiento de organizaciones supranacionales gubernamentales o no, que se encuentran relacionadas con el funcionamiento del

4 MARTÍN MATEO, R., MARTÍN RETORTILLO, L., y VILLAR PALASÍ, J.L. Aspectos Jurídicos Administrativos del Turismo. *Actas del primer congreso italo-español de profesores de Derecho Administrativo*. Ministerio de Información y Turismo. Madrid. 1970.

5 MARTÍN-RETORTILLO, S. *Derecho Administrativo Económico. Tomo I*. La Ley. Madrid. 1998, pp. 189-190.

6 El marco jurídico internacional de la actividad turística se encuentra conformado, entre otros instrumentos por los siguientes: Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966; Convenio de Varsovia sobre el Transporte Aéreo, de 12 de octubre de 1929; Convenio Internacional de Chicago sobre la Aviación Civil, de 7 de diciembre de 1944, así como las convenciones de Tokio, La Haya y Montreal adoptadas en relación con dicho convenio; Convención sobre las facilidades aduaneras para el turismo, de 4 de julio de 1954, y

sector y que sin ninguna duda han influido en el desarrollo de la que se ha convertido en la tercera actividad económica mundial, después de la automovilística y la petroquímica.[7]

Todo este entorno ha permitido la aparición de una rama especializada de la ciencia jurídica, que ha ido adquiriendo cada vez mayor autonomía, dando paso al Derecho del Turismo, que es de reciente data y tiene como finalidad regular la actividad económica de oferta y prestación de servicios turísticos, buscando lograr el desarrollo y crecimiento del sector de manera sustentable, fomentar la promoción y el incremento de los ingresos económicos locales por la explotación de la actividad, así como regular la actuación de las autoridades administrativas que intervienen en el sector y de las personas que desarrollan la actividad como operadores y como turistas.

Dado lo extenso que resultaría abordar a plenitud todos los ámbitos del Derecho del Turismo y para no exceder los límites de esta exposición, el presente análisis se circunscribirá a abordar los aspectos jurídicos de la regulación de la actividad turística contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, se dividirá el presente trabajo en los siguientes aspectos a saber: El régimen jurídico del turismo (II); la naturaleza de la actividad turística (III); el marco institucional de la actividad turística (IV); el estatuto de los usuarios de los servicios turísticos (V); los operadores de la actividad turística (VI); la actividad turística sustentable (VII); y, las consideraciones finales (VIII).

I. El régimen jurídico del Turismo

En el marco de la Constitución de 1961, se establecía que correspondía al Poder Federal la competencia legislativa sobre el turismo,[8] dando fundamento así a la regulación

Protocolo asociado; Convenio relativo a la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de 23 de noviembre de 1972; Declaración de Manila sobre el Turismo Mundial, de 10 de octubre de 1980; Resolución de la Sexta Asamblea General de la OMT (Sofía) por la que se adoptaban la Carta del Turismo y el Código del Turista, de 26 de septiembre de 1985; Convención sobre los Derechos del Niño, de 26 de enero de 1990; Resolución de la novena Asamblea General de la OMT (Buenos Aires) relativa a la facilitación de los viajes y la seguridad de los turistas, de 4 de octubre de 1991; Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 13 de junio de 1992; Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, de 15 de abril de 1994; Convenio sobre la Diversidad Biológica, (Berlín) de 6 de enero de 1995; Carta de Turismo Sostenible, (Lanzarote) abril de 1995; Resolución de la undécima Asamblea General de la OMT (El Cairo) sobre la prevención del turismo sexual organizado, de 22 de octubre de 1995; Declaración de Estocolmo contra la explotación sexual comercial de los niños, de 28 de agosto de 1996; Agenda 21 para la industria de los viajes y el turismo, de 1996; Declaración de Manila sobre los Efectos Sociales del Turismo, de 22 de mayo de 1997; Código de Ética Mundial para el Turismo, de 1 de octubre de 1999; Conferencia preparatoria del año Internacional del Ecoturismo, (Cuiabá, Brasil), de 24 de agosto de 2001, sobre Desarrollo y gestión sostenibles del ecoturismo en las Américas; Declaración de Québec sobre ecoturismo, de 2002; Declaración de Galápagos, de 31 de mayo de 2002; Declaración de Djerba (Turquía), sobre turismo y cambio climático, de 11 de abril de 2003; Declaración de patrimonio cultural inmaterial, de 2003; Declaración de Davos sobre cambio climático y turismo, de 2 de octubre de 2007.

7 DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y MELGOSA ARCOS, F. J. La ordenación del turismo en Castilla y León. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo III.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, p. 3037.

8 Artículo 136.24 de la Constitución de 1961.

sectorial de la actividad turística, que comenzó a tener rango legal independiente con la Ley de Turismo de 1938, la cual ha sido objeto de distintas reformas hasta llegar al momento actual.[9]

No obstante, debe mencionarse que la propia Constitución enunciaba dentro de las competencias municipales vinculadas a la vida local el turismo,[10] lo que encontraba su complemento legislativo en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

La entrada en vigencia de la Constitución de 1999, introduce una modificación importante porque se amplía desde la norma suprema el marco competencial del Poder Federal, al atribuirle tanto la legislación como las políticas públicas nacionales en el sector del turismo,[11] en tanto que le otorga competencia al Poder Municipal en la actividad turística local.[12]

Por otra parte, al regular los principios del modelo socio-económico que deben desarrollarse en la República, la Constitución vigente establece que el turismo constituye una actividad económica de interés nacional, de carácter prioritario para el país en su estrategia de diversificación de la producción de la riqueza y desarrollo sustentable. En razón de lo cual, el Estado debe dictar las medidas que garanticen su desarrollo y velar por la creación y el fortalecimiento del sector turístico nacional.[13]

Estos postulados son los que inspiran la Ley Orgánica de Turismo vigente, que tiene por objeto "promover y regular la actividad turística como factor de desarrollo sustentable del país, mediante el establecimiento de normas que garanticen la orientación, la facilitación, el fomento, la coordinación y el control de la actividad turística, estableciendo los mecanismos de participación y concertación de los sectores público y privado en esta actividad".[14]

El Estado asume así tanto la regulación de la organización y funcionamiento del sistema turístico nacional, como la protección de los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en el sector del turismo.[15]

Estas disposiciones legales se encuentran complementadas con las normas reglamentarias dictadas por el Ejecutivo Federal, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales.[16]

---

9 La primera Ley de Turismo fue de 28 de agosto de 1938, luego seguirían la Ley de 22 de junio de 1973, luego fue sustituida por la Ley de Turismo, publicada en la Gaceta Oficial nº 35.117, de 21 de diciembre de 1992; reformada por la Ley Orgánica de Turismo, publicada en la Gaceta Oficial nº 36.546, de 24 de septiembre de 1998, modificada por el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de Turismo, publicado en la Gaceta Oficial nº 37.332, de 26 de noviembre de 2001, que fue derogado por la vigente Ley Orgánica de Turismo, publicada en la Gaceta Oficial nº 38.215, de 23 de junio de 2005.

10 Artículo 30 de la Constitución de 1961.

11 Artículo 156.23 de la Constitución de 1999.

12 Artículo 178.1 de la Constitución de 1999.

13 Artículo 308 de la Constitución de 1999.

14 Artículo 1 de la Ley Orgánica de Turismo.

15 El artículo 301 de la Constitución establece que "El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas o privadas. No se podrá otorgar a personas, empresas u organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional".

16 Deben considerarse todavía vigentes, el Reglamento parcial de la Ley Orgánica de Turismo sobre establecimiento de alojamientos turísticos, publicado en la Gaceta Oficial nº 36.607, de 21 de diciembre de 1998

Como resulta evidente, el ordenamiento jurídico del sector turístico no se encuentra limitado por la regulación sectorial, sino que además lo integran las disposiciones jurídicas contenidas en el Código de Comercio, el Código Civil, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario,[17] que pretende proteger los derechos constitucionales de los usuarios a contar con servicios de calidad, a obtener una información adecuada y no engañosa, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno,[18] regulando las relaciones entre los proveedores de los servicios turísticos y los turistas.

Además debe considerarse, la Ley para la promoción y la protección de la libre competencia,[19] que con la finalidad de garantizar la libertad de empresa,[20] la libre competencia y controlar tanto la tendencia a los monopolios u oligopolios, como el abuso de posición de dominio,[21] regula de manera general las conductas exigibles de los operadores económicos turísticos privados e incluso públicos.

II. La naturaleza jurídica de la actividad turística

Como todas las instituciones del Derecho en general, siempre es necesaria la determinación de la naturaleza jurídica para precisar la correcta interpretación de las disposiciones del ordenamiento jurídico, aplicables a una actividad o sector económico.

Se debe comenzar señalando que la Constitución de 1961 no contenía una referencia expresa que permitiera precisar la naturaleza jurídica del turismo y las leyes de turismo, se limitaban a declarar de utilidad pública y de interés general a la actividad turística, sin considerar expresamente que esta actividad económica constituía un servicio público.[22]

No obstante fue la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, la que reconoció que en virtud del concepto general de servicio público, resultaba posible que un ente estatal asumiera eventualmente algún aspecto de la actividad turística, en la cual se encuentra presente un interés general, para gestionarla o prestarla, bien solicitando la colaboración de un particular, mediante la celebración de un contrato administrativo o directamente, por sí mismo.[23]

---

y el Reglamento parcial de la Ley Orgánica de Turismo sobre incentivos aplicables a las empresas prestadoras de servicios turísticos, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.623, de 18 de enero de 1999.

17 Gaceta Oficial nº 37.930, de 4 de mayo de 2004.

18 Artículo 117 de la Constitución de 1999.

19 Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, publicada en la Gaceta Oficial nº 34.880, de 13 de enero de 1992.

20 Artículo 112 de la Constitución de 1999.

21 Artículo 113 de la Constitución de 1999.

22 La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 30 de julio de 1963, había establecido que constituía un servicio público "aquella actividad administrativa destinada a dar satisfacción a las necesidades de interés general **[elemento material]**, dentro de un régimen especial que atañe en forma propia al Derecho Público **[elemento formal]**, y los empleados del órgano administrativo que lo prestan son funcionarios públicos **[elemento orgánico]**". Los corchetes y negrillas son míos.

23 La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 1º de abril de 1986, señaló que "… el contrato trasluce asimismo, *prima facie*, que su objeto responde a la necesidad del desarrollo de actividades turísticas, las cuales caben dentro de la amplia noción de servicio público aceptada por nuestra doctrina y jurisprudencia como objeto posible de contratación administrativa, actividades turísticas de inte-

La interpretación de la Corte Suprema de Justicia dirigida a justificar su competencia para conocer de las pretensiones formuladas frente a las relaciones jurídicas bilaterales que se estableciesen entre los particulares y la Administración Pública con competencia sobre la actividad turística, en los casos de celebración de un contrato administrativo, que únicamente podía estar sometido a la competencia del orden jurisdiccional administrativo, la lleva a efectuar una apreciación sofística, porque partiendo de la premisa que las actividades turísticas han sido calificadas legalmente como actividades de utilidad pública y de interés general, concluye que por ello, deben considerarse que constituyen un servicio público de titularidad estatal, atribuible al Poder Federal. Esta interpretación por demás errónea fue reiterada por la propia Corte Suprema de Justicia,[24] quien incluso ratifica que la naturaleza de servicio público de la actividad turística, constituye el objeto del contrato administrativo que permite su prestación por los particulares.[25]

Se mencionó que la interpretación no es jurídicamente correcta, porque la satisfacción del interés general no constituye un monopolio del Estado, pues los particulares pueden contribuir a su satisfacción en ejercicio de sus libertades públicas, sin que exista una actividad que haya sido declarada servicio público, ni que se haya establecido una titularidad estatal.[26]

Esto se ve corroborado al entrar en vigencia la Constitución de 1999, en la cual se estableció que el turismo constituye una actividad económica de interés nacional, de carácter prioritario para el país en su estrategia de diversificación de la producción de la riqueza y desarrollo sustentable. Por su parte, la Ley Orgánica de Turismo mantiene la declaración de utilidad pública y de interés general sobre la actividad turística.[27]

---

rés general entre nosotros conforme al artículo 2 de la Ley de Turismo: 'Se declaran de utilidad pública y de interés general, las actividades dirigidas al desarrollo del turismo, …'".

24 Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia nº 585, de 19 de diciembre de 1987.

25 La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia nº 257, de 30 de mayo de 1991, estableció que "… teniendo por objeto –se insiste– el contrato de arrendamiento celebrado, un bien afectado a un servicio público en sentido amplio (la actividad turística: sentencia S.P.A. de 01.04.86), antes citada, y estando facultada la Administración Pública para rescindir la convención en virtud de una cláusula exorbitante del Derecho común (la transcrita cláusula décimotercera del contrato), por el principio de autotutela, aplicable por estar Juan Riverola Acabán en situación de sujeción especial (prestando un servicio público en un bien de una administración pública), tenía competencia la Administración para ejecutar directamente, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial, el acto de rescisión del contrato".

26 Considera Jean RIVERO, "… que el *servicio público no necesariamente requiere, para su gestión, el derecho administrativo.* Él utiliza, según su naturaleza y según el objeto que él persigue, ya sea procedimientos de la gestión privada, es decir, del derecho civil y comercial, ya sea aquellos de la gestión pública, es decir, los del derecho administrativo. Y éstos extienden su dominio más allá del campo de los servicios públicos. En estas condiciones ya no es posible encontrar en la noción de servicio público, ni el campo de aplicación del derecho administrativo ni su principio de explicación, ya que las necesidades del servicio público pueden, según el caso, recibir satisfacción tanto por el derecho privado como por el derecho público. Parece ser que los recientes esfuerzos por tratar de restaurar la noción en su rol anterior tropieza con una evolución que sobrepasa, en mucho, los problemas puramente jurídicos". *Derecho administrativo.* Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1983, p. 35.

27 Artículo 1 de la Ley Orgánica de Turismo, publicada en la Gaceta Oficial nº 38.215, de 23 de junio de 2005.

No obstante debe tenerse presente que tal como se ha mencionado en otras ocasiones,[28] la calificación de una actividad económica como servicio público debía estar contenida en la norma de rango constitucional o legal,[29] lo que no ha ocurrido nunca con la actividad económica turística y en todo caso, aun cuando se hubiese producido dicha declaración formalmente en la Constitución o en la ley reguladora del sector turístico –únicas legítimamente llamadas a efectuar dicha calificación, en caso de considerarlo conveniente el constituyente o legislador–,[30] ello en ningún caso habría supuesto ni la exclusión de la libertad de empresa, ni de la libre competencia entre operadores turísticos,[31] ni

28 Anteriormente se sostuvo que "… la única declaración válida de una actividad como servicio público, es aquella que se encuentra establecida en la Constitución o en una ley, siempre que ésta tenga por objeto la regulación de ese sector o actividad económica y como consecuencia, será ésta a la que legítimamente corresponda declarar si la actividad constituye o no un servicio público, pero en ningún caso resulta admisible que el operador jurídico utilice cualquier declaración, contenida en otro texto jurídico y por ende técnicamente impropia, para considerar una actividad determinada como servicio público". Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La actividad de servicio público y la regulación bancaria. *Las formas de la Actividad Administrativa. II Jornadas de Derecho Administrativo.* FUNEDA. Caracas. 2005, p. 100.

29 La doctrina científica ha señalado que "… no toda actividad prestacional de interés público, que realicen los entes públicos puede considerarse como un servicio público, ***sino sólo aquellas que éstos asumen en cumplimiento de una obligación constitucional o legal***". Allan R. BREWER-CARÍAS, El régimen constitucional de los servicios públicos. *El Nuevo Servicio Público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general.* FUNEDA. Caracas. 2002, p. 23.

30 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia nº 825, de 6 de mayo de 2004.

31 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia nº 1556, de 8 de diciembre de 2000, ha expresado que "… la vigente Constitución ha considerado en el capítulo de los derechos económicos, como contrario a los principios fundamentales de la Constitución, el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concretada (artículo 113 de la Constitución de 1999). Si bien es cierto que en dicho artículo 113, lo relativo al abuso de la posición de dominio está referido a los particulares y no al Estado, al expresar la norma mencionada a las empresas, no distingue si ellas son públicas o privadas; mientras que el artículo 4 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, somete a dicha ley a las personas jurídicas públicas, que actúan con o sin fines de lucro, señalando dicha ley entre las actividades reguladas, a la posición de dominio (artículo 113)" y continúa señalando más adelante que "A juicio de esta Sala, tal deber del Estado se traduce en que el o los concesionarios, al invocar el interés general o público para rescindir contratos, como el que trata esta causa, amparado en las cláusulas exorbitantes que permiten tales rescisiones unilaterales del contrato administrativo, no pueden hacerlo con el fin de crear situaciones monopólicas o eliminar del mercado arbitrariamente a quienes realizan actividades económicas como desarrollo del derecho de libertad económica que contempla el artículo 112 de la vigente Constitución y que era reconocido en la Constitución de 1961 (artículo 96)". Escasos días después, el mismo Tribunal en sentencia nº 1563, de 13 de diciembre de 2000, complementa el criterio anterior agregando que "La Constitución de 1999, entre los derechos económicos, ha prohibido a los particulares los monopolios y ha limitado de manera general (para el Estado y los particulares) la posición de dominio (artículo 113), por lo que mal puede entenderse que los municipios en general, y el distrito Metropolitano en particular, tengan como meta el monopolizar la producción de agua potable, energía eléctrica o gas, o la distribución y venta de dichos rubros, o del transporte urbano. De allí que los Municipios pueden construir o adquirir acueductos, redes de distribución de electricidad o gas en sus territorios, establecer servicios de transporte y claro ésta, el Distrito Metropolitano puede hacerlo, pero permitiendo la libre competencia, principio económico contenido en los artículos 112 y 113 de la Carta Magna".

restricción al derecho de elección de servicios por los turistas, según lo ha reconocido la jurisprudencia.

Lo anterior permite apreciar que en Venezuela la actividad turística ha pasado de una regulación general a una regulación sectorial, sin dejar de constituir una actividad económica privada, de naturaleza mercantil o comercial, que los operadores tienen derecho a realizar en ejercicio de la libertad de empresa y en régimen de competencia, pero como toda actividad en la cual se encuentra involucrado o presente una utilidad pública o un interés general, resulta justificada la intervención de la Administración Pública que está llamada a realizar el control, planificación, supervisión y regulación sobre la misma conforme a lo dispuesto en la ley y al modelo de economía social de mercado que surge de la Constitución.[32]

En tales términos, debe entenderse que en el estado actual del Derecho del Turismo, la actividad turística únicamente puede ser considerada una actividad económica privada, de interés general, sujeta a una intensa regulación del Estado, que utiliza esta técnica de intervención para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los turistas, sin necesidad de involucrarse directamente en la gestión de la actividad, pero sí, con el objeto de garantizar su desarrollo sustentable, tal como lo exige la propia Constitución y el orden jurídico internacional.

III. El marco institucional de la actividad turística

La legislación ha establecido un complejo régimen institucional en el cual intervienen el Ministerio de Turismo; los órganos de promoción y capacitación turística a nivel nacional, estadal y municipal; las organizaciones y cámaras de empresarios turísticos; la autoridad reguladora en materia de casinos, bingos y máquinas traganíqueles; las entidades turísticas estadales y municipales; y finalmente, las administraciones públicas tutoras del libre mercado y de los usuarios. Seguidamente se hará una sucinta referencia a cada uno de ellos:

3.1. El Ministerio de Turismo

El Ministerio de Turismo[33] es el órgano rector y máxima autoridad administrativa, a quien corresponde con carácter general la formulación, regulación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas, así como la planificación y fiscalización de las actividades en materia turística, la coordinación con las autoridades turísticas estadales y municipales, la

32 Sobre la economía social de mercado, puede consultarse Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La Regulación Económica. *Estudios de Derecho Público. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario.* UCAB. Caracas. 2004, pp. 691-746; y, Los servicios públicos competitivos y la libertad de empresa. *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005, pp. 313-346.

33 En su origen el Ministerio se denominaba de Información y Turismo, creado en la Ley Orgánica de la Administración Central, de 28 de diciembre de 1976.

dirección de la política general de la industria turística y se le atribuyen las competencias para la preparación y elaboración del Plan Nacional Estratégico de Turismo.[34]

Es así como debe señalarse que la regulación administrativa de primer grado la debe realizar el Ministerio de Turismo, conforme a las competencias que de manera irrenunciable, indelegable e improrrogable le otorgan tanto la Ley Orgánica de Turismo, los reglamentos de dicha Ley y el Decreto sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional.

3.2. El Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística

El Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística que es una autoridad administrativa creada por ley, que tiene patrimonio propio e independiente del fisco nacional, además de autonomía técnica, funcional, administrativa, organizativa y financiera, posee personalidad jurídica propia y distinta de la República.[35]

En razón de ello, conforme a lo establecido en la Constitución[36] y desarrollado en la Ley Orgánica de Administración Pública,[37] el legislador ha calificado al Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística como un instituto autónomo, lo que lleva a ubicarla dentro de la Administración Pública Nacional descentralizada funcionalmente, que se encuentra adscrito al Ministerio de Turismo.[38]

El Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística tiene como objeto administrar los recursos que se deben destinar a la promoción nacional e internacional de Venezuela como destino turístico y a la capacitación del capital humano para la prestación de servicios turísticos.[39]

Se trata de una autoridad administrativa cuya dirección es de integración colegiada, sus decisiones agotan la vía administrativa y pueden ser recurridas directamente ante los órganos jurisdiccionales.[40]

3.3. Los fondos mixtos de promoción y capacitación turística

La creación de los fondos mixtos de promoción y capacitación turística son propiciados por el Ministerio de Turismo[41] y su gestión le corresponde a los estados, los municipios y a las dependencias federales.[42] Estos fondos tienen como competencia:

a) Formular y ejecutar la política general del Fondo mixto de promoción y capacitación turística correspondiente, así como los planes y programas que deba

34 Artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Turismo.
35 Artículo 10 de la Ley Orgánica de Turismo.
36 Artículo 142 de la Constitución.
37 Artículo 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
38 Artículo 10 de la Ley Orgánica de Turismo.
39 Artículo 10 de la Ley Orgánica de Turismo.
40 Artículos 16, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Turismo.
41 Artículo 34 de la Ley Orgánica de Turismo.
42 Artículo 35 de la Ley Orgánica de Turismo.

desarrollar en concordancia con el Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística.[43]

b) Promocionar los atractivos y destinos turísticos en el ámbito de su competencia, lo que debe llevar a cabo dentro y fuera del espacio geográfico nacional, en coordinación con el Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística.[44]

c) Participar en la definición y orientación de las políticas de mercadeo y comercialización de los destinos turísticos, tanto a nivel nacional como internacional, coordinadamente con el Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística.[45]

d) Contribuir, en coordinación con el Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística, a la capacitación teórica y práctica del personal del Sistema Turístico, de acuerdo con las necesidades de la evolución y del desarrollo del sector.[46]

e) Destinar hasta un diez por ciento (10%) de los recursos que reciban para sus gastos de administración de personal y funcionamiento. El noventa por ciento (90%) restante, se distribuirán de la forma siguiente: El cuarenta por ciento (40%) para los programas regionales de capacitación de capital humano y sesenta por ciento (60%) para los programas de promoción turística.[47]

f) Elaborar el proyecto de presupuesto de ingresos, inversiones y gastos con sujeción a lo contemplado en la ley.[48]

g) Recibir, supervisar, controlar y administrar los ingresos ordinarios del fondo mixto de promoción y capacitación turística correspondiente.[49]

h) Proporcionar información a los diferentes organismos públicos, privados y a las personas naturales o jurídicas interesadas, en las actividades realizadas por el fondo mixto de promoción y capacitación turística.[50]

i) Autorizar la celebración de convenios y contratos con los integrantes del Sistema Turístico Nacional, así como con organismos del sector público o personas privadas, a fin de obtener los aportes en dinero o en especie para los planes de promoción turística y capacitación de capital humano.[51]

j) Presentar los ingresos y egresos, así como la contabilidad anual tanto al Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística, como a los organismos de control pertinentes.[52]

---

43 Artículo 35.1 de la Ley Orgánica de Turismo.
44 Artículo 35.2 de la Ley Orgánica de Turismo.
45 Artículo 35.3 de la Ley Orgánica de Turismo.
46 Artículo 35.4 de la Ley Orgánica de Turismo.
47 Artículo 35.5 de la Ley Orgánica de Turismo.
48 Artículo 35.6 de la Ley Orgánica de Turismo.
49 Artículo 35.7 de la Ley Orgánica de Turismo.
50 Artículo 35.9 de la Ley Orgánica de Turismo.
51 Artículo 35.10 de la Ley Orgánica de Turismo.
52 Artículo 35.11 de la Ley Orgánica de Turismo.

k) Las demás funciones señaladas por la Ley y su reglamento interno.[53]

3.4. El Consejo Nacional de Turismo

La legislación reconoce al Consejo Nacional de Turismo, que debe constituirse como una asociación civil sin fines de lucro, debiendo establecer sus estatutos la forma de organización y garantizar la representación proporcional de los sectores y miembros que lo integran, así como su administración, elección de administradores y demás normas necesarias para su funcionamiento, que aseguren la participación de todos los prestadores de servicios turísticos del sector privado.

El Consejo Nacional de Turismo estará integrado por representantes de las distintas Cámaras de Turismo de las regiones del país, así como las asociaciones de prestadores de servicios turísticos de los diferentes ámbitos territoriales, que se encuentren inscritas en el registro turístico nacional.[54]

Este Consejo actúa como un ente externo de supervisión, contraloría y fiscalización de la gestión y calidad de los servicios turísticos.[55] Además debe colaborar con las autoridades administrativas en lo relacionado con los datos estadísticos de la actividad, vigilancia de la calidad y mantenimiento de los servicios.[56]

3.5. La Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles

Una de las autoridades administrativas relacionados con el sector turístico, es la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, que consiste en un órgano desconcentrado del Ministerio de Turismo,[57] con autonomía funcional y que tiene atribuida la rectoría de las actividades de bingos, casinos y máquinas traganíqueles.[58]

Esta Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles tiene a su cargo el otorgamiento de la habilitación administrativa de autorización y el control de las actividades reguladas en la Ley. Sus decisiones agotan la vía administrativa y son recurribles ante el orden jurisdiccional administrativo.[59]

Dado que las instalaciones donde funcionen casinos, salas de bingo y máquinas traganíqueles, requieren de la habilitación administrativa de autorización, ésta no podrá otorgarse hasta tanto el Consejo Nacional Electoral no realice el referendo consultivo en la parroquia respectiva, en el cual sus habitantes deben pronunciarse acerca de si están o

53 Artículo 35.8 y 35.12 de la Ley Orgánica de Turismo.
54 Artículo 31 de la Ley Orgánica de Turismo.
55 Artículo 32 de la Ley Orgánica de Turismo.
56 Artículo 33 de la Ley Orgánica de Turismo.
57 Artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
58 Artículo 3 de la Ley para el control de los casinos, salas de bingo y máquinas traganíqueles, publicada en la Gaceta Oficial nº 36.254, de 23 de julio de 1997.
59 Artículo 6 de la Ley para el control de los casinos, salas de bingo y máquinas traganíqueles.

no de acuerdo con la ubicación de tales instalaciones en su ámbito territorial. El resultado de este referendo será vinculante cuando sea negativo.[60]

Es importante tener presente que la instalación de casinos, bingos y máquinas traganíqueles deberán estar ubicadas en zonas geográficas previamente declaradas turísticas[61] y aptas para el funcionamiento de estos establecimientos, las cuales deben ser aprobadas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, a solicitud del Ministerio del Turismo.[62]

La Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, cuenta con una Inspectoría Nacional, que consiste en el órgano técnico de vigilancia, supervisión y control de actividades relacionadas con el funcionamiento de casinos, salas de bingo y máquinas traganíqueles.[63]

3.6. Las autoridades estadales y municipales

La Constitución no le otorga competencia a los estados sobre la actividad turística, no obstante en lo que se refiere al marco institucional, debe mencionarse que desde la Ley sí se atribuye a éstos competencias de fomento y planificación en el ámbito el sector turístico, debiendo para ello crear la Corporación de Turismo Estadal para la ejecución de los planes, programas y proyectos que se elaboren de conformidad con la ley.[64]

En lo que corresponde a los municipios, la Constitución les otorga competencia en la dotación y prestación de los servicios de turismo local,[65] mientras que la ley señala que les corresponde fomentar e integrar la actividad turística dentro de los planes de desarrollo local y ejercer las competencias dentro del sector, en el ámbito geográfico que constituye el territorio del municipio.[66] Por su parte, la ley que regula la Administración Local dispone que los municipios que tienen vocación turística, dictarán los planes locales de turismo con la finalidad de promover y desarrollar la actividad turística.

El Municipio a través de tales planes debe promover conjuntamente con los sectores público y privado, el desarrollo de la actividad turística en sitios de interés histórico, de bellezas naturales, recreativos y de producción de artesanía, así como cualquier otra manifestación de interés turístico.[67]

Los municipios coordinarán sus competencias sobre las actividades turísticas, con aquéllas que tienen atribuidas el Poder Federal y los estados.

---

60 Artículo 25 de la Ley para el control de los casinos, salas de bingo y máquinas traganíqueles.

61 El artículo 45 de la Ley Orgánica de Turismo establece que "Las zonas que sean declaradas de interés turístico, se establecerán de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio. A los efectos de su delimitación, se entenderá por zonas de interés turístico, aquellas áreas que por las características naturales, demográficas, urbanísticas, culturales y de valor turístico, sean capaces de generar corrientes turísticas nacionales e internacionales y cuya dinámica económica se basa principalmente en el desarrollo de la actividad turística".

62 Artículo 25 de la Ley para el control de los casinos, salas de bingo y máquinas traganíqueles.

63 Artículo 8 de la Ley para el control de los casinos, salas de bingo y máquinas traganíqueles.

64 Artículos 26 y 27.1 de la Ley Orgánica de Turismo.

65 Artículos 178.1 de la Constitución y 156.2.a) de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

66 Artículos 28 y 29 de la Ley Orgánica de Turismo.

67 Artículo 62 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

3.7. Otras autoridades administrativas

Existen otras autoridades administrativas creadas por leyes nacionales que tienen atribuidas competencias para intervenir en las actividades turísticas, en la generalidad de los casos para proteger el mercado turístico o a los usuarios de los servicios turísticos.

En lo concerniente al primer supuesto, se debe considerar que la ley[68] le atribuyó competencias a la Superintendencia para la Promoción y la Protección de la Libre Competencia para intervenir en todos aquellos casos en los cuales los operadores económicos públicos o privados que realizan actividades en el sector turístico puedan afectar las reglas de la libre competencia, en contravención de lo dispuesto en la Constitución y la misma ley.[69]

En lo relacionado con la protección de los usuarios de los servicios turísticos, debe señalarse que además de las competencias otorgadas a las autoridades propias del sector, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario[70] crea una autoridad administrativa nacional que tiene legalmente atribuida la protección de los usuarios de los servicios turísticos, que es el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario.

También se ha establecido una autoridad administrativa nacional encargada de velar que los prestadores de servicios turísticos, cumplan con el sistema legal de normas técnicas y control de calidad, los reglamentos técnicos, así como las demás relacionadas con la calidad de los servicios turísticos, conforme a lo dispuesto por las organizaciones internacionales, así como de imponer las sanciones que establezca la ley, cuando las conductas realizadas por algunos operadores constituyan infracciones del ordenamiento jurídico. Esta autoridad administrativa es actualmente el Servicio Autónomo Nacional de Normalización, Calidad, Metrología y Reglamentos Técnicos (SENCAMER)[71] y debe prestar asesoría al Ministerio de Turismo en esta materia.[72]

Las tres autoridades administrativas mencionadas que tienen competencias concretas y naturaleza jurídica distinta, tienen en común que se encuentran adscritas al Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio.

Este complejo marco institucional regulatorio, de fomento y garantista tiene competencias y funciones concretas, dirigidas a cumplir y hacer cumplir el ordenamiento jurídico del sector turístico.

IV. El estatuto de los usuarios de los servicios turísticos

El estatuto de los usuarios de los servicios turísticos se encuentra conformado tanto por las disposiciones internacionales, como por las disposiciones nacionales que integran el ordenamiento jurídico.

---

68 Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Gaceta Oficial nº 34.880, de 13 de enero de 1992.

69 Artículo 113 y Disposición Transitoria Décima Octava de la Constitución.

70 Gaceta Oficial nº 37.930, de 4 de mayo de 2004.

71 Ley de Metrología, Gaceta Oficial nº 38.371, de 2 de febrero de 2006.

72 Artículo 97 de la Ley Orgánica de Turismo.

Los usuarios que también son denominados turistas, son aquellas personas o grupos de personas que viajan fuera de su lugar habitual de residencia por placer, con fines de esparcimiento, recreación, cultura, calidad de vida, ocio o distracción y disfrutan o se benefician de los servicios turísticos como destinatarios finales.[73]

Los turistas como todo los usuarios de servicios tienen derecho a disfrutar de bienes y servicios de calidad, a que le suministren una información adecuada y no engañosa, a elegir los bienes que quieren adquirir o los servicios que desean contratar y a un trato equitativo y justo por parte de los prestadores de los servicios turísticos.[74]

4.1. Los derechos de los turistas

El legislador estableció como derechos de los turistas, los siguientes:

a) Obtener información objetiva, exacta y completa sobre todas y cada una de las condiciones, precios y facilidades que le ofrecen los prestadores de los servicios turísticos.[75]
b) Recibir los servicios turísticos en las condiciones y precios contratados.[76]
c) Obtener los documentos que acrediten los términos de su contratación y las facturas correspondientes a los servicios turísticos.[77]
d) Gozar de tranquilidad, intimidad, seguridad personal y de sus bienes.[78]
e) Formular quejas y reclamos inherentes a la prestación del servicio turístico conforme a la ley y obtener respuestas oportunas y adecuadas.[79]
f) Gozar de servicios turísticos en las condiciones óptimas de seguridad e higiene.[80]
g) Obtener información veraz y equilibrada para la prevención de accidentes y enfermedades contagiosas, así como sobre cualquier acontecimiento y situaciones que puedan influir en la frecuencia turística.[81]
i) Recurrir al Ministerio de Turismo o al Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario, en las oficinas que tengan dispuestas para tales fines, a objeto de formular sus quejas y reclamos inherentes a la prestación de los servicios turísticos.[82]

---

73 El artículo 83 de la Ley Orgánica de Turismo "…considera turista o usuario turístico a toda persona natural que viaje fuera del lugar de su residencia, que recorra el país o visite un lugar por interés cultural, natural, en forma temporal con fines de esparcimiento y recreación o que utilice alguno de los servicios prestados por los integrantes del Sistema Turístico Nacional".
74 Artículo 117 de la Constitución.
75 Artículo 84.1 de la Ley Orgánica de Turismo.
76 Artículo 84.2 de la Ley Orgánica de Turismo.
77 Artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Turismo.
78 Artículo 84.4 de la Ley Orgánica de Turismo.
79 Artículo 84.5 de la Ley Orgánica de Turismo.
80 Artículo 84.6 de la Ley Orgánica de Turismo.
81 Artículo 78 y 84.7 de la Ley Orgánica de Turismo.
82 Artículo 84.8 de la Ley Orgánica de Turismo.

j) Denunciar ante las autoridades competentes cualquier hecho irregular cuya responsabilidad se atribuya a alguno de los prestadores de servicios turísticos u otra persona, que de cualquier manera lesionen sus derechos.[83]
k) Los demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente en materia de protección del consumidor y del usuario.[84]

4.2. Los deberes de los turistas

La Ley establece como deberes de los turistas, los siguientes:

a) Cumplir la ley y sus reglamentos.[85]
b) Respetar el patrimonio natural, cultural e histórico de las comunidades, así como las costumbres, creencias y comportamientos.[86]
c) Conservar el medio ambiente y cumplir la normativa referente a su protección.[87]
d) Proteger y respetar las manifestaciones culturales, populares, tradicionales y la forma de vida de la población.[88]
e) Preservar y en caso de daño, reparar los bienes públicos y privados que guarden relación con la actividad turística.[89]

4.3. Los medios de protección de los derechos

El ordenamiento jurídico vigente establece distintas modalidades de protección de los derechos de los usuarios de los servicios turísticos. Ello conduce a analizar cuáles son esas modalidades:

a) En primer lugar, debe tenerse presente que la obligación de respetar los derechos de los turistas y de responder tanto por los daños y perjuicios que se le causen, como por el incumplimiento de los servicios ofrecidos y no prestados o prestados de manera irregular o deficiente es de los propios operadores turísticos.

b) En caso que los operadores turísticos no satisfagan los reclamos de los turistas, ellos pueden acudir a las autoridades administrativas con competencia nacional, que además del Ministerio de Turismo, es el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario, así como a las autoridades turísticas estadales que tengan atribuidas las competencias de protección de los turistas y las autoridades municipales, en los casos establecidos en la ley.

83 Artículo 85 de la Ley Orgánica de Turismo.
84 Artículo 84.9 de la Ley Orgánica de Turismo.
85 Artículos 74.4 y 86.1 de la Ley Orgánica de Turismo.
86 Artículo 86.2 de la Ley Orgánica de Turismo.
87 Artículo 76.1 de la Ley Orgánica de Turismo.
88 Artículo 76.2 de la Ley Orgánica de Turismo.
89 Artículo 76.3 de la Ley Orgánica de Turismo.

c) Finalmente debe señalarse que las pretensiones en contra de la mala prestación de servicios turísticos, por prestación deficiente, por aquella que causa daños y perjuicios a los turistas, por engaño en la oferta de servicios o incluso por la comisión de alguna actuación de los operadores turísticos que pueda considerarse constitutiva de delito, debe ser resuelta por los órganos jurisdiccionales civiles, mercantiles o comerciales y penales competentes, según la materia, la cuantía y el territorio.

V. Los operadores de la actividad turística

Los operadores de servicios turísticos son quienes realizan de manera profesional y previa habilitación administrativa de autorización, la actividad de prestación de servicios turísticos, a cambio de una contraprestación económica que pagan los turistas.

El legislador considera como operadores o prestadores de la actividad turística a las siguientes categorías de personas:[90]

a) Las personas que realizan actividades como guía, transporte, alojamiento, recreación, casinos, bingos, máquinas traganíqueles,[91] alimentación, suministro de bebidas, alquiler de buques, aeronaves, vehículos de transporte terrestre y cualesquiera otros servicios destinados a los turistas.
b) Las personas que se dediquen a prestar servicios de información, promoción, publicidad, propaganda, administración, protección, auxilio, higiene y seguridad de turistas, sin perjuicio de lo establecido en las leyes sectoriales.
c) Las personas que presten servicios gastronómicos y similares que por sus características de calidad y servicio, formen parte de la oferta turística local, regional o nacional.
d) Los profesionales del turismo y aquellas personas jurídicas que se dediquen a la prestación de servicios turísticos, determinando las normas y requisitos bajo los cuales realizarán sus actividades.

5.1. Las obligaciones de los operadores

El legislador estableció como obligaciones de los operadores de la actividad turística, los siguientes:

a) Cumplir la ley y sus reglamentos.[92]
b) Cumplir con las normas técnicas y de control de calidad aplicables.[93]

90 Artículo 74 de la Ley Orgánica de Turismo.
91 Los operadores de casinos, bingos y máquinas traganíqueles se encuentran regulados en la Ley para el control de casinos, salas de bingos y máquinas traganíqueles, publicada en la Gaceta Oficial nº 36.254, de 23 de julio de 1997.
92 Articulo 76.4 de la Ley Orgánica de Turismo.
93 Articulo 79.8 de la Ley Orgánica de Turismo.

c) Conservar el medio ambiente y cumplir la normativa referente a su protección.[94]
d) Preservar y en caso de daño reparar, los bienes públicos y privados que guarden relación con la actividad turística.[95]
e) Proteger y respetar las manifestaciones culturales, populares, tradicionales y la forma de vida de la población.[96]
f) Promover, a través de la publicidad turística, la identidad y los valores nacionales, sin alterar o falsear el idioma, las manifestaciones histórico-culturales y folklóricas del país.[97]
g) Cumplir con lo ofrecido en la publicidad o promoción de los servicios turísticos.[98]
h) Promover institucionalmente el turismo de conformidad con la ley.[99]
i) Prestar el servicio conforme a las condiciones ofrecidas, de calidad, eficiencia e higiene.[100]
j) Dar preferencia en la contratación de personal, a los profesionales y técnicos venezolanos egresados de institutos y centros de enseñanza especializados en el área de turismo.[101]
k) Tener a disposición del turista un libro de sugerencias y reclamos.[102]
l) Prestar a solicitud del Ministerio de Turismo, toda la colaboración que coadyuve en el fomento, calidad y control de la actividad turística.[103]
m) Suministrar a los órganos competentes del turismo a nivel nacional, regional o local, la información que le sea requerida sobre la actividad turística que desarrollen.[104]
n) Inscribirse en el registro turístico nacional y obtener la habilitación administrativa correspondiente.[105]
ñ) Pagar la contribución especial a objeto de participar y beneficiarse de los planes de promoción turística y de capacitación, formación y desarrollo del capital humano.[106]

5.2. Los derechos de los operadores

El legislador estableció como derechos de los operadores de los servicios turísticos, los siguientes:

94 Articulo 76.1 de la Ley Orgánica de Turismo.
95 Articulo 76.3 de la Ley Orgánica de Turismo.
96 Articulo 76.2 de la Ley Orgánica de Turismo.
97 Articulo 79.4 de la Ley Orgánica de Turismo.
98 Articulo 79.5 de la Ley Orgánica de Turismo.
99 Articulo 79.2 de la Ley Orgánica de Turismo.
100 Articulo 79.3 de la Ley Orgánica de Turismo.
101 Articulo 79.6 de la Ley Orgánica de Turismo.
102 Articulo 79.7 de la Ley Orgánica de Turismo.
103 Articulo 79.9 de la Ley Orgánica de Turismo.
104 Articulo 79.10 de la Ley Orgánica de Turismo.
105 Articulo 79.1 de la Ley Orgánica de Turismo.
106 Articulo 81 de la Ley Orgánica de Turismo.

a) Solicitar y obtener concesiones y autorizaciones para la explotación de los recursos turísticos comprendidos en el catálogo turístico nacional, de conformidad con lo establecido en las leyes.[107]
b) Incorporarse a los planes de promoción turística, del Instituto Nacional de Promoción y Capacitación Turística.[108]
c) Beneficiarse del régimen que establezca el Ejecutivo Nacional, para la tramitación y otorgamiento de créditos destinados a la ejecución de proyectos turísticos.[109]
d) Disfrutar de los beneficios e incentivos de promoción de la actividad turística, que sean acordados de conformidad con lo establecido en la Ley.[110]
e) Los demás derechos que le establezcan la Constitución, las leyes y los reglamentos.[111]

VI. La actividad turística sustentable

Al menos desde el punto de vista de los principios, ha cambiado el turismo en su concepción meramente mercantilista dirigida a captar la atención de los turistas, promover el consumo de éstos en los lugares que visitan y de producir dividendos a quienes explotan la actividad, sean estos operadores públicos o privados, así como a generar divisas a los países, sin importar las consecuencias negativas que se producían en la cultura, la arquitectura, la naturaleza o el medio ambiente.

En efecto, la actividad turística ha dejado de ser de aquéllas en las que únicamente importan las cantidades de turistas recibidos, de servicios que se prestan, de bienes que se consumen, de ingresos que aportan al producto territorial bruto del país, es decir, se ha transitado del denominado turismo de masas,[112] que alcanzará su máximo esplendor en los años cincuenta del siglo XX, al denominado a finales del mismo siglo y comienzos del siglo XXI, turismo de calidad, que implica el desarrollo de la actividad turística de manera sustentable.

Conforme a los postulados constitucionales,[113] el legislador propone el desarrollo del turismo sustentable en los siguientes términos: "*El desarrollo de la actividad turística debe realizarse en resguardo del medio ambiente. Las autoridades públicas nacionales, de los estados y de los municipios favorecerán e incentivarán el desarrollo turístico de bajo impacto sobre el medio ambiente, con la finalidad de preservar los recursos hidráulicos, energéticos, forestales, las zonas protegidas, la flora y la fauna silvestre. Estos desarrollos deberán garantizar el manejo adecuado de los residuos sólidos y líquidos*".

107 Articulo 82.1 de la Ley Orgánica de Turismo.
108 Articulo 82.2 de la Ley Orgánica de Turismo.
109 Articulo 82.3 de la Ley Orgánica de Turismo.
110 Articulo 82.4 de la Ley Orgánica de Turismo.
111 Articulo 82.5 de la Ley Orgánica de Turismo.
112 Sobre este tema véase con provecho, Luís FERNÁNDEZ FUSTER, *Historia general del turismo de masas.* Alianza. Madrid. 1991.
113 Artículo 308 de la Constitución.

Para lograrlo, la sustentabilidad se debe proyectar en diferentes ámbitos: En el *social*, para producir empleo no solo en la actualidad, de manera estacional –durante las denominadas temporadas altas–, sino para garantizar que estos empleos se creen de manera permanente y con propensión a su incremento en el futuro, generando así fuentes de empleos estables, tanto actuales y como potenciales; el *económico*, para garantizar que la actividad como fuente de ingresos a la economía nacional, no sea momentánea, sino que se prolongue en el tiempo, constituyéndose en una auténtica fuente de recursos económicos, alternos a los tradicionales para el país; el *cultural*, que permita proyectar y dar a conocer los estilos de vida, idiomas, costumbres, valores y riqueza histórica, artística, arquitectónica e interactuar con personas provenientes de otros lugares, sin que ello afecte lo autóctono, lo local, lo propio; el *ecológico*, que garantice el acceso y uso responsable del medio ambiente, la flora, la fauna, los ríos, los paisajes naturales, conservándolos de cualquier actividad que pueda degradarlos y hacerlos inutilizables por las futuras generaciones, es decir, la explotación de la actividad turística debe realizarse sin contaminar, dañar o destruir el ecosistema; el *político*, que exige la formulación de unas políticas públicas dirigidas a ordenar, planificar, promover, controlar y sancionar la sujeción de la actividad turística, en una visión multidisciplinaria e integral que conforme una estrategia de desarrollo competitivo y progresivo del sector; el *ético*, que involucre una decisión libre y responsable, que conduzca a realizar las actividades turísticas tanto a los operadores como a los turistas, de manera comprometida con las futuras generaciones, no limitándose a no contaminar, ensuciar o destruir, sino además reciclando los desechos que se generen del desarrollo de la actividad.

En fin, la tradicional idea de que el turismo genera desarrollo pero destruye el ambiente es superada por la propuesta del turismo sustentable, que debe perseguir tanto la competitividad en el sector como el equilibrio en el crecimiento económico, de manera continua y equitativa, que se satisfagan las necesidades de los turistas a través del acceso a bienes y la prestación de servicios de calidad, así como que garantice el uso responsable del medio ambiente natural y cultural, para que no se comprometa el desarrollo y la calidad de vida de las generaciones futuras.[114]

Consideraciones finales

En la actualidad no basta que la regulación de esta actividad económica privada se limite a ordenar unos servicios turísticos de calidad, asequibles y seguros, las políticas públicas en el sector turístico deben orientarse dentro de una visión estratégica, integral y de sustentabilidad.

Es por ello que se requiere la formulación de una política pública completa y armónica con la regulación, que comprenda tanto las infraestructuras (aeropuertos, puertos y

114 Estas ideas coinciden con algunas de las promovidas por el "Plan marco de competitividad del turismo español FUTURES 1996-1999", comentado por David BLANQUER, La ordenación jurídica de la calidad del turismo. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo III.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, p. 3124.

carreteras), como los medios que permitan prestar los servicios de transporte conexos (aviones, barcos, autobuses y vehículos), así como el uso racional de los recursos naturales (bosques, campos, montañas, playas y ríos). En el desarrollo de las políticas públicas del sector turístico no pueden dejar de contemplarse los servicios de restauración (alimentación) y de hotelería (alojamiento), pues junto a los anteriormente mencionados, resultan igualmente importantes para la satisfacción de las necesidades de los turistas.

La intervención del Estado no se limita a lo relacionado con las infraestructuras y los servicios que sirven de soporte a la actividad turística, sino que también debe garantizar que la información que se va a suministrar a los turistas sea accesible, oportuna y veraz para que puedan ejercer su derecho a elegir y contratar efectivamente los servicios que desean.

Igualmente se debe considerar, que los turistas no solo son usuarios de las infraestructuras y de los servicios turísticos, sino que también son consumidores de bienes que deben tener unas características de peso, volumen y calidad necesarias para ser efectivamente requeridos por ellos. Estos bienes que representan lo autóctono, lo típico o lo local de cada pueblo, ciudad o país, que en muchos casos alcanzan a ostentar la denominación de origen del lugar donde se producen, por lo general son productos manufacturados, artesanales o artísticos, que son comercializados como recuerdos, souvenirs, obsequios y que deben gozar de las mismas garantías que el ordenamiento jurídico otorga al resto de los bienes de producción industrial.

La actividad turística ha evolucionado impulsada en un primer momento por el progreso logrado como consecuencia de la revolución industrial y en la actualidad por el desarrollo que se ha alcanzado a partir del último tercio del siglo XX, gracias a la revolución tecnológica, lo que ha permitido que la realización de actividades que en alguna época pudieron ser consideradas de ciencia ficción, hoy constituyan auténticas actividades turísticas, aunque limitadas en algunos aspectos, debido al estado de desarrollo tecnológico actual y a los costos de acceso. El ejemplo más evidente de lo señalado lo constituye el turismo espacial, pues en principio, cualquier persona que tenga el dinero para pagarse el pasaje, puede darse el lujo de visitar temporalmente el espacio ultraterrestre y darle la vuelta al planeta.

No obstante debe tenerse presente, que junto al progreso que han generado el desarrollo científico y tecnológico, también han surgido aspectos negativos que hacen temer por el porvenir de las futuras generaciones, razón por la cual se han producido reacciones dirigidas a promover el desarrollo de un turismo sustentable, que impida el turismo depredador, que ha contribuido a generar los fenómenos naturales acaecidos por el cambio climático y que científicamente son la consecuencia de un desarrollo que se ha logrado pagando un alto precio, pues se ha alcanzado sin considerar su impacto en el medio ambiente e ignorando la responsabilidad y solidaridad intergeneracional.

En este momento existe una real preocupación por esta situación, de allí que se hayan adoptado un conjunto importante de declaraciones a nivel internacional y de medidas a nivel de los distintos países, dirigidas a fomentar un turismo compatible con el medio ambiente y que permitan salvaguardar los bienes naturales y culturales, materiales e inmateriales para que las futuras generaciones también puedan disfrutar de ellos.

Es allí donde adquiere particular importancia lo concerniente a la regulación, estudio, fomento y promoción de un turismo sostenible que les garantice actualmente a las

personas, el disfrute de viajar de manera responsable, preservando el medio ambiente para el futuro, permitiendo así seguir disfrutando del placer de viajar en condiciones de calidad, tanto a las generaciones actuales como a las futuras, tal como parece haberse entendido a través del desarrollo de la modalidad del turismo ecológico o ecoturismo.

La Evaluación y Autorización de Comercialización de los Medicamentos de uso Humano: Legislación Aplicable y Papel Desempeñado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) y la Agencia de Medicamentos Europea (EMEA)

*Mariella Pérez Serrano**

Introducción. I. Aspectos básicos sobre los modelos de evaluación de medicamentos en España y la Unión Europea. A. Creación de la agencia europea dentro de un marco histórico europeo preciso. B. Creación de la agencia española: génesis y actualidad. C. Razones y bases para la creación de sendas agencias: cambio de modelo, importancia de uniformar el procedimiento de evaluación de medicamentos. 1. Libre circulación de medicamentos: mercado interior. D. Pérdida de autonomía y de soberanía nacional en el ámbito de la evaluación de los medicamentos. II. Agencia Española de Medicamentos y de Productos Sanitarios (AEMPS) y la Agencia de Medicamentos Europea (EMEA). A. Disposiciones generales, competencias, bases comunitarias y marco legal dentro de la Unión Europea. 1. La EMEA como órgano regulador de las agencias de medicamentos en los países que componen la Unión Europea: revocación de autorizaciones. III. Relación entre los dos órganos destinados a la evaluación de medicamentos de uso humano a nivel europeo y a nivel nacional. A. Coordinación y armonización en la evaluación de medicamentos entre la EMEA y AEMPS. a. Modelo de procedimiento centralizado de aprobación de medicamentos: legislación aplicable. i. Procedimiento descentralizado o de reconocimiento mutuo. Apuntes finales.

Introducción

La regulación en materia de evaluación de medicamentos para uso humano debe tener un objetivo principal: la salvaguarda de la salud y el bienestar de ciudadanos y animales, así como de la salud pública. Por tanto, la evaluación de los medicamentos de uso humano tanto la legislación aplicable a la materia como el papel desempeñado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) y la Agencia de Evaluación de Medicamentos Europea (EMEA, por sus siglas en inglés) serán el eje central de este trabajo de investigación. La actividad de regulación se puede definir como una manera de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones

* Licenciatura en Filología por la Princeton University (Cum laude); Beca Xerox por rendimiento académico; Juris Doctor (Grado en Derecho) cum laude por la Universidad de Puerto Rico; Admitida a la práctica de la abogacía en los Estados de la Florida y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico; Master en Derecho de la Unión Europea Universidad Complutense de Madrid; Programa de Doctorado en Problemas actuales de Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid.

de los agentes económicos o sociales, obligándoles a que actúen de modo distinto a como lo harían en ausencia de dicha regulación.[1] Es por esto que nos centraremos en los reglamentos y las directivas europeas que han sido destinadas para la regulación de todo lo relacionado a la evaluación y autorizaciones de comercialización de los medicamentos en el espacio europeo.

En el mercado de los medicamentos cabe identificar dos ámbitos de regulación diferenciados: la entrada, salida, competencia y evaluación de los medicamentos y la regulación de los precios de los medicamentos.[2] Sobre este aspecto –el de la evaluación de medicamentos de uso humano– trataremos en este trabajo de investigación. El segundo aspecto –el que concierne los precios– cae bajo la competencia de cada nacional de cada Estado miembro y no será objeto de este trabajo.

Previa a su entrada en el mercado, todos los medicamentos en el espacio europeo tienen que pasar por un proceso de evaluación, autorización y registro. El protagonismo asumido en este proceso lo tienen la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) con la colaboración de las Comunidades Autónomas en el territorio español y en el ámbito europeo la agencia reguladora del procedimiento centralizado es la Agencia de Medicamentos Europea (EMEA).

En España, la Administración General del Estado a través del Ministerio de Sanidad y Consumo de la cual forma parte la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios ejerce la labor de evaluar los medicamentos tanto de uso humano como veterinario. Este organismo público, en la modalidad de órgano autónomo, queda inmerso dentro del marco de dos relaciones simultáneas pero no iguales, por un lado hacia arriba a nivel de administración europea cede parte de su soberanía y funciones de cara a su homólogo europeo la Agencia de Evaluación de Medicamentos Europea o la EMEA por sus siglas en inglés y a nivel nacional comparte y a veces delega funciones a la administración de las Comunidades Autónomas. El cómo se logra la coordinación de estas funciones y cómo se logra la armonización del mercado interior será parte del estudio de la relación entre la AEMPS y la EMEA.

La legislación comunitaria junto con la legislación estatal española constituyen una etapa importante hacia el objetivo de la circulación libre y segura de medicamentos en el espacio europeo, para ellos es necesario adoptar medidas nuevas con el fin de aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales que presentan diferencias sobre principios esenciales para favorecer el mercado interior pero a la vez sin perjudicar la salud pública. Por otra parte se refuerza el procedimiento descentralizado o de reconocimiento mutuo, creando un grupo de coordinación de dicho procedimiento para mejorar la cooperación entre Estados miembros de la Unión.

---

1 M.A. Lasheras, *La regulación económica de los servicios públicos*, Ariel Economía, Barcelona p. 119 (1999)

2 Sobre el tema de la regulación de los precios se enmarca dentro de las regulaciones económicas, en oposición a las regulaciones sociales, destinadas a garantizar la calidad y seguridad de los medicamentos. R. Nonell y J.R. Borell Mercado de Medicamentos en España. *Diseño institucional de regulación y de provisión pública*. Papeles de Economía Española, núm. 76, pp. 113-131.

Con el presente trabajo pretendo ofrecer un análisis de un aspecto acotado dentro del marco de las agencias estatales de cara a las agencias europeas de similar gestión, en particular la agencia europea y española destinada a la evaluación de medicamentos para uso humano. La elección de este tema en concreto es producto de un interés por desarrollar un texto que compagine un análisis sobre las funciones y desarrollo de la AEMPS y su creciente y a veces compleja relación con la agencia europea: la EMEA. Con la intención de contribuir al desarrollo del estudio sobre las relaciones entre las agencias estatales y las agencias europeas, en particular aquellas dedicadas al tema de la evaluación de los medicamentos de uso humano, se ha previsto un análisis detallado de la EMEA y la AEMPS.

También se esbozarán las razones y bases para la creación de sendas agencias: cambio de modelo en la gestión de la evaluación de medicamentos y la importancia de uniformar el procedimiento de evaluación de medicamentos. Se presentarán sus disposiciones generales, competencias, bases comunitarias y marco legal dentro de la Unión Europea para luego ver como la EMEA se ha convertido en el órgano regulador de las agencias de medicamentos en los países que componen la Unión Europea y la relación que guarda la EMEA con la Agencia de Medicamentos Española tanto en la coordinación como en la armonización en el proceso de evaluación de medicamentos. Parte indispensable de este estudio es el análisis sobre el modelo centralizado de aprobación de medicamentos y cómo este modelo centralizado incide sobre el principio de subsidiariedad y el de reconocimiento mutuo sobre todo en la medida en que afecta una de las libertades fundamentales de la Unión Europea como lo es la libre circulación de mercancías. El uniformar el sistema de evaluación de los medicamentos se ha visto en gran parte motivado por el cumplimiento de las obligaciones europeas. Se plantea la necesidad de adaptar el modelo de gestión de la AGEMED a las nuevas demandas y necesidades en la evaluación de los medicamentos y la búsqueda de la eficacia se puntualiza.[3]

I. Aspectos básicos sobre los modelos de evaluación de medicamentos en España y la Unión Europea

Hoy en día todo lo relativo a la evaluación y autorización de los medicamentos está altamente regulado; la legislación en la materia es muy extensa y se encuentra sometida a un permanente proceso de revisión y actualización a fin de adaptarse por un lado a las decisiones tomadas en tanto en ámbito comunitario como internacional y por otro lado seguir al día con los avances técnicos.[4] La génesis en España de los mecanismos empleados para la evaluación y autorización de medicamentos se ha ido formando en los pasados 40 años pero sigue estando en continuo proceso de cambio y revisión. Por supuesto esta evolución en España se ha visto impulsada por los esfuerzos conjuntos de los Estados Miembros y de la Unión Europea aunque los inicios de estos esfuerzos preceden a la integración de España en la Unión Europea.

3 Mónica Domínguez Martín, *Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España*, La Ley, Madrid, 2006, p. 33.

4 Cuestionario realizado por Ma.Teresa Millán según el original publicado en Correo Farmacéutico el 7 de junio de 2004.

La Comisión Europea ha venido estableciendo como parte de los objetivos de su política sanitaria el asegurar un alto nivel de protección de la salud pública en materia de medicamentos para los ciudadanos europeos, trabajar sobre un mercado único de medicamentos y favorecer el desarrollo de la innovación dentro del sector farmacéutico. La legislación comunitaria constituye una etapa importante hacia el objetivo de la circulación libre y segura de medicamentos en el espacio europeo, para ello ha sido y continúa siendo necesario adoptar medidas con el fin de aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales que presentan diferencias sobre principios esenciales para favorecer el mercado interior pero a la vez sin perjudicar la salud pública.

En los últimos 35 años casi todos los países desarrollados han promulgado sus leyes del medicamento. Puede hablarse de dos generaciones de leyes del medicamento, una primera, hasta los años sesenta, exige seguridad, pero no reclama demostración de eficacia y tampoco posee unos controles serios de calidad. Después de 1962, la catástrofe de la talidomida en Europa introduce un cambio fundamental y permite hablar de una segunda generación de leyes que exigen seguridad y eficacia demostrada con ensayos clínicos controlados. Ahora, quizás, estemos ante una tercera generación de leyes del medicamento: la preocupación se ha desplazado desde los requisitos que ha de cumplir el producto hasta las condiciones para su uso racional.

Una vez visto someramente el cuadro en la Unión Europea en torno a los procesos de evaluación de medicamentos nos encontramos con la situación en España. La propia Constitución española del 1978 contiene ya las piedras angulares en que apoyar el relanzamiento de la participación de España en esa dinámica mundial de lanzar procesos de control, calidad, seguridad y eficacia en materia de medicamentos al establecer en su artículo 43 el derecho a la protección a la salud y señalar como competencia exclusiva del Estado en su artículo 149.1.16 la competencia y la responsabilidad de la legislación sobre los productos farmacéuticos.[5]

Sin embargo, es con la promulgación de la Ley del Medicamento del 1990 que realmente se concretan pautas cónsonas con las directrices europeas para la regularización de los medicamentos.[6] Esta ley, que fue posteriormente sustituida por al nueva Ley del Medicamento del 2006, establece que conforme con las aludidas tendencias y compromisos internacionales y con el mandato constitucional, la Ley del Medicamento pretende, en primer término, propulsar el progreso de la atención a la salud proporcionando apoyo institucional firme a un decidido empeño por aprovechar los beneficios y reducir los riesgos que los medicamentos son susceptibles de proporcionar.

La industria farmacéutica necesita un marco legal estable que constituya su referencia estratégica de ahí la importancia de crear normativas que la regulen detalladamente. La AEMPS queda como una especie de mediador que tiene que compaginar sus responsabilidades y obligaciones frente a la EMEA junto con las obligaciones y demás responsabi-

5 Constitución Española del 1978 (Art. 149. 1.16) El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias. Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.

6 Ley 25/1990 de 20 de diciembre del Medicamento (vigente hasta el 28 de julio de 2006) BOE núm. 306.

lidades de cara a las Comunidades Autónomas y los órganos que llevan el tema de la evaluación de medicamentos.

A. Creación de la agencia europea dentro de un marco histórico europeo preciso

La protección de la salud pública tiene vital importancia tanto para los Estados Miembros como para la Unión Europea. La evaluación de los medicamentos de uso humano forma parte de la salud pública y por tanto se integra de forma definitiva en el marco de integración europeo. Es precisamente en este aspecto donde se han registrado mayores avances en términos de armonización e integración en el seno de la Unión Europea, sobre todo desde la creación y puesta en funcionamiento de la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos (EMEA).[7]

La creación de la EMEA en el año 1995 fue el fruto de más de 35 años de elabora de desarrollo de la legislación sobre los medicamentos. El escándalo de la talidomida en Europa durante los primeros años de la década de los 60 impulsó la adopción de la primera normativa tendente a armonizar los sistemas nacionales de autorización previa a la comercialización de los medicamentos con el fin de garantizar los controles de su seguridad, eficacia y calidad.[8] Los antecedentes de la EMEA presentan un gran número de normativas si bien la primera data de 1965. Más de 40 años después de la primera normativa se ha conseguido que en la actualidad haya una gran armonización a nivel de la Unión Europea en materia de evaluación de medicamentos.[9]

Durante estos primeros años se establecieron procedimientos –el multi-estado y el de concertación– con los que se intentó una primera aproximación a unas autorizaciones de evaluación similares a más de un Estado.[10] A través de este procedimiento multi-estado una vez de obtenía la autorización en un Estado miembro y seguidamente intentar la extensión de esta autorización a lo largo del territorio de la Comunidad Europea. Para este proceso de expansión se elegía un Estado miembro que dirigía el proceso (el ponente). La evaluación en el resto de los Estados miembros se basaba en la valoración inicial hecha por el primer país aunque cada Estado miembro retenía el derecho a aceptar o rechazar el producto e incluso hacerle indicaciones diferentes.[11] En el procedimiento de concertación se incluyen sólo los productos obtenidos mediante procesos de biotecnología o de alta tecno-

7 Fernando Ignacio Sánchez Martínez *Integración Europea y Regulación del Mercado Farmacéutico*. Economía de la Salud Enero-Febrero 2003 Número 804 219-238.

8 STJE de 3 de diciembre de 1998 C-368/96, Generics Squibb.

9 P. Lobato y F. Rovira *La industria farmacéutica en España: tras la unificación del mercado europeo*, Farmaindustria, Madrid, 1997, p. 17.

10 Si bien no es cierto que a pesar de esto las autorizaciones en última instancia continuaron siendo competencia de las autoridades nacionales y siguieron existiendo diferencias en cuanto al contenido de unas y otras. Directiva 87/22/CEE del Consejo, Directiva 89/381/CEE del Consejo, Directiva 91/356/CEE del Consejo.

11 Fernando Ignacio Sánchez Martínez *Integración Europea y Regulación del Mercado Farmacéutico*. Economía de la Salud Enero-Febrero 2003 Número 804 219-238.

logía (estos últimos no están bien definidos). Se diferencia del registro multi-estado en que no es necesario que el producto sea aprobado en un primer país de la CEE.

A pesar de estos mecanismos de evaluación de medicamentos, las autorizaciones en última instancia seguían siendo competencia de las autoridades nacionales. En el 1993 se dio un paso muy significativo en materia de armonización de evaluaciones con la adopción del Reglamento 2309/93 del Consejo.[12] Este reglamento propone no ya una norma de armonización sino la creación de una nueva forma de autorizar medicamentos a nivel central y eliminando la posibilidad de excluir Estados miembros en la decisión finalmente adoptada. Los propios responsables políticos de los Estados miembros retrasaron la puesta en marcha de la EMEA por discrepancias en relación con su ubicación, ya que ésta estaba muy codiciada por algunos países.[13] Luego de meses de deliberación y tras un proceso que comenzó a mediados de la década de los sesenta, las oficinas de la Agencia de Europea para la Evaluación de Medicamentos finalmente abrió sus puertas el 25 de enero del 1995– tres décadas posteriores a las primeras normativas reguladoras en materia de evaluación de medicamentos a nivel europeo.

B. Creación de la agencia española: génesis y actualidad

El tema de la evaluación de medicamentos en España ha estado siempre ligado al de la farmacovigilancia. Ya para el 1973 aparece la primera legislación en farmacovigilancia pero no es hasta el 1985, durante el primer mandato socialista que comienza realmente la creación de un sistema descentralizado de evaluación de medicamentos a pesar de ser este muy incipiente y rudimentario. Posteriormente en el 1987 se establece la Comisión Nacional de Farmacovigilancia lo cual desemboca en la promulgación de la Ley de Medicamentos del 1990, ésta marca un giro en la política sobre el uso racional y manejo de los medicamentos en España.

El Estado español debe asumir un nuevo papel: primeramente el de la descentralización en el que entran en juego las Comunidades Autónomas, luego el de la europeización mediante la cual se delegan funciones por parte del Estado hacia instituciones supranacionales lo que implica una merma de autonomía por parte del mismo y por último el de la globalización, la cual en este caso permite la movilidad de los productos y medicamentos. La globalización ha hecho que el sector farmacéutico se acelere tras la segunda revolución farmacológica y la incorporación de la biotecnología al desarrollo de nuevos medicamentos.

A nivel comunitario los medicamentos son bienes cubiertos por el principio de la libre circulación de mercancías en el mercado interior. El artículo 28 de los Tratados europeos prohíbe las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros y todas las medidas de efecto equivalentes, sin embargo el artículo 30 hace la salvedad que por razones de

12 Reglamento (CEE) nº 2309/93 del Consejo, de 22 de julio de 1993, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y supervisión de medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos.

13 Para un estudio detallado de los pormenores del debate sobre la ubicación de la sede de la EMEA véase R.D. Mann *Policies on Drugs in the New Europe*, British Medical Journal, Julio 1990, p. 122.

protección de la salud del hombre y los animales implementar prohibiciones a las importaciones y exportaciones lo que ha justificado el mantenimiento de mercados farmacéuticos nacionales. La Comunidad europea no tiene competencia para armonizar los sistemas nacionales de la Seguridad Social. La estructura de la administración de los medicamentos en España se divide en tres niveles: europeo, estatal y autonómico. Como se ha señalado antes, la distribución de competencias otorga al Estado funciones exclusivas en materia de medicamentos, entiéndase como la regulación y la autorización y a las Comunidades Autónomas las tareas de ordenación farmacéutica.

C. Razones y bases para la creación de sendas agencias: cambio de modelo, importancia de uniformar el procedimiento de evaluación de medicamentos

La Unión Europea es un fenómeno en continúa evolución. Correlativamente, la estructura administrativa que está a su servicio adopta nuevas formas para responder a las nuevas exigencias de la integración. Así, junto a los servicios que configuran la administración comunitaria propiamente dicha surge una "administración paralela" formada por comités y agencias. Estas últimas se caracterizan frente a los comités por tener personalidad jurídica propia y por permitir aplicar el Derecho Comunitario a través de un sistema de red en el que son parte esencial las correspondientes administraciones nacionales, a través de órganos creados en muchos casos exclusivamente para ser el interlocutor de las agencias europeas.

Las agencias, como modelo de administración, presentan también otras virtudes, que son las que han disparado su uso, primero en Estados Unidos y más recientemente en Europa (estas virtudes, por tanto, ya no son específicas de su uso en el marco de la U.E.). De un lado, en tanto administraciones expertas e independientes del poder político son idóneas para la regulación de sectores donde el elemento técnico es preponderante. Precisamente por ello una de las constantes es dotarlas de facultades para obtener datos e informaciones completas e imparciales.

Ahora procedemos a analizar cómo se ha tratado el tema de las agencias estatales en España como un nuevo modelo y cómo se ha intentado mediante su creación conseguir un mayor nivel de autonomía, flexibilidad de gestión y también dar cabida a la participación de las Comunidades Autónomas. Se denomina organismo público al modelo general de ente descentralizado funcionalmente, con personalidad jurídica propia y cierta autonomía en la gestión, pero dependiente de la Administración General del Estado. Su nota común es su especialización en la prestación de determinados servicios

Tan recientemente como en el año 2006 se promulgó la "Ley de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos" (LAE). Ésta intenta poner en práctica la propuesta de la Comisión Europea en su Libro Blanco de 2000 sobre las agencias estatales. La LAE incorpora la figura de la agencia estatal aunque esta terminología ya era ampliamente utilizada para nombrar a varios organismos públicos creados antes de esta Ley. La puesta en marcha de las Agencias Estatales responde a una necesidad y supone, asimismo, una oportunidad de mejora en la prestación de los servicios públicos que corresponden a la

Administración General del Estado. La necesidad deriva del compromiso que han de asumir los poderes públicos de satisfacer las demandas ciudadanas con el nivel de calidad y de eficacia que en estos momentos la sociedad exige, lo cual requiere, entre otros aspectos, de un nuevo enfoque organizativo y funcional de nuestra administración prestacional, es decir, de los organismos públicos.[14]

Por otra parte, la figura de las agencias estatales va a permitir corregir determinadas disfunciones existentes en el modelo de Organismos públicos, disfunciones, en muchos casos, derivadas de las rigideces que presentan los actuales sistemas de gestión y la escasa autonomía con que cuentan los organismos, básicamente en su configuración de organismos autónomos. Esto ya se verá que es rebatible cuando se estudia la AEMPS que a pesar de ser un organismo autónomo no presenta los problemas que usualmente caracterizan a los organismos públicos y que motivaron a la creación de la LAE.

La LAE no deroga la LOFAGE, lo cual paradójicamente conduce a que el régimen legal sea ahora más disperso que antes aunque la LAE en su exposición de motivos aspire a lo contrario. Lo que sucede es que con la introducción de esta ley en el ordenamiento español se presta a crear confusión. Esto es así debido a que los términos organismo público (tanto el autónomo como las entidades empresariales) no son agencias estatales aunque a algunos organismos públicos comúnmente se les denomine con el término agencia. Esto es el caso de la AEMPS que aunque sea denominada como agencia realmente es un organismo autónomo regulado por la LOFAGE y no por la LAE.[15]

Podemos decir que la competitividad a la que nos referimos al hablar del modelo de agencia de evaluación de medicamentos es una la flexibilidad en la capacitación de los funcionarios de manera que se reduzca la carga burocrática para los ciudadanos. Los ciudadanos son los receptores de los servicios que provee la AEMPS. En Europa hay una agencia por Estado Miembro lógicamente hay una competencia entra las agencias para evaluar los productos, esa competencia hace que si tenemos buenos recursos técnicos evaluaremos más y mejor los medicamentos y productos. En teoría si eres más competitivo frente a otras agencias significa que evalúas más productos y a su vez tienes más ingresos.[16] Podemos decir entonces que esto repercute en el ciudadano en la medida en esta competitividad cumple con los objetivos del interés general de la agencia que es proveer mejores servicios a los ciudadanos, tener satisfechos a profesionales de salud a quienes se les suministra esta información sobre los medicamentos.

1. Libre circulación de medicamentos: mercado interior

La libre circulación de medicamentos es una modalidad de la libre circulación de mercancías y forma parte del acervo comunitario. La circulación intracomunitaria de

14 Francisco Javier Velázquez López, Ministerio de Administraciones Públicas *Encuentro sobre las nuevas estructuras organizativas: las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos nuevos modelos de gestión y organización administrativa: las agencias estatales*, 6 de julio de 2006, Santander 16 págs.

15 Francisco Martín-Caro García, Blanca Bettschen Capa, Abel Estoa Pérez *Las Agencias Estatales*, Madrid, 2007, p. 23.

16 Entrevista realizada al Dr. Ramón Palop en su despacho en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios el día 5 de febrero de 2008.

medicamentos de uso humano, conocida comúnmente como "importación paralela", tanto por las instituciones comunitarias como por el resto de los Estados miembros, consiste en que un medicamento autorizado en un Estado miembro pueda ser comercializado en otro Estado miembro, en el que también está autorizado, sin que el titular de la autorización de comercialización del medicamento se pueda oponer a esta comercialización.

Las importaciones paralelas de productos farmacéuticos representan un volumen importante en la Unión Europea, debido a las diferencias entre los precios fijados por los gobiernos nacionales en el sector sanitario. La Comisión reconoce la legalidad del comercio paralelo en virtud de la libre circulación de mercancías, a condición de que no amenace a la salud pública ni a la propiedad industrial y comercial. La importación paralela de un medicamento consiste en importarlo de un Estado miembro y distribuirlo en otro, fuera de la red de distribución establecida por el fabricante o su distribuidor. La Comisión recuerda que la importación paralela es un tipo legítimo de comercio dentro del mercado interior, en virtud del principio de libre circulación de mercancías. En el sector farmacéutico, el comercio paralelo se beneficia de las diferencias entre los precios fijados por los gobiernos nacionales para controlar sus gastos sanitarios.[17]

Aún siendo legales, las importaciones paralelas de medicamentos pueden ser restringidas cuando atenten contra la protección de la salud y de la vida humanas o contra la protección de la propiedad industrial y comercial.

D. Pérdida de autonomía y de soberanía nacional en el ámbito de la evaluación de los medicamentos

La ejecución del derecho comunitario corresponde de ordinario a las Administraciones de los Estados Miembros, bajo la supervisión de la Comisión Europea cuando proceda. Podemos decir que se trata, pues, de un sistema de administración indirecta. Sin embargo y como es el caso de la evaluación de los medicamentos algunos servicios se han desgajado de ese tronco común, al igual que ocurre en el Derecho interno de los Estados, para constituir Agencias europeas, dotadas de personalidad jurídica y de un estatuto propio en cada caso, con funciones de estudio, programación y gestión, aunque no todas llevan el nombre de agencia. En la actualidad, estas agencias no son muy numerosas, pues no alcanzan la veintena pero sí funcionan de la mano y sirven de especie de gestor de las agencias estatales cuando éstas compartan tareas o respondan a las tareas encomendadas por las agencias europeas. Este es el caso de la EMEA y la AEMPS.

Cuando hablamos de pérdida de autonomía a nivel nacional nos referimos a la cesión que voluntariamente han hecho algunos órganos autónomos, en este caso la AEMPS, verticalmente hacia arriba a favor de la administración europea de cara a su homólogo euro-

17 Real Decreto 11/2005, de 14 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1785/2000, de 27 de octubre, sobre la circulación intracomunitaria de medicamentos de uso humano. Este decreto tiene por objeto reafirmar el principio de libre circulación para el sector farmacéutico y definir sus límites legales en relación con las importaciones paralelas también establece el procedimiento simplificado para tramitar la licencia de distribución que es necesaria para la distribución de los fármacos.

peo la Agencia de Evaluación de Medicamentos Europea o la EMEA por sus siglas en inglés. Decimos voluntariamente porque al ingresar España a la Unión Europea en el año 1986 ha tenido atenerse a los intereses supranacionales en virtud de los nacionales como lo ha sido en este caso la evaluación de medicamentos que forma parte de la sanidad lo cual por virtud de la Constitución en su artículo 149.1.16 es competencia exclusiva del Estado. Por otro lado también a nivel nacional encontramos que se comparten y a veces delegan funciones a la administración de las Comunidades Autónomas. El procedimiento centralizado lo controla todo la Comisión Europea, donde tenemos más autonomía es en los procedimientos nacionales y los de reconocimiento mutuo, que explicaremos con detalle más adelante. Cada vez más los fabricantes de medicamentos optan por atenerse al procedimiento europeo centralizado y cada vez menos por el procedimiento nacional.

El sistema actual de evaluación y autorización de medicamentos europeo es la evolución de los procedimientos anteriores (multi-estado y concertación). A partir del 1995 se construyó este nuevo sistema que cuenta con un procedimiento centralizado y otro descentralizado o de reconocimiento mutuo. Este último consiste en una solicitud de autorización que afecta a dos o más EEMM; la evalúa el Estado de referencia y es reconocida por el otro, salvo riesgo para la salud pública en que se sigue un procedimiento arbitral, con intervención de la EMEA y que resuelve la Comisión.

La EMEA además de llevar a cabo el procedimiento centralizado de la evaluación y autorización de medicamentos es también el registro de medicamentos en el ámbito europeo. Por otro lado, esta agencia detenta el poder de arbitraje en el procedimiento descentralizado y proporciona alto asesoramiento científico. En la actualidad existen tres procedimientos de evaluación de medicamentos a nivel europeo: el procedimiento centralizado, el de reconocimiento mutuo y el descentralizado. Nos detendremos en los tres para ver cómo se interrelacionan y funcionan. El procedimiento centralizado está recogido en el Reglamento 726/2004 CE y cómo es sabido al ser un reglamento quiere decir que al ser esto una disposición comunitaria de Derecho derivado que, conforme al artículo 249 T.C.E. tiene alcance general, es obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.[18]

II. Agencia Española de Medicamentos y de Productos Sanitarios (AEMPS) y la Agencia de Medicamentos Europea (EMEA)

A. Disposiciones generales, competencias, bases comunitarias y marco legal dentro de la Unión Europea

La Agencia Europea de Medicamentos (EMEA) es un organismo descentralizado de la Unión Europea que tiene su sede en Londres. Su principal responsabilidad es la protección y promoción de la salud pública y animal, mediante la evaluación y supervisión de los medicamentos de uso humano y veterinario. Es decir, a nivel europeo actúa

18 Diccionario Jurídico Espasa versión *online*.

la Agencia Europea de Medicamento (EMEA) actualmente regulada por el Reglamento 726/2003 e inició sus actividades en el 1995. Partiendo de los dictámenes emitidos por la Agencia, la Comisión Europea autoriza la comercialización de productos biotecnológicos e innovadores y arbitra, en caso de desacuerdo entre Estados miembros, con relación a otros medicamentos.

Con la creación de esta agencia europea se pretendían dos cosas en sus orígenes: reducir las competencias de las Administraciones nacionales mediante la creación de un sistema centralizado de evaluación de medicamentos para todos los Estados miembros de la Unión. Se tenía previsto que en los comienzos de la EMEA como agencia las Administraciones nacionales deberían competir entre sí para realizar determinados trabajos con cargo a la futura EMEA. El objetivo principal de la EMEA, según su propia "declaración de misión" es el de contribuir a la protección y promoción de la salud humana y animal, para lo cual se compromete a realizar una evaluación de calidad de los medicamentos, ofrecer asesoramiento a las compañías, proporcionar información a usuarios y profesionales, facilitar el acceso a nuevos medicamentos a través de una única autorización europea de comercialización y, finalmente, controlar su seguridad mediante una red de fármaco vigilancia.

Esta génesis ha llevado a en la actualidad sea la EMEA la que gestiona el procedimiento centralizado de autorización que es obligatorio para los medicamentos más avanzados, supervisa el mercado comunitario de medicamentos y coordina el procedimiento de reconocimiento mutuo (común a varios Estados)[19] Por consiguiente, la EMEA es la responsable en su ámbito jurisdiccional de la última etapa del proceso de desarrollo de los nuevos medicamentos y la autorización para ser comercializados- aunque esta función la desempeña en colaboración con las autoridades reguladoras (AEMPS en España) de los Estados miembros.[20] La EMEA tiene una serie de funciones, haciendo un símil con el organismo humano la EMEA sería como el hígado, procesa datos y distribuye pero no tiene cerebro no tiene. Los expertos, la masa gris está en los Estados Miembros de la Unión Europea. Los Estados colaboran con la EMEA para hacer la evaluación, los que hacen la gestión del medicamento desde que se paga la tasa hasta que se libera el dictamen es la EMEA.

Su principal ámbito de actividad es el procedimiento centralizado aunque puede ejercer funciones en uno como en el otro. Bajo el procedimiento centralizado, las empresas presentan (las empresas o también los Estados miembros) a la EMEA una única solicitud de evaluación de autorización de comercialización. Se lleva a cabo una única evaluación llevado a cabo por un Comité. Más de diez años después de su creación la EMEA está aplicando una nueva legislación que ampliará de forma significativa el mandato de la Agencia pero que aún no entra en vigor.[21]

---

19 Diego José Martínez, Ministerio de Sanidad y Consumo, *Curso Básico de Derecho Farmacéutico 100 cuestiones nacionales,* p. 189.

20 Fernando Ignacio Sánchez Martínez *Integración Europea y Regulación del Mercado Farmacéutico*. Economía de la Salud Enero-Febrero 2003. Número 804, p. 220.

21 Reglamento (CE) 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos.

1. La EMEA como órgano regulador de las agencias de medicamentos en los países que componen la Unión Europea: revocación de autorizaciones

Al ser la EMEA la encargada de controlar el procedimiento de autorización de nuevos fármacos, ésta es responsable en su ámbito jurisdiccional de la última etapa del proceso de desarrollo de los nuevos medicamentos, la autorización para comercializarlos si bien dicha función la desempeña colaborando con las autoridades reguladoras nacionales.

La creación de la Agencia Española del Medicamento (AEM), a finales de los noventa viene a dar respuesta en España a una dinámica administración europea de mediados de los ochenta que tuvo su principal ejemplo en la creación de la Agencia francesa de Medicamentos.[22] Es durante los primeros años de la década de los noventa que se comienza a discutir en Bruselas la necesidad de crear una agencia del medicamento europea. El objetivo primordial para la creación de semejante agencia era crear un sistema unificado para las evaluaciones de los medicamentos en los diversos países miembros de la Unión en términos parecidos a la Food and Drug Administration (FDA) estadounidense. Junto con la creación de una agencia europea del medicamento se les sugiere a los Estados Miembros que reestructuren para crear órganos técnicamente más competitivos mediante la creación de agencias estatales.

La Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) es un organismo autónomo de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, con personalidad jurídica diferenciada y plena capacidad de obrar, actuando bajo las directrices del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en lo relacionado al medicamento veterinario.

Podemos decir que la creación de una Agencia de Medicamentos Española corresponde a un esquema de separación de funciones en el ámbito de la administración farmacéutica pública. Consideramos que esta separación de funciones tiene la ventaja de otorgar a un organismo independiente, especializado, técnico y sobretodo no vinculado a los responsables de la asistencia farmacéutica pública la tarea de la evaluación, autorización, registro y control de comercialización de los medicamentos.[23] Esto evita en que la disponibilidad de los medicamentos nuevos, aquellos que son más eficaces, seguros y de mayor calidad se pudiesen ver afectados por las contingencias de la financiación de la asistencia sanitaria pública.[24]

---

22 Curso Básico de derecho farmacéutico Xavier Moliner, *Registro de Medicamentos en España*, Curso Básico Derecho Farmacéutico (2005), p. 99.

23 La asistencia farmacéutica pública constituye el principal agente del mercado farmacéutico nacional. Esto es así con objeto de tecnificar al máximo las evaluaciones sobre calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos.

24 Xavier Moliner, *Registro de Medicamentos en España*, Curso Básico Derecho Farmacéutico, p. 101.

III. Relación entre los dos órganos destinados a la evaluación de medicamentos de uso humano a nivel europeo y a nivel nacional

En España se han desarrollado dos vías de actuaciones paralelas una marcada por el registro nacional de medicamentos y otra derivada de las instituciones europeas que contemplan la posibilidad del reconocimiento mutuo y el procedimiento europeo centralizado de registro de medicamentos. A principios del siglo XXI el gobierno del sector farmacéutico es un gobierno multinivel, caracterizado por una creciente delegación de funciones hacia la Unión Europea y las CC.AA. Es decir, la Administración española queda por una parte relacionada a nivel vertical tanto por la administración europea como por las Comunidades Autónomas. En esta coyuntura encontramos engranado el papel de vincula la labor de la AEMPS tanto con la EMEA a nivel europeo y con las Comunidades Autónomas a nivel nacional.

La EMEA en el marco jurídico en el que nace es una agencia que tiene necesariamente y obligatoriamente apoyarse en los Estados Miembros de la Unión, la agencia europea por sí sola no puede subsistir. Los procesos de evaluación los hacen las agencias europeas de los Estados Miembros, es la agencia europea es como decir el organismo que distribuye, metaboliza la información que revierte en los Estados Miembros. De ahí la importancia de tener agencias estatales fuertes tanto tecnológicamente como científicamente. La Agencia Europea sirve de gestor, de administrador pero el "*know-how*" lo tienen las agencias. Porque la EMEA no cuenta con científicos propios sino que éstos provienen de las diversas agencias, la EMEA cuanta con gestores que trabajan en coordinación con los científicos nacionales que se trasladan a Londres para ejercer los procesos de evaluación.

La AEMPS forma parte del sistema centralizado de control de medicamentos de la EMEA. La EMEA hay que conceptuarla como un organismo que regula o que integra las agencias de los Estados Miembros. Cuando la EMEA se creó los Estados ya evaluaban medicamentos, no es como la Food and Drug Administration (FDA) en Estados Unidos de América que nace en el año 1938 y nace como un organismo para autorizar medicamentos. La EMEA nace en el año 1995 y los Estados ya evaluaban y autorizaban los medicamentos. La EMEA es un instrumento para coordinar las agencias estatales por lo tanto es importante que destaquemos que la AEMPS es un organismo que no depende de la EMEA se puede argüir que al contrario. La AEMPS para nada depende de la EMEA, la EMEA es un organismo que integra y facilita unos instrumentos para posibilitar que los medicamentos aparezcan en todos los Estados de la Unión Europea con una misma autorización. En este aspecto no podemos ni comparar ni llamar a la EMEA una FDA europea debido a que cada agencia europea tiene sus propios comités y jefes de agencia.

A. Coordinación y armonización en la evaluación de medicamentos entre la EMEA y AEMPS

Los aspectos tecnológicos y de desarrollo de bases de datos han sido casi paralelos en ambos contextos, el europeo y el nacional, si bien es cierto que en nuestro país hemos desarrollado dos vías de actuaciones paralelas, una marcada por la propia estructura del

registro nacional de medicamentos y la otra derivada de las instituciones europeas que contemplan la posibilidad del reconocimiento mutuo y el procedimiento europeo centralizado de registro de medicamentos. Hay que adaptar las nuevas normas de derecho comunitario al derecho español por tanto las directivas europeas impulsan a que se introduzcan los cambios adecuados en el ordenamiento español de manera que se puedan armonizar los procesos de evaluación en materia de medicamentos de uso humano. Como es sabido, las directivas comunitarias son las disposiciones comunitarias de derecho derivado que, conforme al artículo 249 T.C.E., obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse –obligación de resultado a realizar en un plazo determinado por la Comunidad–, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. Se trata, por tanto, de una disposición que no tiene alcance general, pues sus únicos destinatarios son los Estados miembros. Las directivas pueden adoptarse por el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, por el Consejo o por la Comisión y deben estar motivadas y hacer referencia a las propuestas o dictámenes preceptivamente emitidos conforme al Tratado. Se puede decir que estas directivas son el instrumento armonizador por excelencia del Derecho Comunitario al configurarse como el medio más idóneo para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros que inciden directamente en el establecimiento o en el funcionamiento del mercado común.[25]

Hoy en día la situación es la siguiente, la EMEA además de llevar a cabo el procedimiento centralizado de la evaluación y autorización de medicamentos es también el registro de medicamentos en el ámbito europeo. Por otro lado, esta agencia detenta el poder de arbitraje en el procedimiento descentralizado y proporciona alto asesoramiento científico. En la actualidad existen tres procedimientos de evaluación de medicamentos a nivel europeo: el procedimiento centralizado, el de reconocimiento mutuo y el descentralizado.

a. Modelo de procedimiento centralizado de aprobación de medicamentos: legislación aplicable

Siendo la salud pública una excepción a la libre circulación de mercancías en el ámbito europeo por su importancia para el bienestar de los ciudadanos y en interés de la salud pública, las decisiones de conceder una autorización en el marco del procedimiento centralizado deben adoptarse a partir de criterios científicos objetivos sobre la calidad, la seguridad y la eficacia del medicamento de que se trate, excluyendo cualquier consideración económica o de otro tipo. No obstante, debe darse a los Estados miembros la posibilidad, con carácter excepcional, de prohibir la utilización en su territorio de medicamentos de uso humano que atenten contra los principios de orden público o de moralidad pública, definidos objetivamente. Es decir, que se debe crear un balance entre el salvaguardar la libre circulación de mercancías –una de las libertades pilares de la Unión Europea– y los intereses nacionales de velar por la salud de su población. Este balance se

25 Diccionario Jurídico Espasa Calpe, S.A. Online.

intenta lograr a través del procedimiento centralizado si bien no es un procedimiento perfecto si es una buena aproximación para compaginar los intereses supranacionales con los nacionales.

La autorización de comercialización tendrá una validez de cinco años y podrá renovarse tras cinco años, previa reevaluación por la Agencia de la relación beneficio-riesgo. A tal efecto, el titular de la autorización de comercialización facilitará a la Agencia una versión consolidada del expediente en relación con la calidad, seguridad y eficacia, incluyendo todas las variaciones introducidas desde que se concediera la autorización de comercialización, al menos seis meses antes de que cese la validez de la autorización de comercialización.[26] Una vez que se haya renovado la autorización de comercialización, esta tendrá una validez ilimitada, a menos que la Comisión, por razones justificadas relacionadas con la farmacovigilancia, decida llevar a cabo una renovación adicional por cinco años. Toda autorización que no vaya seguida de una comercialización efectiva en la Comunidad del medicamento de uso humano en los tres años siguientes a su expedición caducará.

A través de este procedimiento comunitario de registro, el responsable de la autorización deberá presentar una solicitud a la EMEA. Esta solicitud deberá ir acompañada por los documentos exigidos en la legislación comunitaria. El Comité de medicamentos de uso humano es el encargado entonces de evaluar los informes y llegar a un consenso científico. Los dos comités encargados de la evaluación científica de las solicitudes presentadas por las empresas que desean poner en el mercado algún medicamento al que le sea de aplicación el procedimiento centralizado. Estas evaluaciones son llevadas a cabo por equipos procedentes de las agencias nacionales y coordinados por los denominados "ponente" y "co-ponente" que pertenecen en caso de ser productos de uso humano al CPMP (Committee for Medical Products for Human Use) o en caso de ser medicamentos de uso veterinario por el CVMP (Commitee for Medicinal Products for Veterinary Use).[27] Evaluada la prueba, el Comité formula un dictamen en nombre de la EMEA. De no conseguir un consenso, el dictamen recogerá la posición de la mayoría y expondrá las posiciones divergentes. El dictamen alcanzado por el Comité como consecuencia del procedimiento centralizado se impone a todos los Estados miembros.[28]

Posteriormente este dictamen del Comité se entrega a la Comisión, salvo que hubiese objeciones por parte de algún o varios Estados miembros o en el supuesto de que la propuesta de la Comisión se alejara del dictamen del Comité de la EMEA en cuyo caso se reenvía a la EMEA para una nueva evaluación. El Comité tiene 210 días para realizar la evaluación en su totalidad- ésta puede ser positiva o negativa. De ser favorable el dictamen se incluyen los siguientes documentos: características del producto, explicación

26 Artículo 12 *et seq* Reglamento (CE) No 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos.

27 Los Comités designarán a uno de sus miembros para que actúe como Ponente y coordine la evaluación. Los Comités podrán elegir de entre sus miembros a un Co-ponente. Curso Básico de Derecho Farmacéutico: Promovido por la Asociación Española de Derecho Farmacéutico, Madrid (Octubre 2005), p. 110.

28 Así se establece en el art. 12 del Reglamento 2309/93 del Consejo.

detallada de las condiciones o restricciones que se impongan al suministro o empleo del medicamento, etiquetado y prospecto y el informa de evaluación.

La Comisión entonces tiene 30 días a partir de la recepción del dictamen para preparar un proyecto de decisión. La Decisión final se adopta por las mayorías cualificadas del artículo 205 del Tratado, en caso de desacuerdo la propuesta pasaría al Consejo, que actuará por mayoría cualificada. Cualquier discrepancia en el caso de evaluaciones centralizadas, entre autorizaciones nacionales para un mismo medicamento o discrepancia en un procedimiento de reconocimiento mutuo se dirimen mediante un dictamen científico del Comité que a través de los trámites anteriormente expuestos se transforma en decisión.

i. Procedimiento descentralizado o de reconocimiento mutuo

Este procedimiento se introdujo de manera progresiva en un periodo de tres años y es una evolución del anterior sistema multi-Estado anteriormente descrito. Este procedimiento consiste en la obtención de una autorización para comercializar un fármaco en un Estado miembro y luego con dicha autorización invocar el principio de reconocimiento mutuo. El Estado miembro de referencia (el que originalmente otorgó la licencia) prepara un informe que hace llegar a los demás Estados miembros implicados en un plazo no mayor de noventa días (90). Sólo en el caso en que los Estados decidan no reconocer la decisión de autorización entran en acción los Comités de la EMEA para llevar a cabo su función de arbitraje cuyo resultado es vinculante para los países de la Unión. Una vez se pone en marcha el proceso de arbitraje de la EMEA, el procedimiento descentralizado o de reconocimiento público es idéntico al centralizado.

El procedimiento descentralizado que se encuentra basado en el reconocimiento mutuo de una previa autorización nacional resulta un tanto innecesario a la luz del procedimiento centralizado, no obstante sigue vigente en toda la Unión Europea. Todos los Estados miembros intentan en la medida de lo posible para ponerse de acuerdo, en el marco del grupo de coordinación, sobre las medidas que deban adoptarse. Ofrecerán al solicitante la posibilidad de expresar su punto de vista oralmente o por escrito. Si en un plazo de sesenta días a partir de la comunicación de los motivos de desacuerdo los Estados miembros llegan a un acuerdo, el Estado miembro de referencia dará fe del acuerdo, cerrará el procedimiento e informará de ello al solicitante. Tienen sesenta días para notificar a la EMEA de que los Estados miembros no llegan a un acuerdo. A fin de fomentar la armonización de los medicamentos autorizados en la Comunidad, los Estados miembros transmitirán cada año al grupo de coordinación una lista de los medicamentos para los cuales deberán elaborarse resúmenes armonizados de las características del producto.

Apuntes finales

El mercado único es mucho más competitivo por tanto pone en cuestión la capacidad de la Administración española para mantener las tradicionales políticas sanitaria e industria del medicamento. Es importante reconocer los múltiples e inevitables conflictos de objetivos que existen entre el interés de la UE por uniformar los procesos de autoriza-

ción y evaluación de medicamentos y los intereses nacionales. Es decir, se producen fricciones entre los intereses globales de la Unión y los intereses de las administraciones públicas en cuanto a las políticas sanitarias de los Estados Miembros. En el pasado, cada país actuaba, lógicamente, en función de sus propios intereses nacionales. Sin embargo la creación de la UE y del mercado único presupone la existencia de un interés supranacional, no siempre coincidente con el de cada país.[29]

La perspectiva europea tiene como objetivo principal potenciar la capacidad innovadora de la industria europea frente a sus competidores: la industria estadounidense y japonesa. Dada la incuestionable interdependencia entre las políticas nacionales y europea, parece imprescindible que cualquier análisis tenga en cuenta en todo momento estas dos dimensiones. Por tanto hay que tener en cuenta tanto los objetivos e instrumentos que deberían aplicarse en el ámbito de la UE como los objetivos a nivel nacional.

La realización del mercado único en el sector de la industria farmacéutica es esencial para proteger la salud de los pacientes, garantizar un rápido acceso al mercado y fomentar la innovación terapéutica. Esto fue subrayado por el Parlamento Europeo y el Consejo en sus Resoluciones respectivas de 16 y 23 de abril de 1996. Según la Comisión, la realización del mercado único en el sector de los productos farmacéuticos debería contribuir a dos objetivos distintos: garantizar el acceso de los pacientes a los medicamentos necesarios a un precio asequible crear los incentivos adecuados para estimular la innovación y el desarrollo industrial. Al mismo tiempo, sería necesario reconciliar estas prioridades con el objetivo de los Estados miembros de controlar el gasto sanitario.

Para mejorar los mecanismos de autorización de comercialización, la Comisión recuerda que sería bueno que se redujese el periodo de evaluación de los expedientes y recurrir más, en el marco del procedimiento centralizado, a la telemática merced a EudraNET, la base de datos EuroPharm y EudraVigilance. Los Estados miembros deben examinar sus sistemas actuales de fijación de precios y de reembolso a fin de garantizar que cumplen las obligaciones de transparencia y respeto de los plazos fijados por la Directiva 89/105/CEE (fijación de precios).

Actualmente, el precio de los medicamentos varía enormemente entre los distintos países, ya que se establece a través de decisiones administrativas nacionales. A fin de favorecer un mercado más integrado, la Comisión sugiere que se ofrezca a los fabricantes la posibilidad de fijar los precios de los productos, negociando al mismo tiempo con los Estados miembros mecanismos de salvaguardia para contener el gasto farmacéuticos de los Estados. Se considera que un sistema de este tipo abrirá la vía a la libre fijación de precios en el mercado, como sucede con cualquier otro producto en el mercado interior.

Al someter al medicamento a un único procedimiento de evaluación, el responsable de la puesta en mercado del medicamento, evita tener que acudir, a solicitudes y evaluaciones de autorización Estado por Estado con el fin de poder comercializar el producto en esos otros Estados. También queda exonerado de presentar solicitudes de reconocimiento mutuo.

---

29 Joan Rovira, *Impacto del Mercado Único sobre el Sector Farmacéutico en España*, Papeles de Economía Española n. 7 (1998), p. 137.

Desde los comienzos de la EMEA se ha debatido si el sistema de autorización y evaluación es lo suficientemente transparente y si garantiza a las partes interesadas una voz activa en el proceso. Una de las mayores críticas que ha recibido la EMEA es que tanto los consumidores como los profesionales sanitarios son mantenidos al margen del proceso. Otro de los problemas a los que se enfrenta la EMEA en la actualidad versa sobre la transparencia de los procedimientos puesto que los intentos por potenciar la transparencia del sistema[30] puede un tanto difícil ya que chocan con el derecho de las compañías a la protección de los datos derivados de la investigación.

La armonización de la autorización de medicamentos en Europa comenzó hace más de 40 años y parece mostrar más ventajas que desventajas. La flexibilidad del sistema centralizado y las ventajas que se derivan de la obtención de una autorización europea única superan con creces los plazos que puedan parecen excesivos.

Los esfuerzos de la EMEA en conjunción con la AEMPS van encaminados a fortalecer los procesos de armonización teniendo presente el principal objetivo para el que se establecieron ambas agencias: la protección de la salud a través de una evaluación de la eficacia, calidad y seguridad de los medicamentos. Esta dimensión de salud pública es lo que mantiene a los reguladores nacionales, entiéndase la AEMPS, reteniendo ciertas autonomías aunque la industria farmacéutica prefiera que un único sistema de regulación de medicamentos en la Unión Europea que vaya desplazando el reconocimiento mutuo. El tiempo dirá pero es importante recordar que la EMEA no fue creada para servir en exclusiva a los intereses de las grandes industrias sino más bien para salvaguardar los intereses de la ciudadanía europea a un mejor y mayor acceso a medicamentos de calidad.

30 El resumen que presenta la FDA norteamericana es mucho más detallado que el que presenta la EMEA. La Agencia ha procedido entonces en los últimos años iniciando un diálogo público y abierto con la International Socia.

La Mitigación de las Emisiones de Gases de Efecto Invernadero en los "Sectores no Directiva" de La Unión Europea y la Equidad en el Reparto del Esfuerzo*

*Ana Yábar Sterling***

Introducción. 1. Elementos principales de la propuesta de reparto del esfuerzo de mitigación en los sectores no directiva, en la UE-27. 2. Evaluación sobre la aplicación de los criterios de equidad en el reparto del esfuerzo de mitigación de los "sectores no directiva", en la UE-27. 2.1. Datos básicos del escenario comunitario de referencia para el reparto. 2.2. La distribución del esfuerzo entre dos grupos de Estados miembros de la UE. Conclusiones.

Introducción

En el ámbito internacional se acepta de modo indiscutible que la Unión Europea (UE) es líder en la propuesta y adopción de medidas comunes y coordinadas de lucha contra el cambio climático.

El sometimiento de las principales fuentes fijas de dióxido de carbono (CO2) a la Directiva 2003/87/CE, con el fin de limitarlas a corto y medio plazo,[1] constituye una prueba inequívoca de dicha comprometida opción a favor de la estabilidad climática y la mayor seguridad del desarrollo humano. La eficacia del mercado europeo de emisiones (SECE) para mitigar las de CO2, gas que en mayor medida participa en el conjunto de los que generan el cambio climático, es potencialmente mayor tras la reforma del mismo prevista en el COM (2008) 16 y que será aprobada, previsiblemente, antes del inicio del Post-Kioto.[2]

La Comisión Europea, durante los últimos meses del presente año ha tomado, también, numerosas iniciativas para favorecer la mitigación de GEI procedentes de fuentes que no están sometidas al SECE y que han demostrado mayor resistencia a invertir su tendencia al aumento sistemático a lo largo del tiempo e, incluso, a moderar su fuerte ritmo de crecimiento. En ellas se centra el contenido del presente documento.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto del Plan Nacional I+D+i, CGL (2007) 63779 del que la autora es la investigadora principal.

** Catedrática de Economía Aplicada; Directora del Instituto de Ciencias Ambientales Universidad Complutense de Madrid.

1 La limitación de las emisiones de estas fuentes fijas de GEI se pretendió, especialmente, en el segundo subperiodo del SECE, años 2008 a 2012 que coinciden con el horizonte temporal de funcionamiento del mercado internacional de carbono al que se refiere el artículo 17 del Protocolo de Kioto.

2 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el Régimen Comunitario de Comercio de Derechos de Emisión de gases de efecto invernadero, de 23, 01, 2008.

Dentro del conjunto de estas actuaciones, adquieren notable importancia las dirigidas a facilitar el mayor control de dichas fuentes de emisión para el cumplimiento de los compromisos adquiridos a raíz de la puesta en vigor del PK, fundamentalmente centradas en el sector del transporte, por ser éste el que evidencia una mayor participación dentro del colectivo no sometido al SECE. Las más relevantes son las siguientes:

a) El nuevo Reglamento propuesto para reducir las emisiones de CO2 de los turismos; este proyecto hace prever que se acelerará la incorporación de mejoras tecnológicas en el ámbito de la fabricación de automóviles las cuales se traducirán, en el "post-Kioto", en menores emisiones medias de GEI de los nuevos turismos matriculados y, por tanto, en reducciones del CO2 por vehículo/Km.[3] Se considera muy probable que este instrumento regulatorio en proyecto sirva como vehículo eficaz para conseguir los objetivos que no fueron alcanzados adecuadamente por los acuerdos voluntarios de la Comisión Europea con ACEA, JAMA y KAMA y que también, tras su entrada en vigor, los fabricantes europeos de vehículos hallen el camino para introducir mejoras tecnológicas viables con el fin de no incurrir en las penalizaciones que la norma incorpora por la superación de los estándares de CO2, medidos en gr/Km, según categorías.
b) Las medidas armonizadoras sobre fiscalidad de los vehículos, que no se abordan en el presente documento.[4]
c) La Propuesta de Decisión, publicada a principios de enero de 2008,[5] referente al reparto entre los países miembros del esfuerzo conjunto de mitigación, acordado unilateralmente por la UE-27 para 2020, que impone límites cuantificados a las emisiones de los "sectores difusos" de cada uno de los países miembros; es decir para el conjunto de fuentes de GEI no sometidos a la Directiva 87/2003/CE y emitidos en su respectivo ámbito territorial. El Anexo 1 de la citada propuesta concreta cuantitativamente las emisiones máximas de GEI para los 27 Estados miembros y sus respectivos "sectores No Directiva", en 2020, y refleja la atención al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas para la distribución de la carga de la mitigación conjunta y la recepción de otros argumentos de equidad y solidaridad interterritorial.

3 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de los turismos nuevos como parte del enfoque integrado de la Comunidad para reducir las emisiones de CO2 de los vehículos ligeros. COM (2007) 856, de 19,12,2007. El Reglamento prevé su entrada en vigor en 2012. Si bien no es este el lugar para exponerlo con detalle, el Reglamento propuesto introduce elementos de flexibilidad para facilitar y abaratar el cumplimiento entre los que se encuentra la capacidad de cumplir conjuntamente ("pool").

4 Estas propuestas han sido tratadas en la Ponencia titulada: *Tributos locales y cargas como instrumentos de movilidad sostenible en las grandes metrópolis españolas* (A. Yábar y P. Herrera), presentada en el 2º Congreso de Movilidad de los Ciudadanos, Madrid (septiembre, 2008).

5 *Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el esfuerzo que habrán de desplegar los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020*, COM 2008), 17, de 23,01,2008.

El marco común a todas estas propuestas es el compromiso unilateral establecido en la Decisión del Consejo Europeo de marzo de 2007, de mitigación de la UE en 2020, cuantificado en un 20% sobre las emisiones del 1990, o en un 30% si se dan determinadas circunstancias.[6]

El horizonte del 2020, que es el que se propone para evaluar el cumplimiento de las obligaciones de mitigación en los "sectores No Directiva" está aún lejano pero, en cambio, la necesidad de adoptar medidas nacionales para frenar el crecimiento de las emisiones de GEI de estos sectores es considerablemente más perentorio. En primer término, los "sectores difusos" de los Estados miembros no podrán rebasar en 2013, sus emisiones medias correspondientes al trienio 2008-2010; así pues, es el trienio 2008-2010 el verdadero punto de partida del mecanismo para el cumplimiento de cada uno de estos objetivos nacionales.[7]

Ello implica que no debe confundirse el periodo 2013-2020 para la aplicación del sistema comunitario de control y seguimiento de la evolución de GEI de los "sectores No Directiva" con algo equivalente a una autorización para no actuar en la mitigación de las "fuentes difusas" hasta la primera de estas dos fechas (2013). En realidad, es en el año 2011 cuando ha de iniciarse la senda de mitigación decreciente para las emisiones de estas fuentes. Así pues, el mecanismo comunitario de control de los GEI de los "sectores No Directiva" arranca dos años antes de finalizar el periodo de compromiso de Kioto (2008-2012), siendo cada Estado miembro responsable su aplicación.

Por otro lado, la reducción anual de esas emisiones habrá de ser lineal –con mínimas excepciones a esta regla– para garantizar que no se rebasará el volumen máximo de las mismas en 2020, volumen ya especificado cuantitativamente para cada Estado miembro y que podría no alterarse a lo largo de la tramitación de la iniciativa comunitaria.[8]

Al análisis de esta última Propuesta de Decisión se dedican los epígrafes siguientes. El objetivo principal del estudio es tratar de identificar el esquema y los argumentos utilizados para la distribución del esfuerzo de mitigación en los "sectores No Directiva" entre los 27 Estados miembros de la UE y evaluarla desde la perspectiva de la equidad, en su más amplia acepción.

1. Elementos principales de la propuesta de reparto del esfuerzo de mitigación en los sectores no directiva, en la UE-27

Las emisiones de GEI procedentes de los "sectores No Directiva" representan en la UE-27 el 57,2% de los GEI emitidos en 2005, porcentaje que coincide con la participación

6 Dichas circunstancias se expresan como: "siempre que otros países desarrollados se comprometan a alcanzar reducciones comparables de las emisiones y que los países en desarrollo económicamente más avanzados se comprometan a contribuir adecuadamente en función de sus responsabilidades y capacidades".

7 El artículo 3, párrafo 2º COM (2008) 17 expresa que: "cada Estado miembro asegurará que, en 2013, sus emisiones totales de gases de efecto invernadero no reguladas por la Directiva 2003/87/CE no rebasan las emisiones medias anuales de gases de efecto invernadero procedentes en ese Estado miembro de esas mismas fuentes durante los años 2008, 2009 y 2010…"

8 De hecho, ninguna de las enmiendas presentadas en el Parlamento Europeo para modificar el contenido del COM (2008) 17 afecta a su Anexo 1.

media de estas emisiones en España, y la reducción que se pretende en el COM (2008) 17 –entre 2005 y 2020– es del 9,1% (ver Tabla 1).

El reparto del esfuerzo de mitigación entre los 27 países miembros, al igual que ya sucedió en 1998 en el Acuerdo de Luxemburgo para la distribución de los compromisos de la "burbuja comunitaria" –países incluidos en el Anexo B del PK y fijados en el 92% de las emisiones de GEI del año base–, incorpora países con obligaciones de reducir emisiones, al lado de otros Estados miembros que podrían aumentarlas en sus "sectores No Directiva".

El sentido de introducir dichos límites máximos a las emisiones de GEI de los "sectores No Directiva" por parte de la Comisión Europea puede interpretarse como la pretensión de distribuir espacialmente cuotas de responsabilidad en la mitigación de las "fuentes difusas" de GEI; estas fuentes, en la actualidad, están sometidas a menores mecanismos de disciplina y control que las afectadas por el SECE y generan emisiones cuya evolución al alza es más acelerada, por término medio, que las controladas por dicho régimen comunitario de comercio de emisiones.

Los límites máximos de estas emisiones de GEI, en 2020, se fijan en el Anexo del COM (2008) 17. Se revelan en el mismo los valores absolutos de dichas emisiones para cada país miembro y su correspondiente tasa de variación entre 2005 y 2020. España figura en la lista de miembros de la UE-27, con unas emisiones máximas GEI que implican la reducción en un 10% de los gases procedentes de este grupo de "fuentes difusas" en 2005.

En la propuesta comunitaria hay un total de15 países cuyos límites máximos de GEI para las "fuentes difusas", en 2020, se reducen con respecto a su correspondiente nivel en 2005. Los 12 países restantes pueden aumentar sus emisiones de "fuentes difusas", en este mismo intervalo temporal.

Según los datos de emisiones máximas del Anexo 1 del documento de la Comisión, el primer grupo de 15 países habría de reducirlas un 14% y, por su parte, el grupo de 12 países con aumentos previstos de dichas emisiones, podría elevarlas un 12,7%, entre 2005 y 2020. Si estas pautas se cumplen, el grupo de 12 países con aumentos de GEI previstos elevaría su participación en los GEI totales emitidos en la UE por las "fuentes difusas" comunitarias, desde el 18,1% hasta el 22,5%; este aumento de la participación en las emisiones del grupo de los países menos desarrollados se compensaría con la disminución del peso relativo (en 4,4 puntos) del grupo de los otros 15 que disponía de mayor nivel de renta per capita media en 2005.[9]

La Comisión revela que los principios que han orientado el reparto del esfuerzo de mitigación de GEI de estos sectores entre los países miembros (y que justifican los valores máximos de emisiones en 2020, contenidos en el Anexo) son los de sostenibilidad, equidad y solidaridad interterritorial.

La búsqueda de la equidad intersectorial en la mitigación de GEI (entre gases procedentes de los "sectores Directiva" y los "sectores No Directiva") está presente, como tras-

9 Según datos de renta per capita (epa) de EUROSTAT, la renta media de la UE-27 se situó en 22.600 euros, en 2005. Grecia y Chipre ofrecen valores inferiores a la media. A España le corresponde un valor de 23.000 euros, superior en 400 euros a la renta europea per capita media, por tanto. Portugal ofrece un valor que es menor en 5.800 euros a la renta per capita media de la UE-27, en 2005.

fondo, en todas las propuestas comunitarias citadas anteriormente. Naturalmente, el COM (2008) 17 se integra plenamente en esta pretensión.

Disciplinar desde el ámbito comunitario y establecer controles sobre el volumen y evolución de las emisiones de GEI a las fuentes de los "sectores No Directiva" parece equitativo, habida cuenta de la existencia de numerosas fuentes de GEI ya sometidas al SECE, es decir a un régimen comunitario de control, seguimiento y limitación del más importante de estos gases –el CO2–.

También resulta consistente con la equidad intersectorial evitar que recaiga el mayor peso de la mitigación sobre las instalaciones de las fuentes de GEI sometidas al SECE y, por tanto sobre sus titulares y los productos derivados de estos sectores de actividad, asegurando el cumplimiento de metas nacionales concretas para las emisiones de las "fuentes difusas"; esta opción es consistente con la eficacia en la lucha contra el cambio climático, al garantizar el celo de los Estados miembros para aplicar políticas y medidas efectivas de mitigación sobre este último grupo de fuentes de emisión.

TABLA 1

EMISIONES DE GEI DE LOS "SECTORES NO DIRECTIVA" – UE-27, (2005 – 2020) –

	Emisiones "Sectores No Directiva" (Mt)			**Participación en GEI total (%)**	**Peso relativo sectorial sobre total UE (%)**
	2005 (1)	**Coeficientes (%) (2)**	**2020 (3)**	**2005 (4)**	**2005 (5)**
Bélgica	83,476	-15	70,954	63,4	2,8
Dinamarca	37,335	-20	29,868	48,2	1,3
Alemania	510,369	-14	438,918	50,8	17,4
Irlanda	47,396	-20	37,916	68,5	1,6
Grecia	66,721	-4	64,052	50,4	2,3
España	**243,354**	**-10**	**219,019**	**57,2**	**8,3**
Francia	412,149	-14	354,448	78,1	14,0
Italia	350,942	-13	305,319	62,9	12,0
Chipre	4,877	-5	4,633	47,8	0,2
Luxemburgo	10,653	-20	8,522	79,9	0,4
Holanda	127,741	-16	107,303	62,9	4,4
Austria	59,336	-16	49,843	66,8	2,0
Finlandia	35,408	-16	29,743	38,7	1,2
Suecia	44,899	-17	37,266	69,6	1,5
Gran Bretaña	369,509	-16	310,388	56,9	12,6
EU (15)	**2.404,166**	**-14,0**	**2.068,193**	**59,4**	**81,9**
Bulgaria	29,301	20	35,161	40,6	1,0
Rep. Checa	63,064	9	68,740	41,9	2,1
Estonia	8,006	11	8,886	43,3	0,3

Letonia	8,023	17	9,387	66,3	0,3
Lituania	16,025	15	18,429	67,6	0,5
Hungría	52,750	10	58,025	68,5	1,8
Malta	1,460	5	1,533	45,8	0,0
Polonia	189,993	14	216,592	45,8	6,5
Portugal	47,938	1	48,417	60,7	1,6
Rumania	82,754	19	98,477	51,3	2,8
Eslovenia Eslovaquia	11,669 20,844	4 13	12,136 23,553	56,4 43,0	0,4 0,7
EU (12)	**531,826**	**12,7**	**599,336**	**49,2**	**18,1**
EU-27/ Total	**2.935,992**	**-9,1**	**2.667,529**	**57,2**	**100,0**

Fuente: COM (2008), 17; Inventario de Emisiones de GEI, Comisión Europea y elaboración propia.

Si el texto del documento se adopta por la UE tal como está redactado actualmente, no sólo quedarían sometidas a control, seguimiento y límites máximos las fuentes de emisión de CO2 afectadas por el SECE. Adicionalmente, los Estados miembros habrían de cumplir obligaciones de información sobre emisiones anuales de GEI de las "fuentes difusas" y estas seguir pautas de comportamiento a lo largo del tiempo y límites máximos al final del periodo (2020), también controlados por la Comisión.

El principio de atención al desarrollo sostenible inspira la opción del COM (2008) 17 a favor de que los porcentajes de aumento y de reducción de cada país miembro se limiten a una horquilla cuyos valores límite difieran un máximo del 20% – positivo o negativo– respecto de las emisiones sectoriales de GEI de cada uno de ellos, en el año base (2005).

Asimismo, a favorecer la sostenibilidad se ordenan también otros aspectos del documento de la Comisión, como: las pautas anuales para el cumplimiento de las obligaciones de mitigación, que son comunes a todos los países y garantizan –con cierta flexibilidad– un ritmo anual de reducción de las emisiones de estas "fuentes difusas", la posibilidad de utilizar para el cumplimiento créditos derivados de los mecanismos de proyecto del PK (MDL y AC –artículos 12 y 6 del mismo–), etc.

El principio de solidaridad interterritorial trata de garantizarse en el COM (2008) 17 puesto que se reparte el esfuerzo total de mitigación de estos "sectores No Directiva", teniendo en cuenta el PIB relativo de los países miembros; ello se traduce en permitir el aumento de dichos GEI, entre 2005 y 2020, a los Estados miembros de menor nivel de renta. Esta pauta de reparto incorpora también una versión del criterio de equidad, la misma que se aplica en la UNFCCC y el PK para determinar los países responsables en mayor medida de las emisiones de GEI y cuantificar sus compromisos de mitigación en 2008-2012: el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

El principio de equidad interterritorial se halla presente en el documento comentado, también, cuando el mismo se refiere a cómo repartir el esfuerzo de mitigación de los "sectores No Directiva" en el caso de que la UE se comprometa a reducir en 2020 un 30% los GEI emitía en 1990. En este escenario, el documento afirma que cada Estado miembro de la UE contribuirá al esfuerzo conjunto "de forma proporcional a su parte de emisiones comunitarias totales procedentes de las fuentes no cubiertas por el SECE para el año 2020",

es decir, siguiendo la estructura del vector que resulta de los 27 valores absolutos de emisiones por país miembro, en 2020, incluidas en el citado Anexo 1.

2. Evaluación sobre la aplicación de los criterios de equidad en el reparto del esfuerzo de mitigación de los "sectores no directiva", en la UE-27

2.1. Datos básicos del escenario comunitario de referencia para el reparto

El Anexo 1 del COM (2008) 17 incluye datos de emisiones de los "sectores No Directiva" con referencia a 2020 y un vector de 27 porcentajes de variación sobre el valor de aquellas en el año base, que es 2005. Aunque estos valores de partida no aparecen explícitamente en el citado Anexo, se deducen de inmediato tras la aplicación del vector de 27 valores porcentuales correspondientes sobre las metas en 2020, expresadas en valores absolutos (toneladas de CO2 equivalente), para cada uno de los Estados comunitarios.

La Tabla 1 contiene, en tres columnas, estos valores para los Estados miembros de la UE-27, así como la participación de las "fuentes difusas" en las emisiones totales de cada uno de ellos, en 2005, y el peso relativo de dichas emisiones individuales en el total de las de la UE-27, en el año base para los cálculos.

Como puede deducirse de dicha Tabla, las "fuentes difusas" de la UE-27 emitían en 2005 más del 57% de todos los GEI, quedando reducido a menos del 43% restante, el peso relativo de las emisiones de los sectores sometidos al SECE para el total de los actuales Estados miembros.

Los citados porcentajes de ambos sectores se mantienen constantes hasta 2020, en el supuesto de que la UE-27 no altere su decisión unilateral de reducir en un 20% los GEI que emitía en el año base (1990 y 1995 en algunos países miembros para los gases fluorados). Así pues, en lo que podría denominarse como el escenario de referencia de la política comunitaria de cambio climático para la equidad intersectorial, los coeficientes de reparto de las emisiones de GEI entre sectores SECE y "sectores No Directiva" se mantienen inalterables respecto a los que alcanzaban ambos tipos de fuentes en el año 2005.[10]

En dicho escenario comunitario de referencia, se identifican dos grupos de países miembros de la UE-27: un grupo de 15 países, con obligaciones de reducir emisiones de sus "fuentes difusas", en 2020, que está compuesto por los antiguos miembros de la UE-15, menos Portugal, más Chipre y, por otro lado, los 12 países restantes –los de adhesión más reciente con las excepciones citadas de Portugal y Chipre dentro y fuera del grupo, res-

10 El Inventario de emisiones de GEI de la UE revela que en el año base, la UE-27 emitió 5.818,5 Mt de CO2 equivalente. Reducir GEI en el 20%, conduce a una cifra total de GEI de 4.654,8 Mt (objetivo de la UE en 2020). La cifra total de emisiones de los "Sectores No Directiva" de la UE-27 que resulta del COM (2008), 17, Anexo 1 es de 2.667,5 Mt. Esta última cifra equivale al 57,3% de los GEI totales en 2020, porcentaje de participación que es idéntico al que obtienen dichas fuentes en los GEI de la UE-27, en 2005.

pectivamente– que pueden aumentar sus emisiones de "fuentes difusas", en este mismo intervalo temporal.

Las emisiones de GEI de los "sectores No Directiva", en el grupo de los países menos desarrollados (compuesto por 12 Estados miembros y denominado "segundo grupo"), adquieren un menor peso relativo que el que ofrecen en los 15 países con mayor tradición comunitaria (denominado "primer grupo"), siendo mayor a 10 puntos la distancia entre los ratios del primero y segundo grupo de países (columna 4, Tabla 1). Ahora bien, en ambos grupos de Estados miembros hay ratios individuales de participación de las "fuentes difusas" en el total de GEI que constituyen una excepción a la regla general.

En efecto, dentro del primer subconjunto, Finlandia, Dinamarca, Grecia y Alemania no alcanzan el peso relativo medio de estas fuentes en la UE-27 y, por el contrario, Hungría, Lituania, Letonia y Portugal ofrecen valores mayores al 57,2% medio comunitario en cuanto al peso relativo de sus correspondientes "sectores No Directiva" en las emisiones totales de GEI. España es el país que, en 2005, coincide con la participación media de la UE-27 para los GEI procedentes de sus "fuentes difusas".

La columna 5 de la Tabla 1 pone de manifiesto que la mayoría de las emisiones de aquellas "fuentes difusas" de GEI se generan en el territorio de los países miembros del primer grupo, es decir, en los 15 Estados que están obligados a reducirlas en 2020. En efecto, en 2005, un 82% de dichas emisiones procedían de este grupo de 15 Estados miembros, valor relativo muy alto que contrasta notablemente con el de la escasa participación en el total del segundo grupo, equivalente a un moderado 18%.

Asimismo, se incluyen en la Tabla 1 los valores relativos del esfuerzo comunitario previsto para 2020 en los "sectores No Directiva" y lo que se exige a cada grupo en 2020, en cuanto a las emisiones máximas de GEI de los "sectores No Directiva".

En el primer grupo de Estados miembros, la reducción exigida es del 14%. Al segundo grupo, en cambio, se le permite un aumento de las emisiones del 12,7%, sobre el valor absoluto de aquellas en el año base; la limitación de no rebasar un determinado cupo, antes inexistente, es también una medida del esfuerzo de mitigación exigido. El conjunto de GEI adicionales que el grupo de 12 Estados miembros podrá sumar a las emisiones de los "sectores No Directiva" del año 2005 asciende a 67,5 Mt de CO2 equivalente; dicha cifra equivale a un 25% de la reducción total (casi 269 Mt) que pretende la UE-27 en su conjunto, entre 2005 y 2020.

Así pues, los 15 Estados del primer grupo habrán de reducir sus emisiones de estas fuentes más de lo necesario para el cumplimiento conjunto del objetivo de mitigación de los "sectores No Directiva", con el fin de permitir que los 12 Estados del segundo grupo aumenten las que proceden de su territorio, entre 2005 y 2020, en el volumen de 67,5 Mt.

El documento de la Comisión del que se deduce esta evidencia no aporta argumentos que justifiquen este reparto del esfuerzo de mitigación entre ambos grupos de países miembros, ni tampoco otros que expresen el reparto individual del mismo, más allá de las consideraciones sobre la equidad interterritorial antes referidas. Por lo tanto, esta distribución de la carga del esfuerzo conjunto de mitigación en dos bloques –el grupo de países obligados a reducir y el bloque de los que pueden aumentar las emisiones de sus "fuentes difusas" entre 2005 y 2020–, debe tomarse como un acuerdo derivado de la negociación institucional en el seno de la Comisión Europea y otros órganos de la UE-27.

TABLA 2

DISTRIBUCION DEL ESFUERZO COMUNITARIO (UE-27) – INDICADORES, "SECTORES NO DIRECTIVA"– (Año 2005)

	Emisiones de "Sectores No Directiva" Per capita (1)	Índice de renta per capita (epa) Por unidad de PIB (2)	Índice de densidad de población (3)	(4)
Bélgica	7,950	2,870	1,226	2,962
Dinamarca	6,914	2,417	1,265	1,071
Alemania	6,194	2,401	1,142	1,973
Irlanda	11,285	3,462	1,442	0,525
Grecia	6,011	3,051	0,872	0,726
España	**5,556**	**2,416**	**1,018**	**0,740**
Francia	6,552	2,580	1,124	0,988
Italia	5,968	2,529	1,044	1,703
Chipre	6,096	2,917	0,925	0,735
Luxemburgo	21,305	3,617	2,606	1,644
Holanda	7,837	2,657	1,305	4,122
Austria	7,149	2,474	1,279	0,86
Finlandia	6,681	2,579	1,146	0,149
Suecia	4,989	1,855	1,190	0,187
Gran Bretaña	6,118	2,217	1,221	2,117
EU (15)	**6,332**	**2,470**	**1,134**	**1,240**
Bulgaria	3,805	4,817	0,350	0,593
Rep. Checa	6,123	3,539	0,765	1,139
Estonia	6,158	4,399	0,619	0,256
Letonia	3,488	3,060	0,504	0,316
Lituania	4,713	3,863	0,540	0,463
Hungría	5,223	3,553	0,650	0,928
Malta	3,649	2,172	0,743	11,396
Polonia	4,974	4,251	0,518	1,044
Portugal	4,522	2,692	0,743	0,986
Rumania	3,831	4,789	0,354	0,803
Eslovenia Eslovaquia	5,835 3,860	3,039 2,881	0,850 0,593	0,850 0,942
EU (12)	**4,694**	**3,830**	**0,542**	**0,982**
EU-27/ Total	**5,955**	**2,640**	**1,000**	**1,000**

Fuente: EUROSTAT y elaboración propia

Tampoco se aporta en la propuesta de la Comisión explicación técnica alguna que justifique la propuesta de distribución interna, entre los países del grupo, de las variaciones absolutas de las emisiones de sus "fuentes difusas", entre 2005 y 2020. Así pues, en un intento de facilitar dicha interpretación del reparto del esfuerzo entre Estados

miembros, desde su perspectiva técnica, se han generado algunos datos de interés resumidos en la Tabla 2.

Dicha Tabla introduce en las columnas 1 y 2 datos de las emisiones de GEI, per capita y por unidad de PIB, de los "sectores No Directiva", para los 27 Estados miembros repartidos en los mismos dos grupos de países. La columna 3 revela el índice de renta per capita (epa) y, finalmente, la columna 4 incluye el índice de densidad de población, para cada país y grupo.

Las emisiones per capita de los países del primer grupo (los que han de reducirlas entre 2005 y 2020) son mayores que las medias de la UE-27, pero algunos Estados miembros como Suecia, España e Italia ofrecen valores menores que el medio del grupo (de 5,9 t por habitante).

El segundo grupo de Estados miembros, a su vez, ofrece emisiones por habitante menores que el valor medio de los 27, pero hay países como la Republica Checa o Estonia cuyas emisiones de las "fuentes difusas" por habitante superan la media de la UE-27 y también el ratio correspondiente a los tres Estados miembros del primer grupo, antes citados.

Como era de esperar de la evidencia sobre la intensidad de carbono de los sectores productivos en los países de reciente adhesión a la UE, las emisiones por unidad de producto son más elevadas en el segundo grupo de 12 Estados miembros; sin embargo, hay mayor numero de casos excepcionales que, aún perteneciendo al primer grupo, superan las emisiones medias de la UE-27; este es el caso de: Bélgica, Irlanda, Grecia, Chipre, Luxemburgo y Holanda. En el segundo grupo de 12 países, también se cuenta con la excepción de Malta, cuyas emisiones de las "fuentes difusas" por unidad de PIB son inferiores a la media de la UE-27.

Analizando los datos del índice de renta per capita (construidos a partir de un valor medio para la UE-27, de 22.600 euros), se observa que en el primer grupo de países, trece de ellos superan la renta media comunitaria por habitante, en 2005; sin embargo, Grecia y Chipre ofrecen valores inferiores la unidad, lo que indica que se hallan por debajo del valor utilizado para generar el citado vector (Tabla 12, columna 3). El grupo de 15 Estados miembros, alcanza en este indicador el valor 1,134, indicando que dicho conjunto superaba en 2005 la renta media de la UE-27, en un 13,4%.

El segundo grupo de Estados miembros ofrece un valor medio de 0,542 en dicho indicador, lo que revela que la renta per capita media de dichos 12 países que lo integran era inferior, en 2005, a la media de la UE-27 en más del 45%. Ciertamente, estos valores medios grupales, aún siendo muy diferentes, ocultan las aún mayores distancias que separan a Estados comunitarios individualmente considerados, como a España de Luxemburgo, ambos del primer grupo, o a Bulgaria de Eslovenia, del segundo grupo, donde los últimos países de cada pareja superan en más del doble la renta por habitante de los primeros (España y Bulgaria, respectivamente).

Los valores del índice de densidad de población para los 27 Estados miembros y para los dos grupos de países considerados se incluye con el fin de contemplar otro argumento de uso posible a la hora de definir el reparto interterritorial del esfuerzo de mitigación de los "sectores No Directiva", en la UE-27. Parecería razonable permitir a países con menor densidad de población –y por ello, mayores distancias, más amplios recorridos, mayor número de entidades de población para un volumen dado de habitantes, etc.–, menor

esfuerzo que el exigible a países con mayor densidad de población, en cuanto a la mitigación de las emisiones de los "sectores No Directiva".

La densidad media de población en la UE-27 se situaba en 2005, en 117 personas. Pues bien, el primero de los grupos, el compuesto por 15 Estados miembros, supera este valor medio comunitario en un 24%, si bien ocho países entre los que se encuentra España, ofrecen valores en el correspondiente índice inferiores a la unidad. Por el contrario, Holanda, Bélgica y Gran Bretaña son los más densamente poblados y por ello el valor del índice supera ampliamente la unidad e, incluso, el valor medio de este grupo.

El segundo grupo de Estados comunitarios casi alcanza el valor medio de la UE-27 en cuanto a la densidad de población, si bien hay siete países de menor densidad que la media del conjunto de sus 12 miembros; en el extremo opuesto, destaca el alto valor del índice de densidad de Malta que, sin embargo, influye poco en la media de su grupo de 12 miembros, por el escaso peso relativo de sus valores absolutos –de población y extensión territorial–.

2.2. La distribución del esfuerzo entre dos grupos de Estados miembros de la UE

Una vez configurado el escenario básico de referencia implícito en el COM (2008), 17 para las emisiones de GEI de los "sectores No Directiva" de los miembros de la UE-27, pueden resumirse sus características principales y, posteriormente, avanzar hacia la justificación del contenido de la propuesta de la Comisión en lo relativo a los valores individuales de emisiones máximas de estas "fuentes difusas", par cada Estado miembro.

El escenario está configurado por los siguientes elementos principales:

- "Statu quo" en el peso relativo de las emisiones sectoriales de la UE-27, entre 2005 y 2020, al mantenerse invariable –en su valor de 2005- la participación de las emisiones de las "fuentes difusas" en los GEI, por razones de equidad intersectorial.
- Reducción de las emisiones de los "sectores No Directiva" de la UE-27 un 9,1% en 2020, respecto a su valor en 2005, y generación de dos grupos de países: un primer grupo, de 15 Estados que correrá con la carga del 125% del esfuerzo de mitigación conjunto, rebajando los GEI de sus "fuentes difusas" cerca de 336 Mt, entre 2005 y 2020, por razones de equidad interterritorial.
- Por las mismas razones de equidad interterritorial, aumento de las emisiones de GEI de sus "fuentes difusas" entre 2005 y 2020 para un segundo grupo de Estados miembros compuesto por Portugal y once de los de más reciente adhesión (excepto Chipre) y en una cifra global igual a 67,5 Mt, es decir, en un cupo igual al exceso sobre el esfuerzo de mitigación conjunto exigido al primer grupo de países.

Sin embargo, la equidad interterritorial no es capaz de justificar muchas de las opciones tomadas en la propuesta de reparto del esfuerzo de mitigación que efectúa la Comisión Europea, en el documento que se analiza.

A continuación se exponen los principales puntos que, a nuestro juicio no quedan explicitados ni justificados suficientemente en el COM (2008) 17, desde esta perspectiva.

1º Acerca de la composición y número de países que constituyen los dos grupos de países, en la UE-27

Los dos grupos de países miembros que la Comisión configura en la propuesta de reparto del esfuerzo de mitigación que se analiza difieren poco de los que suelen conformarse en relación con el proceso de integración europea. Portugal, aunque pertenece a la UE desde hace más de veinte años, dispone de una renta per capita reducida lo que permite sustentar su integración en el grupo de los Estados miembros que pueden aumentar sus emisiones. De hecho, el índice de renta per capita de Portugal está por debajo del valor correspondiente a cinco países de reciente adhesión (ver Tabla 2). Chipre, por su parte, ofrece en 2005 un valor para este índice que supera los de Suecia, Italia, España y Grecia, lo que justifica su pertenencia al grupo de los miembros de la UE-27 que han de reducir emisiones de sus "fuentes difusas".

Así pues, la conformación de ambos grupos de países miembros en torno al argumento del mayor o menor periodo de pertenencia a la Unión Europea –con las correcciones antes indicadas de Portugal y Chipre– es más convincente que el de la pura equidad interterritorial. Por otra parte, tal como revela la columna 3 de la Tabla 2, existen amplias diferencias entre los valores de renta per capita de ambos grupos de Estados miembros, pero el umbral escogido para determinar sus límites parece más bien proceder de una decisión política. Dicha frontera está establecida entre los valores 0,87 y 0,85, correspondientes al índice de renta per capita en 2005 de Grecia y Eslovenia, respectivamente.

2º Sobre la distribución de la carga de la mitigación intergrupal y entre países miembros del grupo

En el COM (2008) 17 no se aportan argumentos técnicos que justifiquen la distribución de la carga intergrupal. Tal como se propone por la Comisión, el primer grupo de países debería reducir los GEI de sus "fuentes difusas" un 125% de la mitigación total que se pretende para la UE-27 hasta 2020 (casi 336 Mt de CO2 equivalentes). Dicha cifra es la suma de los 268,5 Mt a que asciende dicho esfuerzo comunitario total entre 2005 y 2020, más un adicional 25% de este último volumen, que es el cupo de aumento de emisiones que se permite al segundo grupo de Estados miembros (igual a 67,5 Mt. de CO2 e.).

La equidad interterritorial del reparto del esfuerzo entre grupos de países (-125% / + 25% sobre las emisiones de 2005) no responde a las diferencias entre la renta per capita de dichos grupos en el año base. Tal como se deduce de la Tabla 2 (columna 3), el primer grupo de países más que duplica el índice de renta per cápita del segundo grupo –estos índices ascienden en 2005 a 0,542 y 1,134, para el segundo y el primer grupo de países respectivamente–. Un reparto de la carga estrictamente basado en la equidad interterritorial generaría resultados diferentes, mejor adaptados a las considerables distancias que separan los niveles de renta por habitante de cada grupo de países, en el año base de 2005. Por ello, hubieran sido deseables mayores explicaciones acerca de los restantes criterios de equidad subyacentes en la actual propuesta de reparto de la carga de la mitigación entre los dos grupos de Estados de la UE-27, por parte de las autoridades comunitarias.

A la misma conclusión se llega cuando se investiga sobre las pautas de distribución del correspondiente esfuerzo de mitigación grupal, tomado como un dato cuantitativo en términos absolutos, entre los países del grupo. La distribución interna del respectivo volumen de emisiones máximas en 2020 para el grupo, entre los países que lo componen tampoco responde a criterios de equidad estrictos ni a argumentos de solidaridad inter-territorial explícitos.

TABLA 3

Reparto del 125% del Esfuerzo conjunto de la UE-27 para las Emisiones de los "Sectores No Directiva", EN 2020 (335,973 Mt CO2 e.)

	2020 Emisiones según COM/2008,17 (Mt)	Estructura PIB pc (2005) (%)	2020 Emisiones según criterio de equidad estricto* (Mt)	Diferencia (1-3, %) criterio de	Esfuerzo según equidad estricto 2020 (%)
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
Bélgica	70,954	3,0	73,436	-3,5	-12,0
Dinamarca	29,868	1,6	32,004	-7,2	-14,3
Alemania	438,918	21,8	436,984	0,4	-14,4
Irlanda	37,916	1,4	42,669	-12,5	-10,0
Grecia	64,052	2,3	59,173	7,6	-11,3
España	**219,019**	**10,4**	**208,579**	**4,8**	**-14,3**
Francia	354,448	16,4	356,999	-0,7	-13,4
Italia	305,319	14,3	303,040	0,7	-13,6
Chipre	4,633	0,2	4,300	7,2	-11,8
Luxemburgo	8,522	0,3	9,636	-13,1	-9,5
Holanda	107,303	4,9	111,143	-3,6	-13,0
Austria	49,843	2,5	51,056	-2,4	-14,0
Finlandia	29,743	1,4	30,669	-3,1	-13,4
Suecia	37,266	2,5	36,542	1,9	-18,6
Gran Bretaña	310,388	17,1	311,964	-0,5	-15,6
EU (15)	2.068,193	100,0	2.068,193	0,0	-14,0

* Los valores de esta columna derivan de restar a las emisiones de 2005 de cada país, los correspondientes del reparto de 335,973 Mt de CO2 e., procedentes de aplicar sobre dicho valor total los coeficientes que revelan la estructura del PIB entre el grupo de 15 Estados miembros.

Fuente: Elaboración propia según datos anteriores.

Además, efectuando una distribución del esfuerzo de mitigación grupal entre los Estados que lo componen, según la participación relativa de cada uno de ellos en el PIB

del grupo en 2005 –ensayo denominado como "reparto según criterio de equidad estricto"–, se demuestra que la propuesta comunitaria genera subgrupos de "beneficiados" y "perjudicados", dentro de cada grupo de países miembros. Las Tablas 3 y 4 incluyen los resultados del citado ensayo de distribución, comparado con el propuesto por la Comisión en el documento analizado.

En efecto, tal como se deduce de estos datos (columnas 4 y 5 de las Tablas 3 y 4), las emisiones máximas en 2020 resultantes de la aplicación del "criterio de equidad estricto" no coinciden con las propuestas por la Comisión Europea en el COM (2008) 17.

Algunas de las principales similitudes y diferencias entre los resultados de esta investigación al respecto y la propuesta oficial, se comentan seguidamente.

- En lo relativo a los grandes focos de emisión del primer grupo de países, es decir: Alemania, Gran Bretaña, Francia e Italia –responsables del 56% de las emisiones de las "fuentes difusas" de la UE-27, en 2005–, los resultados del ensayo realizado no difieren sustancialmente de los datos del Anexo 1 del COM (2008)17. Las discrepancias entre los valores máximos de las emisiones de las "fuentes difusas" en 2020, para estos cuatro Estados miembros, oscilan entre el 0,4% y el 0,7% (ver Tabla 3).
- Sin embargo, las diferencias son mayores para los demás componentes del primer grupo de Estados miembros, pudiendo configurarse entre los mismos, a su vez, dos subconjuntos. El primero, formado por aquellos países que resultan beneficiados por la propuesta de la Comisión: Grecia, Chipre, España y Suecia, al poder emitir más GEI de los que resultan de la aplicación estricta de la pauta de distribución según su PIB relativo. Estos 4 países son aquellos cuyas emisiones per capita en 2005 quedaban por debajo de la media del grupo –en cuanto a los GEI de las "fuentes difusas"– e incluso por debajo de la media comunitaria, como ocurre en Suecia y España (ver Tabla 2).

TABLA 4
Reparto del – 25% del Esfuerzo conjunto de la UE-27 para las Emisiones de los "Sectores No Directiva", EN 2020
(67,510 Mt CO2 e.)

	2020 Emisiones según COM/2008,17 (Mt)	Estructura PIB pc (2005) (%)	2020 Emisiones según criterio de equidad estricto* (Mt)	Diferencia (1-3, %) criterio de	Esfuerzo según equidad estricto 2020 (%)
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
Bulgaria	35,161	4,4	32,258	8,3	10,1
Rep Checa	68,740	12,8	71,727	-4,3	13,7
Estonia	8,886	1,3	8,890	0,0	11,1
Letonia	9,387	1,9	9,298	1,0	15,9
Lituania	18,429	3,0	18,042	2,1	12,6

Hungría	58,025	10,7	59,967	-3,3	13,7
Malta	1,533	0,5	1,786	-16,6	22,4
Polonia	216,592	32,2	211,721	2,2	11,4
Portugal	48,417	12,8	56,595	-16,9	18,1
Rumania	98,477	12,4	91,155	7,4	10,2
Eslovenia	12,136	2,8	13,536	-11,5	16,0
Eslovaquia	23,553	5,2	24,361	-3,4	16,9
EU (12)	**599,336**	**100,0**	**599,336**	**0,0**	**12,7**

* Los valores de esta columna derivan de sumar a las emisiones de 2005 de cada país, los correspondientes del reparto de 67,510 Mt de CO2 e., procedentes de aplicar sobre dicho valor total los coeficientes que revelan la estructura del PIB entre el grupo de 12 Estados miembros.

Fuente: Elaboración propia según datos anteriores.

- Por otro lado, puede conformarse el subconjunto de los países "perjudicados", con obligaciones de mitigación superiores a las que resultarían de aplicar lo que hemos denominado como "criterio de equidad estricto": Luxemburgo, Irlanda y Dinamarca, así como también aunque en menor medida, Holanda, Bélgica, Finlandia y Austria.
- Conclusiones similares se alcanzan con relación al segundo grupo de países miembros si bien, en este caso, los datos revelados por la propuesta de la Comisión y los resultados del ensayo de reparto según el "criterio de equidad estricto" difieren incluso en mayor medida que en el grupo anterior (ver Tabla 4). Solamente en Estonia y Letonia son similares los volúmenes máximos de emisiones resultantes, para los "sectores No Directiva".
- En los diez Estados miembros restantes del segundo grupo de países, los valores obtenidos y los propuestos por la Comisión se alejan sustancialmente entre sí (ver columnas 1 y 3 de la Tabla 4). Además, en el ensayo realizado, Malta podría aumentar sus emisiones en un porcentaje superior al 20% –límite máximo de variación de las mismas entre 2005 y 2020 para todos los Estados miembros, según la propuesta de la Comisión que se establece en la misma sin justificación técnica ni política suficientes–.
- Por ello, Malta podría considerarse como "perjudicada" por la propuesta de la Comisión, al igual que Portugal, Eslovenia, Eslovaquia y la República Checa.
- Dentro del subconjunto de los "beneficiados" por la propuesta de la Comisión en el segundo grupo de países, se integran: Bulgaria, Rumania, Polonia y Lituania; en este subconjunto está el origen del 60% de las emisiones de GEI de las "fuentes difusas" del grupo siendo, además, Bulgaria y Rumania países con emisiones per capita muy por debajo de la media de estos 12 Estados miembros, en el año base (ver tabla 2).

Podría alegarse razonablemente por las autoridades comunitarias que en el reparto del esfuerzo de mitigación de los GEI procedentes de los "sectores No Directiva", la equi-

dad interterritorial no sólo ha de tener en cuenta la riqueza relativa de los Estados miembros, sino también el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, de amplia recepción en el ámbito de la política internacional de cambio climático.

Tal como quedó demostrado anteriormente (ver Tabla 2), la distribución de la responsabilidad en las emisiones de estas "fuentes difusas" en 2005 no es homogénea entre países; por ello, la integración de estas consideraciones de equidad a la hora de decidir sobre el reparto del esfuerzo de mitigación, debería corregir los resultados de la distribución del esfuerzo de mitigación derivados de cualquier pauta que sólo tuviera en cuenta la participación de cada país en la renta por habitante.

Parece posible, por tanto, que la propuesta de reparto del esfuerzo de mitigación de la Comisión – contenida en el COM (2008) 17- haya tomado en cuenta, asimismo, estos otros aspectos importantes de la equidad interterritorial e, incluso, que la atención a consideraciones de desarrollo sostenible de los países miembros justifiquen la decisión a favor de establecer un límite máximo a la reducción o aumento de estas emisiones de GEI, entre 2005 y 2020, en cada miembro de la UE-27. Sin embargo, no existe explicación técnica alguna acerca de la preferencia por un valor igual al 20% que es el que, en la propuesta de la Comisión, define los extremos de la horquilla en la que ha de concretarse el máximo aumento o reducción de dichas emisiones.

Aún así desde esta perspectiva y dadas sus elevadas emisiones per capita, parece razonable que la Comisión Europea proponga elevar al máximo el esfuerzo de mitigación de Luxemburgo y de Irlanda; además el primero de estos países tiene la mayor renta por habitante de la UE-27.

El caso de Bulgaria –en el extremo opuesto, con un aumento permitido del 20%– puede sustentarse sobre la misma base argumental porque es el país que dispone de la menor renta per capita y ofrece (en cuanto a sus "fuentes difusas") las emisiones por habitante mas bajas del conjunto comunitario de los 27, en 2005. En cambio, la asignación del 20% de reducción de emisiones a Dinamarca, por parte de la Comisión Europea, resulta menos explicable desde la perspectiva de la equidad interterritorial en sentido amplio.

En todo caso, se considera muy adecuada la propuesta de reparto del esfuerzo de mitigación de las emisiones de GEI de los "sectores No Directiva" entre los países miembros de la UE-27, si bien hubiera sido conveniente hallar en el COM (2008) 17 una mayor explicitación técnico-política de la misma, para demostrar su adecuación y consistencia con el principio de equidad interterritorial; en su ausencia, la actual propuesta comunitaria asume una mayor cuota de vulnerabilidad, por su mayor exposición a la crítica técnica y, también, por la potencial generación de propuestas alternativas más refinadas.

Conclusiones

El propósito de la presente investigación consistía en analizar la iniciativa de la Comisión Europea –incluida en el COM (2008) 17- de repartir entre los Estados miembros de la UE-27 un compromiso comunitario unilateral cuantificado de mitigación de GEI respecto a las fuentes de los "sectores No Directiva", en 2020, con el fin de evaluar la consistencia de la propuesta de distribución con los criterios de equidad intersectorial e inter-

territorial al uso en el ámbito del cambio climático, especialmente con el de atención al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

Tras el análisis pormenorizado de la propuesta comunitaria, se concluye:

1ª- Que la equidad intersectorial en el Post-Kioto se interpreta en el COM (2008) 17 como igual al mantenimiento invariable de la participación relativa en las emisiones totales de GEI, de las que en 2005 generaban cada uno de los dos grandes conjuntos de fuentes: los "sectores Directiva" y los "sectores No Directiva": 43% para el primero de estos sectores y 57% para el que reúne las "fuentes difusas" de gases de efecto invernadero.

2ª- que el esfuerzo de mitigación de los "sectores No Directiva", determinado cuantitativamente en el COM (2008) 17 con relación al año 2020, resulta de la aplicación sobre las emisiones de GEI del año base –en el sentido que el PK da a esta expresión–, del esfuerzo global unilateral de mitigación de GEI derivado de la Decisión del Consejo Europeo de marzo de 2007 para la UE-27 (reducirlas en el 20% o en el 30% en ciertas condiciones), en contacto con aquella distribución intersectorial relativa antes referida.

3ª- que la equidad interterritorial inspira la distribución entre los Estados miembros de la UE-27 de aquel esfuerzo conjunto de mitigación de GEI en los "sectores no Directiva", pudiendo configurarse, a estos efectos, dos grupos de países: un primer grupo, de 15 Estados miembros, con obligaciones de reducir emisiones, compuesto por los antiguos miembros de la UE-15, menos Portugal, más Chipre. El segundo grupo, que está compuesto por los 12 países restantes, coincide con el conjunto de miembros de reciente adhesión –con las excepciones de Portugal y Chipre dentro y fuera de este grupo, respectivamente– los cuales podrán aumentar sus emisiones de "fuentes difusas", en este mismo intervalo temporal. La frontera establecida para generar ambos grupos parece responder más bien a un acuerdo político de cooperación intra-unión que a razones técnicas relacionadas con la experiencia de aplicar políticas y medidas de mitigación de GEI comunes o coordinadas.

4ª- que el primer grupo de países miembros habrá de correr con la carga total de mitigación de los "sectores No Directiva" de la UE-27, entre 2005 y 2020, más un 25% adicional de reducción de dichas emisiones, con el fin de que los 12 Estados que componen el segundo grupo puedan elevar los GEI de estos "sectores No Directiva", entre 2005 y 2020. El reparto de la carga entre ambos grupos tampoco responde a consideraciones estrictas de renta y riqueza relativas.

5ª- La investigación sobre las pautas de la distribución del esfuerzo dentro de cada grupo, una vez determinado cuantitativamente su compromiso respectivo de mitigación grupal en términos absolutos, tampoco responde a criterios de equidad estrictos ni a argumentos de solidaridad interterritorial explícitos. Por ello, el límite del 20% establecido en el COM (2008) 17, tanto para la reducción como para la ampliación máximas de las emisiones de los "sectores No Directiva", sólo podría justificarse en base a criterios de sostenibilidad.

6ª- De la comparación entre la propuesta comunitaria contenida en el COM (2008) 17 y el ensayo de distribución del compromiso de mitigación del grupo, entre los 15 y los 12 Estados miembros que se integran en cada uno de ellos, realizado según su participación relativa en el PIB correspondiente surge la conclusión de que hay países "beneficiados" y países "perjudicados" por la citada propuesta de la Comisión Europea.

7ª- Grecia, Chipre, España y Suecia, resultan "beneficiados", dentro del primer grupo, al poder emitir más GEI de los que resultan de la aplicación estricta de la pauta de distribución según su PIB relativo. Bulgaria, Rumania, Polonia y Lituania también resultan "beneficiados", dentro del segundo grupo de Estados miembros.

8ª- El subconjunto de los países "perjudicados", con obligaciones de mitigación superiores a las que resultarían de aplicar lo que hemos denominado como "criterio de equidad estricto" son, dentro del primer grupo: Luxemburgo, Irlanda y Dinamarca, así como también aunque en menor medida, Holanda, Bélgica, Finlandia y Austria. Dentro del segundo grupo de países, Malta, al igual que Portugal, Eslovenia, Eslovaquia y la República Checa, podrían considerarse como "perjudicados" por la propuesta de la Comisión.

9ª- La mayoría de los países "beneficiados" desde esta perspectiva son aquellos cuyas emisiones per capita procedentes de "fuentes difusas", en 2005 quedan por debajo de la media del grupo al que pertenecen. Así pues, es posible que a la hora de interpretar la equidad interterritorial, las autoridades comunitarias hayan tenido en cuenta no sólo la riqueza relativa de los Estados miembros, sino también el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas en lo relativo a las emisiones de los "sectores No Directiva"

10ª- Compartiendo la oportunidad y potencial eficacia de la propuesta comunitaria de reparto del esfuerzo de mitigación de las emisiones de GEI de los "sectores No Directiva" entre los países miembros de la UE-27, hubiera sido conveniente una mayor explicitación técnico-política de la misma, para demostrar su adecuación y consistencia con el principio de equidad interterritorial.

Los Proyectos Forestales del Mecanismo de Desarrollo Limpio: una Opción para la Mitigación del Cambio Climático. Especial Aplicación a las Iniciativas Conjuntas de Brasil y España

*Valéria I. Duarte Pessoa**

Introducción. Objetivo del estudio. 1. El régimen multilateral del cambio climático. 2. La Convención Marco de las de Naciones Unidas sobre el cambio climático (CMNUCC), de 9 de mayo de 1992. 2.1. Objetivo y principios de la Convención Marco. 2.2. Obligaciones resultantes de la Convención. 2.3. Órganos de la Convención. 3. El Protocolo de Kioto. 3.1. Elementos comunes a los tres mecanismos de Kioto. 3.2. Aspectos diferenciados de los mecanismos de Kioto. 4. El régimen internacional del mecanismo de desarrollo limpio. 5. Los proyectos forestales MDL y su contribución para la mitigación del cambio climático. 5.1. Marco legal del MDL forestal. 5.2. Características de los créditos de carbono de los proyectos forestales. 5.3. Los bosques como sumideros de carbono. 5.3.1. Influencia de los bosques en el clima. 6. Aplicación del MDL en la Unión Europea. 7. Aplicación del MDL en España. 8. Aplicación del MDL en Brasil. 9. Perspectivas del MDL forestal en el período Post-Kioto. Conclusión.

Introducción

En que pese la población mundial estar viviendo en condiciones y lugares distintos, sometidos a diferentes formas y regímenes de gobierno, muchos empiezan a comprender que tienen problemas cuyas soluciones deben ser compartidas y, con esto, reconocen que sus derechos y deberes transcienden el local o nacional, alcanzando el ámbito mundial. Uno de estos problemas o preocupaciones mundiales se refiere a los importantes cambios de las condiciones climáticas del planeta provocados por el desequilibrio del sistema climático mundial.

La sociedad se dio cuenta de que los recursos naturales son escasos[1] y que, en el caso del aire atmosférico, las soluciones para tornar o mantenerlo limpio o con mínimas concentraciones de gases perjudiciales para la salud o para el clima del planeta han de ser concertadas en nivel global.

* Doctoranda en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid – UCM; Procuradora do Distrito Federal do Brasil.

1 Según Ana Yábar Sterling, *en: Ética, Fiscalidad y Medio Ambiente,* Observatorio Medioambiental, nº 1 (1998), p. 199: Esperemos que la ciencia y la experiencia encuentren un camino eficaz para asegurar un desarrollo económico sostenible que, según opinión de *David Pearce* , experto bien conocido en este tipo de análisis y con cuyo entendimiento la autora coincide, es la única solución éticamente justa y económicamente eficaz para garantizar la solución de los problemas ambientales actuales y el legado a las generaciones futuras de un stock de recursos naturales "suficiente" para su desenvolvimiento que, a la vez, asegura el equilibrio de los ecosistemas del planeta.

La misma globalización del la economía, política, sociedad y cultura establece algunas de las bases de una percepción de la sociedad global en formación, de la ciudadanía en la escala mundial.[2]

Hace décadas que los científicos detienen conocimientos de los procesos químicos por los cuales las emisiones de dióxido de carbono y otros gases pueden calentar el planeta por medio del denominado "efecto invernadero", entretanto no fue sino a partir de la década de 1980 que la preocupación internacional en relación con los impactos antropogénicos en la atmósfera a través de esas emisiones surgió, y fue solo en las últimas dos décadas del siglo XX que Naciones Unidas dieron el primer paso en dirección al reconocimiento y enfrentamiento del tema.[3]

Eses primeros pasos desencadenaron la puesta en marcha de las negociaciones que desembocaron en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC o Convención Marco, en adelante), adoptada el 9 de mayo de 1992, con fecha de entrada en vigor el 21 de marzo de 1994, seguida del Protocolo de Kioto (Protocolo, en adelante) que entró en vigor el 16 de febrero de 2005.[4]

Mediante la CMNUCC, se establecieron compromisos (medidas y políticas) por un lado, comunes a todas las Partes y por otro, conjuntos de aquellos específicamente destinados a grupos de Partes incluidos en los anexos I y II a dicha Convención Marco.

Dentro de las políticas y medidas a ser adoptadas por las Partes en la Convención Marco se destacan las destinadas a neutralizar y revertir el origen del problema y las dirigidas a disminuir la vulnerabilidad al cambio climático y posibilitar la adaptación al mismo.[5]

Concretamente el objetivo último de la CMNUCC y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes es lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero (GEI en adelante) en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático mundial.

El Protocolo de Kyoto, desde un punto de vista legal, es el marco a partir del cual se empieza a establecer obligaciones jurídicamente vinculantes para sus Partes signatarias destinadas a cumplir el objetivo último de la Convención antes mencionado y establece, además, mecanismos para auxiliar a las Partes a alcanzar las metas de reducciones de emisiones de gases de efecto invernadero que son los denominados "mecanismos de Kioto".

Los tres mecanismos de flexibilidad propuestos en el Protocolo de Kioto son los siguientes: Aplicación Conjunta (art.6), Mecanismo de Desarrollo Limpio (art. 12) y Comercio de Emisiones (art. 17).

---

2 IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1997, p. 24.

3 FREESTONE, D.: The UN Framework Convention on Climate Change, The Kyoto Protocol, and the Kyoto Mechanisms, in FREESTONE, D., y STRECK, C.: *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanism*, Ed. Oxford , New York, 2005, p. 3.

4 HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A.: Voz ¨Cambio climático¨, en ALONSO GARCÍA, E., y LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de Derecho Ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pp. 175-195.

5 GREZZI, CARLOS A.: "*Aproximación al Cambio Climático desde Uruguay: políticas y medidas",* Observatorio Medioambiental, 2004, núm. 7, 249-282.

El Mecanismo de Desarrollo Limpio es el principal instrumento de participación de los países en desarrollo en el proceso de mitigación del cambio climático. La finalidad de este mecanismo es ayudar a las Partes no incluidas en el anexo I a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como ayudar a las Partes incluidas en el citado Anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídas en virtud del Protocolo.

Ese mecanismo favorece las iniciativas conjuntas entre Brasil y España una vez que por ello los países en desarrollo como es el caso de Brasil pueden llevar a cabo diversas actividades de proyectos que reduzcan o capturen las emisiones de gases de efecto invernadero para que sean certificadas y negociadas con los interesados (como puede ser el caso de España) que, a su vez, pueden utilizar las reducciones certificadas de emisiones (RCEs, en lo sucesivo) para dar cumplimiento a parte de sus compromisos cuantificados de reducción de emisiones establecidos en el Protocolo.

De las actividades de proyectos nos interesa estudiar específicamente las que tratan del uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura, de modo a especificar el reglamento para la utilización de los proyectos forestales y la manera como dicha actividades producen beneficios ambientales y contribuyen para la mitigación del efecto invernadero.

El análisis será hecho desde el punto de vista jurídico del derecho ambiental y su interdisciplinariedad y implicará examen de las reglas de derecho internacional, del derecho español y derecho brasileño acerca de la generación y comercialización de los RCEs forestales, englobando el análisis de los principales textos legales aplicables (por ejemplo, Convenciones, Protocolos, Resoluciones, Decisiones, entre otros instrumentos) y del emergente mercado global de carbono.

Así que, visto desde distintos enfoques se puede decir que el MDL abre nuevas perspectivas en la protección del medio ambiente y, además, con el aparecimiento reciente de la preocupación social y económica sobre este novo fenómeno, que es el cambio climático, en MDL también favorece una renovación profunda del Derecho Ambiental.

Objetivo del estudio

Este estudio objetiva presentar sencilla contribución para intentar frenar o limitar las emisiones de gases de efecto invernadero, responsables por el calentamiento global y así, consecuentemente, contribuir para la mitigación del cambio climático.

A tal fin, el estudio se enfoca en algunas áreas relacionadas con la aplicación jurídica del mecanismo de desarrollo limpio previsto en el Protocolo de Kioto. Particularmente nos interesa considerar su tratamiento por Brasil y España.

El enfoque está direccionado para analizar el tratamiento de la cuestión de generación y comercialización de las RCEs englobando el análisis de sus implicaciones jurídicas en nivel internacional, en ámbito del derecho europeo, del derecho español y del derecho brasileño. Dicha análisis se apoyará en los principales textos legales aplicables (e.g., Convenciones, Protocolos, Resoluciones, Decisiones, ect.) y del emergente mercado global de carbono.

Tras breve introducción del régimen jurídico internacional del cambio climático, de como se generó la Convención Marco, sus objetivos y principios, serán examinadas las obligaciones jurídicamente vinculantes previstas en el Protocolo de Kioto y las opciones que el propio Protocolo ofrece para auxiliar a las Partes cumplir sus compromisos cuantificados de reducción o limitación de emisiones de GEI, que son los mecanismos de flexibilidad.

En el siguiente punto serán tratados los aspectos del régimen internacional del Mecanismo de Desarrollo Limpio y la regulación de sus detalles de aplicación establecidos por las decisiones de la Conferencia de las Partes.

A continuación serán analizados los aspectos científicos, ambientales y jurídicos de los proyectos forestales MDL y su contribución para la mitigación del cambio climático, ocasión en que serán disciplinadas las cuestiones relacionadas con el Marco legal del MDL forestal, las características de los créditos de carbono de los proyectos forestales, los bosques como sumideros de carbono y la influencia de los bosques en el clima, dicha análisis objetiva demostrar que, efectivamente, los proyectos forestales, desde punto de vista ambiental, ofrecen contribución para la mitigación del cambio climático.

En consecuencia, el bosque se convierte en un protagonista claro de los Mecanismos de Kioto, lo cual significa que las normas forestales deben asumir la importancia de las funciones ambientales que los bosques desempeñan en relación con el cambio climático. Al tratarse de un problema ambiental muy preocupante que afecta a todo el planeta, no se debe descartar ninguna medida o alternativa que tienda a mejorar la situación.

El punto siguiente trata de aspectos jurídicos y legales de aplicación de las iniciativas conjuntas del MDL en la Unión Europea, España y Brasil, con la finalidad de demostrar cómo dicho mecanismo aunque burocrático, ofrece opción segura de inversión.

Será mencionada y analizada la principal Directiva Europea, la Directiva 87/2003/CE, modificada por Directiva 2004/101/CE, la llamada *Directiva Link,* la cual introduce en la UE y desde del año 2005, el Sistema Europeo de Comercio de Emisiones (SECE), organizado en dos fases o etapas: 2005-2007 y 2008-2012. A través de la referida *Directiva Link* se permite el canje de créditos de los mecanismos de proyecto del Protocolo de Kioto – y de RCE´s, procedentes del Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL), incluso a partir del primero subperíodo – por derechos de emisión del SECE.

Serán mencionados y analizados, además, los instrumentos legales del derecho español que permiten la incorporación a su derecho nacional de las normativas comunitarias y, por otra parte, el análisis de las otras medidas de desarrollo normativo adoptadas en España para facilitar la ejecución del MDL.

Por fin serán tratados los aspectos de interés de aplicación jurídica y práctica y ejecución del MDL en Brasil, la adopción de la Convención y del Protocolo y la edición de innúmeras Resoluciones que disciplinan el tratamiento de la cuestión en el derecho interno brasileño.

Se para Brasil la utilización de los proyectos forestales del MDL representa incontables aspectos positivos, es decir, contribución para la mitigación del cambio climático mundial, contribución para la promoción del desarrollo sostenible en su territorio nacio-

nal,[6] transferencia de tecnología, ingreso de divisas, etc., para España, esta iniciativa conjunta puede representar una oportunidad de cumplir en parte con las metas de reducción de emisiones de gases de efecto estufa contraídas en virtud del Protocolo de Kioto, a bajo costo y contribución conjunta para la mitigación del cambio climático. Este estudio tratará de analizar las reglas internacionales y nacionales de Brasil y España.

1. El régimen multilateral del cambio climático

En primer lugar, hay que precisar que el problema que se pretende mitigar con los instrumentos jurídicos ambientales que conforman el régimen internacional del cambio climático no es la existencia en si misma de ese efecto invernadero, sin el cual nuestro planeta se convertiría en un lugar inhóspito.

La preocupación de la comunidad científica está relacionada con la intensificación del efecto invernadero que ocasiona los cambios que suceden de forma provocada por la influencia humana en la agricultura, el tratamiento de residuos, el uso de la tierra y cambio de uso de la tierra y, muy especialmente, en los usos industriales que implican la combustión de carbón, gas natural, petróleo y sus derivados y que hace desestabilizar o romper ese equilibrio de los componentes produciendo efectos y consecuencias tanto en los elementos propios del sistema como en otros componentes de la Tierra.[7]

En el caso específico de este trabajo se busca estudiar la intensificación del efecto invernadero provocada por el uso inadecuado de la tierra, cambio de uso de la tierra y selvicultura y que suponen un 20% de las emisiones globales de los gases de efecto invernadero.[8]

Por todo ello, mediante el Protocolo de Kioto, la normativa internacional de desarrollo, la normativa comunitaria, el ordenamiento jurídico español, y el ordenamiento jurídico brasileño, se está intentando evitar que el problema del cambio climático se incremente y, en la medida que sea posible, disminuir esos perjuicios tan graves.

Es que los efectos de la emisión sobre el sistema climático son independientes del país en que se encuentra la fuente, por ello resulta imprescindible una solución multilateral global.

---

6 El desarrollo sostenible convertido en objetivo de la UE asumido expresamente (art. 2 del vigente Tratado de la Unión Europea) es un principio que articula tres aspectos, el social, el económico y el ambiental y que, penetrando, al menos, en esas tres ramas de la política interior comunitaria, trata de garantizar una mejor calidad de vida para la población actual y la futura de la Unión. Es la definición que se puede conferir en YÁBAR STERLING, A: "E*l desarrollo sostenible, principio y objetivo común de la sociedad y el mercad, en la UE de nuestro días",* Revista Foro, Nueva época, núm. 0.

7 DOMINGO LÓPEZ, E.: El Protocolo de Kioto y su desarrollo en España. El fomento de las energías renovables y de la cogeneración eléctrica como instrumento de lucha frente al efecto invernadero, *Documentación Administrativa*, núm. 256, enero-abril 2000, pp. 172-173 y MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Ambiental*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 219-233.

8 Véase in informe IPCC, 2007 – www.ipcc.ch.

2. La Convención Marco de las de Naciones Unidas sobre el cambio climático (CMNUCC), de 9 de mayo de 1992

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992 constituye la normativa principal y la base a partir de la cual se puede realizar un estudio sobre la regulación jurídica internacional del cambio climático.[9]

2.1. Objetivo y principios de la Convención Marco

Según el artículo 2º de la CMNUCC "*el objetivo último de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes es lograr la estabilización de las concentraciones de GEI en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático mundial*".

Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y "permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible".

Para tornar efectivo el objetivo mencionado la Convención consagra en su artículo 3º algunos principios que deben orientar los esfuerzos para alcanzar dicho objetivo, entre otros, tres principios pueden considerarse emblemáticos en el moderno Derecho Internacional de Medio Ambiente: el principio de precaución;[10] el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; y el principio de desarrollo sostenible.[11] Los tres tienen una presencia muy señalada en la gestión, diseño y desarrollo del Mecanismo de Desarrollo Limpio, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo.

Los principios generales de Derecho ambiental internacional no son sino la trasladación a ese nivel internacional de los principios generales de Derecho ambiental, aunque las declaraciones de principios de Estocolmo y Río facilitan al operador jurídico la tarea de abstracción de los mismos.[12]

A estos principios se añaden otros que no son privativos del régimen internacional del cambio climático, pero no menos importantes, que son los siguientes: *eficiacia* (las medidas para hacer frente al cambio climático deben ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible); *respeto de la competencia* (las medidas adoptadas para combatir no pueden resultar un medio de discriminación

9 SARASÍBAR IRIARTE, M.: *Régimen Jurídico del Cambio Climático,* Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 85.

10 *Vid.* artículo 3 de la Convención Marco y principio 15 de la Declaración de Río, según el cual la ausencia de certidumbre científica no debe suponer el aplazamiento de aquellas medidas necesarias para evitar la progresión del cambio climático cuando haya amenaza de daño grave.

11 Como señala Juste, estos principios ya se habían manifestado como elementos de consenso en la Declaración final de la II Conferencia mundial sobre el clima de 1990 y habían sido reconocidos y proclamados por la Declaración de Río de 1992. JUSTE RUÍZ, J.: *Derecho Internacional del Medio Ambiente,* McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 291, en SAURA ESTAPÁ, J.: *El cumplimiento del Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático,* Ed. Publicaciones de la Universitat de Barcelona, 2003, pp. 36 e ss.

12 LAGO CANDEIRA, A.: voz "Derecho Internacional del Medio Ambiente", cit., pp. 466 y ss.

arbitraria ni una restricción encubierta al comercio internacional);[13] el principio "*quien contamina paga";*[14] el principio que excluye la energía nuclear de las políticas y medidas propuestas para combatir el cambio climático (Artículo 2 del Protocolo de Kioto); y el principio de cooperación internacional.[15]

2.2. Obligaciones resultantes de la Convención

La Convención establece en el extenso artículo 4 los compromisos que asumen los Estados Parte y lo hace en tres categorías diferenciadas. Sin ánimos de ser exhaustivos, cabe señalar las siguientes obligaciones en función de las distintas categorías de Estados que establece la propia Convención:

a) Todos los Estados Parte de la Convención tienen obligaciones de tipo documental y informativo, como por ejemplo "elaborar, formular, publicar, aplicar y actualizar" los inventarios nacionales de las emisiones de gases de efecto invernadero; de cooperación, promoción, y apoyo de tecnologías para controlar, reducir y prevenir las emisiones de gases de efecto invernadero.
b) Los países desarrollados y con economías en transición tienen la obligación específica de limitar sus emisiones de gases de efecto invernadero, así como de creación y preservación de sumideros y depósitos naturales de gases de efecto invernadero, así como de creación y preservación de sumideros y depósitos naturales de gases de efecto invernadero.
c) Finalmente, los países desarrollados asumen, entre otros, el compromiso de proporcionar recursos financieros nuevos y adicionales, incluyendo recursos para la transferencia de tecnología, para que los países en vías de desarrollo puedan cumplir sus obligaciones en el contexto de la Convención. También deberán ayudar a los países subdesarrollados particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático a hacer frente a los costes de adaptación a dichos efectos.[16]

2.3. Órganos de la Convención

La Convención establece propiamente el entramado institucional para la ejecución de sus disposiciones, definiéndose cinco órganos distintos: (i) La Conferencia de las Partes

13 ALONSO GARCIA, E., y LOZANO CUTANDA, B.: Voz "Derecho de la competencia y medio ambiente", *Diccionario de Derecho Ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, p. 454.

14 SANZ RUBIALES, I.: Una aproximación al nuevo Mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 125, 2005, pp. 31-64. Según el autor este principio se ha convertido como integrador de la noción de internalización de los costes ambientales (lo que se supone que las subvenciones son incompatibles con el principio), la doctrina se ha hecho eco de la necesidad de interpretarlo también en el sentido de que los cánones o tasas vinculados a actuaciones contaminantes de los recursos naturales no pueden convertir en autorización para contaminar

15 *Vid.* artículo 3 de la Convención Marco.

16 Dichos recursos deben ser "nuevos y adicionales", no pueden ir en detrimento de la Ayuda Oficial al Desarrollo, ni pueden contabilizarse las aportaciones a proyectos relativos a la mitigación del cambio climático (por ejemplo, en los mecanismos flexibles). *Vid.* preámbulo de la decisión 17/CP.7, de 10 de noviembre de 2001.

(en adelante, CP):[17] Órgano supremo que tiene a su cargo la promoción y la supervisión de la aplicación del Convenio y de los instrumentos conexos a través de sus decisiones; (ii) La Secretaría: Con sede en Bonn; (iii) El Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico (OSACT): Con la función de asesorar a la Conferencia de las Partes y a otros órganos en materias científicas y tecnológicas; (iv) El Órgano Subsidiario de Ejecución (OSE): Con la función de apoyar a la Conferencia de las Partes en la tarea de supervisión del cumplimiento del Convenio Marco; y (v) El Mecanismo de Financiación que está encargado de suministrar recursos financieros. [18]

Debido a la constatación de que los compromisos de reducciones de emisiones establecidos en el art. 4.2 a) y b) de la Convención *no* eran suficientes para frenar los efectos adversos del cambio climático se decidió iniciar un proceso de negociación para reforzar los compromisos de las Partes incluidas en el anexo I, más allá del año 2000, mediante la adopción de un protocolo u otro instrumento. El instrumento elegido por las partes fue un Protocolo adicional, formalmente subordinado a Convención y que se denomina Protocolo de Kioto.

3. El Protocolo de Kioto

El Protocolo de Kioto fue adoptado el 11 de diciembre de 1997 y entró en vigor el 16 de febrero de 2005 y se define como un acuerdo internacional autónomo pero vinculado a un Tratado existente que comparte las preocupaciones, los principios y mantiene esencialmente el sistema orgánico establecido en la Convención Marco con algún matiz.

Los compromisos están establecidos en los artículos 3, 5 y 7 y Anexo del Protocolo, pero es en su artículo tercero que radica su núcleo duro. A tenor de este precepto, los países enumerados en el Anexo B del Protocolo (países desarrollados y con economías en transición) asumen la obligación – con fuerza jurídica vinculante – de alcanzar unos niveles determinados de emisiones de gases de efecto invernadero durante el quinquenio 2008-2012 (primer período de compromiso), con miras a reducir el total de sus emisiones de esos gases a un nivel inferior a no menos de 5% en comparación con sus niveles de 1990.

17 La Conferencia de las Partes (CP) se constituye como órgano supremo, plenario y democrático. Se trata del órgano de decisión y control más significativo en esta materia. Las reuniones o conferencias están abiertas a todas las Partes de la Convención y los períodos de sesiones deben ser anuales, a no ser que la propia Conferencia deicida por celebrar sesiones extraordinarias. Destacan como funciones más importantes la de decisión, control y promoción del intercambio de información.

18 El artículo 11.5 prevé que las Partes que son países en desarrollo pueden cumplir su compromiso de suministrar recursos financieros en aplicación de la Convención a través de conductos bilaterales, regionales y multilaterales de diverso tipo. Para suministrar la transferencia de recursos y tecnología a los países en desarrollo este mismo artículo 11 institucionaliza un mecanismo financiero, que funcionará bajo la dirección de la Conferencia de las Partes. Su funcionamiento se encomendará a una o más entidades internacionales existentes. El artículo 21.3 encargaba provisionalmente al Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM) tarea que canalizó hasta la adopción de la decisión 7/COP.7. Esa decisión creó dos cauces nuevos: el Fondo Especial para el Cambio Climático y el Fondo para los países Menos Adelantados. Sobre el nivel de ayuda, véase el documento FCCC/COP/2001/MISC.4 que contiene el texto de la Declaración política conjunta de la Comunidad Europea y sus Estados miembros, junto con Canadá, Islandia, Nueva Zelanda y Suiza.

Para cumplir con estos compromisos el propio Protocolo prevé que las Partes tienen que poner en práctica políticas y medidas nacionales orientadas a limitar las emisiones previstas en el artículo 2 del Protocolo.

En la práctica la implementación de estas políticas y medidas nacionales para control de emisiones puede resultar muy costoso y complicado de conseguir para muchos Estados siendo que la orientación del artículo 3.3 de la Convención es en el sentido de que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor coste posible.

Para facilitar el cumplimiento de las metas de reducción de las emisiones atmosféricas aceptadas por las Partes del Anexo I, el Protocolo prevé tres mecanismos complementarios a las reducciones que los países hagan en sus territorios, que son los siguientes: *el mecanismo de Aplicación Conjunta (AC), el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL), y el Comercio de Emisiones (CE).*

3.1. Elementos comunes a los tres mecanismos de Kioto

En primer lugar, se encuentra el fundamento económico y ambiental de los mecanismos ya que, por una parte, el propósito de los mismos es facilitar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados al menor coste económico posible; la suplementariedad (adicionalidad) con respecto al cumplimiento de los objetivos nacionales de limitación y reducción de emisiones; la fungiblidad, el carácter intercambiable de los títulos que se derivan de estos mecanismos y la intervención en los mismos del sector privado. Y por otra parte, la vertiente ambiental que es la principal y que se subroga la económica, puesto que la creación de estos tres mecanismos se ha llevado a cabo como solución al problema del cambio climático, que es uno de los problemas graves que afecta a todo el mundo teniendo en cuenta, asimismo, la escasez y limitación de los recursos naturales. Ente tanto, la presencia de la vertiente ambiental es más evidente en el mecanismo de desarrollo limpio, consonante será demostrado.

En segundo lugar, otra de las notas comunes a los tres mecanismos es el carácter geográfico, una vez que todos estos mecanismos encuentran su razón de ser en el hecho de que los gases de efecto invernadero permanecen en la atmósfera durante un largo tiempo y además son susceptibles de migraciones globales, por lo que el dato de donde se produzca la reducción de emisiones tiene una importancia limitada en la lucha contra el cambio climático.

3.2. Aspectos diferenciados de los mecanismos de Kioto

Los aspectos diferenciados de los mecanismos de Kioto pueden ser evidenciados en las finalidades, los requisitos de elegibilidad y participación en los mecanismos. Así que, en el ***comercio de emisiones***, contemplado en el artículo 17 del Protocolo de Kioto, el fundamento económico es mucho más destacado de que el fundamento ambiental. Este mecanismo, en la realidad, se presenta como un verdadero instrumento de mercado, un "acti-

vo negociable" que permite que los países del anexo I trasfieran parte de su "cuota" de emisión a otro país también del anexo I.

Por este sistema se establece una cuota total de derechos de emisión asignados a cada país, que representa el límite global de las emisiones autorizadas por el régimen, algunas Partes pueden acumular y no utilizar parte de las cantidades que tienen atribuidas en función de los compromisos, lo que posibilita la compraventa de los créditos de emisiones excedentarios a los países que consideren más difícil o más oneroso satisfacer sus objetivos cuantificados.

Bajo este régimen, los países Parte del Anexo I, o aquellas personas jurídicas as las que estos hayan autorizado, pueden intercambiar en el mercado nacional o internacional, los distintos tipos de unidades contables reconocidos por el Protocolo de Kioto, es decir: Unidades de Reducción de Emisiones (UREs), fruto de proyectos de aplicación conjunta; Reducciones Certificadas de Emisiones (RCEs), generadas por proyectos del Mecanismo de Desarrollo Limpio; Unidades de Absorción (UDAs), procedentes de actividades en sumideros y Unidades de Cantidad Atribuida (UCAs), inicialmente asignadas a cada Parte, desde que cumplan con los requisitos establecidos en la Decisión 11/CMP.1. Estos requisitos se refieren básicamente a normas de contabilidad y procedimientos para asignación y control de los derechos de emisión del país.

En el caso del ***mecanismo de la Aplicación Conjunta***, ambos, inversor y receptor, son países con compromisos de limitación de emisiones. Este Mecanismo permite la inversión, de un País anexo I (países desarrollados) en otro País anexo I (países desarrollados en diferentes grados y países con economía en transición), en proyectos de reducción de emisiones o de fijación de carbono. El País receptor, se descuenta las unidades de reducción de emisiones (UREs) del proyecto, que adquiere el País inversor. El País inversor se beneficia de la adquisición de UREs a un precio menor del que le hubiese costado en el ámbito nacional la misma reducción de emisiones.

De esta forma, las unidades obtenidas con el proyecto las utiliza para cumplir con su compromiso contraído en el Protocolo de Kioto. Los potenciales países receptores, bajo el ámbito de estos proyectos, serán los países con economías en transición y otros desarrollados con tecnologías más intensas en carbono que se beneficiarán de las inversiones en este tipo de tecnologías limpias.

El tercero y último instrumento es el ***mecanismo de desarrollo limpio*** que se define en el artículo 12 del Protocolo de Kioto y que será objeto de nuestro estudio más profundizado. Este mecanismo tiene como propósito: "ayudar a las Partes no incluidas en el Anexo I a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como ayudar a las Partes incluidas en el Anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídas en virtud del artículo".

4. El régimen internacional del mecanismo de desarrollo limpio

De entre todos los mecanismos de Kioto, el mecanismo de desarrollo limpio es el que más desarrollo normativo ha obtenido hasta la fecha y esto puede se comprobado

por el hecho de que los proyectos MDL están siendo utilizados a nivel internacional desde el año 2001.

Consecuentemente, desde antes del año 2001 los órganos establecidos en la Convención Marco y en el Protocolo de Kioto tratan de establecer y regular el mecanismo para su plena aplicación, además, esta temprana entrada en vigor del mecanismo hace con que sus métodos de aplicación se perfeccionen y todos estos cambios están retratados en las sucesivas sesiones y decisiones de la Conferencia de las Partes y de sus órganos subsidiarios que han tratado de perfilar y desarrollar sus instrumentos constitutivos buscando siempre adaptación a circunstancias que están en constante evolución, bien sea por el conocimiento científico, bien por el avance en la respuesta técnica, tecnológica, social y económica a ciertos problemas.

Los hitos más importantes de este proceso son: a) Los acuerdos de Marrakech (COP 7, Marrakech 2001), b) Los acuerdos de Milán (COP 9, Milán 2003); c) Los Acuerdos de Buenos Aires (COP 10, Buenos Aires 2004); d) Los Acuerdos de Montreal (CMP 1, Montreal 2005), e) Los Acuerdos de Nairobi(CMP 2, 2006); y f) Los Acuerdos de Bali (CMP 3, 2007).

En realidad, el MDL no se define como un instrumento puramente de mercado como son los otros dos mecanismos mencionados, sino como un instrumento de cooperación que da prioridad a su potencial para impulsar el desarrollo sostenible de los países anfitriones, al tiempo que intensifica la cooperación económica y tecnológica.

El Protocolo de Kioto enumera en su Anexo A las fuentes de emisión que pueden ser objeto de actividades de reducción de emisión de GEI, las cuales pueden ser en el sector de energía, procesos industriales, agricultura, residuos, pero el Protocolo no contempla los proyectos de sumideros o forestales dentro del MDL, que se incluyeron en el sistema de lucha contra el cambio climático a partir de las negociaciones de la COP 7 (Marrakech, 2001).

En este contexto de avance y cambio, la introducción de nuevas resoluciones, decisiones y recomendaciones originadas en los órganos de aplicación de los mecanismos de Kioto significan un desarrollo y interpretación del contenido del Protocolo, proceso que se está llevando a cabo en la actualidad, por lo que aún los distintos documentos no han sido incorporados al texto original del Protocolo de forma unificada.

Esta situación, de franca dispersión, demanda una revisión y un análisis documental de cada una de esas decisiones, operación que permitirá tener un texto unificado y actualizado que será en el que se basará el presente Estudio.

Según el artículo 12 del Protocolo, tres son las categorías de órganos o entidades fundamentales vinculadas al control del sistema, a los que se suman otros dos órganos auxiliares para la ejecución de las funciones encargadas en el Protocolo, que son los siguientes: a) La Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo (en adelante CP/RP): Cuyas funciones son de "autoridad y dirección" (art. 12.4); b) La Junta Ejecutiva del MDL (en adelante la "Junta"): con funciones de supervisión (art. 12. 4); c) Las Entidades Operacionales Designadas (en adelante EOD): que son acreditadas por la Junta Ejecutiva y designadas por la CP/RP y encargadas de verificar las reducciones de emisiones resultantes de cada actividad de proyecto (art. 12.5); d) La Secretaría: que tiene

encomendada la función de auxiliar a los demás órganos (art. 14.1); e) Órganos Subsidiarios de Ejecución (art. 15.1).

Para el funcionamiento del mecanismo se establecen reglas relativas a la "base de referencia" a partir de la cual se medirán de acuerdo con el artículo 12 del protocolo, los siguientes requisitos: a) la "adicionalidad" es decir, las reducciones de las emisiones que sean adicionales a las que se producirían en ausencia de los proyectos; b) beneficios reales, mensurables y a largo plazo en relación con la mitigación del cambio climático; c) el crecimiento económico sostenible en el país receptor del MDL.

Todos los requisitos mencionados son importantes para la credibilidad del sistema, pero un aspecto particularmente especial y que definitivamente diferencia el MDL de los demás mecanismos de flexibilidad es la promoción del crecimiento económico sostenible en el país de acogida.

Este requisito es valorado y confirmado por la Parte de acogida de los proyectos MDL, así que se mantiene la soberanía del país huésped, que será el que evalúe los riesgos de acoger las inversiones y sus preferencias al respecto..

En el caso de Brasil los participantes del proyecto deberán describir se y cómo la actividad de proyecto contribuirá para el desarrollo sostenible en el que dice respecto a los siguientes aspectos: a) Contribución para la sosteniblidad ambiental local;[19] b) Contribución para el desarrollo de las condiciones de trabajo y la generación de empleos; c) Contribución para la distribución de renta; d) Contribución para la capacitación y desarrollo tecnológico; e) Contribución para la integración regional y la articulación con otros sectores.

Una vez que se acredite, conforme a las reglas acordadas y por parte de ciertas "entidades operacionales" las reducciones de los gases de efecto invernadero obtenidas de cada uno de los proyectos realizados bajo el MDL este resultado será cuantificado en unas unidades que reciben el nombre de Reducciones Certificadas de Emisiones (RCEs, RCETs y RCEls) y serán expresadas en toneladas de dióxido de carbono equivalente calculadas usando los potenciales de calentamiento atmosférico.[20]

---

19 La concepción filosófica de la Comisión acerca del desarrollo sostenible, vertida en la EDS, no deja lugar a dudas. En este momento, indudablemente, a juicio de las instituciones comunitarias, el desarrollo sostenible ofrecía más oportunidades que problemas (los costes de la sostenibilidad se habían reducido significativamente; la protección del medio ambiente podía ser *rentable*) y, además, se había producido ya plenamente la integración en el mismo concepto de la dimensión social, económica y ambiental. El siguiente párrafo del documento citado avala lo afirmado: ¨El desarrollo sostenible ofrece a la Unión Europea una visión positiva a largo plazo de una sociedad más próspera y justa y que promete un medio ambiente más limpio, seguro y sano; una sociedad que permite una mayor calidad de vida, para nosotros, para nuestros hijos y para nuestros nietos. Para conseguirlo en la práctica es necesario que el crecimiento económico apoye el progreso social y respete el medido ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable. YABAR STERLING, A.: *El desarrollo sostenible, principio y objetivo común de la sociedad y el mercado, en la UE de nuestros días*, Revista Foro, Nueva época, num. 0.

20 Se exige, para poder participar en estos mecanismos, el cumplimiento de ciertos requisitos por parte de los países que intervienen en el mismo. Por un lado, al país perteneciente al Anexo I, se le requiere que haya ratificado el Protocolo de Kioto, que haya determinado de forma clara la cantidad que va a atribuir a otro país, estar en posesión de un sistema nacional para estimar las emisiones y haber establecido un Registro nacional. También debe haber presentado un inventario anual al mismo tiempo que haber presentado información adicional sobre la cantidad atribuida. Y por último se le exige haber designado una autoridad

Los correspondientes certificados podrán ser utilizados por España (y por los países del Anexo I) para justificar el cumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 3 del Protocolo, o colocados a disposición del mercado para su transmisión.

Consecuentemente, los países inversores del Anexo I de la Convención (como es el caso España), pueden obtener beneficios compartidos recuperando la inversión producida con el recibimiento de créditos de carbono (RCEs), lo que resalta el bajo coste de los proyectos adoptados en el ámbito del mecanismo.

En esta misma línea de raciocinio, para la Comisión encargada de la elaboración de la "Guía española para la utilización de los mecanismos basados en proyectos del Protocolo de Kioto", el MDL cumple con triple objetivos: ¨por un lado se permite al país inversor hacer uso de los RCEs para alcanzar sus propios compromisos de reducción y limitación de emisiones, por otro lado el país en desarrollo recibe inversiones en proyectos basados en tecnologías limpias y, en tercer lugar, se contribuye a alcanzar el objetivo último de la Convención.[21]

Así que el fin que se persigue con este mecanismo no es sólo la compra y venta de unos derechos –lo que a veces se ha considerado peyorativamente porque de este modo podría llegarse a una mercantilización de la atmósfera o convertirse en una vía libre para contaminar dejando sin protección a la atmósfera-, sino la contribución en último término al logro del desarrollo sostenible en los países en desarrollo y a las transferencias de tecnología.

Muchas otras ventajas declaradas del MDL se pueden citar, como por ejemplo: el hecho de que el mecanismo prevé su autofinanciación además de financiar los países menos adelantados, una vez que el 2% de las RCEs se transfieran a las cuentas del registro MDL, con el fin de cubrir los costes administrativos y costes de adaptación de los países en desarrollo particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, tal como previsto en el artículo 12.8 del Protocolo de Kioto.

---

nacional. Por otro lado, al país no perteneciente al anexo I, también se le exige haber ratificado el Protocolo de Kioto y la designación de una autoridad nacional.

Una vez asegurado el cumplimiento de estos requisitos, ya se puede iniciar este mecanismo en el que se puede establecer dos fases: La primera, en la que se procede al diseño del proyecto a realizar y la segunda, que es propiamente la de realización de dicho proyecto. En la primera, se elabora, primeramente, el "Documento de Diseño del Proyecto", en el que se debe especificar una serie de datos, como la descripción general del proyecto, la metodología a seguir, el método para reducir las emisiones o cómo se puede absorber el carbono existente, la duración del proyecto y el periodo de acreditación, el análisis de las repercusiones ambientales, las fuentes de financiación pública, las observaciones de los interesados, el plan y la metodología de vigilancia y su justificación.

En segundo lugar, se procede a la validación del proyecto por la entidad operacional, en la que se persigue someter a evaluación del proyecto para comprobar si se cumplen todos los requisitos del Mecanismo para un Desarrollo Limpio. Y en tercer lugar se procede al registro del proyecto por la Junta Ejecutiva donde ya se produce la aceptación oficial del proyecto.

La segunda fase consiste, como hemos mencionado, en la ejecución del proyecto, en la que en primer lugar, se ejecuta el plan de vigilancia por el promotor del proyecto. En segundo lugar, se procede a la verificación y certificación de las emisiones por la entidad operacional designada. Y en tercer y último lugar, se produce la emisión por el administrador del registro de las unidades de reducción resultantes tras la realización del proyecto incurso en el Mecanismo para un Desarrollo Limpio.

21 Véase *in* www.marm.es.

Es por esto que se afirma que de entre los tres mecanismos de flexibilidad el mecanismo de desarrollo limpio es el que más se aproxima de los objetivos y principios contemplados en la Convención Marco del Cambio Climático (CMNUCC).

Cumple señalar que los principios definidos en la CMNUCC y que tienen una presencia muy destacada en la gestión, diseño y desarrollo del Mecanismo de Desarrollo Limpio son los siguientes: el principio de precaución; el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; y el principio de desarrollo sostenible, ya mencionados con anterioridad.

5. Los proyectos forestales MDL y su contribución para la mitigación del cambio climático

5.1. Marco legal del MDL forestal

El Protocolo de Kioto no contempla los proyectos de sumideros dentro de sus disposiciones sobre el MDL, que se incluyeron en el sistema de lucha contra el cambio climático durante las negociaciones de la CP. 7 (Marrakech, 2001), y CP. 9 (Milan, 2003), pero sin duda que el Protocolo ya señalizaba para el reconocimiento de esta modalidad de proyecto como medio eficaz para ayudar a frenar o limitar el calentamiento global del planeta al referirse al cambio climático como un problema de índole mundial y frente al cual se puede considerar dentro de las soluciones a adoptar, el aprovechamiento de los bosques como sumideros de los gases de efecto invernadero.

De hecho, el aprovechamiento de los bosques como sumideros y depósitos de los gases de efecto invernadero esta previsto en el propio Protocolo de Kioto al tratar de los compromisos cuantificados de limitación o reducción de emisiones de Partes Anexo I, como sendo una de las soluciones para frenar el cambio climático mundial, que son las actividades prevista en el articulo 3.4,[22] que se refieren al manejo de tierras forestales, lo

22 Artículo 3.4 del Protocolo de Kioto: "Antes del primer período de sesiones de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo, cada una de las Partes incluidas en el anexo I presentará al Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico, para su examen, datos que permitan establecer el nivel del carbono almacenado correspondiente a 1990 y hacer una estimación de las variaciones de ese nivel en los años siguientes. En su primer período de sesiones o lo antes posible después de éste, la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo determinará las modalidades, normas y directrices sobre la forma de sumar o restar a las cantidades atribuidas a las Partes del anexo I actividades humanas adicionales relacionadas con las variaciones de las emisiones por las fuentes y la absorción por los sumideros de gases de efecto invernadero en las categorías de suelos agrícolas y de cambio del uso de la tierra y silvicultura y sobre las actividades que se hayan de sumar o restar, teniendo en cuenta las incertidumbres, la transparencia de la presentación de informes, la verificabilidad, la labor metodológica del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, el asesoramiento prestado por el Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico de conformidad con el artículo 5 y las decisiones de la Conferencia de las Partes. Tal decisión se aplicará en los períodos de compromiso segundo y siguientes. Una Parte podrá optar por aplicar tal decisión sobre estas actividades humanas adicionales para su primer período de compromiso, siempre que estas actividades se hayan realizado desde 1990".

que es distinto de las actividades previstas no artículo 3.3,[23] ambas orientadas para facilitar los países del Anexo I alcanzar sus metas de reducciones mediante adopción de medidas domésticas o nacionales.

Para los países **no** Anexo I, la posibilidad de utilización de los proyectos MDL forestal empezó a ser desarrollada en la Séptima Conferencia de las Pares (COP-7) en noviembre de 2001, ya que en esa Conferencia se llegó al acuerdo de reconocimiento de las cuatro funciones de los bosques en el cambio climático. Dichas funciones se pueden resumir en las siguientes notas. En primer lugar, el bosque como fuente de dióxido de carbono cuando se destruyen o se degradan. En segundo lugar, el bosque como indicador de un cambio climático. En tercer lugar, el bosque como fuente de biocombustibles para sustituir a los combustibles fósiles y, en cuarto lugar, el bosque como sumidero de carbono cuando se explota de manera sostenible.

Para el primer período de cumplimiento del Protocolo de Kioto (2008-2012), las únicas actividades forestales elegibles bajo el MDL, limitadas al montante de 1% sobre el año base (5% en el período 2008-2012), son forestación y reforestación, consonante han aprobado en la COP 7 (Marrakech, 2001), siendo cierto que en la COP 9(Milan, 2003) se establecieron procedimientos y modalidades de lo aprobado en la referida COP 7.

Cualquiera de las dos categorías, es decir: forestación o reforestación se refiere a la conversión de suelo a bosque de terrenos que no estaban cubiertos por bosques antes del (forestación), o al 31 de diciembre de 1989 (reforestación). Los proyectos deben demostrar que el suelo, dentro de los límites del proyecto, no estaba cubierto de bosques en 1990, y que, a la vez, no se encuentra cubierto al inicio del proyecto.[24]

Por lo tanto, se pueden llevar a cabo proyectos forestales dentro del MDL privilegiando la función de sumidero por parte de los bosques.[25]

El concepto de bosque depende de cada país, consecuentemente, la demostración del cumplimiento de las definiciones de forestación y deforestación, depende de la definición

23 Artículo 3.3 del Protocolo de Kioto: "Las variaciones netas de las emisiones por las fuentes y la absorción por los sumideros de gases de efecto invernadero que se deban a la actividad humana directamente relacionada con el cambio del uso de la tierra y la silvicultura, limitada a la forestación, reforestación y deforestación desde 1990, calculadas como variaciones verificables del carbono almacenado en cada período de compromiso, serán utilizadas a los efectos de cumplir los compromisos de cada Parte incluida en el anexo I dimanantes del presente artículo. Se informará de las emisiones por las fuentes y la absorción por los sumideros de gases de efecto invernadero que guarden relación con esas actividades de una manera transparente y verificable y se las examinará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 y 8".

24 En el ámbito de la Decisión 11/CP.7(FCCC/CP/2001/13/Add.1): "Forestación": conversión, por actividad humana directa, de tierras que carecieron de bosque durante un período mínimo de 50 años en tierras forestales mediante plantación, siembra o fomento antropógeno de semilleros naturales; y "Reforestación": conversión por actividad humana directa de tierras no boscosas en tierras forestales mediante plantación, siembra o fomento antropógeno de semilleros naturales en terrenos donde antiguamente hubo bosques, pero que están actualmente deforestados. En el primer período de compromiso, las actividades de reforestación se limitarán a la reforestación de terrenos carentes de bosques al 31 de diciembre de 1989;

25 Otro tema que no va a desarrollarse en este trabajo es el relativo a las prácticas forestales del artículo 3.4 del PK que pueden desarrollar los países del Anexo I – ya dentro de su propio territorio, ya en otro país Anexo I-, y que pueden genera Unidades de Absorción (positivas o negativas) que complementen o disminuyan su respectiva Cantidad Asignada.

nacional del país anfitrión para bosques bajo el MDL. La definición nacional de bosque para el MDL, es establecida por el país anfitrión y repostada a la Junta Ejecutiva del MDL (JE). Los países pueden elegir valores umbrales[26] para definir bosque a partir de los siguientes intervalos:

a) Cobertura mínima de copa: 10-30%
b) Altura mínima de la vegetación a madurez: 2-5 m
c) Área mínima: 0,05-1 hect.

En algunos países, la prueba del estado de la vegetación desde 1990 no es algo sencillo, debido a la disponibilidad limitada de datos históricos sobre la cobertura del suelo. Por esta razón, la Junta Ejecutiva aclaró que la prueba de la falta de bosque de 1990 podría depender de:

a) fotografías aéreas o imágenes de satélite; o
b) datos de uso e cobertura del suelo de mapas existentes; o
c) inventarios de campo (permisos, planes de manejo, catastros u otros)
d) si estas opciones no están disponibles/aplicables, es posible realizar un mapeo mediante una valoración rural participativa.

5.2. Características de los créditos de carbono de los proyectos forestales

A diferencia de los RCEs generados por proyectos de energía y otros proyectos de reducción de emisiones, los RCEs de los proyectos forestales o uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura (LULUCF, en adelante) son de validez limitada, debido a la naturaleza no permanente de la vegetación como sumidero.

La regulación del MDL[27] define los créditos de proyectos forestales como créditos de corto plazo (tRCEs- "Reducciones Certificadas de Emisiones temporales") y créditos de largo plazo (lRCEs- "Reducciones Certificadas de Emisiones de largo plazo") con diferentes lapsos de validez. Tanto los tRCEs como los lRCEs son de naturaleza temporal e deben ser sustituidos al vencimiento. Esto es porque la no-permanencia es un problema más grande en las actividades de LULUCF que en los otros sectores no se produce porque la

26 De acuerdo con la decisión 17/CP.7, la definición de bosques que sirve de parámetro para da definición nacional es: "superficie mínima de tierras de entre 0,05 y 1,0 hectáreas (ha) con una cubierta de copas (o una densidad de población equivalente) que excede del 10 al 30% y con árboles que pueden alcanzar una altura mínima de entre 2 y 5 metros (m) a su madurez in situ. Un bosque puede consistir en formaciones forestales densas, donde los árboles de diversas alturas y el sotobosque cubren una proporción considerable del terreno, o bien en una masa boscosa clara. Se consideran bosques también las masas forestales naturales y todas las plantaciones jóvenes que aún no han alcanzado una densidad de copas de entre el 10 y el 30% o una altura de los árboles de entre 2 y 5 m, así como las superficies que normalmente forman parte de la zona boscosa pero carecen temporalmente de población forestal a consecuencia de la intervención humana, por ejemplo de la explotación, o de causas naturales, pero que se espera vuelvan a convertirse en bosque".

27 Decisión 19, CP9.

reducción de emisiones es permanente, dado que una emisión evitada no alcanzará nunca la atmósfera (IPCC 2000).

En contraste, los proyectos forestales mitigan el cambio climático en la medida en que el carbono quede almacenado en la vegetación y el suelo. Los sumideros forestales son potencialmente reversibles cuando se presentan sucesos tales como incendios o cuando suelos forestales se convierten nuevamente en suelos de pastoreo, liberando de nuevo el carbono a la atmósfera y revirtiendo el beneficio climático inicialmente obtenido.[28]

Por esta razón, el reglamento del MDL establece que los proyectos forestales tendrán que verificarse periódicamente durante el periodo de acreditación para comprobar que el carbono continúa almacenado (cada cinco años), una vez realizada la verificación inicial que se realizará en el momento determinado para ello por los redactores del proyecto.

En algunos casos, los créditos emitidos inicialmente podrían tener que ser sustituidos aún antes del término de su validez, cuando se presenten incidentes como los antes señalados. La opción entre tRCEs e lRCEs depende del diseñador del proyecto, y es importante considerar las consecuencias de la selección.[29]

Los créditos de corto plazo (tRCEs)[30] son válidos por un periodo de cumplimiento de cinco años, lo que significa que los créditos expedidos sobre el carbono existente son reemitidos después de cada evento de verificación. Si entre dos eventos de verificación disminuye el carbono almacenado o parte del mismo, simplemente se obtendrán menos créditos que los obtenidos como resultado de la verificación del periodo anterior.

Los tRCEs, son títulos con fecha de caducidad no pueden ahorrarse y deben ser utilizados en el período de compromiso en el cual fueron expedidos. Antes del vencimiento, un tRCE debe ser sustituido por un AAU, un RCE permanente, un ERU, un RMU o por otro tRCE. En ningún caso un tRCE puede ser sustituido por un lRCE. Si la biomasa es mantenida hasta el final del período de acreditación, se tendrá una fuente de tRCEs de reemplazo sobre la totalidad de la vida útil del proyecto.

Po otro lado, los créditos de un proyecto que genera lRCEs tienen validez hasta el final del período de acreditación del proyecto. Por ejemplo, con un período de acreditación de 30 años, los lRCEs expedidos tras la primera verificación, en el año 5, tienen una

28 Schlamadinger et al. 2005; Locatelli y Pedroni 2004.

29 Según la decisión 19/CP.9 (FCCC/CP/2003/6/Add.2), "la "RCE temporal" o "RCEt" es una RCE expedida para una actividad de proyecto de forestación o reforestación del MDL que, con sujeción a lo dispuesto en la sección K infra, caduca al término del período de compromiso siguiente a aquel en el que se expidió", y "la "RCE a largo plazo" o "RCEl" es una RCE expedida para una actividad de proyecto de forestación o reforestación del MDL que, con sujeción a lo dispuesto en la sección K infra, expira al término del período de acreditación del proyecto de forestación o reforestación del MDL para el cual se expidió".

30 En los términos da la Decisión 19/CP. 9 (FCCC/CP/2003/6/Add.2): Toda RCEt caducará al final del período de compromiso posterior al período de compromiso para el que se expidió. La fecha de vencimiento se incluirá como elemento adicional de su número de serie. Una RCEt caducada no podrá transferirse; cada registro nacional comprenderá una cuenta de sustitución de RCEt para cada período de compromiso con el fin de cancelar las UCA, RCE, URE, UDA y/o RCEt a efectos de reemplazar las RCEt antes de su vencimiento; una RCEt que haya sido transferida a la cuenta de retirada o la cuenta de sustitución de las RCEt de una Parte incluida en el anexo I deberá ser reemplazada antes de su fecha de vencimiento. Con este fin, para cada RCEt, la Parte interesada transferirá una UCA, RCE, URE, UDA o RCEt a la cuenta de sustitución de las RCEt del período de compromiso en curso.

validez de 25 años, los lRCEs expedidos tras la verificación en el año 10 tienen validez durante 20 años, y los expedidos luego de la tercera verificación tienen una validez de 15 años, etc. Al vencimiento, un lRCE debe ser sustituido por un AAU, un RCE permanente, un ERU, o un RMU. Nos es posible sustituir un l RCE por un tRCE u otro lRCE. Otra característica importante de los lRCEs es que implican responsabilidad para el vendedor.[31]

31 Según la decisión 19/CP.9 (FCCC/CP/2003/6/Add.2), Disposiciones que rigen las RCEl: Las RCEl no pueden arrastrarse a un período de compromiso posterior; toda RCEl caducará al finalizar el período de acreditación o, cuando se elija un período de acreditación renovable de conformidad con el párrafo 23 a), al final del último período de acreditación de la actividad de proyecto. La fecha de vencimiento se incluirá como elemento adicional de su número de serie. Una RCEl caducada no podrá transferirse. Además, cada registro nacional comprenderá una cuenta de sustitución de RCEl para cada período de compromiso con el fin de cancelar las UCA, RCE, RCEl, URE y/o UDA de conformidad con los párrafos 48 a 50 infra a los efectos de: a) Reemplazar las RCEl antes de su fecha de vencimiento; b)reemplazar las RCEl en el caso de que el informe de certificación de la EOD indique una inversión de las absorciones antropógenas netas de los gases de efecto invernadero por los sumideros desde la anterior certificación; c)reemplazar las RCEl en el caso de que el informe de certificación no se haya facilitado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 33. Por lo consiguiente, una RCEl que haya sido transferida a una cuenta de retirada de una Parte incluida en el anexo I deberá ser reemplazada antes de su fecha de vencimiento. Con este fin, para cada RCEl, la Parte interesada transferirá una UCA, RCE, URE o UDA a la cuenta de sustitución de las RCEl para el período de compromiso en curso.En el caso de que el informe de certificación de la EOD indique una inversión de las absorciones antropógenas netas de gases de efecto invernadero por los sumideros desde la certificación anterior, se deberá reemplazar una cantidad equivalente de RCEl. Con este fin, la Junta Ejecutiva deberá: a) Pedir al administrador del diario de las transacciones que determine la cantidad de RCEl expedidas para la actividad de proyecto anotadas en cada registro que no se hayan reemplazado o transferido todavía a la cuenta de sustitución de RCEl, y establezca una distinción entre aquellas que figuran en las cuentas de retirada para los períodos de compromiso en curso y anteriores y en las cuentas de haberes, b) notificar inmediatamente al diario de las transacciones que, de conformidad con esas modalidades, las RCEl mencionadas en el párrafo 49; c) como anotadas en cuentas de haberes no podrán ser objeto de transferencia a una cuenta de haberes o de retirada. Cuando una Parte haya completado la sustitución de las RCEl exigidas de conformidad con el párrafo 49 d), las RCEl en las cuentas de haberes de esa Parte podrán ser de nuevo objeto de transferencia; e) calcular la proporción de RCEl de la actividad de proyecto que debe reemplazarse dividiendo la cantidad especificada en la solicitud de sustitución por la cantidad establecida en el párrafo 49 a); f) notificar a cada Parte interesada el requisito de reemplazar una cantidad de RCEl equivalente a la proporción, según los cálculos fijados en el párrafo 49 g), de las RCEl establecidas en el párrafo 49 a) de esa Parte. Para reemplazar una RCEl, una Parte deberá transferir una UCA, RCE, URE, UDA o RCEl de la misma actividad de proyecto a la cuenta de sustitución de RCEl para el período de compromiso en curso en el plazo de 30 días. Si el requisito de reemplazar comporta una fracción de una unidad, esa fracción de una unidad deberá reemplazarse por una UCA, RCE, URE, UDA o RCEl de la misma actividad de proyecto. En el caso de que el informe de certificación no se haya facilitado de conformidad con el párrafo 33, las RCEl expedidas para la actividad de proyecto deberán reemplazarse. Para ello, la Junta Ejecutiva deberá: a) Pedir al administrador del diario de las transacciones que determine la cantidad de RCEl expedidas para la actividad de proyecto anotadas en cada registro que no se hayan reemplazado o transferido todavía a la cuenta de sustitución de RCEl, y establezca una distinción entre aquellas que figuran en las cuentas de retirada para los períodos de compromiso en curso y anteriores y en las cuentas de haberes; b) notificar inmediatamente al diario de las transacciones que, de conformidad con esas modalidades, las RCEl mencionadas en el párrafo 50 a) como anotadas en cuentas de haberes no podrán ser objeto de transferencia a una cuenta de haberes o de retirada; c) notificar a las Partes interesadas el requisito de reemplazar las RCEl establecidas en el párrafo 50 a). Para reemplazar una RCEl, una Parte deberá transferir una UCA, RCE, URE, UDA o RCEl de la misma actividad de proyecto a la cuenta de sustitución de las RCEl para el período de compromiso en curso en el plazo de 30 días. "La "RCE temporal" o "RCEt" es una RCE expedida para una actividad de proyecto de forestación o reforestación del MDL que, con sujeción a lo dispuesto en la sección K infra,

5.3. Los bosques como sumideros de carbono

5.3.1. Influencia de los bosques en el clima

La importancia ecológica de los bosques, según Miren Sarasíbar Iriarte,[32] se manifiesta además de la influencia de los suelos, en el ciclo hidrológico y en la diversidad biológica, en la influencia que ejercen los bosques en el clima. Esta función ambiental es la más directamente relacionada con el cambio climático y se le debe conceder la importancia debida puesto que es una de las medidas eficaces existentes para frenar el calentamiento global.

La influencia de los bosques se manifiesta, en primer lugar, en que el bosque actúa como fuente de dióxido de carbono cuando se destruyen o se degradan. Con la destrucción de los bosques, se produce una emisión de gases de efecto invernadero importante, ya que se emite a la atmósfera el dióxido de carbono que cada uno de las árboles y el suelo forestal habían almacenado a lo largo de su ciclo vital. Por ello, el bosque es ambivalente ya que puede ser fuente de emisión de gases y por el contrario, sumidero de esos gases mediante la función de absorción.[33]

Es cierto que la función de sumidero por parte de los bosques es muy trascendental y puede solucionar en parte el problema del cambio climático, ya que los árboles ayudan en la reducción de los gases de efecto invernadero, pero no puede ser la única medida en este ámbito. Se trata de integrar esta función de sumidero por parte de los bosques en el resto de las políticas y medidas cuya finalidad es la de aminorar o disminuir los efectos del cambio climático.

En segundo lugar, el bosque actúa como indicador de un cambio climático, ya que todas las variaciones bruscas en el clima repercuten en el bosque, con lo cual la situación y características de un bosque determinado supone un baremo significativo ya que el clima y el bosque son dos elementos que se interrelacionan e influyen mutuamente.[34]

---

caduca al término del período de compromiso siguiente a aquel en el que se expidió", y "la "RCE a largo plazo" o "RCEl" es una RCE expedida para una actividad de proyecto de forestación o reforestación del MDL que, con sujeción a lo dispuesto en la sección K infra, expira al término del período de acreditación del proyecto de forestación o reforestación del MDL para el cual se expidió".

32 SARASÍBAR IRIARTE, M.: El Derecho Forestal ante el Cambio Climático: Las funciones ambientales de los Bosques, ed. Aranzadi, Navarra, 2007.

33 Se entiende por sumidero cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe un gas de efecto invernadero, u aerosol o un precursor de un gas de efecto invernadero de la atmósfera (art. 1.8 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático). También se define como todo proceso o mecanismo que hace desaparecer de la atmósfera un gas de efecto invernadero, un aerosol o un precursor. Un reservorio dado puede ser un sumidero de carbono atmosférico si, durante un intervalo de tiempo, es mayor la cantidad de carbono que afluye a él que la que sale de él (Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Informe especial del* IPCC- *Uso de la Tierra, Cambio de uso de la Tierra y silvicultura,* p. 22).

34 La adaptación de los bosques al clima de la Tierra y a sus cambios naturales, es decir, sin intervención humana, es un aspecto importante y que no ha planteado muchos problemas porque el propio ciclo de la naturaleza ha buscado el modo de adaptarse o aclimatarse a esas nuevas circunstancias. El problema surgió cuando esos cambios no se han producido de forma natural, sino que han sido actividades humanas las que han propiciado un cambio brusco y repentino del clima, ante el cual, la naturaleza no se encuentra capacitada por sí misma para acomodarse a esos cambios (Maclver,D.C., Cambio Climático y ordenación forestal sostenible, S*istemas de ordenación forestal sostenible*, ed. FAO, Roma, 1995, p. 132).

Por ello, el factor del clima debe ser una variable a tener en cuenta en la ordenación forestal sostenible porque los árboles son muy susceptibles a las oscilaciones climáticas y si se superan ciertos límites, el resultado puede ser una grave afección al sistema forestal.

Según Salleh[35] el único efecto irreversible es la extinción de las especies, por lo que se deben crear políticas y medidas que equilibren los usos y actividades con la protección y conservación de los recursos naturales para evitar esos resultados desastrosos.

En tercer lugar, el bosque actúa como fuente de biocombustibles para sustituir a los combustibles fósiles, lo cual enlaza con la valorización energética de los residuos forestales y de la biomasa y, en cuarto lugar, el bosque como sumidero de carbono cuando se explota de forma sostenible, realizando la función de absorción y frenando el cambio climático.

Los ecosistemas terrestres inciden de forma significativa en el ciclo mundial del carbono, hasta el punto de que 125.000 millones de toneladas de carbono se intercambian anualmente entre la vegetación, los suelos y la atmósfera y el carbono existente en la tierra.

Y en concreto, en los bosques se produce el 80% de dicho intercambio. Por ello, los bosques son sumideros de carbono porque extraen de la atmósfera los gases existentes y los almacenan evitando que estos circulen por la atmósfera.[36]

---

35 SALLEH, M.N. y NG, F.S.P., Investigación para lograr una ordenación forestal sostenible, *Sistemas de realización de la ordenación forestal sostenible*, Ed. FAO, Roma, 1995, p. 202, citado por SARASÍBAR IRIARTE, M.: El derecho forestal ante El cambio climático:..., ob. cit., p. 123.

36 El bosque es considerado como sumidero de carbono porque en El se almacena El dióxido de carbono existente en La atmósfera, mediante la acción de captación por las formaciones vegetales. El bosque se convierte en un stock de dióxido de carbono asumido por su biomasa, siempre que se lleve a cabo una gestión racional del bosque mediante la ordenación forestal (ARAUJO, J., "El Tiempo de los bosques", *Ambienta*, núm. 46, 2005, p. 5; Noss, R. F., "Beyond Kyoto: forest management in a time a rapad climate change", *Consevation Biology*, Vol. 15, núm. 3, June 2001, pp. 578-590). Pero, dicho almacén puede incidir negativamente con la producción de un incendio en el que se produce la liberalización de tal gas perjudicando y propiciando la contaminación atmosférica. En cuanto a la fijación que el bosque desempeña se cifra en que lo hace 70 veces más que un cultivo agrícola y 20 veces más que un pastizal (De Abreu y Pidal, J. Mª, *Propiedad, titularidad y funcionalidad de los terrenos forestales*, cit. Y Terradas, J., "Bosques, silvicultura y desafíos ambientales, *Ecosistemas*, núms. 20-21, 1997, pp. 8-13). Asimismo, para ver las consecuencias del cambio climático en los ecosistemas terrestres y los cambios de uso de la tierra, véase, por orden alfabético, BROWN, S. and J., "Management of forests for mitigationsof greenhouse gas emissions", *Climate Change,* 1995: *impacts, adaptations and mitigations* ed. University Press, Cambridge, 1996, pp. 773-797; CRAWLEY, M. J., "The responses of territorial ecosystems to global climate change", MACDONALD, G. J. and SERTORIO, L., *Global climate and ecosystem change*, Ed. Plenun Press, New York, 1990, pp. 141-164; DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, F., "Consideración sobre los mecanismos de absorción y depósito en las convenciones y protocolos sobre el cambio climático, *Revista Mensual de Gestión Ambiental, global climate change: selected case Studies from the Amercias*, Ed. Edgard Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (Mass), 2000; FEARNSIDE, P.M., "Global warming and tropical land-use change: greenhouse gas emissions from biomasa burning, decomposition and soils in forest conversion, shifting cultivation and secondary vegetation", *Climate change,* vol. 46, núms. 1-2, 2000, pp. 115-158; GAROTE GONZÁLEZ, I., "La respuesta internacional al cambio climático", en el vol. Col. GARROTE GONZÁLEZ, I., RUIZ DE ELVIRA SIERRA, A. y CONDE LONDOÑO, J., *Papeles para la sostenibilidad – el cambio climáticoI, Ed. Fundación FIDA, Madrid*, 2003, pp. 16-17; GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, *Principales conclusiones del Tercer Informe de evaluación – Cambio Climático: ciencia, impactos, adaptación y mitigación,* Ed. Ministerio de Medio Ambiente, 2001, pp. 31-35; JACK, M. E., CEULEMANS, R. y MURRAY, M.B., "Impacts of greenhouse gases on the phenology of forest trees", *Impact of*

Ante la consciencia de los grandes beneficios que aportan los bosques, se debe proceder a una protección efectiva que conlleve, asimismo, una gestión forestal responsable, lo cual supone menor riesgo de que las superficies forestales queden dañadas y, en caso de que se produzcan tales daños, se proceda a la restauración de ecosistemas forestales degradados.

Hace unos 10.000 años, la mitad de la superficie del planeta estaba cubierta por bosques, pero desde un tiempo a esta parte, debido a la acción humana y el crecimiento económico de algunos países está desapareciendo una gran cantidad de superficie forestal.

También contribuyen a la reducción de la superficie forestal las prácticas no recomendables de sustitución de valiosos bosques autóctonos por especies de crecimiento rápido, aumento de incendios forestales muchos de ellos provocados voluntariamente, desaparición de los usos tradicionales, especulación urbanística, prácticas silvícolas abusivas, etcétera. Y toda esta acción desenfrenada, e intensificada por las actividades humanas causa, consecuentemente, la intensificación de los efectos adversos del cambio climático.[37]

Hay que incidir sobre el hecho de que los árboles absorben dióxido de carbono cuando se desarrollan y más, específicamente, es los primeros años de crecimiento y la absorción disminuye cuando el árbol llega a su madurez, siendo su principal función la de almacenar carbono.

El problema no se encuentra ahí donde, por lo menos, el bosque realiza un efecto positivo, que es el de almacenar el carbono, sino cuando los árboles mueren o son cortadas para destinarlos a otra finalidad. Es en ese momento cuando una parte de ese carbono almacenado en los árboles como tejido leñoso es liberado a la atmósfera.

En consecuencia, no sólo merece ser destacada la función de absorción de los gases de efecto invernadero por parte de los bosques, sino que también es igualmente importante la función de retención de dicho carbono tanto en la biomasa viva, como puede ser las ramas, el follaje y las raíces, por ejemplo, y en la biomasa muerta, como la hojarasca, los restos de madera, la materia orgánica del suelo y los productos forestales.[38]

---

carbon dioxide and other greenhouse gases, Wallingford, 2001, pp. 193-235; KELLOMAKI, S. and LEINONEN, S., *Management of European forests under changing climatic conditions (Final Report of the Project "Silvicultural Response Strategies to climate change in Mangement of European Forests")*, Ed. University of Joensuu, Faculty of Foresty, Finland, 2005; Montoya, R., "Efectos de la contaminación atmosférica sobre los bosques europeos", *Ecosistemas*, núm. 4, 1993, pp. 36-40; SEDJO, R.A., "Climate, forests, and FIRE: a north American perspective", *Environmental International,* vol. 17, nums. 2-3, 1991, pp. 163-168, todos citados por SARASIBAR IRIARTE, M.: El derecho forestal ante El cambio climático:..., ob. cit., p. 155.

37 La atmósfera retiene parte del calor que existe durante el día, evita un enfriamiento excesivo de la superficie terrestre durante la noche y absorbe también gran parte de la radiación ultravioleta que procede del sol mediante la acción del ozono estratosférico. Éste es un efecto invernadero natural y que es necesario. Pero cuando este proceso natural se altera por la presencia de determinados tipos de gases, denominados gases de efecto invernadero, se produce un calentamiento excesivo dando lugar al cambio climático. Con relación a esta idea se encuentra, asimismo, el papel protector de los árboles, ya que aunque las plantas y los animales no pueden vivir sin calor y sin agua, el exceso y la carencia de uno o ambos elementos supondría la imposibilidad de que aquéllos vivieran. Esa función de regulación, es decir, para evitar tanto los excesos como los defectos, la llevan a cabo los árboles y, por lo tanto, es evidente su importancia. "Los bosques son los acondicionantes de aire en el mundo y el abrigo de la tierra: sin ellos el mundo sería un lugar triste e inhóspito" (JOHNSON, H., *El bosque-fauna, flora y recursos económicos del bosque mundial* , Ed. Blume, Barcelona, 1987, p. 18).

38 BROWN, S., "Measuring carbon in forests: current status and future challenges", *Environmental Pollution*, núm. 116, 2002, pp. 363-372.

Un ejemplo clásico que sirve de prueba para demostrar dicha influencia,[39] es que cuando se han producido procesos de deforestación graves, es decir, cuando zonas que eran superficies forestales han dejado de serlo, ello ha supuesto la contribución hacia un cambio climático más acuciado acrecentándose el efecto invernadero[40] y modificando, entre otros aspectos, tanto las temperaturas como los regímenes de lluvia.

En la evaluación de los recursos forestales mundiales realizada por la FAO, se cifraba en 56 el número de países con cubierta vegetal reducida, lo cual quiere decir que en estos países menos de 10% de su superficie es considerada bosque. La deforestación completa de la Floresta Amazónica supondría el aumento de la temperatura en dos grados y reduciría las precipitaciones en un 20%.[41]

Asimismo, cabe mencionar la función que ejerce como recurso microclimático y higienista, puesto que purifica el aire y, por otra parte, reduce la contaminación existente en la atmósfera, aminorando su acumulación, tal como se ha comprobado en la superficie de las hojas de las árboles.[42] Por ello, es muy importante la existencia de árboles en los centros urbanos, porque a pesar de que la cantidad de carbono que capturan no es desmesurada, su aporte para reducir los efectos del cambio climático es significativo.

En consecuencia, los bosques influyen en el cambio climático y se ven a su vez influidos por él,[43] por lo que la destrucción y, por no ser tan drástico, los usos que se hagan en los mismos, influyen determinantemente en el fenómeno del calentamiento mundial. Los mayores peligros que pueden afectar a los árboles son "la tendencia a la aridez de los terrenos forestales afectados, el cambio en el régimen de precipitaciones, los cambios en el régimen de incendios y la modificación de la estacionalidad, que a su vez modificarían la distribución y composición de especies".[44]

Está claro que también las propiedades del suelo resultarían dañadas, con las lógicas repercusiones a las especies de flora y fauna que habiten sobre él. Los efectos negativos directamente que afecten a la especie humana son tanto en lo relativo a su asentamiento como a sus pautas de consumo en lo que concierne a los bosques.

Si los cambios en el clima son muy bruscos todas estas modificaciones también tendrán lugar de una manera más violenta, con el grave resultado de producirse o bien la invasión de cierto número de especies en una zona determinada o en el extremo contra-

39 PEÑA MARTÍNEZ, J. Mª, *El estudio del impacto de la contaminación atmosférica en los bosques*, Ed. Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2002.

40 HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, F., "El efecto invernadero", en el vol. Col. *El calentamiento global en España. Un análisis de sus efectos económicos y ambientales,* Ed. CSIC, Madrid, 1999.

41 FAO, *Situación de los bosques en el mundo,* FAO, 2003, pp. 12-31.

42 El bosque crea un microclima particular ya que, bajo cubierta disminuye la radicación solar y mantiene la humedad, produciéndose efectos sobre la variación de temperatura, vientos, economía del agua y el incremento de precipitaciones, regulando el ciclo atmosférico del agua. La cubierta vegetal y, especialmente el bosque, fija carbono atmosférico y libera oxígeno por fotosíntesis: contrarresta el efecto invernadero y previene el cambio climático. DE. VICENTE DOMINGO, R., *Espacios forestales (su ordenación jurídica como recurso natural),* cit., p. 111.

43 Sobre este asunto, véase LEE, R., *Forest Microclimatology*, Ed. Columbia University Press, New Cork, 1978.

44 FAO, *Situación de los bosques del mundo* 2003, FAO, 2003, pp. 86-95.

rio, la extinción de otras por la imposibilidad natural que ciertas especies pueden experimentar para la adaptación a esos cambios y nuevas realidades.[45]

Delineados los aspectos legales que reglamentan la utilización del Mecanismo para un Desarrollo Limpio en nivel internacional y definidos los aspectos jurídicos y científicos que informan sobre los beneficios ambientales de los proyectos MDL forestales, cumple establecer, a continuación, el régimen de aplicación de referido mecanismo en la Unión Europea, Brasil y España.

6. Aplicación del MDL en la Unión Europea

La UE y sus Estados miembros son parte de la Convención y han ratificado el Protocolo de Kioto.

La Convención Marco fue aprobada en nombre de la Comunidad por Decisión 94/69/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1993. Esta adhesión se basa en su artículo 22 que permite que sean Partes las organizaciones regionales de integración económica, incluso cuando sus Estados miembros también lo sean.

En el ámbito del Protocolo de Kioto el compromiso de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero establecido en el artículo 4.2 de la Convención será cumplido tomando la Unión Europea *como una unidad de acciones a desempeñar*, lo que se denomina "burbuja europea", es decir, el conjunto de Estados miembros de la UE tiene una obligación común de reducción total del 8% de las emisiones de gases de efecto invernadero con respeto al año de referencia de 1990, obligación esta que posteriormente se distribuyen internamente en diferentes porcentajes, teniendo en cuenta la capacidad económica y grado de desarrollo de los Estados que participan en el sistema, tras el llamado "Acuerdo de Luxemburgo, sobre el reparto de la carga".

La carga concreta destinada a consecución de este objetivo no viene especificada en el anexo B del Protocolo sino que, desde 1995, fue objeto de largas negociaciones en el seno de la UE, llegándose a un acuerdo en junio de 1998 en el Consejo de Medio Ambiente.

Este acuerdo se ha incorporado a la Decisión del Consejo 2002/358/CE, de 25 de abril de 2002, por la que se aprueba en nombre de la Unión Europea el Protocolo.

La estrategia de la UE, en la actualidad, se describe dentro de su Programa Europeo para luchar contra el Cambio Climático (PECC) y en ella se inserta el mercado de emisiones, considerado como un sistema coste-eficiente para conseguir los objetivos de mitigación aceptados en el Protocolo de Kioto, al mínimo coste posible.[46]

---

45 M. FITTER, A. H. y MACFADYEN, "Advances in ecological research", *Environment International*, vol. 19, num. 3, 1993, pp. 309 y ss.

46 Estos aspectos de la cuestión se tratan con mayor detalle en YABAR STERLING, A.: *La extraterritorialidad en el control de emisiones de CO2 y el Plan Nacional de Asignaciones de España (2005-2007)*, Observatorio Medioambiental nº 7 (2004), YABAR STERLING, A.: *Cambio Climático en España y Latinoamérica: Instrumentos y especial referencia al Mecanismo de Desarrollo Limpio* (MDL). Cuadernos de Sostenibilidad y Patrimonio Natural. Fundación Santander-Central-Hispano, nº 4, Madrid, 2004.

La Directiva 87/2003/CE, modificada por la llamada *Directiva Link* (Directiva 101/2004/CE*),* introduce en la UE y desde del año 2005, el Sistema Europeo de Comercio de Emisiones (SECE), organizado en dos fases o etapas: 2005-2007 y 2008-2012, Pieza fundamental del SECE es el mercado de derechos de emisión de CO2.[47]

Por medio de la referida *Directiva Link* se permite el canje de créditos de los mecanismos de proyecto del Protocolo de Kioto – y de RCE´s, procedentes del Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL), incluso a partir del primero subperíodo – por derechos de emisión del SECE.

Así que, con la entrada en vigor de la Directiva 2004/101/CE, se vincula el régimen de los mecanismos basados en proyectos de Kioto al régimen comunitario, con la obtención de los distintos tipos de unidades contables reconocidos por el Protocolo de Kioto. Tras la conversión, todos estos elementos pueden ser utilizados para el cumplimiento de las obligaciones definidas en el artículo 3 del Protocolo de Kioto.

También fueran creados en el ámbito comunitario los mecanismos de seguimiento de las emisiones de gases de efecto invernadero, a través de la Decisión 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, cuyas disposiciones de aplicación fueran explicitadas en la Decisión de la Comisión 2005/166/CE, de 10 de febrero de 2005. La Decisión 280/2004 incluye referencia a los registros, mecanismos de flexibilidad y de cooperación necesarios para el cumplimiento del Protocolo.

En definitiva, de lo que se trata es de fomentar las reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero de manera rentable y económicamente eficiente y crear nuevos instrumentos y medidas para que el cumplimiento de los compromisos del Protocolo sea más fácil y accesible para los países afectados siendo una de estas medidas el mecanismo de desarrollo limpio.

7. Aplicación del MDL en España

España ratificó la Convención el 21 de diciembre de 1993; a su vez, firmó el Protocolo el 28 de abril de 1998 y procedió a su ratificación, junto con los demás Estados miembros de la UE, el 31 de mayo de 2002, a través de la Decisión del Consejo de 2002/358/CE, de 25 de abril de 2002.

Consecuentemente, España tiene un compromiso concreto de limitación de emisiones de no sobrepasar en más de un 15% sus emisiones de los seis tipos de gases de efecto invernadero en el período de 2008-2012, en comparación con los niveles de 1990 en el caso de CO2, CH4 y N2O, y niveles de 1995 en el caso de HFCs y SF6.

La evolución de las emisiones en España , situadas un 34,6% por encima de las del año base, y las previsiones oficiales que estiman un crecimiento por encima del 40,6% en el periodo 2008-2012 si no se adoptan medidas adicionales,[48] hacen con que el MDL

47 YÁBAR STERLING, A: "*Diseño del post-Kioto. Opciones, principios, objetivos y políticas sobre el cambio climático en la UE, frente al segundo período de compromiso", op. cit.*, p. 285.

48 Datos de la Cuarta Comunicación Nacional de España, véase www.marm.es.

sea una alternativa útil para España cumplir parte de su compromiso cuantificado de limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero establecido en el Protocolo de Kioto.

El marco regulador para la participación de España en proyectos MDL queda definido, en el ámbito internacional, por la Convención Marco, el Protocolo de Kioto y los Acuerdos de Marrakech y las decisiones subsiguientes adoptadas por la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes (CP/RP); en el ámbito comunitario, por las Directivas 2003/87/CE y 2004/101/CE; y los criterios establecidos por el país receptor.

Los requisitos de participación que exige el apartado 31 de la decisión 17/CP.7 de la CP/RP, son los siguientes: a) haber ratificado el Protocolo de Kioto; b) establecer y tener en funcionamiento guías y procedimientos nacionales para aprobar MDL; c) haber asignado y llevar control de los derechos de emisión del país, que se resume en: tener determinación previa de la cantidad atribuida , tener un sistema nacional para estimar las emisiones, presentar el inventario anual, tener un sistema de registro nacional, presentación de información suplementaria sobre la cantidad atribuida; d) haber designado una Autoridad Nacional.

Para cumplir dichos requisitos y facilitar la ejecución de los proyectos MDL el Gobierno español ha tenido que desarrollar normas internas de dos maneras: por una parte, a través de transposición al derecho nacional de las normativas comunitarias y, por otra parte, a través de adopción de otras medidas de desarrollo normativo.

Las directivas comunitarias 2003/87/CE y 2004/101/CE y Decisión 280/2004 del Consejo de la Unión Europea fueran incorporadas al derecho español a través del Decreto Ley 1866/2004, de 06 de septiembre de 2004; de la Ley 1/2005, de 9 de marzo; y del Real Decreto Ley 5/2005 , de 11 de marzo, respectivamente.

El Real Decreto 1866/2004 ha sido modificado dos veces, la primera alteración se ha realizado por medio del Real Decreto 1370/2006, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de GEI, para el periodo 2008-2012; la segunda modificación ha sido introducida por el Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1370/2006.

El contenido del texto consolidado prevé dos medidas importantes: por un lado, define la participación voluntaria, y por otro lado, establece el volumen total de créditos que se van a adquirir a través de los mecanismos flexibles para el quinquenio Kioto que ascenderá a 100 millones toneladas para el período 2008-2012, lo que supone un 7% de los créditos del mercado internacional de emisiones del año base.[49]

49 Volumen total de créditos modificado por el Real Decreto 1370/2006, modificado por el Real Decreto 1402/2007, la nueva cantidad del porcentaje de RCE y URE, calculado sobre su asignación que cada titular de instalación podrá utilizar para cumplir con sus obligaciones anuales de entrega establecida es de 42,0% para el sector producción de energía eléctrica de servicio público y de 7,9% para el resto de sectores. Se modifica, además, las reglas para los nuevos entrantes a medida que ellos "podrán, en principio utilizar RCE y URE para el cumplimiento de sus obligaciones en función del sector al que pertenezcan. No obstante, en caso de que en el momento de asignación a estos nuevos entrantes se haya alcanzado o se prevea alcanzar el límite global de utilización de RCE y URE, la resolución de asignación individualizada podrá limitar esta posibilidad". Véase texto del Real Decreto 1402/2007.

La Ley 1/2005, a su vez, al determinar la incorporación de la Directiva comunitaria 2004/101/CE, permite la vinculación del comercio de emisiones con las reducciones certificadas de emisiones generadas por los proyectos MDL.

En la práctica, los RCEs originados en el MDL pueden, bajo ciertas premisas, convertirse en derechos de emisión para su utilización dentro del régimen comunitario de comercio de emisiones (SECE), de manera que los Estados miembros pueden permitir que los titulares utilicen reducciones certificadas de emisiones (RCEs) a partir de 2005; por otro lado, a partir de 2008 –año en el que se inicia el segundo subperiodo del SECE–, se puede autorizar la utilización del RCE por los titulares hasta un porcentaje máximo de la asignación de derechos de emisión correspondiente a cada instalación, en los términos establecidos por cada Estado miembro en su Plan Nacional de Asignación. La utilización tiene lugar mediante la expedición e inmediata entrega de un derecho de emisión del SECE a cambio de una RCE.

De la normativa comunitaria, se excluyen los casos en que las emisiones hayan sido generadas por actividades de uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura, como prevé el artículo 20 d) de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, es decir, España puede utilizar de los RCE´s oriundos de los proyectos MDL forestales para cumplir su compromisos ante Kioto, pero no pueden utilizarse por las instalaciones sometidas al SECE para cumplir sus respectivas obligaciones anuales ante el mismo, al no poder ser aquellos RCE's forestales canjeados por derechos de emisión del régimen europeo de comercio.

En su última innovación legislativa cumple mencionar que el Gobierno español editó, el 20 de julio 2007, el Real Decreto 1031/2007, por el que se desarrolla el marco de participación en los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto.[50]

En la práctica, el Mecanismo de Desarrollo Limpio es considerado por el Gobierno español como un instrumento de cooperación clave de la acción internacional contra el cambio climático por su capacidad de generar una economía baja en carbono, generando simultáneamente riqueza y prosperidad en las comunidades locales. La percepción de esta oportunidad determina los criterios que orientan la inversión pública española en los mer-

50 Este Real Decreto desarrolla la normativa española que regula la participación en los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto al Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecho en Kioto el 11 de diciembre de 1997, así como los procedimientos y funciones de la Autoridad Nacional Designada por España ante Naciones Unidas. Junto a la normativa internacional y comunitaria vigente en esta materia, las disposiciones más importantes en el ámbito nacional están recogidas, esencialmente, en la Ley 1/2005, de 9 de marzo por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, el Real Decreto 1264/2005, de 21 de octubre, por la que se regula la organización y funcionamiento del Registro Nacional de Derechos de Emisión, así como en los Planes Nacionales de Asignación para los periodos 2005-2007 y 2008-2012, aprobados por los Reales Decretos 1866/2004, de 6 de septiembre, y 1370/2006, de 24 de noviembre, respectivamente… Este real decreto regula, en particular, determinados aspectos relacionados con el desarrollo de estos mecanismos basados en proyectos y con las unidades de reducción de dióxido de carbono equivalente que generan. Ha de tenerse en cuenta que la regulación contenida en este real decreto es complementaria, en el ámbito nacional, a la normativa del propio Protocolo de Kioto y decisiones de desarrollo válidamente adoptadas por la Conferencia de las Partes, la Junta Ejecutiva del MDL o el Comité de supervisión de la AC.

cados de carbono: tanto en la elección de las áreas geográficas de inversión (América Latina) como en la elección de proyectos (preferencia por los energéticos y de gestión sostenible de los residuos).

La apuesta política de mayor relevancia en la región es la creación de la Red Iberoamericana de Oficinas de Cambio Climático (RIOCC), pero junto a ella destaca la fuerte inversión en fondos de carbono gestionados por instituciones financieras multilaterales a las que se indica la preferencia por América Latina, el empleo de instrumentos de apoyo al comercio exterior, la relación bilateral con los gobiernos y autoridades nacionales designadas de los países iberoamericanos, etcétera.

Dentro de la estrategia de cooperación se han ido firmando Memorandos de Entendimiento para la promoción del Mecanismo de Desarrollo Limpio. En el caso específico de Brasil ha sido firmado el Memorando de Entendimiento ARG-MMV el 11 de enero 2005 con España, que tiene por objetivo establecer una cooperación para apoyar y facilitar la inversión y reconocimiento de actividades conjuntas de proyectos de reducción y absorción de emisión de gases de efecto invernadero en Brasil, con lo cual reconocen las Partes firmantes que la cooperación en temas de cambio climático, incluida la ejecución de actividades de proyecto MDL, puede ser instrumental en la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero a escala global, y tener un impacto en el desarrollo social y económico de las comunidades.

El Gobierno Español, con objeto de materializar el objetivo de adquirir los créditos necesarios en los mercados internacionales, firmó en noviembre de 2004 un acuerdo con el Banco Mundial para invertir 205 millones de euros con la finalidad de obtener 40 millones de toneladas de CO2 mediante los seguientes *fondos*: el Fondo Español de Carbono, el Fondo de Biocarbono, y el Fondo de Carbono para el Desarrollo Comunitario. Adicionalmente España contribuye al Programa de Asistencia Técnica del Banco Mundial con 5 millones de Euros, aportando recursos para contribuir a la preparación e identificación de proyectos, así como para mejorar la capacitación de los países anfitriones de proyectos.

En conclusión, cabe afirmar que España no sólo cumple con todos los requisitos para participar en las actividades de proyecto del MDL, como efectivamente en la actualidad el MDL está plenamente operativo en su ámbito interno pues cuenta con 16 proyectos MDL certificados en todo el mundo, los países receptores de la inversión española son: Guatemala, Panamá, México, Argentina, China, Colombia, Egipto y Brasil. Esto demuestra la fuerte apuesta a favor del MDL hecha por el Gobierno español al diseñar su plan de adquisición de créditos en los mercados de carbono, en especial en América Latina, y en particular dando preferencia a la elección de proyectos MDL.

8. Aplicación del MDL en Brasil

Brasil fue el primer país a firmar la Convención Marco (en fecha de 04 de junio 1992), procediendo a su ratificación el 28 de febrero de 1994, a través del Decreto Legislativo 1, de 03 de febrero de 1994 y promulgada por Decreto 2.625 de 01 de julio de 1998, con fecha de entrada en vigor el 29 de mayo de 1994.

Además, Brasil tiene participación destacada en el régimen internacional del cambio climático, una vez que el germen del mecanismo de desarrollo limpio del Protocolo de Kioto derivó de una propuesta brasileña.

Para Brasil ser anfitrión de los proyectos MDL, el Protocolo de Kioto establece sólo dos requisitos de participación: haber ratificado el Protocolo de Kioto y haber designado una autoridad nacional para el MDL, de acuerdo con artículo 29 del apartado F de la decisión 17/CP.7.

En efecto, cumple señalar que el Gobierno brasileño procedió la ratificación del Protocolo el 20 de junio de 2002 , a través del Decreto Legislativo 144, de 20 de junio de 2002 y designó una autoridad nacional, a través del Decreto de 7 de julio de 1999, alterado por el Decreto de 10 de enero de 2006.

La Comisión Interministerial del Cambio Global del Clima (en adelante, CICGC) es el órgano que ejerce la función de autoridad designada en Brasil. Dicha Comisión es un órgano colegiado compuesto por un representante de cada órgano de los siguientes Ministerios: Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Agricultura, Ganadería y Abastecimiento; Ministerio de Transportes; Ministerio de Minas y Energía; Ministerio de Planeamiento, Presupuesto y Gestión; Ministerio de Medio Ambiente; Ministerio de Ciencia y Tecnología; Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior; Ministerio de las Ciudades; Ministerio de Economía y Casa Civil de la Presidencia de la República.

La presidencia de esa Comisión está encargada al Ministro de Estado de Ciencia y Tecnología y la vicepresidencia al Ministro de Medio Ambiente.

Para llevar a cabo las medidas de ejecución de los proyectos MDL en Brasil han sido adoptadas por el Presidente de la Comisión, que es la AND, las ocho siguientes resoluciones: a) Resolución nº 1, de 11 de septiembre de 2003; b) Resolución nº 2, de 10 de agosto de 2005, que altera la Resolución 1 y establece los procedimientos para aprobación de las actividades de proyecto en el ámbito del MDL y aprueba los procedimientos para las actividades de proyectos de forestación y reforestación en el ámbito del MDL; c) Resolución nº 3, de 24 de marzo de 2006, que establece los procedimientos para aprobación de las actividades del MDL y; d) Resolución nº 4, de 6 de diciembre de 2006, que altera las resoluciones 1 y 3; e) Resolución nº 5, del 11 de abril de 2007, la cual revisa las definiciones de las actividades de proyectos de pequeña escala en el ámbito del mecanismo de desarrollo limpio y da otras providencias; f) Resolución nº 6, del 06 de junio de 2007, que modifica la Resolución nº 2, del 10 de agosto de 2005, en relación a la versión del documento de concepción de proyecto de la Junta Ejecutiva del Mecanismo para un Desarrollo Limpio; g) Resolución nº 7, del 05 de marzo de 2008, que altera las resoluciones nº 1, nº 2, nº 3 y nº 4 de esta misma Comisión en relación a los pedidos de comentarios enviados por los proponentes del proyecto a los agentes involucrados, interesados e/ou afectados por las actividades de proyecto en el ámbito del Mecanismo de Desarrollo Limpio y da otras providencias y, h) Resolución nº 8, del 26 del mayo de 2008, que adopta, para fines de actividad de proyecto MDL, un único sistema como definición de sistema eléctrico del proyecto en el Sistema Integrado Nacional.

Todas esas Resoluciones tienen en común el aspecto de establecer procedimientos para aprobación de las distintas categorías de actividades de proyectos del MDL previstos en el Protocolo de Kioto, es decir: modalidades y procedimientos de MDL para actividad-

des de proyectos en escala completa (decisión 17/CP.7), modalidades y procedimientos para proyectos en pequeña escala (decisión 17/CP.7, párrafo 6) y, modalidades y procedimientos para proyectos de forestación y reforestación del MDL (decisión 19/CP.9 y decisión 14/CP.10).

Así que se admiten proyectos en escala completa y en pequeña escala en case todos los sectores, entre ellos el sector energético, el transporte, la industria, el sector agropecuario, cambio de uso de la tierra y silvicultura, la gestión de desechos, etcétera.

La CP/MP 1 (Decisión 7/CMP.1, párrafo 20) especifica que proyectos realizados en un programa de actividades regional, nacional, etc. en el que figuren proyectos MDL pueden registrase por la JE como una sola actividad de proyecto MDL, en determinadas condiciones. Esta es una nueva modalidad del MDL que es aplicable a cualquiera de las existentes hasta la fecha que se conoce por sus siglas PoA (en inglés *Programme of Activities*), definido como una acción voluntaria, coordinada por entidades públicas o privadas que implementen políticas o medidas que promuevan la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero o aumenten redes de remoción de gases que sean adicionales a un escenario sin las actividades del proyecto.[51]

Las actividades que en tesis pueden se beneficiar de esta nueva modalidad son las relacionadas con la generación de energía, eficiencia energética y transportes.[52]

Consecuentemente, excepto para utilización de reducciones certificadas de emisiones generadas por instalaciones nucleares, el Protocolo no establece limitaciones para poder considerarse un proyecto en el ámbito del MDL, desde que este proyecto contribuya a reducción de emisiones de gases de efecto invernadero o de fijación de carbono y garantice la seguridad climática.

Las reglas procedimentales generales aplicables indistintamente a las categorías de proyecto *supra* mencionadas son las siguientes: necesidad de obediencia estricta a la legislación brasileña, en el ámbito de la cual está previsto un proceso de consulta pública a los agentes afectados directa y indirectamente por las actividades de proyecto; necesidad de

51 Antes de la aprobación del PoA, las actividades que se desarrollaban para los proyectos MDL necesitaban ser claramente definidas en los Documentos de Concepción de lo Proyectos (PDD), siendo que cada PDD debería se referir exclusivamente a una única actividad, no comportando, por lo tanto, la inclusión de otra actividad que tuviese el mismo objetivo. Por esa razón se afirma que esta es una modalidad innovadora, pues crea la posibilidad de validar nuevos proyectos dentro de la misma metodología, los cuales son agregados al escopo del proyecto ya registrado, es decir, nuevas actividades pueden ser incluidas en el PDD durante el periodo de acreditación, desde que respeten las definiciones del proyecto inicialmente inscripto.

52 Durante la 41ª reunión de la Comisión Interministerial de Cambio Global del Clima (CIMGC, con sus siglas en portugués), realizada el 16 de enero de 2008, el Secretario Ejecutivo afirmó que "no obstante el MDL programático presentar un gran potencial para nuevos proyectos, hasta aquella fecha, solamente un único proyecto en esa modalidad estaba en proceso de validación junto a la Junta Ejecutiva del MDL". Se mención, aún, que se espera que la Junta Ejecutiva establezca pronto reglas claras y definitivas sobre el asunto, en la medida en que el primer proyecto ha sido registrado, y ha sugerido que la CIMGC aguarde el primer registro de un programa de actividades de la Junta Ejecutiva para elaborar una resolución que defina los procedimientos nacionales brasileños para la sumisión de estos proyectos.

obediencia estricta a la legislación ambiental y a la legislación laboral brasileña, en consonancia con la Convención 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y Acción Inmediata para su Eliminación (la cual establece severas penalidades en caso de que se evidencie práctica de ilegalidades en la emisión de la carta de aprobación de proyectos).

Por último, cumple mencionar que el Banco Central de Brasil adoptó en el día 8 de septiembre de 2005 la Circular 3.291, que promovió alteraciones en el Mercado de Cambio y Capitales Internacionales. Una de estas novedades es la previsión expresa de un código para la realización de operaciones de cambio cuya naturaleza es clasificada como "Servicios Diversos – Créditos de Carbono 29/(NR) 45500". La creación de un código específico para operaciones con créditos de carbono propiciará una mayor agilidad y seguridad para el flujo de recursos derivados de las negociaciones de esa naturaleza.

Como se ha podido apreciar a lo largo de toda la exposición precedente, se puede afirmar que Brasil posee una organización administrativa, legislativa y ejecutiva eficiente de modo a facilitar la ejecución de los proyectos MDL, y esta afirmación, además, se pude comprobar por la actuación efectiva de Brasil y su colocación en el escenario internacional ya que ocupa el *segundo lugar* en número de proyectos registrados, con 100 proyectos y el tercer lugar en el mundo en número de proyectos en fase de validación, aprobación y registro, con 221 proyectos MDL(12%).

Para esta segunda colocación contribuye también el hecho de que Brasil posee recursos naturales privilegiados ya que abriga una de los mayores bosques tropicales del mundo, mantiene índices bajos de emisión de dióxido de carbono del sector eléctrico y mantiene el uso del carbón vegetal en el proceso de producción en el sector metalúrgico y siderúrgico.

Además, consonante demostrado, el sector forestal presente excelentes oportunidades de proyectos para secuestro de carbono. El clima brasileño, la abundancia de tierra crean condiciones ideales para plantaciones silvícolas. En que pese la rentabilidad de dichas actividades, desde un punto de vista económico, su desarrollo ha sido limitado por restricciones de capital y por falta de mecanismos de financiación de larga duración. El MDL puede así ser utilizado para esta finalidad.

9. Perspectivas del MDL forestal en el período Post-Kioto

Por ahora, no hay certeza sobre la existencia de mercados de carbono después de 2012, cuando termine el primer período de cumplimiento del Protocolo de Kioto. Los países están discutiendo una posible renovación del Protocolo de Kioto, con un segundo período de cumplimiento, así como acuerdos alternativos donde se debaten en el ámbito internacional: la extensión de los compromisos cuantitativos de mitigación a países en desarrollo, con grandes volúmenes de GEI previstos; la definición de políticas y medidas eficaces que aceleren el cambio tecnológico, a favor de la reducción del uso y combustión de los fósiles y, también, la identificación y concreción del reto de adaptación al Cambio Climático, especialmente urgentes en numerosas zonas y ecosistemas del planeta, dada su

elevada vulnerabilidad, para aumentar la capacidad de resistencia general ante los efectos del mismo.[53]

Debido a estas incertidumbres, prácticamente ningún comprador, a no ser el Banco Mundial, está comprometiéndose en transacciones de créditos de carbono con un marco de tiempo más allá del 2012.

Las negociaciones sobre el período post-Kioto comenzaron en diciembre del 2005 a establecer los cimientos para los mercados de carbono después del 2012. Si las negociaciones post-Kioto tienen éxito, no es de ninguna manera claro, que regulaciones similares aplicarán a las remociones de carbono basadas en proyectos de actividades forestales.

Nuevas regulaciones pueden ser acordadas, más países pueden involucrarse y tipos adicionales de actividades pueden ponerse a disposición para generar créditos de carbono. Por ejemplo, en la actualidad hay una enérgica discusión sobre la posibilidad de incluir en los futuros acuerdos, un mecanismo que genere financiamiento de carbono, provenientes de la conservación de bosques y la prevención de la forestación. Los mercados de carbono más allá de 2012 tienen un gran potencial pero también grandes incertidumbres para los desarrolladores de proyectos.

Desde las instituciones científicas y de formación y educación se puede hacer al respecto en esta tarea porque, además, las ganancias del éxito en la lucha contra el cambio climático son mucho mayores que sus costes, también para las generaciones presentes y además, porque ya se ha demostrado que tomar hoy decisiones adecuadas al respecto se ha convertido un objetivo de justicia para las generaciones venideras.

Conclusión

Está demonstrado que los proyectos del Mecanismo de desarrollo limpio, y principalmente los proyectos forestales MDL son una opción para mitigar los efectos adversos del cambio climático, teniendo en consideración las funciones ambientales de los bosques y, destacadamente, la función de sumidero.

Además y consonante ya mencionado, el MDL cumple con triple objetivos: "por un lado se permite al país inversor hacer uso de los RCEs para alcanzar sus propios compromisos de reducción y limitación de emisiones de forma bastante económica, por otro lado el país en desarrollo recibe inversiones en proyectos basados en tecnologías limpias y, en tercer lugar, se contribuye a alcanzar el objetivo último de la Convención".

También por este motivo se afirma que dicho mecanismo significa una contribución voluntaria significativa de las Partes anexo I para cambiar, efectivamente, la tendencia del calentamiento global de forma consistente con el artículo 3.3 de la Convención.

La seguridad jurídica y credibilidad que ofrece este mecanismo adviene del análisis de la normativa internacional que regula de forma exhaustiva las modalidades y procedimientos para su utilización, encargando a los órganos de dirección y gestión establecidos

53 YÁBAR STERLING, A: "*Diseño del post-Kioto. Opciones, principios, objetivos y políticas sobre el cambio climático en la UE, frente al segundo período de compromiso", op. cit.*, p. 289.

por el propio Protocolo la supervisión explícita de los elementos de verificación, dirección y control del Mecanismo.

Consecuentemente, caben a los Estados Parte y a la Unión Europea el desarrollo de mecanismos de ejecución del MDL en el ámbito nacional, que se refieren básicamente a condiciones de participación.

Por lo que se puede desprenderse, no se trata de comparar los distintos sistemas jurídicos de Brasil Y España, porque para la aplicación del MDL los dos sistemas se complementan, es decir, el proyecto empieza a ser desarrollado en el país inversor con la emisión de la Carta de Aprobación, es formalmente aceptado por el país receptor de la inversión donde es ejecutado, y tramita entre los órganos de dirección y gestión establecidos en las Naciones Unidas en el cual intervienen terceros participantes por ella autorizados, en esta trayectoria del proyecto MDL el sistema jurídico de cada país y las reglas internacionales serán aplicadas..

Toda la trayectoria del proyecto MDL hasta el recibimiento del crédito de carbono está regulada pelo Protocolo de Kioto y normativa de desarrollo, que confieren la fiscalización, registro e concesión de las unidades de carbono.

España, efectivamente, prestigia estos proyectos al establecer el volumen total de créditos que se van adquirir a través de los mecanismos flexibles para el quinquenio Kioto que ascenderá a 100 millones toneladas para el período 2008-2012, lo que supone un 7% de los créditos del mercado internacional de emisiones del año base y en particular dando preferencia a la elección de proyectos MDL.

La apuesta política de mayor relevancia en la región es la creación de la Red Iberoamericana de Oficinas de Cambio Climático (RIOCC), pero junto a ella destaca la fuerte inversión en fondos de carbono gestionados por instituciones financieras multilaterales aportando recursos para contribuir a la preparación e identificación de proyectos, así como para mejorar la capacitación de los países anfitriones de proyectos.

La inversión española en el mercado brasileño contribuye para el desarrollo sostenible de Brasil porque a través de la contratación de los proyectos MDL formalizada por contratos privados se insieren reglas que promueven la transferencia de criterios ambientales desde el punto de vista de la sostenibilidad, además de significar un incremento económico.

Tal vez la mayor contribución del Protocolo de Kioto para el Estado brasileño sea la concienciación de la sociedad y gobierno de la necesidad de preservación de los recursos naturales no sólo por su aspecto económico, pero principalmente por sus valores ambientales.

Se nota que a partir de la adopción de la Convención Marco y del Protocolo de Kioto el Gobierno brasileño desarrolla y ejecuta programas destinados a disminuir la deforestación de la Floresta Amazónica, trata de desarrollar alternativas para generación de energía limpia y se preocupa en crear mecanismos de mejor distribución de renta.

Con la participación en los proyectos MDL y el ingreso de divisas esa tendencia puede mejorar la capacitación de Brasil para preparación, identificación de proyectos y principalmente para se adaptar al cambio climático.

Merece la pena destacar que la credibilidad que ofrece el Gobierno brasileño para ser receptor de la inversión española también puede ser comprobada por el hecho de que, en

la actualidad, de un total de 1162 proyectos registrados en Naciones Unidas, 189 son proyectos brasileños, estando Brasil en *tercer lugar* en número de proyectos registrados.

Aunque existe un gran potencial para la explotación de los proyectos forestales, actualmente, los gobiernos de Europa aún no se han comprometido directamente en transacciones de carbono de proyectos forestales.

El sector privado europeo, a su vez, se encuentra cubierto en gran medida por el Sistema Europeo de Comercio de Emisiones de la UE (SECE), que excluye por ahora los créditos de carbono generados por los sectores forestales MDL.

Aún cuando es imposible pronosticar los resultados de una evaluación de la directiva de enlace y canje del SECE, es claro que la inclusión de MDL forestal fomentaría los mercados. Para que los gobiernos de Europa puedan aumentar la compra de créditos de carbono de proyectos forestales, un trabajo de definición de políticas debe realizarse en los niveles nacionales.

ABREVIATURAS

AC	Aplicación Conjunta.
AEMA	Agencia Europea de Medio Ambiente.
AND	Autoridad Nacional Designada.
ARP	Programa de Lluvia Ácida.
art.(s)	Artículos.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático.
CE	Comunidad Europea.
CER	Reducciones Certificadas de Emisión.
CFC(s)	Clorofluorocarbos.
cit.	Citado.
CNC	Consejo Nacional del Clima.
COM	Documento de la Comisión Europea.
CO2	Dióxido de Carbono.
COP	Conferencia de las Partes.
Convención	Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.
COP	Conferencia de las Partes.
CMNUCC	Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.
CNUMAD	Conferencia para el Medio Ambiente y el Desarrollo de las Naciones Unidas de Río de Janeiro de julio de 1992.
CR/PR	Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kioto.

ed.	Edición.
DL	Real Decreto Ley.
DCP	Documento de Proyecto.
EO	Entidad Operacional.
ERU	Unidad de Reducción de Emisión.
EPER	Inventario Europeo de emisiones contaminantes.
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.
FDCD	Fondo de Carbono para el Desarrollo Comunitario.
GEI	Gases de efecto invernadero.
GRULAC	Grupo de países Latinoamericanos y el Caribe.
HFC	Hidrofluocarburos.
JE	Junta Ejecutiva.
IPCC	Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambios Climáticos.
LDC	Países menos desarrollados.
LPA	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.
LRJAP	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.
MAB	Programa Internacional de la UNESCO sobre el Hombre y la Biosfera.
MDL	Mecanismo de Desarrollo Limpio.
MW	Megavatios.
Núm.	Número.
N2O	Óxido Nitroso.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
OECC	Oficina Española de Cambio Climático.
OMM	Organización Meteorológica Mundial.
OSE	Órgano Subsidiario de Ejecución.
P(p)	Página(s).
PECC	Programa Europeo sobre el Cambio Climático.
PEN	Permisos de emisión negociables.
PER	Pollutant Emission Register.
PFC	Perfluorocarburos.
PIB	Producto Interior Bruto.
PK	Protocolo de Kioto.
PMIC	Programa Mundial de Investigaciones Climáticas.
PMICR	Programa Mundial de evaluación de Impacto del Clima y de las estrategias de Respuesta.
PNA	Plan nacional de asignación de derechos de emisión.
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente.
Protocolo	Protocolo de Kioto
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
RD	Real Decreto.
RETC	Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes.

Red IONET	Red Europea de Información y de la Observación sobre el Medio Ambiente.
SF6	Hexafluoruro de azufre.
SMO	Sistema Mundial de Observación.
SNAP	Selected Nomenclatura for Air Pollution.
SO2	Dióxido de Azufre.
ss.	Siguientes.
UDA	Unidad de Absorción.
UCA	Unidad de Cantidad Atribuida.
UE	Unión Europea.
vol.	Volumen.

Quarta Parte

Analises Jurisprudenciais de Assuntos Públicos Econômicos

La Libre Circulación de Mercancías en el Mercado Interior Europeo. A Propósito de la Evolución de la Jurisprudencia del TJCE*

*Aurilivi Linares Martínez***

Introducción. I. Evolución jurisprudencial del concepto de MEE y de las excepciones a su prohibición. 1. Primer período (1970-1979): de "Dassonville" a "Cassis de Dijon". 2. Segundo período (1979-1985): de "Cassis de Dijon" a "Cinèthèque". 3. Tercer período (1989-1993): de "Torfaen" a "Keck y Mithovard". II. El papel de las causas de justificación de las MEE contenidas en el artículo 30 del TCE y de las "exigencias imperativas". III. La protección de los derechos fundamentales: una nueva excepción de la prohibición de MEE admitida por la jurisprudencia del TJCE. A modo de conclusión.

Introducción

Con motivo de la pasada celebración del cincuenta aniversario del Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957, por el que se instituyó la Unión Europea (entonces denominada Comunidad Económica Europea), y de la firma del Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007,[1] consideramos propicia la ocasión para reflexionar sobre la libre circulación de mercancías[2] como parte esencial del proceso de integración europea. Dicho esto, debemos advertir que, desde la óptica del Derecho comunitario, la explicación del

* Versión actualizada del trabajo presentado en el curso "Derecho Constitucional de la Unión Europea", impartido por el Prof. AGUSTÍN J. MENÉNDEZ, en el Diplomado de Derecho Constitucional y Ciencia Política (2006), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, Reino de España).

** Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. Doctoranda en "Problemas actuales de Derecho Administrativo" de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro de MethoIus Consultoría Jurídica Internacional.

1 Aunque el nuevo Tratado de Reforma de la Unión Europea aparece desprovisto de todos los rasgos "constitucionales" y elimina los símbolos, su contenido incluye las principales novedades institucionales de la fallida Constitución Europea, rechazada hace más de dos años en referéndum por Francia y Holanda. Con el objetivo de hacer que la Unión Europea sea más eficaz, democrática y transparente, se modifican sustancialmente los mecanismos de toma de decisiones, se refuerza el papel de la política exterior común y se otorga un peso mayor al Parlamento Europeo. Asimismo, la Carta de Derechos Fundamentales se convierte en jurídicamente vinculante para las instituciones de la Unión y los Estados miembros, aunque no se aplicará en Reino Unido ni en Polonia.

2 La expresión "libre circulación de mercancías" no viene definida por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y pocos autores han intentado definirla. Así, entre las escasas definiciones, STOFFEL VALLOTTON, N. (1989), La libre circulación de mercancías en la Comunidad Económica Europea, *Estudios de Derecho Comunitario europeo.* Madrid: Consejo General de Poder Judicial, p. 367, la describe como "una situación óptima en la cual la importación, exportación o tránsito de productos originarios de los Estados miembros o de terceros Estados puestos en 'libre práctica' según prevé el artículo 10 del TCE, se producen de un Estado miembro a otro, sin que medie obstáculo alguno de cualquier índole, sea de naturaleza jurídica o fáctica imputable a un Estado miembro".

sentido y alcance de la prohibición de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación (en adelante MEE), e incluso de sus respectivas excepciones, no puede limitarse a la exposición sistemática de las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea[3] (en adelante TCE) que resultan directamente aplicables y que, como tendremos ocasión de comprobarlo más adelante, representan el núcleo principal de la regulación de la libre circulación de mercancías. Para ello se requiere indefectiblemente dar cuenta de la evolución de la interpretación de tales preceptos sobre la base de la jurisprudencia que, en este ámbito, se ha desarrollado con especial intensidad a partir de la década de los años setenta.

La contribución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE a partir de ahora) ha sido decisiva para la firme consecución de la libre circulación de mercancías –uno de los sectores más importantes del mercado interior europeo– más que en ninguna otra libertad económica. Como del propio texto del TCE no se puede deducir el concepto de MEE, el TJCE se ha visto en la necesidad de desarrollar una definición del mismo, y de delimitar los supuestos y condiciones bajo los cuales tales medidas están justificadas por una exigencia de interés nacional no desproporcionada. En efecto, la evolución histórica de la jurisprudencia sobre la libre circulación de mercancías muestra distintos criterios, que han sido adoptados por el TJCE, respecto de aquello que los artículos 28 y 29 del TCE (antes artículos 30 y 34[4]) han pretendido prohibir; vale decir, tanto las restricciones cuantitativas como todas las MEE. Especialmente, se han esgrimido argumentos que suponen una ampliación del ámbito de la libre circulación de mercancías y, consecuencialmente, una concepción extensiva de la noción de MEE y de las causas de justificación de las medidas restrictivas de dicha libertad económica.

En cualquier caso, la articulación del principio general de libre circulación de mercancías regulado en el TCE con las excepciones previstas en el artículo 30 (antes artículo 36) del mismo, constituye uno de los puntos más conflictivos de cara al proceso de construcción de un mercado único que exige la abolición, entre los Estados miembros de la Unión Europea, de los obstáculos a las libertades económicas comunitarias (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales). La necesidad de atender a estos intereses está fuera de toda duda; el problema es que dichas exigencias se emplean, a menudo, como escudo legitimador de medidas proteccionistas nacionales, lo cual resulta inadmisible y plantea serios conflictos, cuya resolución ha correspondido al TJCE.

El propósito de este trabajo es explicar la evolución de la noción de MEE y, en relación con ello, las conexiones existentes entre la prohibición de tales medidas y las excepciones a la libre circulación de mercancías. A través de un breve recorrido histórico por

3 El actual Tratado de Niza, que entró en vigor en 2003, seguirá rigiendo las actividades de la Unión Europea hasta que todos los Estados miembros hayan finalizado el proceso de ratificación del nuevo Tratado de Lisboa.

4 En este punto es necesario advertir que las constantes referencias a sentencias y textos doctrinales anteriores al cambio de numeración del TCE que se produjo a partir de la firma del Tratado de Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, se referían evidentemente a la numeración original. Sin embargo, nos ha parecido mejor unificar la numeración del articulado del TCE con el fin de evitar equívocos, y en todo caso el lector debe tener en cuenta, a partir de ahora, que el artículo 28 es el antiguo artículo 30, el artículo 29 es el antiguo artículo 34 y el artículo 30 es el antiguo artículo 36 del TCE.

la jurisprudencia del TJCE, analizaremos, primero, las interpretaciones que sobre el tema se han dado en sentencias clave que se circunscriben a tres períodos distintos. A continuación, examinaremos el papel de las excepciones a la prohibición de MEE que contiene el artículo 30 del TCE y de las llamadas "exigencias imperativas" que el TJCE ha admitido en su jurisprudencia, como nuevas causas de justificación. Por último, revisaremos brevemente algunas de las sentencias más relevantes en las que el TJCE ha aplicado la protección de los derechos fundamentales, reconocidos en los principios generales del Derecho comunitario y las "tradiciones constitucionales comunes", como límite a las libertades económicas que conforman el mercado interior europeo, en especial la libre circulación de mercancías.

I. Evolución jurisprudencial del concepto de MEE y de las excepciones a su prohibición

Dada la relación que existe entre cualquier regla de derecho y su excepción, resulta necesario precisar algunas ideas respecto del concepto de MEE, cuya prohibición se contempla en los artículos 28 y 29 del TCE, para luego analizar las excepciones a la misma.[5] Sin duda en los preceptos mencionados se condensa uno de los instrumentos jurídicos fundamentales utilizados para promover la integración europea, pero su aplicación directa por los Estados miembros ha necesitado que el TJCE proceda a la interpretación de sus términos un tanto confusos. La clara comprensión de las distintas disposiciones del TCE va a determinar no sólo los límites sustantivos que se le imponen esencialmente a los Estados miembros[6] en el ejercicio de sus competencias reguladoras, sino también cómo van a ser controlados en sus decisiones por los jueces nacionales ejerciendo como jueces comunitarios y, en última instancia, por el TJCE.

La doctrina ha entendido que mientras el concepto de restricciones cuantitativas es –en principio– de fácil comprensión,[7] la noción de MEE ofrece una dificultad particularmente compleja que se refleja en su evolutiva delimitación jurisprudencial por parte del TJCE. Por esta razón, un recorrido histórico por la jurisprudencia comunitaria nos permi-

5 Téngase en cuenta que tanto el ámbito de aplicación y el alcance del artículo 30 del TCE y de las llamadas "exigencias imperativas", depende ante todo del alcance de la propia definición de MEE; pues, en principio, como norma de excepción tal disposición no debe entrar en consideración hasta que no se haya determinado la existencia de una MEE.

6 Aunque, como sostiene buena parte de la doctrina, la prohibición establecida en los artículos 28 y 29 del TCE se dirige tanto a los Estados miembros como a las instituciones comunitarias, las regulaciones de aquéllos son las que han caído comúnmente en la prohibición establecida en las referidas normas. Al respecto, vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2004), *Unión económica y descentralización política*. Madrid: Tirant lo Blanch, pp. 437-441.

7 Las restricciones cuantitativas (contingentes o cuotas) eran obstáculos no arancelarios a la libre circulación de mercancías fácilmente identificables, que los Estados miembros lograron suprimir antes de 1970. En este sentido, vid. MARTÍNEZ LAGE, S. (1993), La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. J. LIÑAN NOGUERAS (Dirs.), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*. Madrid: Civitas, p. 713.

tirá mostrar las diferentes interpretaciones –muchas veces contradictorias- del concepto de MEE ofrecidas por el TJCE, especialmente a partir del artículo 28 del TCE. Para ello, dado que una descripción exhaustiva de la amplia casuística existente en esta materia pecaría por exceso, procederemos a examinar, a la luz de las sentencias más relevantes, la transformación de la noción de MEE y, por consiguiente, de los criterios adoptados para delimitar las excepciones a su prohibición que puedan justificar estas medidas siguiendo un criterio cronológico similar al utilizado por WEILER.[8]

1. Primer período (1970-1979): de "Dassonville" a "Cassis de Dijon"

El TJCE ha establecido claramente que las MEE son siempre obstáculos a la libre circulación de mercancías originados por actos imputables a los Estados miembros. Sin embargo, en los primeros años de jurisprudencia el TJCE no elaboró un concepto propio de MEE; tan sólo se limitó a aplicar los criterios elaborados por la entonces Comisión de las Comunidades Europeas en la Directiva 70/50, de 22 de diciembre de 1969,[9] determinando, caso por caso, si el tipo de medidas que se producían en los asuntos sometidos a su consideración eran incompatibles o no con el TCE.[10]

En las primeras sentencias que pronunció el TJCE durante este período, los obstáculos al comercio intracomunitario puestos de relieve se caracterizan sobre todo por referirse a medidas discriminatorias[11] que, de hecho o de derecho, se aplican únicamente a las importaciones o que imponen a las mercancías importadas unas condiciones de comercialización distintas y más onerosas que las exigidas a la producción nacional. Así, por ejemplo, en el asunto *Internacional Fruit Company*[12] se observa como, implícitamente, se

8 Este autor sugiere examinar la extensa jurisprudencia comunitaria sobre las MEE en cinco generaciones sucesivas. Vid. WEILER, J.H.H. (1999), The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movementof Goods, en P. GRAIG y G. DE BÚRCA (Eds.), *The Evolution of EU Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 349-376.

9 Esta Directiva, relativa a la supresión de medidas que tienen un efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación, fue adoptada por la Comisión pocos días antes de la finalización del período transitorio tras el cual se producía la aplicabilidad plena del antiguo artículo 30 del TCE por el TJCE. Sin tener un valor vinculante jurídicamente para el TJCE, dicha Directiva sí tiene una importante función interpretativa y pone de manifiesto la opinión intermedia que del concepto de MEE esgrimía la Comisión en aquellos años. Pasando a un examen de la Directiva, en cuanto a la naturaleza de las medidas objeto de los entonces artículos 30 y siguientes del TCE, pone de relieve que en el término "medida" se incluye todo el elenco y esfera de actuaciones en las que puede manifestarse un Estado: disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas; las prácticas administrativas; incitaciones; la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Y en cuanto a sus efectos, la Directiva confirma que tal noción se extiende tanto a las medidas que obstaculizan las importaciones que podrían tener lugar si no existieran estos obstáculos, como a las medidas que hacen más difíciles las importaciones o encarecen éstas frente a la producción nacional.

10 Vid., entre otros, asunto 7/61, *Comisión/Italia*, sentencia de 19 de diciembre de 1961, Rec. 1961, pp. 636 y ss., y asunto 7/68, *Comisión/Italia*, sentencia de 10 de diciembre de 1968, Rec. 1968, pp. 618 y ss.

11 En el asunto 13/63, *Comisión/Italia*, sentencia de 17 de julio de 1963, Rec. IX, pp. 384 y 385, el TJCE establece la distinción entre discriminación formal y discriminación material. La discriminación es formal cuando se da un tratamiento diferenciado a situaciones distintas; y material, cuando se tratan de forma diferente situaciones similares o de forma similar situaciones dispares.

12 Vid. asuntos acumulados 51 a 54/71, *Internacional Fruit Company*, sentencia de 15 de diciembre de 1971, Rec. 1971, pp. 1107 y ss.

reflejaba la posibilidad de que existiesen condiciones más onerosas sufridas por los productos en su importación al exigirse una licencia, es decir, un trato no idéntico sino menos favorable para las importaciones que para los productos nacionales. En esta sentencia en la que se incorpora a la lista de las MEE las licencias de importación y exportación, incluidas aquellas concedidas automáticamente que la Comisión no se había atrevido a calificar como tales durante el período de transición, el TJCE no aportó ninguna definición propia, pero impuso, al menos, una tendencia a interpretar de manera extensiva la noción de MEE admitiendo así medidas cuyos efectos restrictivos sólo son potenciales. Luego, en el asunto *Geddo,*[13] en el cual se cuestionaban los diversos mecanismos de intervención de un organismo público estatal dirigidos a proteger la producción nacional de arroz, el TJCE hizo un primer intento en puntualizar la noción de MEE a través de una fórmula que se inspiraba en la definición jurisprudencial de las exacciones de efecto equivalente;[14] pues, procurando distinguirlas de las restricciones cuantitativas que se refieren a medidas que tienen el carácter de "prohibición total o parcial de importación, exportación o de tránsito", aclara que las MEE "no son sólo las que se presentan en forma de tales prohibiciones sino también las que se presentan en forma de obstáculos cualquiera que sea su denominación o técnica que tengan el mismo efecto". Básicamente, el TJCE destaca con esta fórmula el carácter heterogéneo de las medidas que pueden incluirse en el concepto de MEE, lo que explica su gran amplitud desde la perspectiva del efecto equivalente.

En otros asuntos, con el propósito de someter los derechos de propiedad intelectual y comercial al Derecho comunitario, el TJCE ideó en sus sentencias una fórmula ingeniosa para definir las MEE que consiste en deducir del artículo 28 del TCE que si el Tratado no afecta a la existencia de los derechos reconocidos de propiedad, el ejercicio de estos derechos en cambio sí que puede ser objeto de prohibición por el TCE.[15] No obstante, es poco después del asunto *Sacchi*[16] donde el TJCE realiza una de las primeras aproximacio-

13 Vid. asunto 2/73, *Geddo*, sentencia de 12 de julio de 1973, Rec. 1973, pp. 865 y ss.

14 Sobre la definición de exacción de efecto equivalente del TJCE, vid. asuntos acumulados 2 y 3/69, *Diamantarbeiders*, sentencia de 1 de julio de 1969, Rec. 1969, pp. 211 y ss.

15 En el asunto *Deutsche Grammophon*, por ejemplo, el TJCE utilizó la referida fórmula para justificar la incidencia del derecho comunitario sobre los derechos de propiedad industrial, salvaguardando a la vez –al menos, formalmente– las competencias de los Estados miembros en esta materia. En este sentido, declaró que el hecho de invocar un derecho cercano al derecho de autor para prohibir la comercialización de productos puestos en circulación por su titular y con su consentimiento en otro Estado miembro, constituía una prohibición que venía a consagrar el aislamiento de los mercados nacionales y, por tanto, ello era contrario a los objetivos del mercado interior europeo al impedir la reimportación de estos productos. El obstáculo que se consideró incompatible con el Derecho comunitario era, por tanto, el producido por la compartimentación de los mercados nacionales como consecuencia de tal protección. Como ocurrió en el mencionado asunto, el TJCE examinó parte de los casos sometidos a su consideración durante los inicios del período que ahora nos ocupa, exclusivamente a la luz del artículo 30 del TCE sin mencionar de forma específica la prohibición de MEE consagrada en los artículos 28 y 29 del mismo. Vid. asunto 78/70, *Deutsche Grammophon*, sentencia de 8 de junio de 1971, Rec. 1971, pp. 487 y ss.

16 Vid. asunto 155/73, *Sacchi*, sentencia de 30 de abril de 1974, Rec. 1974, pp. 409 y ss, en el cual el TJCE, a pesar de que no estimó aplicable al caso las reglas de la libre circulación de mercancías, recoge no obstante textualmente la definición del artículo 3 de la Directiva 70/50 de la Comisión que contempla la posibilidad de que ciertas medidas indistintamente aplicables pueden incluirse en el concepto de MEE. De esta forma, se rechaza, al menos implícitamente, la tesis restrictiva que supone que sólo pueden pertenecer a la

nes al concepto de MEE del artículo 28 del TCE, cuando proporciona realmente su propia concepción de tales medidas en el asunto *Dassonville,*[17] que la doctrina no sólo considera una sentencia fundamental, sino que estima a la vez que constituye la primera definición jurisprudencial básica de la noción de MEE.[18]

Respecto de los hechos que suscitaron esta relevante sentencia, debemos recordar los siguientes: B. y G. Dassonville, comerciantes en bebidas alcohólicas, que habían importado desde Francia un lote de Wisky escocés "Johnny Walker" y "Vat 69", eran perseguidos penalmente por infringir una ley belga que, para la comercialización de ciertos productos para los que existía una denominación de origen, exigía un certificado de origen para probar la autenticidad de los productos. Los referidos comerciantes, que sólo poseían un documento acreditativo de la adquisición de los productos, no pudieron aportar los referidos certificados de origen a las autoridades belgas debido a que en Francia no se exigían tales certificados. En su defensa los comerciantes alegaron la incompatibilidad de la ley belga con el Derecho comunitario. Así, el Tribunal de Bruselas sometió al TJCE una cuestión prejudicial, surgida en el proceso penal, por la cual se pretendía determinar si la ley belga era compatible con las normas del TCE. La regulación, que fue considerada contraria al TCE, tenía por efecto hacer imposibles o muy difíciles las importaciones cuando no procedieran directamente del país de origen de las mercancías. En efecto, la obligación de aportar un certificado de origen del producto para que éste pudiera ser comercializado en Bélgica no era fácilmente realizable en el caso de que el producto hubiese sido previamente puesto en venta en un tercer Estado comunitario que no estableciese tal requisito, como era el caso de Francia. La medida favorecía a los importadores que adquirían el producto directamente en el Estado de origen desde Bélgica, normalmente belgas, frente a los distribuidores que querían importar a Bélgica desde terceros países.

En esta ocasión el TJCE tuvo que dar una definición de MEE, diciendo que ésta es "toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario". Diversas interpretaciones se han dado a esta definición judicial, concretamente respecto de la concurrencia de dos elementos: medida estatal y efecto restrictivo de ésta sobre los intercambios intracomunitarios.[19] No obstante, si algo resulta claro de la sentencia

noción de MEE las medidas que discriminan las importaciones o exportaciones excluyéndose la posibilidad de incluir también medidas indistintamente aplicables. En efecto, en la referida sentencia, el TJCE considera que una medida indistintamente aplicable reguladora de la comercialización de los productos puede restringir la libre circulación de mercancías excediendo los efectos intrínsecos de las normas de comercio; hecho éste que ocurre cuando los efectos restrictivos son desproporcionados en relación con el objetivo que se quiere promover.

17 Vid. asunto 8/74, *Dassonville*, sentencia de 11 de julio de 1974, Rec. 1974, pp. 837 y ss.

18 Vid., entre otros, OLIVER, P. (1990), *Libre circulación de mercancías en la CEE*. Madrid: BEX Publicaciones, p. 100; MARTÍNEZ LAGE, S., ob. cit., pp. 723 y ss.; STOFFEL VALLOTTON, N. (2000), *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea*. Madrid: Dikynson, pp. 368 y ss.; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., ob. cit., pp. 471 y ss.

19 Vid. LÓPEZ ESCUDERO, M. (1994), La jurisprudencia Keck y Mithouard: Una revisión del concepto de medida de efecto equivalente, *Revista de Instituciones Europeas*, 21, mayo-agosto: p. 382; y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., ob. cit., pp. 473 y ss.

Dassonville es que ésta ofrece una definición basada en un criterio de determinación objetivo que sólo tiene en cuenta el efecto restrictivo de la medida.

Deteniéndonos en los términos de la referida definición se observa, en primer lugar, que la expresión "reglamentación comercial" ha de entenderse en el sentido más amplio posible (las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas; las prácticas administrativas,[20] e incluso, las incitaciones;[21] la jurisprudencia de los tribunales nacionales),[22] aunque, consecuencialmente, las acciones adoptadas por los particulares que restrinjan el comercio intracomunitario entrarían en el ámbito de prohibición de las normas sobre libre competencia (artículos 81 y 82 del TCE), salvo que puedan ser imputables, por acción u omisión, a las autoridades estatales.[23] En segundo lugar, la medida debe ser susceptible de constituir un obstáculo al comercio intracomunitario, "sin que se exija para ello la prueba de traba efectiva, sino la simple eventualidad del obstáculo potencial".[24] Y por último, la medida puede aplicarse o no en frontera.[25] En virtud de ello, se amplió el concepto de MEE para inscribir como tales no sólo a las medidas específicamente aplicadas a productos importados (las medidas distintamente aplicables), sino también aquellas medidas concebidas para ser aplicadas indistintamente a productos nacionales o procedentes de otros Estados miembros, cuyos efectos restrictivos resultaren excesivos o desproporcionados.[26]

20 En el asunto *Comisión/Francia*, el TJCE consideró como MEE una práctica de la administración francesa sistemáticamente desfavorable hacia una empresa inglesa que pretendía comercializar en Francia unos aparatos para el franqueo portal. La comercialización exigía un permiso previo de las autoridades francesas, que mantuvieron una actitud obstruccionista y renuente ante la demanda de la sociedad inglesa. Vid. asunto 21/84, *Comisión/Francia*, sentencia de 9 de mayo de 1985, Rec. 1985, pp. 1364 y ss.

21 Un célebre ejemplo lo encontramos en el asunto 249/81, *Comisión/Irlanda*, sentencia de 24 de noviembre de 1982, Rec. 1981, p. 4005, en el que se afirma que la actuación de una empresa privada podía ser calificada de MEE por ser imputable a un Estado miembro, cuyo Gobierno era el que designaba los miembros del Comité de Dirección, concedía subvenciones y había incitado la campaña publicitaria "Buy Irish".

22 Vid. asunto 58/80, *Dans Supermarked*, sentencia de 22 de enero de 1981, Rec. 1981, pp. 181 y ss.

23 Vid. asunto 265/95, *Comisión/Francia*, sentencia de 9 de diciembre de 1997, Rec. 1997, p. 6959 (conocido como el caso "fresas"), en el que se consideró MEE a la inadecuada prevención y represión por parte de las autoridades francesas de los ataques y amenazas de sus agricultores a los camioneros y distribuidores de frutas y hortalizas españolas.

24 Vid. ABELLÁN HONRUBIA, V., B. VILÀ COSTA (Dirs.) y A. OLESTI RAYO (Coord.) (2002). *Lecciones de Derecho comunitario Europeo*. Barcelona: Ariel, p. 237.

25 A este respecto es significativo el asunto 18/84, *Comisión/Francia*, sentencia de 7 de mayo de 1985, Rec. 1985, p. 1339, en el que se calificó de MEE a una restricción cuantitativa a determinados pasajes de la normativa francesa sobre fiscalidad directa, que reconocían ciertos beneficios vinculados al consumo de productos nacionales, mientras que tales beneficios fiscales no se concedían, o eran más reducidos, cuando el sujeto pasivo consumía productos de otros Estados comunitarios.

26 En este sentido, resulta ilustrativo lo que PÉREZ DE LAS HERAS expresa acerca de la amplia noción de MEE: "(…) A modo de síntesis, puede afirmarse que dos tipos de previsiones han sido catalogados, en una primera fase de esta jurisprudencia comunitaria, como medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. En primer lugar, las exigencias comerciales de carácter discriminatorio, esto es, aquellas que sólo afectan a los productos importados; así, por ejemplo, la previsión de un calendario de importación o la obligación de exportar un producto nacional para poder importar simultáneamente otro procedente de un Estado miembro. En este caso, se trata de restricciones muy evidentes, fácilmente detectables y reprochables. En segundo lugar, también han sido consideradas medidas de efecto equivalente aquellas exigencias comerciales indistintamente aplicables, es decir, no discriminatorias por imponerse también a los productos nacionales, cuando requeridas a las mercancías extranjeras, sin que ello se justifique de forma objetiva y propor-

El TJCE consolidó su jurisprudencia confirmando en sucesivas ocasiones[27] el amplio concepto de MEE ofrecido en el asunto *Dassonville*. Esto permitió a lo largo de los años encajar en dicho concepto, y consecuencialmente reprimir, toda una multiplicidad de exigencias comerciales impuestas por las legislaciones internas, al parecer sin distinguir si se trataba de una medida distinta o indistintamente aplicable.[28] Tan evidente severidad siguió manifestándose en las sentencias ulteriores,[29] pero el TJCE no se había encontrado en todos los casos con medidas realmente indistintamente aplicables. Es decir, la definición de la noción de MEE se deducía, al menos *prima facie*, del examen de medidas que presentaban a la vez que un elemento objetivo de restricción de los intercambios, un elemento adicional subyacente de diferencia de trato desfavorable para las importaciones o para las exportaciones. Por ello, como ya indicamos, para el TJCE bastaba una definición objetiva fundada únicamente en el efecto restrictivo producido por la medida, lo que evidentemente supondría que cualquier regulación que, por lo general, tiene efectos restrictivos sobre los intercambios y, por tanto, sobre las importaciones, puede prácticamente ser sometida al escrutinio del TJCE.

La interpretación correcta de la sentencia *Dassonville* apunta, por tanto, hacia una interpretación extensiva de la noción de MEE, a la vez que extensiva es también la exégesis del artículo 30 del TCE en relación con las causas de justificación que permiten a los Estados miembros la adopción de medidas nacionales contrarias a los artículos 28 y 29 del TCE, si van destinadas a proteger determinados intereses sociales (orden público, salud pública, vida de los animales y vegetales o propiedad intelectual y comercial). En efecto, el TJCE estimó en el asunto *Dassonville* que la medida restrictiva estaba incluida objetivamente en la prohibición prevista en el artículo 28 del TCE a causa de su efecto, y sólo sus excepciones podrían eximirle de su aplicación. Así, mientras no se instituya un régimen

cional, se han saldado igualmente en una paralización o restricción cuantitativa del comercio comunitario. Este último tipo de medida de efecto equivalente, no discriminatoria, se ha manifestado esencialmente a través de las denominadas "trabas técnicas", restricciones derivadas de la disparidad de las legislaciones nacionales técnicas o comerciales referidas a la fabricación y elaboración de productos (…)". Vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B. (2004), *El mercado interior europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales.* Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 42-43.

27 Por ejemplo, vid. asunto 82/77, *Van Tiggele*, sentencia de 24 de enero de 1978, Rec. 25; asunto13/78, *Eggers*, sentencia de 12 de octubre de 1978, Rec. 1935; y asunto 119/78, *Peurex*, sentencia de 13 de marzo de 1979, Rec. 975.

28 Para WEILER la jurisprudencia establecida en *Dassonville* supondría aceptar que el TCE ha pretendido suprimir los obstáculos injustificados al comercio y no meramente las medidas discriminatorias y proteccionistas. Vid. WEILER, J.H.H., ob. cit., p. 353.

29 Cabe mencionar especialmente el asunto 190/73, *Officier Van Justitie/Van Haaster*, sentencia de 30 de octubre de 1974, Rec. 1974, pp. 1123 y ss. En este caso la medida en litigio era una reglamentación en Holanda que prohibía el cultivo de bulbos de jacinto a cualquier horticultor que no fuera titular de un permiso de cultivo válido para la campaña del año 1974. El Reglamento holandés, que pretendía vigilar y controlar la calidad y tamaño de estos bulbos que estaban esencialmente destinados a la exportación, fue considerado contrario al Reglamento 234/68 del Consejo que instituía la organización común del mercado de plantas y productos de floricultura y especialmente su artículo 10 que prohíbe las restricciones cuantitativas y las MEE. El TJCE dio la misma interpretación a la referida prohibición que la existente en el ámbito de los artículos 28 y 29 del TCE, aplicando la severidad del criterio de la sentencia *Dassonville* a una medida que no afectaba directamente a la exportación. Aunque la medida era desproporcionada en relación con el fin que perseguía, el TJCE no pretendió analizar esta cuestión, puesto que le bastó para proscribir la medida el constatar su efecto restrictivo.

comunitario que garantice a los consumidores la autenticidad del producto, un Estado miembro puede adoptar medidas para impedir prácticas desleales siempre que estas medidas sean razonables y que los medios de prueba exigidos no produzcan como efecto un obstáculo al comercio. Con ello, el TJCE introduce la posibilidad para los Estados miembros de adoptar medidas para la protección de los consumidores; no obstante, este interés estatal que no se encontraba incluido entre las excepciones a la prohibición de MEE contenidas en el artículo 30 del TCE y que permitía prescindir la aplicación de tal prohibición, se trata de una excepción supeditada a que no existiera armonización de la legislación a nivel comunitario en esta materia y que las medidas fuesen razonables.[30]

En este asunto el TJCE mostró tener ciertas dudas sobre si podía considerar o no a la protección al consumidor dentro de las causas de justificación del artículo 30 del TCE, como una ampliación de las mismas, debido a la peculiaridad de la medida que se cuestionaba en el litigio.[31] En efecto, el TJCE declaró que sin necesidad de examinar si tales medidas de protección del consumidor caben incluirse o no en el referido precepto, en cualquier caso, en virtud del principio expresado en la segunda frase del mismo, estas medidas no podrían constituir un medio de discriminación arbitraria o una restricción encubierta en el comercio entre los Estados miembros. En este sentido, aplicando por analogía el criterio estipulado en la segunda frase del artículo 30 del TCE a esta nueva excepción, el TJCE consideró como una discriminación arbitraria o una discriminación encubierta las formalidades exigidas por la ley belga.

Sin embargo, quedaba sin resolver si había que deducir de la sentencia *Dassonville* que el TJCE quería decir que estas medidas razonables para proteger el consumidor estaban fuera de la prohibición de MEE del artículo 28 del TCE, o que formaban parte de ésta pero se exceptuaban de su aplicación. El TJCE había estimado en el caso concreto que una medida distintamente aplicable, que establecía una condición más gravosa para las importaciones de productos en libre práctica, no era una medida razonable ni tampoco una medida justificable según la segunda frase del artículo 30 del TCE, lo que no despejaba la duda sobre esta cuestión.

Ahora bien, en el asunto *Dassonville* la novedad de la definición de MEE fue la de abrir la posibilidad de incluir la medida, inclusive si era indistintamente aplicable, en el concepto y no sólo como consecuencia de su desproporción en relación con un objetivo estatal legítimo. Y para paliar los efectos de la ampliación del concepto de MEE, el TJCE introduce la llamada "*rule of reason*"[32] de la protección del consumi-

30 Vid. STOFFEL VALLOTTON, N. (2000), *La prohibición de restricciones…*, ob. cit., pp. 372-375.

31 Téngase en cuenta que si el Abogado General TRABUCHI añadía en sus conclusiones que el artículo 30 del TCE tan sólo permitía a cada Estado miembro proteger sus propios intereses estatales y no los de otro Estado miembro, podría sostenerse que como, en realidad, en el caso de una denominación de origen ésta tiende a proteger al Estado productor y no al Estado donde se importa el producto, el TJCE no se atrevió, quizás con fundamento en esta razón, a incluir la protección del consumidor en el precepto mencionado. Vid. Conclusiones del Abogado General TRABUCHI, en el asunto *Dassonville*.

32 Con esta nueva modalidad de excepción, el TJCE, sin restringir en realidad la noción amplia de MEE de su sentencia *Dassonville*, introduce la técnica jurisprudencial anglosajona de la "*rule of reason*" en base a la cual un principio general puede quedar atemperado o modulado a lo que resulte razonable en cada caso concreto. Al respecto, vid. el comentario de MARTÍNEZ LAGE, ob. cit., p. 750.

dor.[33] Pero con las sentencias en los asuntos *Tasca*[34] y *Sadam*,[35] el TJCE se encontró con reglamentaciones de precios que por su propia naturaleza eran indistintamente aplicables a todos los productos, sean nacionales o importados. En estos dos casos se planteaba al TJCE si las reglamentaciones de precios del denominado "*Comitato interministeriale dei prezzi*" italiano, que establecían precios máximos al consumo de azúcar, eran compatibles con los reglamentos comunitarios que rigen la organización común de mercado del azúcar y con el principio de libre circulación de mercancías previsto en el artículo 28 del TCE. El examen de estas medidas requería, por tanto, de un análisis más detenido.[36] Por ello, al tiempo que se repetía el criterio del asunto *Dassonville*, el TJCE advertía en las nuevas sentencias que las medidas indistintamente aplicables, en principio, no son MEE, asumiendo de esta forma una tesis intermedia.

Se produjo, por consiguiente, una matización en la excesiva severidad, al menos potencial, de la sentencia *Dassonville*. En efecto, se pone de relieve en esta fase de la jurisprudencia del TJCE que el criterio único del efecto restrictivo no era suficiente para determinar la existencia de una MEE cuando se trataba de una medida indistintamente aplicable, sino que se requerían otros criterios adicionales, tales como la existencia de una diferencia de trato o discriminación, o un perjuicio específico para las importaciones. Siendo así se puede sostener que la definición de MEE, tal y como resulta de la jurisprudencia generada por la sentencia *Dassonville*, es una definición genérica, lo que significa que toda medida restrictiva no debe considerarse, *prima facie*, englobada en el referido concepto sino sólo que puede tomarse en consideración como tal.

Otra opinión relevante que se puede destacar es la adoptada en el asunto *Kramer*,[37] en el que el TJCE incluye en el concepto de MEE las medidas que afectan a la producción y no sólo a la comercialización. En esta sentencia destaca que, después de haberse definido el alcance del obstáculo, el TJCE rechaza la aplicabilidad al caso de la prohibición de MEE a la luz de una nueva y verdadera "*rule of reason*" del artículo 30 del TCE, según la cual si la fijación de cuotas de captura para la conservación de recursos biológicos tienen por efecto disminuir las cantidades que los Estados miembros pueden intercambiar, no

33 La protección al consumidor no es una de las causas de justificación contenida en el artículo 30 del TCE. Se encuentra, por tanto, ya en la sentencia *Dassonville* el origen de la doctrina de las "exigencias imperativas" adoptada explícitamente unos años después en la sentencia *Cassis de Dijon* y que supondrá el reconocimiento de la existencia de una serie de intereses públicos, más allá de los recogidos en el artículo 30 del TCE, capaces de justificar las medidas estatales indistintamente aplicables que obstaculizan el comercio intracomunitario.

34 Vid. asunto 65/75, *Tasca*, sentencia de 26 de febrero de 1976, Rec. 1976, pp. 291 y ss.

35 Vid. asunto 90/75, *Sadam*, sentencia de 26 de febrero de 1976, Rec. 1976, pp. 323 y ss.

36 El TJCE estimó que la fijación unilateral por un Estado miembro de precios máximos a la venta de azúcar, cualquiera que sea el nivel de comercialización considerado, es incompatible con el Reglamento 1009/67 si pone en peligro los objetivos y el funcionamiento de esta organización común y especialmente su régimen de precios. Y dado que el artículo 35 del Reglamento comunitario mencionado no hacía más que trasladar el artículo 28 del TCE, el TJCE estimó que en todo caso si un precio máximo se aplica a productos importados constituye una MEE, especialmente cuando se ha fijado a un nivel tan bajo que –teniendo en cuenta la situación general de los productos importados comparada a la de los productos nacionales– los operadores que deseen importar productos sólo podrían hacerlo con pérdida.

37 Vid. asuntos acumulados 3, 4 y 6/76, *Kramer*, sentencia de 14 de julio de 1976, Rec. 1976, pp. 1279 y ss.

puede considerarse estas medidas entre las que prohíbe el TCE, puesto que el elemento determinante es que a largo plazo tales medidas son necesarias para asegurar un rendimiento óptimo y constante de la pesca. Se concluye que el objetivo es legítimo y la medida necesaria se justifica, por lo que esta última escapa de la prohibición del artículo 28 del TCE. Desde un punto de vista terminológico, el TJCE parece no considerar que se trate de una excepción –pese al criterio sostenido en *Dassonville*–, sino más bien de una exclusión del concepto de MEE.[38] En cualquier caso, la jurisprudencia del TJCE considera en este asunto, al igual que lo hizo en otros, que el efecto restrictivo es un elemento definitorio previo y orientador, pero no decisivo para determinar la existencia de una MEE, puesto que tiene que intervenir otro factor como el de la discriminación. De lo contrario, la lógica necesariamente hubiera determinado que las medidas indicadas constituían una excepción al concepto de MEE en la medida en que la definición del artículo 28 del TCE alcanza, según el TJCE, medidas como las del asunto *Kramer* que restringen la captura de pesca.

2. Segundo período (1979-1985): de "Cassis de Dijon" a "Cinèthèque"

Los avances en el proceso de construcción del mercado común hicieron que pronto se cuestionara ante el TJCE la inclusión en la fórmula *Dassonville* de reglamentaciones que se aplicaban por igual a la producción nacional y a las importaciones, pero que beneficiaban a los productos nacionales. Son normas indistintamente aplicables a una y a otra, pero que, al adoptarse en función de los hábitos nacionales de producción, suponen un obstáculo adicional a la comercialización de las mercancías importadas. La inclusión de este tipo de medidas en la noción de MEE de la sentencia *Dassonville* se concretó en una sólida línea jurisprudencial, iniciada por la sentencia *Cassis de Dijon*[39] y mantenida por el TJCE en las sentencias similares.

En el asunto *Cassis de Dijon* se cuestionaba la compatibilidad con el artículo 28 del TCE de una regulación alemana que imponía un contenido mínimo de alcohol a determinadas categorías de licores para poder ser comercializados en Alemania. La medida se aplicaba de forma indistinta a los productos alemanes y a los importados de otros Estados miembros, pues el criterio de aplicación no era el origen del producto sino la cantidad de alcohol del mismo; no siendo dicha medida, por tanto, ni formal ni materialmente discriminatoria. A pesar de ello la norma alemana ejercía un efecto proteccionista, porque se adaptaba a la producción nacional e impedía la comercialización en Alemania de licores legalmente producidos y comercializados en otros Estados miembros, como el *"Cassis de Dijon"*.

Antes de proceder a analizar las principales novedades y cuestiones que plantea esta sentencia, conviene recordar los hechos que estuvieron en la base del litigio: Rewe

38 En este sentido, STOFFEL VALLOTTON, N. (2000), *La prohibición de restricciones…*, ob. cit., pp. 385-386, estima que este caso es un ejemplo que evidencia la ausencia de matización por parte del TJCE para distinguir entre excepción y exclusión de la noción de MEE, lo que, a juicio de la autora, dificultó la posibilidad de fijar sus límites y alcance.

39 Vid. asunto 120/78, *Rewe-Zentrale AG*, sentencia de 20 de febrero de 1979, Rec. 1979, pp. 649 y ss.

Zentrale AG, que era un importador, había solicitado al Monopolio de bebidas alcohólicas alemán la autorización para importar de Francia a Alemania ciertas bebidas alcohólicas y entre éstas el *"Cassis de Dijon"*, cuyo porcentaje en alcohol etílico (*"esprit de vin"*) era de 20%. En contestación a tal solicitud, el *Bundesmonopolverwaltung* señaló que no se necesitaba autorización de importación para estas bebidas, pero añadía que el *"Cassis de Dijon"*, una vez importado, no podría ser comercializado en Alemania porque la ley reguladora del referido Monopolio de alcoholes establecía que sólo podrían comercializarse bebidas alcohólicas destinadas al consumo humano con una graduación alcohólica superior a 32% y, en caso de los licores de frutas, a 25%. De esta forma la ley alemana tenía por consecuencia indirecta impedir totalmente las importaciones del referido licor o, en su caso, obligaba a una fabricación especial para su comercialización en Alemania. Rewe Zentrale AG estimó que la referida medida era contraria al artículo 28 del TCE y producía una compartimentación artificial entre el mercado de Alemania y los demás Estados miembros incompatible con la segunda frase del artículo 30 del TCE, por lo que reclamó contra esta decisión ante el Tribunal administrativo de Hesse, quien remitió, con carácter prejudicial, una serie de cuestiones relacionadas con el litigio al TJCE.

Sobre la cuestión ¿es la regulación alemana una MEE?, el TJCE afirmó en su sentencia que la medida cuestionada constituye un obstáculo a los intercambios comerciales incompatible con las disposiciones del artículo 28 del TCE, de acuerdo con los siguientes razonamientos: primero, "que en ausencia de una normativa común sobre la producción y comercialización del alcohol (…) correspondería a los Estados miembros regular, en su propio territorio, todo lo concerniente a la producción y comercialización del alcohol y bebidas alcohólicas"; segundo, que "los obstáculos a la libre circulación intracomunitaria resultante de las disparidades de las legislaciones nacionales sobre la comercialización de los productos en causa deben aceptarse en la medida en que estas prescripciones puedan reconocerse como necesarias para satisfacer exigencias imperativas teniendo en cuenta, especialmente, la eficacia de los controles fiscales, la protección de la salud pública, la lealtad de las transacciones comerciales y la defensa de los consumidores"; tercero, que las prescripciones referentes al contenido mínimo de alcohol de bebidas espirituosas no persiguen una finalidad de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías; y cuarto, que "el efecto práctico de prescripciones de este género consiste principalmente en asegurar una ventaja a las bebidas espirituosas de fuerte graduación alcohólica, alejando del mercado nacional los productos de otros Estados miembros que no se ajuntan a esta especificación".

Podemos observar como en esta sentencia el TJCE sostiene la existencia de límites a la actuación de los Estados miembros para establecer regulaciones sobre la producción y comercialización de los productos en ausencia de normativa comunitaria, pero sin que tales límites los derive de la distribución de competencias realizada por el TCE, ya que los mismo proceden del reconocimiento que en el TCE se hace de determinados bienes y derechos. Y aunque en esta ocasión no se aporta una nueva definición de la noción de MEE, el TJCE, al igual que ocurría en el asunto *Dassonville*, utiliza como criterio para determinar si una medida estatal es una MEE el concepto de "obstáculos a la circulación intracomunitaria", cuya creación puede deducirse de las actuaciones de los Estados miembros en ejercicio de sus propias competencias. Sin embargo, como la medida estatal de

cuya conformidad con el TCE se discutía en el asunto *Cassis de Dijon* era una medida indistintamente aplicable, ya no resultaba posible sostener que la definición de la noción de MEE no es atribuible a las medidas indistintamente aplicables por el mero hecho de que éstas produjeran un efecto restrictivo –interpretación que no había sido del todo rechazada en *Dassonville–,* por lo que se exigía además que se diera una diferencia de trato en función del origen del producto o, dicho de otra manera, un perjuicio específico para las importaciones.[40] Así, tras *Cassis de Dijon* no cabe duda de que el propósito del TCE sería ir más allá del control del proteccionismo formal, pues también obstaculizan el comercio intracomunitario las medidas estatales indistintamente aplicables.

La novedad más importante que aporta la sentencia *Cassis de Dijon* es que, contrariamente a la tesis jurisprudencial hasta entonces sostenida, las medidas indistintamente aplicables al producir un efecto restrictivo sobre las importaciones van a incluirse también en el concepto de MEE, salvo si éstas son necesarias para satisfacer "exigencias imperativas". En efecto, al declarar el TJCE que debían aceptarse los obstáculos que resultaban de las disparidades entre legislaciones nacionales, en la medida en que éstos fuesen necesarios para satisfacer "exigencias imperativas", se podía deducir, *a contrario sensu*, que cuando no fueran necesarios para satisfacer dichas "exigencias imperativas" tales obstáculos no eran aceptables.[41] Ello significó una extensión tan considerable de la noción de MEE que afectaba de forma destacable las competencias residuales de los Estados miembros, que obligó al TJCE a permitir, como ya lo había hecho en el asunto *Dassonville* al introducir la protección al consumidor a las "*reasonable measure*", modular esta prohibición a fin de resguardar ciertos objetivos estatales esenciales que, al no figurar entre las causas de justificación del artículo 30 del TCE –a excepción de la salud pública–, denominó "exigencias imperativas". De manera que, la doctrina de las "exigencias imperativas" permite considerar que una medida que obstaculiza el comercio intracomunitario no es contraria al TCE por promover determinados objetivos legítimos no contenidos en el artículo 30 del mismo, pues los medios empleados resultan necesarios y proporcionales, sin que puedan alcanzarse dichos objetivos por otros medios menos restrictivos para el comercio intracomunitario.[42]

Según palabras de DE LA QUADRA-SALCEDO, con las "exigencias imperativas" lo que se pretendía evitar era "que los Estados no pudiesen regular para promover determinados objetivos y valores ante la eventualidad de que obstaculizasen el comercio, pues ello supondría en primer lugar la aceptación de un vacío mientras la Comunidad no actuase y en segundo lugar un vaciamiento de facto de competencias que corresponden a los

40 Vid. JOLIET, R. (1995), La libre circulación de mercancías: las sentencias Keck y Mithouard y las nuevas orientaciones de la Jurisprudencia, *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, serie D, 23: 13.

41 A partir de la sentencia *Cassis de Dijon*, las medidas indistintamente aplicables pueden incluirse en el concepto de MEE por su mero efecto restrictivo sobre las importaciones, presumiéndose su incompatibilidad con el artículo 28 del TCE, correspondiendo a los Estados miembros probar que al establecer dicha medida perseguían fines legítimos para justificar su compatibilidad con la disposición señalada.

42 Esta técnica denominada de "*rule of reason*" permite aplicar en cada caso un "test" de objetividad, proporcionalidad, causalidad, para determinar cuándo nos hallamos ante una de las llamadas "exigencias imperativas" o intereses dignos de protección que justificaría la reglamentación adoptada por el Estado miembro que restringe la libre circulación de mercancías.

Estados".[43] Así, la posibilidad de que nuevos objetivos legítimos, más allá de los establecidos en el artículo 30 del TCE, justificasen las regulaciones estatales que obstaculizan el comercio intracomunitario sugerido en la sentencia *Dassonville*, se articula definitivamente en la sentencia *Cassis de Dijon*, agrupándose tales objetivos bajo el concepto de "exigencias imperativas".

Estos intereses públicos determinados serán concretados y ampliados por el TJCE en la jurisprudencia posterior[44] luego de comprobar que el fin perseguido por la regulación estatal es un fin amparado por el Derecho comunitario, pues los supuestos citados por la propia sentencia *Cassis de Dijon* no suponen un número cerrado tal como se desprende del uso del adverbio "especialmente" por parte del TJCE. No obstante, en *Cassis de Dijon* se parece adoptar un escrutinio más estricto que el mero control de razonabilidad sugerido por *Dassonville* para determinar si la medida obstaculizadora está finalmente justificada. En efecto, una vez probado que la causa de justificación alegada puede ser considerada legítima, por tratarse de una de las llamadas "exigencias imperativas", el TJCE parece estimar necesario en la referida sentencia la aplicación de alguna de las comprobaciones que conforman el principio de proporcionalidad.[45] En el caso concreto decidido en *Cassis de Dijon*, el TJCE considera varias causas de justificación de la medida alemana como objetivos legítimos (la protección de la salud, la lealtad de las transacciones comerciales y la protección al consumidor), pero al aplicar el juicio de la necesidad como criterio de proporcionalidad, estima impropia la medida estatal para promover tales objetivos, especialmente la protección al consumidor a través de una información adecuada por existir alternativas menos restrictivas del comercio intracomunitario.[46]

Otra novedad de la sentencia *Cassis de Dijon* es el principio de reconocimiento mutuo. Este principio se concreta en la obligación de los Estados miembros de aceptar en su territorio la importación y la comercialización de productos que son legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros, aunque no reúnan exactamente las mismas características técnicas o elementos de composición que exige su legislación nacional, pero responden de manera satisfactoria a los mismos objetivos e intereses legítimos

43 De la Quadra-Salcedo Janini, T., ob. cit., p. 497.

44 A lo largo de su jurisprudencia el TJCE ha ido aumentando las "exigencias imperativas" que justificarían el establecimiento de obstáculos a la libre circulación de mercancías. Vid., entre otros, asunto 155/80, *Oebel*, sentencia de 14 de julio de 1981, Rec. 1981, p. 1993; asunto 181/82, *Roussel*, sentencia de 29 de noviembre de 1983, Rec. 1983, p. 3849; asunto 302/86, *Comisión/Dinamarca*, sentencia de 20 de septiembre de 1988, Rec. 1988, p. 4607; asunto 126/91, *Yves Rocher*, sentencia de 18 de mayo de 1993, Rec. 1993, pp. I-2384; asunto 368/95, *Vereinigte Familiapress*, sentencia de 26 de junio de 1997, Rec. 1997, pp. I-3689.

45 La sentencia *Cassis de Dijon* no adopta explícitamente el principio de proporcionalidad como instrumento para realizar el escrutinio de las regulaciones obstaculizadoras del comercio intracomunitario; sin embargo, sí que utiliza algunas de las comprobaciones que conforman tal principio, aplicando un escrutinio más estricto que el mero *test* de razonabilidad sugerido en *Dassonville*. Será en sentencias posteriores, cuando el TJCE claramente adopta el principio de proporcionalidad en toda su extensión como instrumento jurisprudencial para determinar la justificación de las regulaciones obstaculizadoras del comercio intracomunitario.

46 Vid. Weiler, J. H. H., ob. cit., p. 368, quien considera que el etiquetado de los productos no siempre es una alternativa igual de eficaz que la estandarización de los productos para proteger al consumidor de la confusión; pues algunos consumidores incluso con un etiquetado adecuado se verán confundidos: unos porque no pueden leer y otros porque no leen. Para este autor la capacidad comunicativa de las etiquetas es limitada.

que inspiran la propia normativa interna. Sin embargo, pese a que la proclamación del reconocimiento mutuo por parte del TJCE "ha resultado ser un medio de acción eficaz en la eliminación de las trabas técnicas",[47] como veremos más adelante, esta relevante aportación judicial no ha sido por sí sola suficiente para erradicar este tipo de restricciones, pues también ha sido indispensable la armonización de las legislaciones nacionales.[48]

La interpretación de la sentencia *Cassis de Dijon* a la luz de la jurisprudencia posterior, pone de relieve que no cabe afirmar que cualquier medida indistintamente aplicable es una MEE por el mero hecho de ser restrictiva para las importaciones. Para ello deben concurrir circunstancias adicionales, en particular que haya un efecto perjudicial adicional para las importaciones o, en su caso, una compartimentación total o artificial de los importaciones. En la sentencia *Peureux*[49] el TJCE declara nuevamente que si los obstáculos al comercio intracomunitario que resultan de disparidades entre disposiciones de legislaciones nacionales, aún sin armonizar, referentes a la comercialización y a la utilización de ciertos productos no constituyen -en principio- MEE, es con la condición expresa de que estas disposiciones se apliquen sin discriminación a productos importados de otros Estados miembros y productos fabricados en el territorio nacional. Así pues, contrariamente a la fórmula *Cassis de Dijon*, el TJCE no parece incorporar "*ipso facto*" al concepto de MEE las medidas que resultan de disparidades entre legislaciones nacionales aún sin armonizar por el mero hecho de que obstaculicen la libre circulación de mercancías; más bien puede concluirse que sólo se incorporan tales medidas a la noción de MEE cuando se produzca una discriminación.[50] El TJCE sigue esta nueva metodología interpretativa en la sentencia *Groenveld*,[51] en la que examina, esta vez, una medida indistin-

47 PÉREZ DE LAS HERAS, B., ob. cit., p. 44

48 Para DE LA QUADRA-SALCEDO, T., ob. cit., p. 508, el principio de reconocimiento mutuo supuso una revolución en la forma de enfrentarse al proceso de integración por parte de las instituciones comunitarias, las cuales ya no tendrían que armonizar todas y cada una de las reglamentaciones comerciales. A través del reconocimiento mutuo quedaban de facto y automáticamente armonizadas las diversas regulaciones estatales que tuvieran un nivel equivalente, siendo solamente necesaria la armonización en los supuestos en que los Estados miembros tuviesen niveles de protección distintos.

49 Vid. asunto 119/78, *Peureux*, sentencia de 13 de marzo de 1979, Rec. 1979, pp. 975 y ss.

50 Hay que destacar que en el asunto *Peureux* se trataba en realidad de una medida distintamente aplicable que discriminaba expresamente las importaciones al prohibir la destilación de materias primas importadas. Por ello, no dejan de desconcertar estas afirmaciones gratuitas del TJCE respecto a medidas indistintamente aplicables, puesto que ni siquiera se trataba de distinguir entre medidas indistintamente aplicables "de facto" o "de iure". Tal vez el TJCE haya pretendido simplemente dejar clara su posición respecto de las medidas indistintamente aplicables.

51 Vid. asunto 15/79, *Groenveld*, sentencia de 8 de noviembre de 1979, Rec. 1979, pp. 3409 y ss. En este caso la legislación neerlandesa prohibía a todo fabricante de charcutería almacenar o transformar carne de caballo, salvo excepciones para las carnicerías de caballo (éstas podían fabricar charcutería con esta carne exclusivamente para su venta directa al consumidor). Como la importación y exportación de charcutería con carne de caballo no estaban prohibidas en Holanda, la reglamentación cuestionada afectaba sólo a la producción nacional. El TJCE estimó que la referida reglamentación no constituía una medida de efecto equivalente a la exportación, toda vez que el artículo 29 del TCE considera las medidas nacionales que tienen por objeto o por efecto restringir específicamente las corrientes de exportación y establecer de esta manera una diferencia de trato entre comercio interno de un Estado miembro y su comercio de exportación a fin de asegurar una ventaja particular a la producción nacional o al mercado interno de un Estado miembro interesado en detrimento de la producción y del comercio de otros Estados miembros. Tal no sería el caso,

tamente aplicable a las exportaciones y recoge una noción más restrictiva circunscrita al ámbito de la discriminación, lo que le permite evitar incorporar la medida restrictiva en el concepto del artículo 29 del TCE.

Ahora bien, la razón por la que en muchos casos la medida indistintamente aplicable no se incorpora "*ipso facto*" al concepto de MEE, proviene de que la ampliación de esta noción comporta una llamada "*rule of reason*", haciendo que el examen de la medida se haga globalmente con su causa de justificación.[52] No se va a aplicar mecánicamente el criterio de *Dassonville*, sino que éste servirá para detectar las medidas que potencialmente pueden pertenecer al concepto, pues la incorporación definitiva va a depender del grado de justificación o de la adecuación de la medida al fin perseguido. Aunque las medidas indistintamente aplicables no se incorporen "*ipso facto*" a la noción de MEE van a gozar, no obstante, cuando sean restrictivas, de la presunción de que son contrarias a las disposiciones del artículo 28 del TCE; por lo que la carga de la prueba de que se justifica la medida, corresponderá al Estado miembro que invoca una justificación de la exclusión de tal medida del concepto de MEE.[53]

En cuanto a la distinción entre las "exigencias imperativas" y los intereses estatales protegidos en el artículo 30 del TCE, a partir de la sentencia *Comisión/Grecia*[54] sobre la pureza de la cerveza, y en la sentencia *Comisión/Francia*[55] también llamada "sucedáneos de leche", el TJCE examina conjuntamente ambas categorías de excepciones a la prohibición de MEE. Ello podría tener cierta lógica si se consideran tales causas de justificación como "exigencias imperativas", tratándose de medidas indistintamente aplicables incorporables al concepto de MEE por razón de su efecto restrictivo. Pero, en la sentencia *Miro,*[56] el TJCE pone de relieve el examen tanto de las "exigencias imperativas" como de las pro-

según el TJCE, de una prohibición que se aplica objetivamente a la producción de mercancías de determinada clase sin hacer distinción según se destine al mercado nacional o a la exportación. Consideró, por tanto, irrelevante el mero efecto restrictivo de la medida a partir del momento en que no existía discriminación formal. Este criterio fue luego confirmado en el asunto 155/80, *Oebel*, sentencia de 14 de julio de 1981, Rec. 1981, pp. 1993 y ss.

52 En este sentido, vid. asunto 130/80, *Keldermann*, sentencia de 19 de febrero de 1981, Rec. 1981, pp. 527 y ss., en el cual *Keldermann* había importado "*brioches*" de Francia con un contenido en materia seca que no coincidía con las exigencias de la legislación neerlandesa, por lo que fue perseguido penalmente por haber comercializado en Holanda este alimento. El TJCE consideró que la medida era un obstáculo a la libre circulación de mercancías, pero fue luego de haber verificado si se justificaba por razones de interés general (protección de la salud y protección del consumidor), lo cual rechazó y concluyó, ulteriormente, que el obstáculo a la comercialización "no se justifica por ningún motivo de interés general, por tanto la aplicación al pan importado, de la legislación nacional en la materia constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa prohibida por el art. 30".

53 En algunos casos el TJCE no aplica sistemáticamente la presunción deducida del asunto *Cassis de Dijon*, de que corresponde al Estado miembro la carga de la prueba de que se justifica una medida restrictiva. Muestra interesante de ello es el asunto 188/84, *Comisión/Francia*, sentencia de 28 de enero de 1986, Rec. 1986, pp. 419 y ss., en el que no se aplica esta regla. En cambio, en los asuntos 176 y 178/84, *Comisión/Grecia* y *Comisión/Alemania*, sentencias de 12 de marzo de 1987, Rec. 1987, el TJCE vuelve a subrayar que corresponde al Estado miembro la carga de demostrar la adecuación y proporcionalidad de la medida.

54 Vid. asunto 176/84, sentencia de 12 de marzo de 1987, Rec. 1987, pp. 1193 y ss.

55 Vid. asunto 216/84, sentencia de 23 de febrero de 1988, Rec. 1988, pp. 793 y ss.

56 Vid. asunto 182/84 de 26 de noviembre de 1985, Rec. 1985, pp. 3731 y ss.

tecciones al artículo 28 del TCE, lo que significa que procede al análisis de las "exigencias imperativas" fuera del marco de dicho artículo al igual que si se tratara del artículo 30 del TCE. Esta equiparación crea una línea jurisprudencial que se aleja, a nuestro entender, de la sentencia *Robertson*[57] en la que el TJCE había recalcado expresamente que el examen de la medida indistintamente aplicable y las "exigencias imperativas" que pudieran justificarla, se hacía en el marco del artículo 28 del TCE. Y parece también contrario al examen global (medida + justificación) al que el TJCE ha procedido con frecuencia tras la sentencia *Cassis de Dijon*.

En 1985 se produce una nueva ampliación de los tipos de medidas estatales encuadrables en la noción de MEE establecida por la sentencia *Dassonville*. Aunque de modo menos constante y más controvertido, tal ampliación se plasmó esencialmente en la consideración como MEE de reglamentaciones relativas al ejercicio de la actividad comercial o "modalidades de venta" (como la prohibición de ciertos sistemas de publicidad, de la publicidad comparativa de precios, la prohibición de venta a domicilio de ciertos productos o de su promoción, etc.), que obligan al productor o importador a utilizar sistemas de publicidad o métodos de venta o comercialización distintos según el Estado de destino de sus productos.[58] En efecto, la sentencia *Cinèthèque*[59] establece que las medidas indistintamente aplicables y sin efectos proteccionistas, pero que obstaculizan el comercio intracomunitario, constituyen MEE en el sentido de la fórmula *Dassonville*. En este asunto se cuestionaba la compatibilidad con el artículo 28 del TCE de una reglamentación francesa que prohibía la difusión de cintas de video de películas producidas por la industria cinematográfica, hasta que no hubiera transcurrido un año desde el comienzo de su proyección en salas de cine. La disposición se aplicaba indistintamente a videos de producción nacional y extranjera, no suponiendo, por tanto, discriminación alguna; pues el objetivo de la medida estatal no era favorecer el comercio nacional, sino proteger mínimamente la producción cinematográfica en general. En su decisión final, sin embargo, el TJCE constató que objetivamente la aplicación de la reglamentación francesa era susceptible de restringir el comercio intracomunitario de películas grabadas en cintas de video, debido a la disparidad de regímenes que en este sentido eran aplicables en los diferentes Estados miembros. Así, el TJCE extiende la prohibición del artículo 28 del TCE a toda exigencia interna relativa a modalidades de venta de productos que objetivamente entorpezca los intercambios con otros Estados miembros, incluso aunque su aplicación produzca el mismo efecto restrictivo en el comercio interno; pero a pesar de ello, se acabó justificando la medida estatal cuestionada, ya que la restricción no iba más allá de lo estrictamente necesario para asegurar la explotación

57 Vid. asunto 220/81, sentencia de 22 de junio de 1982, Rec. 1982, pp. 2349 y ss. En esta decisión, analizando el TJCE una medida belga a la luz de la protección del consumidor declaró su voluntad de no integrar las "exigencias imperativas" en el artículo 30 del TCE.

58 Sobre esta línea jurisprudencial que se inicia con la sentencia Cinèthèque en relación a las modalidades de venta, vid. el excelente análisis de LÓPEZ ESCUDERO, M. (1997). La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la Sentencia Keck y Mithouard, *Gaceta Jurídica de la CE*, D-28: pp. 67-72.

59 Vid. asuntos acumulados 60 y 61/84, *Cinètèque*, sentencia de 11 de julio de 1985, Rec. 1985, p. 2605.

prioritaria de las salas de cine de todo origen. Esta pretensión de interés cultural resultaba así compatible con el Derecho comunitario.

Estos razonamientos de la sentencia *Cinèthèque* han sido aplicados por el TJCE en una abundante jurisprudencia ulterior, que considera como MEE las normas nacionales indistintamente aplicables y no proteccionistas, pero generadoras de obstáculos en el comercio intracomunitario. Este bloque jurisprudencial agrupa sentencias relativas a reglamentaciones nacionales de tres tipos: 1) medidas nacionales neutras que se refieren básicamente a las técnicas de venta y modalidades de promoción de productos, cuyo efecto restrictivo proviene de su disparidad con las de otros Estados miembros;[60] 2) medidas nacionales neutras, cuyo efecto restrictivo no depende de la disparidad con las de otros Estados miembros;[61] y 3) medidas nacionales neutras relativas básicamente a la apertura de los comercios minoristas en domingo, con un efecto tenue sobre el comercio intracomunitario.[62]

60 Vid. asunto 369/88, *Delattre*, sentencia de 21 de marzo de 1991, Rec. 1991, pp. I-1487, en el que una norma francesa que otorgaba a las oficinas de farmacia la exclusividad de venta de las especialidades farmacéuticas, imposibilitaba así la venta por correo en Francia de productos parafarmacéuticos legalmente comercializados en Bélgica; asunto 362/68, *GB-INNO-BM*, sentencia de 7 de marzo de 1990, Rec. 1990, pp. I-667, en el que una reglamentación luxemburguesa, que prohibía la publicidad de las rebajas en la que constaba la duración de la oferta y los precios anteriores, impedía de este modo la difusión en Luxemburgo de unos prospectos publicitarios de la cadena belga de supermercado que eran legales conforme al Derecho belga; y asunto 126/91, *Yves Rocher*, sentencia de 18 de mayo de 1993, Rec. 1993, pp. I-2384, en el que una disposición alemana que prohibía la publicidad mediante comparaciones de precio, impedía de esta forma a la empresa Yves Rocher vender en Alemania cosméticos fabricados en Francia, cuya publicidad se efectuaba mediante catálogo en el que figuraba el antiguo precio tachado junto al nuevo precio, más bajo y resaltado en rojo. En todas estas sentencias el TJCE sigue un razonamiento idéntico para considerar que las reglamentaciones sobre modalidades de venta o métodos de promoción de ventas constituyen MEE: indica que estas normas son indistintamente aplicables a productos nacionales e importados y no condicionan directamente las importaciones, pero generan una disminución de éstas al afectar las posibilidades de comercialización de las mercancías importadas. La divergencia entre las normas del país de origen de la mercancía y las del país de destino, obliga al productor a utilizar sistemas de publicidad y métodos de venta distintos en los diferentes Estados miembros o a prescindir de alguno de estos métodos.

61 En algunos casos el TJCE ha considerado MEE, según la fórmula *Dassonville*, a unas reglamentaciones nacionales neutras que restringen indirectamente el comercio intracomunitario, por canalizar y reducir el volumen de ventas de mercancías importadas, con independencia de que en el país de origen de la mercancía haya o no una normativa similar. En este sentido, vid. asuntos 1/90 y 176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior S.A. y Publivía S.A.E.*, sentencia de 25 de julio de 1991, Rec. 1991, pp. I-4151 y ss; asunto 60/89, *Monteil & Samanni*, sentencia de 21 de marzo de 1991, Rec. 1991, pp. I-1547 y ss; y asunto 271/92, *Laboratoires de protheses oculaires (LPO)*, sentencia de 25 de mayo de 1993, Rec. 1993, pp. I-2919 y ss.

62 En concreto, el TJCE ha analizado en varias sentencias que las normas nacionales sobre el cierre dominical de los comercios, de carácter neutro y no proteccionista, afectan por igual a la venta de productos nacionales y de mercancías importadas, sin hacer más difícil la comercialización de éstas. Sin embargo, y a pesar de que tales reglamentaciones no van destinadas a la regulación del comercio intracomunitario de mercancías, el cierre dominical puede generar un efecto restrictivo sobre la libre circulación de mercancías, porque produce una disminución del volumen de ventas tanto de los productos nacionales como de los productos importados. Este eventual efecto restrictivo es el que lleva al TJCE a aplicar a estos supuestos la jurisprudencia Cinèthèque y considerar implícitamente que las normas nacionales sobre la apertura de los comercios minoristas en domingo constituyen MEE. En este sentido, vid. asunto 312/89, *Conforama*, sentencia de 28 de febrero de 1991, Rec. 1991, pp. I-997 y ss; y asunto 332/89, *Marchandise*, sentencia de 28 de febrero de 1991, Rec. 1991, pp. I-1027 y ss.

Con esta nueva jurisprudencia la noción de MEE de la sentencia *Dassonville* se extiende de forma desmesurada,[63] ya que cualquier reglamentación comercial de un Estado miembro que difiera de la de los otros Estados, crea un obstáculo técnico que compartimenta el mercado nacional y lo impermeabiliza frente al acceso de productos comercializados legalmente en otros Estados miembros. Por consiguiente, todas las reglamentaciones comerciales pueden constituir -en principio- MEE y su legalidad puede ser puesta en duda por los agentes económicos.

3. Tercer período (1989-1993): de "Torfaen" a "Keck y Mithovard"

Apartándose de los razonamientos establecidos en los asuntos *Dassonville*, *Cassis de Dijon* y *Cinèthèque*, el TJCE ha dictado algunas sentencias marginales en las que consideró que normas nacionales neutras con un escaso efecto restrictivo sobre el comercio intracomunitario no encajaban en la noción de MEE. En todos los casos se trataba de normas indistintamente aplicables y no proteccionistas, que sólo ejercían un indirecto, eventual e hipotético efecto restrictivo sobre la libre circulación de mercancías.

Algunas de estas sentencias se refieren a normas reguladoras de las modalidades de venta. Así, en la sentencia *Blesgen,*[64] el TJCE estimó que no era MEE una reglamentación belga que prohibía la venta a menores, en todo tipo de establecimientos públicos, de bebidas alcohólicas con más de 22 grados, porque no tenía nexo con el comercio intracomunitario, no afectaba a las otras modalidades de venta del mismo producto y permitía la comercialización por otros canales diferentes. En otros asuntos, las medidas nacionales cuestionadas no estaban relacionadas con las modalidades de venta de las mercancías, sino que se trataba de reglamentaciones muy heterogéneas con una cierta incidencia en el comercio intracomunitario. Este es el caso de la sentencia *Forest*,[65] donde se analizaba la compatibilidad con el artículo 28 del TCE de una normativa francesa que preveía la atribución a cada molino de un contingente de trituración anual de trigo blando para su transformación en harina destinada al consumo humano interior. La superación de dicho contingente de trituración se sancionaba con una multa y con la confiscación de las cantidades indebidamente molidas. Los molinos sólo podían aumentar la capacidad de trituración que se derivaba de dicha contingentación si cumplían determinadas condiciones, en particular la adquisición de derechos de molturación en el mercado. En este asunto, el TJCE consideró que la normativa francesa no era una MEE porque "aún cuando la limitación de las cantidades de trigo cuya trituración se autorice puede impedir que los molineros compren trigo, todos los molineros gozan de libertad para abastecerse, total o parcialmente de trigo importado. Parece, por tanto, que dicha medida de contingentación relativa a la pro-

63 Según MARTÍNEZ LAGE la jurisprudencia *Cinèthèque* "no sólo no está justificada en el artículo 30, sino que, de proseguir, habrá de llevar al Tribunal a pronunciarse sobre las más diversas reglamentaciones comerciales nacionales que, a simple vista, se advierte que no son contrarias al derecho comunitario porque ni pretenden ni producen discriminación alguna…" Vid. MARTÍNEZ LAGE, S., ob. cit., pp. 727 y 728.

64 Vid. asunto 75/81, *Blesgen*, sentencia de 31 de marzo de 1982, Rec. 1982, pp. 1211 y ss.

65 Vid. asunto 148/85, *Forest*, sentencia de 25 de noviembre de 1986, Rec. 1986, pp. 3449 y ss.

ducción de harina no tiene, en realidad, relación alguna con la importación de trigo y no puede constituir un obstáculo para el comercio entre los Estados miembros".

A diferencia de los casos señalados, observamos, sin embargo, que en el asunto *Torfaen*[66] donde el concepto de MEE alcanza una medida indistintamente aplicable neutra, sin vínculo con la importación y que no producía tampoco una obstaculización total de las importaciones, el TJCE en lugar de excluir *a priori* de tal concepto la referida medida estatal, tuvo en cuenta su efecto restrictivo y aplicó una mezcla de distintos criterios: consideró el asunto *Cinèthèque* y examinó globalmente la medida recordando la Directiva 70/50 de la Comisión y remitiendo finalmente al juez nacional la decisión última sobre la aplicación del artículo 28 del TCE. En dicho asunto *B & Q*, la empresa más importante en venta de artículos de bricolaje y jardinería en el Reino Unido, había sido perseguida penalmente por el Concejo Municipal de *Torfaen Borough* por haber infringido el artículo 47 del *Shops Act* de 1950 al haber abierto al público los domingos sus establecimientos de venta al por menor en este ámbito municipal, en contra de la legislación inglesa. En su defensa la referida empresa alegó que la prohibición era una MEE contraria al artículo 28 del TCE y, a su entender, no cabía justificar dicha medida ni por el artículo 30 del TCE ni con arreglo a ninguna "exigencia imperativa". Al efecto, B & Q argumentó que la aplicación de la prohibición del comercio dominical reducía indirectamente, en términos absolutos, el volumen de las importaciones al Reino Unido de muchos artículos procedentes de otros Estados miembros que la empresa vende en sus tiendas y debe, por tanto, considerarse una MEE.

El TJCE constató que la medida en cuestión era una medida indistintamente aplicable a productos importados y productos nacionales, que no suponía un perjuicio adicional para las importaciones, dejando entender que la medida parecía totalmente neutra. Recordó, además, que aún siendo una medida indistintamente aplicable, la prohibición sólo era compatible con el principio de libre circulación de mercancías si los eventuales obstáculos que causa al comercio intracomunitario no iban más allá de lo que es necesario para garantizar el objetivo fijado y si este objetivo se justificaba. Estimó en este sentido que la normativa en cuestión perseguía un fin justificado que consiste en la regulación de los horarios de trabajo como expresión de determinadas opciones político-sociales y económicas, cuya apreciación corresponde a los Estados miembros, y que no se aplicaba a tal normativa la prohibición del artículo 28 del TCE, mientras sus efectos restrictivos no rebasasen del ámbito de los efectos propios de tal normativa.

El TJCE no se pronuncia sobre la comprobación de la proporcionalidad de la medida cuestionada, remitiéndose a la apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales quienes deben decidir cuándo los efectos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías exceden los efectos propios de una normativa comercial. En este punto el TJCE afirma aplicar lo establecido en el artículo 3 de la Directiva 70/50, de 22 de diciembre de 1969, a pesar de que tal precepto se refería a la comprobación de la proporcionalidad de aquellas medidas indistintamente aplicables que hacían más difícil o costosas las importaciones

66 Vid. asunto 145/88, *Torfaen,* sentencia de 23 de noviembre de 1989, Rec. 1989, pp. 3851 y ss.

que la venta de la producción doméstica, algo que no produce una medida como la del cierre dominical, que pudiera afectar a las importaciones pero no de forma distinta a como afecta las ventas de productos nacionales.

Este fallo, fruto de la nueva tendencia hacia una aplicación mecánica de la definición *Dassonville* a medidas indistintamente aplicables, mostraba la extensión y el grado de complejidad al que había llegado la posición del TJCE respecto de la prohibición de MEE, marcando el punto de partida de un replanteamiento sobre el alcance del artículo 28 del TCE y la noción amplia de MEE. Sin embargo, en otras decisiones subsiguientes al asunto *Torfaen*, el TJCE intentó, de nuevo, poner límites a la aplicación del artículo 28 del TCE.[67]

La jurisprudencia marginal que excluye del concepto de MEE determinadas normas neutras con un escaso efecto restrictivo y que ha dado lugar a interpretaciones divergentes y, en muchos casos, muy críticas,[68] refleja una cierta preocupación del TJCE por marcar los límites de la noción de MEE definida muy ampliablemente en la sentencia *Dassonville*, y que la sentencia *Cinèthèque* extiende a prácticamente cualquier reglamentación comercial de los Estados miembros. A partir de 1993 el TJCE da un giro a su jurisprudencia sobre la noción de MEE, pues la necesidad de limitar la noción de MEE aflora claramente en algunos asuntos respecto de las reglamentaciones nacionales relativas a modalidades y promoción de ventas. Más concretamente, en la sentencia *Keck y Mithouard*,[69] en la que los responsables de supermercados en Alsacia habían sido perseguidos penalmente por haber infringido la legislación francesa que prohibía la reventa de productos en el mismo Estado en que se obtuvieron a precios inferiores a su precio de compra, esto es, que prohibía la reventa a pérdida, la resolución del TJCE afirmaba que: "en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando, la aplicación a productos de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville*,

67 Por ejemplo, en el asunto *Quietlynn* se cuestionaba una norma británica que sólo permitía la venta de artículos pornográficos en tiendas autorizadas para ello. La empresa *Quietlynn* y el Sr. Richards gerente de la misma habían sido perseguidos penalmente por haber explotado sus locales sin autorización para vender semejantes productos, por lo que ambos alegaron que la prohibición era contraria al artículo 28 del TCE. El TJCE estimó que esta reglamentación no tiene "ninguna relación con los intercambios intracomunitarios ya que la comercialización de los productos contemplados por dicha ley puede efectuarse a través de tiendas autorizadas y también por otros medios (…). Además, dichas disposiciones no tienen el objeto de regular los intercambios intracomunitarios de mercancías y, por tanto, no pueden obstaculizar el comercio entre los Estados miembros". Se resolvió este asunto declarando que la reglamentación cuestionada no constituye una MEE, excluyendo prima facie la referida medida estatal del concepto sin utilizar ninguna fórmula ambigua, determinando que el efecto restrictivo sólo era parcial e irrelevante, puesto que no había ni cierre de las importaciones ni perjuicio adicional para las mismas. Se trataba, por tanto, de una medida indistintamente aplicable que no tenía carácter discriminatorio, ni suponía un perjuicio adicional ni un cierre de las importaciones. De esta forma el TJCE regresa a criterios anteriores al asunto *Cinèthèque* aceptando que aunque exista un efecto restrictivo no siempre es aplicable la fórmula *Dassonville*. Vid. asunto 23/89, *Quietlynn Limited y Brian James Richards*, sentencia de 11 de julio de 1990, Rec. 1990, pp. I-3059 y ss.

68 Vid. MATTERA, A. (1991), *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*. Madrid: Civitas, p. 293.

69 Vid. asuntos acumulados 267 y 268/91, *Keck y Mithouard*, sentencia de 24 de noviembre de 1993, Rec. 1993, pp. I-6097 y ss.

siempre que dicha disposición se aplique a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en territorio nacional y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a los de procedencia de otros Estado miembros". Consecuentemente, concluye el fallo judicial que "el art. 30 (hoy artículo 28 del TCE) no se aplica a una legislación de un Estado que prohíba de modo general la reventa a pérdida" (paréntesis agregados).

Según el TJCE la legislación francesa, que prohíbe de manera general la reventa a pérdida, no constituye una MEE, porque es una norma reguladora de las modalidades de venta que se aplica por igual a todos los operadores económicos y no beneficia la posición competitiva de los productos franceses en perjuicio de las mercancías importadas. Además, apunta el TJCE que su objeto no es la regulación de los intercambios intracomunitarios de mercancías, aunque pueda incidir negativamente sobre las importaciones, como consecuencia de la disminución del volumen de venta generado por la prohibición de un medio de promoción de las mismas, como es la reventa a pérdida.

Así pues, cabe entender a la luz de la sentencia *Keck y Mithouard* y de la jurisprudencia posterior que la confirma,[70] que quedan excluidas de la noción de MEE las reglamentaciones nacionales referidas a las modalidades de venta, indistintamente aplicables y de carácter neutro. En consecuencia, sólo seguirían prohibidas como MEE, según la jurisprudencia *Dassonville* y *Cassis de Dijon*, aquellas reglamentaciones indistintamente aplicables que regulan las características de los productos que no pueden justificarse como "exigencias imperativas" según la jurisprudencia comunitaria o en alguno de los motivos de excepción que autoriza el artículo 30 del TCE.[71]

Esta nueva doctrina judicial no sólo limita las medidas que se pueden incluir en la definición *Dassonville* de MEE, sino que también abandona y deroga la jurisprudencia anterior que se había desarrollado a partir de la sentencia *Cinèthèque*, que incluía en dicha definición las medidas neutras y no proteccionistas. Recuérdese que la jurisprudencia *Cinèthèque* no era homogénea y en ella habían tres grupos de sentencias, por lo que es

70 La utilización del criterio señalado y la determinación de cuáles son las normas relativas a las "modalidades de venta", en expresión conocida "cuándo, dónde, cómo o quién puede vender un producto", ha dado una abundante jurisprudencia a partir del asunto *Keck y Mithouard*, excluyendo de la noción de MEE reglamentaciones relativas a normas de prohibición de ciertas formas de promoción de publicidad televisiva (vid. asunto 412/93, *Leclere-Siplec*, sentencia de 9 de febrero de 1995, Rec. 1995), horarios de apertura de establecimientos y cierre dominical (vid. asunto *Tankstation t'Heukske y Boermans*, sentencia de 2 de junio de 1994, Rec. 1994), o reserva de comercialización de las leches infantiles en farmacia (vid. asunto *Comisión/Grecia*, sentencia de 29 de junio de 1995, Rec. 1995), o venta por menor de tabaco en Italia (vid. asunto *Banchero*, sentencia de 14 de diciembre de 1995, Rec. 1995) o de bebidas alcohólicas en Suecia (vid. asunto 189/95, *Franzen*, sentencia de 23 de octubre de 1997, Rec. 1997).

71 La propia sentencia *Keck y Mithouard* confirma expresamente la continuidad y vigencia de la línea jurisprudencial iniciada en *Dassonville* y *Cassis de Dijon*, al afirmar que constituyen MEE "los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de admonición de las legislaciones, de la aplicación a las mercancías procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legalmente, de normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías (como lo relativo a su denominación, formas, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, acondicionamiento), aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que esta aplicación no pueda ser justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de libre circulación de mercancías".

necesario determinar si todas ellas han quedado abrogadas por la sentencia *Keck y Mithouard.* Sin duda, las sentencias sobre la apertura de los comercios minoristas en domingo y las referentes a medidas nacionales neutras, cuyo efecto restrictivo es independiente de las disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros (sentencias *Aragonesa de Publicidad Exterior S.A. y Publivía S.A.E.*, *Monteil & Samanni* y *LPO)*, quedan abrogadas por la sentencia *Keck y Mithouard*. En cambio, resulta menos evidente la abrogación de las sentencias sobre modalidades de venta y métodos de promoción de ventas, que consideraron MEE a reglamentaciones nacionales neutras cuyo efecto restrictivo se debía a la divergencia entre las normas de los distintos Estados miembros. Este tipo de medidas se aplican por igual a todos los agentes económicos ubicados en el territorio del Estado en cuestión y afectan del mismo modo a los productos nacionales y a los importados, por lo que se trata de reglamentaciones neutras y no proteccionistas que, en principio, no serían MEE a tenor de la sentencia *Keck y Mithouard*. Sin embargo, este tipo de normas genera un obstáculo técnico en el comercio intracomunitario que tiene su origen en la disparidad entre las reglamentaciones de distintos Estados miembros, que obliga a los agentes económicos a la modificación de una estrategia de venta legalmente aplicada en un Estado miembro para penetrar en el mercado de otro Estado,[72] con lo que el acceso a este otro mercado se ve dificultado. En estos casos, la consideración o no de la norma nacional como MEE va a depender de la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de las reglamentaciones comerciales equivalentes, desarrollado por el TJCE a partir de la sentencia *Cassis de Dijon*, que supone que las reglamentaciones neutras, cuyo efecto restrictivo proviene de las diferencias entre las normas de los distintos Estados, serán MEE únicamente si existe una equivalencia del nivel de protección de intereses sociales entre las normas del país de origen y las del país de destino.[73]

Por otra parte, en la sentencia *Keck y Mithouard* se reconoce implícitamente la capacidad de los Estados miembros para legislar sobre aspectos en los que no hay normativa comunitaria, como son las condiciones y modalidades de venta. Así, según esta construcción jurisprudencial, para ser compatibles con las exigencias de libre circulación de mercancías basta que no se apliquen de la misma manera a los productos nacionales que a los importados, independientemente de que respondan o no a criterios de necesidad objetiva y de proporcionalidad. Además, los nuevos límites de la interpretación del artículo 28 del TCE en cuanto a las medidas indistintamente aplicables a la importación, cuando no proceden de una disparidad entre legislaciones nacionales, vienen a acercar de nuevo este concepto al de MEE a la exportación (artículo 29 del TCE), puesto que los criterios para determinar esta noción exigen no sólo un efecto restrictivo, sino también el criterio adicional de una desventaja específica para las exportaciones.

72 Vid. asunto 126/91, *Yves Rocher*, sentencia de 18 de mayo de 1993, Rec. 1993, pp. I-2384 y ss.

73 Téngase en cuenta que el reconocimiento mutuo no es admitido por el TJCE de forma automática o generalizada, esto es, no se acepta sin más que una mercancía legalmente producida y comercializada en un Estado miembro se pueda vender libremente en los demás Estados. Por el contrario, se ha consagrado la aplicación del principio de reconocimiento mutuo únicamente si hay equivalencia entre los niveles de protección impuestos por las normas del país de origen y por las del país de destino de la mercancía.

En cuanto a la falta de criterio unitario y los razonamientos oscilantes del TJCE respecto del alcance y la posición que ocupan, en relación con la noción de MEE, las "exigencias imperativas" y los intereses estatales contemplados en el artículo 30 del TCE, encontramos que la sentencia *Keck y Mithouard* no nos ofrece ninguna novedad. El TJCE sólo se refiere genéricamente a un "objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de libre circulación de mercancías", lo que desvela que, una vez más, parecen equipararse estos intereses estatales en general.

II. El papel de las causas de justificación de las MEE contenidas en el artículo 30 del TCE y de las "exigencias imperativas"

Como ya hemos apuntado el TCE prohíbe en sus artículos 28 y 29 (antes artículos 30 y 34) las restricciones cuantitativas y las MEE. Sin embargo, la limitación que impone este mandato general a las competencias de los Estados miembros para la regulación del comercio en su territorio, está mitigada por la existencia de algunos supuestos de excepción expresamente aceptados que les permiten mantener y adoptar reglamentaciones comerciales, aunque generen MEE. Estas excepciones son de dos tipos: las fundadas en el artículo 30 del TCE y las basadas en la doctrina de las "exigencias imperativas" que ha desarrollado el TJCE en su jurisprudencia.

En efecto, en la búsqueda de un concepto de MEE, la jurisprudencia del TJCE muestra la existencia de una estrecha relación entre dicha noción y las excepciones a la prohibición de MEE, así como la dificultad para determinar sus respectivas delimitaciones. Mientras el TJCE ha determinado claramente que un primer tipo de excepciones aparece explícitamente consagrado en el artículo 30 del TCE y deriva de medidas adoptadas unilateralmente por los Estados miembros en el ámbito de la libre circulación de mercancías; el lugar que ocupan las "exigencias imperativas", como segundo tipo de excepciones no previsto por el TCE pero autorizado por la jurisprudencia comunitaria, no ha quedado tan claro. En el examen de la evolución del concepto de MEE se aprecia que, en este ámbito, existe analogía de los planteamientos y de las condiciones de aplicación de los intereses estatales protegidos por el artículo 30 del TCE y de los que están fuera de éste, calificados como "exigencias imperativas" por parte del TJCE.[74]

En cuanto a la redacción y a la inclusión de los intereses estatales enunciados en el artículo 30 del TCE, nada permite deducir que se haya pretendido configurar estos intereses como una cláusula cerrada. En todo caso, nos parece más lógico pensar que los intereses estatales allí enumerados son susceptibles de evolución, tanto en la sociedad internacional como en el ámbito específico de la Unión Europea. En efecto, el artículo 30 del

74 El hecho de que, en la sentencia *Cassis de Dijon*, el TJCE incluyese algunos motivos del artículo 30 del TCE, como la salud pública, entre los relacionados como "exigencias imperativas", ha contribuido a la discusión doctrinal sobre si dicha jurisprudencia opera en realidad como extensión de *facto* de dicha disposición. Sobre este particular, vid. STOFFEL VALLOTTON, N. (1996), ¿Interpretación "estricta" o "restrictiva" del artículo 36 del TCE? La problemática de las "exigencias imperativas", *Revista de las Instituciones Europeas*, 2, V. 23: pp. 415-454.

TCE autoriza expresamente a los Estados miembros a mantener y adoptar reglamentaciones nacionales que prohíban o restrinjan cuantitativamente la importación, exportación o tránsito con base en una serie de causas que esta disposición enumera: orden público, moralidad y seguridad pública, la protección de la salud y vida de las personas y animales, la preservación de los vegetales, la preservación del patrimonio artístico, histórico o arquitectónico nacional, y la protección de la propiedad industrial y comercial. Este precepto, como hemos ya observado, aportó ciertos datos esclarecedores sobre la noción de MEE,[75] pero la indefinición y la estrecha relación entre la regla y su excepción han dado lugar también a pronunciamientos ambiguos por el TJCE a través de fórmulas que engloban los artículos 28, 29 y 30 del TCE, en las que no distingue dónde acaba el concepto de MEE y dónde empieza su excepción; aunque, en principio, no se debe entrar en consideración de las excepciones del artículo 30 hasta que no se haya determinado la existencia de una MEE a la luz de los artículos 28 y 29.

El alcance de la aplicación del artículo 30 del TCE depende en gran medida del alcance de la propia noción de MEE. De modo que, cuando más extensiva fuese tal noción, más frecuentemente tendría que recurrirse al examen de las justificaciones alegadas por el Estado miembro autor de la medida estatal contraria a las disposiciones de los artículos 28 y 29 del TCE. El TJCE interpreta restrictivamente las excepciones del artículo 30 del TCE, todas ellas referidas a intereses no económicos.[76] Ahora bien, cuando la jurisprudencia de *Cassis de Dijon* estableció una excepción adicional fundamentada en las "exigencias imperativas", suscitó inmediatamente la cuestión de su compatibilidad con los motivos de derogación contemplados por el TCE desde su redacción originaria de 1957. Más concretamente, la interpretación judicial siguiente abonó la controversia de si las "exigencias imperativas" podrían enmarcarse en el artículo 30 del TCE, bien con base en una interpretación extensiva de este precepto o bien mediante la inclusión de tales exigencias en la noción de orden público. Esta pretendida interpretación extensiva fue rotundamente descartada por el TJCE cuando, en el asunto *Comisión/Irlanda,*[77] indica que al tratarse de una excepción a una libertad fundamental del TCE, como es la libre circulación de mercancías, la lista de intereses protegidos por este precepto debía considerarse exhaustiva y cerrada. Con esta precisión probablemente el TJCE quería evitar ampliar las posibilidades de derogación de la prohibición de MEE bajo la forma de medidas discriminatorias, que son las únicas cuya adopción puede fundamentarse en el artículo 30 del TCE, ya que las "normativas indistintamente aplicables" sólo pueden ampararse en las "exigencias imperativas".

Sin embargo, para los autores que, como OLIVER, ven en la sentencia *Cassis de Dijon* una ampliación de los supuestos de excepción del artículo 30 del TCE, las declaraciones del TJCE sobre la interpretación estricta de esta disposición y la insistencia en distinguir el análisis de una medida por parte del TJCE cuando se halla justificada por una "exigencia imperativa" respecto de cuando se trata de determinar si la medida en cuestión está cubierta por el artículo 30 del TCE, parece una mera ficción, ya que ambos enfoques con-

75 Del texto del artículo 30 del TCE se deduce que las "discriminaciones" arbitrarias y las restricciones encubiertas son, en cualquier caso, MEE.

76 Vid. asunto 120/95, *Decker*, sentencia de 20 de abril de 1998, Rec. 1998, pp. I-1831.

77 Vid. asunto 113/80, *Comisión/Irlanda*, sentencia de 17 de junio de 1981, Rec. 1981, p. 1625.

ducen en cada caso al mismo resultado.[78] De cualquier modo, la sentencia mencionada venía a significar que las "exigencias imperativas" no eran excepciones y que podían actuar directamente sobre el concepto de MEE, y las medidas del artículo 30 del TCE sólo podían actuar "a posteriori" como excepciones fuera de dicho concepto, una vez incorporada la medida estatal a la noción del artículo 28 del TCE.[79]

Existe además otro aspecto diferenciador entre ambos supuestos de derogación de la libre circulación de mercancías: el dato de que las excepciones enumeradas en el TCE, según reiterada jurisprudencia,[80] no pueden invocarse para preservar intereses de índole económica, como sí se puede pretender, por el contrario, con la alegación de las "exigencias imperativas". A pesar del linde establecido entre las "exigencias imperativas" fundadas en el artículo 28 del TCE y las excepciones del artículo 30 del mismo, lo cierto es que los ámbitos y las condiciones para su correcta invocación son similares; por consiguiente, de la jurisprudencia comunitaria puede concluirse que la compatibilidad de tales excepciones con la libre circulación de mercancías exige el respeto de los criterios de proporcionalidad, esto es, la ausencia de toda discriminación arbitraria o restricción encubierta.

En efecto, las causas de justificación de los obstáculos a la libre circulación de mercancías son ordinariamente estudiadas bajo la prisma del principio de proporcionalidad. El TJCE realiza una apreciación de los intereses en juego ("*balancing test*"), con la que sopesa el interés comunitario en el mantenimiento de una circulación intracomunitaria de mercancías libre de restricciones y los intereses de los Estados miembros en asegurar, en ausencia de una normativa comunitaria, la protección de los bienes de interés general que se encuentran genéricamente enumerados en el artículo 30 del TCE y en la jurisprudencia que ha desarrollado el TJCE respecto de las "exigencias imperativas". Así, tras comprobarse que los objetivos estatales preferentes que se buscan alcanzar con la reglamentación nacional que "obstaculiza el comercio intracomunitario" son legítimos, por estar comprendidos en una de las causas del artículo 30 del TCE o en las "exigencias imperativas", debe someterse tal medida estatal a la comprobación del principio de proporcionalidad,[81] y en virtud de su aplicación habrán de considerarse injustificadas las reglamentaciones nacionales que utilizan unos medios más restrictivos de los intercambios intracomunitarios que los estrictamente necesarios para conseguir el objetivo perseguido.

78 Vid. OLIVER, P., ob. cit., p. 199.

79 En la sentencia *Robertson* el TJCE reitera que las "exigencias imperativas" inciden sobre el artículo 28 del TCE, a exclusión del artículo 30 del mismo. Vid. asunto 220/81, *Robertson*, sentencia de 22 de junio de 1982, Rec. 1982, pp. 2349 y ss.

80 Vid., por ejemplo, asunto 7/61, *Comisión/Italia*, sentencia de 19 de diciembre de 1961, Rec. 1961, p. 635.

81 Así lo recogía el Abogado General VAN GERVEN en el asunto *City of Store-on-Trent y Norwich City Council*, donde sostuvo que para determinar si una regulación estatal que obstaculiza el comercio intracomunitario es conforme con el TCE no es suficiente que con el objetivo pretendido por la norma pueda ser considerado una "exigencia imperativa", sino que además debe ser conforme con el principio de proporcionalidad. Este principio, según el Abogado General, viene conformado por dos aspectos: que la norma sea necesaria para conseguir el objetivo pretendido y que no pueda sustituirse por una medida menos onerosa. Vid. asunto 169/91, *City of Store-on-Trent y Norwich City Council*, sentencia de 16 de diciembre de 1992, Rec. 1992, p. 6635.

Otro aspecto de confluencia entre los artículos 28 y 30 del TCE deriva de las competencias reservadas a los Estados miembros a título de estos preceptos. En ambos supuestos de abolición de la prohibición de MEE, el TJCE considera que los Estados miembros no detentan unas competencias perpetuas y exclusivas, sino efímeras y limitadas, expuestas a la intervención jurídica comunitaria. En la práctica, este carácter eventual y precario de la reserva estatal se evidencia cuando las instituciones comunitarias adoptan normas de armonización completas, conteniendo todas las medidas necesarias para proteger un determinado interés o exigencia, y previniendo del mismo modo procedimientos comunitarios de control. En ausencia de este carácter completo de la norma común, los Estados miembros todavía conservarían el resquicio de poder invocar el artículo 30 del TCE o alguna "exigencia imperativa", dentro de los límites establecidos por el Derecho comunitario.[82]

A la interpretación muy estricta mantenida por el TJCE, hay que añadir otras dos limitaciones muy importantes que permiten modular el recurso a estas excepciones. En primer lugar, la invocación de una "exigencia imperativa" para justificar una restricción a la importación de un producto se limita al supuesto en que no existan normas comunitarias en ese ámbito concreto donde se quiere hacer prevalecer la legislación nacional. Desde el momento en que existen prescripciones comunes completas, éstas actúan de instrumentos definitivos de liberalización comercial. En segundo lugar, las normas nacionales que imponen las "exigencias imperativas" han de ser aplicadas tanto a los productos nacionales como a los importados; esto es, ha de tratarse de legislaciones que se denominan "indistintamente aplicables", lo que permite encajar este primer supuesto de excepción en el artículo 28 del TCE y distinguirlo así de los motivos de derogación autorizados por el artículo 30 del TCE.

La jurisprudencia posterior a las ya estudiadas no ha dado mayores aclaraciones sobre cuál es el papel de las "exigencias imperativas" y de las excepciones del artículo 30 del TCE. Sin embargo, implícitamente el TJCE ha ido confirmando progresivamente su tendencia a considerar las "exigencias imperativas" como excepciones a la prohibición de MEE más que como causas de exclusión del concepto, al tratarlas de la misma manera que las causas de justificación del artículo 30 del TCE, sin hacer diferenciación alguna. Por tanto, si el TJCE ha pretendido mantener formalmente una diferencia entre las "exigencias imperativas" y las excepciones del artículo 30 del TCE, porque se empeñaba en evitar la posibilidad de una interpretación extensiva de este último precepto, ha llegado "de

82 Así, por ejemplo, en el asunto *Denkavit*, el TJCE consideraba que la Directiva 79/373/CEE, relativa a la comercialización de alimentos compuestos, tenía como objetivo jurídico ofrecer a los utilizadores y consumidores una información exacta en cuanto a este tipo de alimentos, pero no prevenir su posible contaminación por agentes patológicos; consecuentemente, los Estados miembros podían adoptar las medidas de control sanitario necesarias en base al artículo 30. En este supuesto nos encontramos ante Directivas que se pueden calificar de "mínimas", esto es, que fijan un determinado número de exigencias que pueden satisfacer como mínimo todos los productos objeto de intercambio comunitario y que, no obstante, autorizan a los Estados a adoptar medidas más restrictivas tendentes a una mayor protección del objetivo legítimo pretendido. Por el contrario, si la armonización propiciada por la norma comunitaria es total, queda excluida la posibilidad de aplicar el principio del reconocimiento mutuo y, consecuentemente, una exigencia imperativa, así como cualquier motivo del artículo 30 TCE. En este caso, el legislador nacional ya no puede adoptar previsiones diferentes a las previstas en el ámbito comunitario y sólo los productos que cumplan las condiciones armonizadas pueden comercializarse libremente en el mercado de los Estados miembros. Vid. asunto 73/84, *Denkavit*, sentencia de 27 de marzo de 1985, Rec. 1985, p. 1013.

facto" a aplicar para las "exigencias imperativas" un método de interpretación muy similar al empleado respecto de las causas de justificación previstas en el artículo 30 del TCE. Entonces, ¿tendrá algún sentido mantener una distinción formal que no se corresponde con la práctica? Creemos que no, tomando en cuenta que las "exigencias imperativas" son objetivos tan legítimos como los ya integrados al artículo 30 del TCE, y dado que a partir de la sentencia *Keck y Mithouard* el TJCE puede excluir *a priori* del concepto del artículo 28 del TCE numerosas medidas restrictivas no discriminatorias, no existe peligro de proliferación de causas de excepción a la prohibición de MEE.

III. La protección de los derechos fundamentales: una nueva excepción de la prohibición de MEE admitida por la jurisprudencia del TJCE

La expansión de los derechos fundamentales como parámetro de control de las actuaciones de los Estados miembros ha permitido que las medidas estatales, susceptibles de obstaculizar las libertades económicas consagradas en el TCE, sean también revisadas respecto de su compatibilidad con los derechos fundamentales. Así, luego de reconocer la protección de los derechos fundamentales como un principio básico del Derecho comunitario y de las "tradiciones constitucionales comunes",[83] el TJCE ha acudido, de ordinario, al principio de proporcionalidad para resolver los conflictos entre los derechos fundamentales y las libertades económicas comunitarias; con independencia de si las reglamentaciones de los Estados miembros restrictivas del comercio intracomunitario se acomodan o no a una de las causas de justificación establecidas en las disposiciones expresas del TCE o en las generadas por la jurisprudencia comunitaria.

En efecto, la jurisprudencia del TJCE ha admitido que cuando un Estado miembro se acoge a una de las excepciones que permiten la no aplicación de las libertades económicas establecidas en el TCE, incluida especialmente la libre circulación de mercancías, se supone que estaría actuando dentro del ámbito del Derecho comunitario y, por ello, se podría someter su regulación al control del juez comunitario tomando como parámetro los derechos fundamentales. Tal construcción pareció ser rechazada, en un principio, por el propio TJCE cuando en el asunto *Cinèthèque* se le sugirió que debía comprobar la compatibilidad de una regulación francesa que creaba un obstáculo a la libre circulación de películas de video[84] con la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante CEDH). En esta ocasión, el TJCE consideró: "A pesar de que sea cierto que es tarea del Tribunal asegurar la observancia de los derechos

83 Vid. asunto 29/69, *Stauder*, sentencia de 12 de noviembre de 1969; y asunto 11/70, *Internacional Handelsgesellschaft*, sentencia de 17 de diciembre de 1970.

84 Téngase en cuenta que, en este caso, la medida estatal pese a obstaculizar el comercio intracomunitario fue considerada justificada por promover un objetivo legítimo de forma proporcionada. Vid. asuntos acumulados 60 y 61/84, *Cinèthèque*, sentencia de 11 de julio de 1985, Rec. 1984, p. 2605.

fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario, no tiene competencia para examinar la compatibilidad con la Convención Europea de una ley nacional que concierne a un área que cae bajo la jurisdicción del legislador nacional". Así, el hecho de que una medida nacional pueda constituir un obstáculo a la libre circulación de mercancías, que es finalmente justificado por la existencia de una "exigencia imperativa", no produce que la medida estatal deba someterse al control del juez comunitario adoptando como parámetro los derechos fundamentales.[85]

Tal línea jurisprudencial sufrió, sin embargo, un importante giro en el asunto *Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT).*[86] En esta ocasión el TJCE debía considerar la compatibilidad de una norma griega que otorgaba derechos de televisión exclusivos, con el derecho a la libertad de expresión recogido en el artículo 10 de la CEDH y que habría sido asumido por el ordenamiento comunitario en sus principios generales. Así, para el TJCE "cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 y 66 del Tratado para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del derecho y especialmente de los derechos fundamentales. De este modo, la normativa nacional de que se trata no podrá acogerse a las excepciones establecidas por los artículos 56 y 66 del TCE más que si es conforme con los derechos fundamentales, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia".[87]

A la postre, en el asunto *Schmidberger,*[88] en el cual por primera vez se invocaba directamente, como objetivo de interés estatal preferente, la protección de derechos fundamentales frente a las restricciones a la libre circulación de mercancías, el TJCE estimó que el bloqueo total, durante veintiocho horas, de una vía de comunicación importante como la autopista de Brenner[89] por una manifestación de la Asociación de ecologistas

85 Tal concepción fue recogida nuevamente en asunto 12/86, *Demirel*, sentencia de 30 de septiembre de 1987, Rec. 1987, p. 3719, cuando el TJCE afirma que, como ya declaró en su sentencia *Cinèthèque*, "debe velar por el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario, pero no puede apreciar la compatibilidad de una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario con el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos".

86 Vid. asunto 260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT)*, sentencia de 18 de junio de 1991, Rec. 1991, pp. I-2925.

87 Esta línea jurisprudencia fue confirmada posteriormente en el asunto *Familipress*, donde se juzgaba la conformidad con el artículo 28 del TCE de una regulación austriaca que prohibía la venta de publicaciones periódicas que contengan juegos-concursos dotados de premios. La medida se consideró que obstaculizaba la libre circulación de mercancías, pero se estimó a la vez justificada por una nueva "exigencia imperativa":el mantenimiento del pluralismo en la prensa. El TJCE reitera en esta oportunidad que cuando un Estado miembro invoca "exigencias imperativas" para justificar una legislación que puede obstaculizar el ejercicio de una libertad económica, esta justificación debe interpretarse también a la luz de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, tal como había sido establecido en el asunto *ERT*. Vid. asunto 308/95, *Familipress*, sentencia de 26 de junio de 1997, Rec. 1997, pp. I-3089.

88 Vid. asunto 112/00, *Schmidberger*, sentencia de 12 de junio de 2003, Rec. 2003. Además, vid. el análisis que sobre esta sentencia realiza STOFFEL VALLOTTON, N. (2004), Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículos 10 y 11 del CEDH) (A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Austria" de 12 de junio de 2003), *Revista de Derecho Comunitario,* 18: pp. 283-506.

89 La autopista de Brenner es una de las principales vías de comunicación terrestre para los intercambios entre la Europa septentrional y el norte de Italia, y casi la única vía para los vehículos pesados (más de 7,5 tone-

autorizada por las autoridades austriacas, puede restringir el comercio intracomunitario de mercancías y, por consiguiente, ha de considerarse que constituye una MEE incompatible, en principio, con las obligaciones de Derecho comunitario que derivan de los artículos 28 y 29 del TCE en relación con la libertad de tránsito prevista en el artículo 10 del mismo.

Sobre la posible justificación del obstáculo, el TJCE recordó que las autoridades austriacas se basaron en consideraciones relacionadas con el respeto de los derechos fundamentales de los manifestantes en materia de libertad de expresión y de libertad de reunión pacífica, reconocidos y garantizados por el CEDH (artículos 10 y 11) y por la Constitución austriaca. Al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad Europea como a sus Estados miembros, el TJCE calificó la protección de tales derechos como "un interés legítimo que permite justificar, en principio, una restricción de las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado tal como la libre circulación de mercancías".[90] No obstante, recordó también que los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica no constituyen –contrariamente a otros derechos fundamentales reconocidos por el propio CEDH, como el derecho de toda persona a la vida o a la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, que no toleran ninguna restricción– prerrogativas absolutas, sino que deben considerarse según su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de esos derechos, en la medida en que éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido por tales restricciones, una intervención desmesurada e intolerable que afecta a la propia esencia de los derechos protegidos. En tales circunstancias es preciso ponderar los intereses en juego y determinar, en cada caso, si se ha observado un justo equilibrio entre dichos intereses.

La consecuencia que queremos destacar de esta importante jurisprudencia del TJCE no es, por ende, que sea poco respetuosa de la autonomía de los Estados miembros[91] o que

ladas), lo que ha convertido dicho paso en una fuente de contaminación altamente preocupante para Austria y especialmente para la población local de esta región montañosa de los Alpes.

90 De esta forma, el TJCE no recogió en la sentencia *Schmidberger* el razonamiento más amplio del Abogado General F. G. JACOBS, quien partía del hecho de que los Estados miembros al invocar su legislación interna en materia de derechos fundamentales no coinciden necesariamente con los derechos fundamentales reconocidos a nivel comunitario, aunque en el referido caso sí coinciden. En efecto, el referido Abogado General pone de relieve que "…no puede excluirse de manera automática que un Estado miembro que invoque la necesidad de proteger un derecho reconocido por su legislación nacional como un derecho fundamental persiga, sin embargo, un objetivo que, con arreglo en el Derecho comunitario, deba considerarse ilegítimo"; a lo que luego añade que el "Derecho comunitario no puede prohibir a los Estados miembros perseguir objetivos que la propia Comunidad está obligada a perseguir". Vid. punto 98 de las Conclusiones del Abogado General F. G. JACOBS, presentadas el 11 de julio de 2002 en el asunto *Schmidberger*.

91 De acuerdo con BIGLINO CAMPOS, P. (2003), Derechos fundamentales en la Unión y en los Estados miembros: algunos problemas de conexión, *Revista Española de Derecho Constitucional,* 69, septiembre-diciembre: pp. 387-396, casi todas las sentencias de este tenor se dictan a través de las cuestiones prejudiciales que se plantean a iniciativa de los propios Tribunales nacionales, algunos de los cuales parecen haber asumido con especial diligencia su papel de jueces comunitarios. Asimismo, en la mayoría de las ocasiones, el TJCE evita hacer declaraciones generales sobre la actuación de los Estados y se limita a examinar su compatibilidad con el Derecho comunitario en supuestos de hecho concretos; y tampoco puede decirse que la protec-

acentúa las diferencias entre los sistemas de protección de derechos fundamentales,[92] sino que supone que los derechos fundamentales contenidos en los principios generales del Derecho comunitario constituyen un límite al ejercicio de las competencias de los poderes públicos y, en particular, a la actuación de los Estados miembros cuando se acogen a una de las excepciones que eventualmente permiten la no aplicación de las libertades económicas o libertades fundamentales establecidas en el TCE. Se cree que, en tal supuesto, los Estados miembros estarían actuando dentro del ámbito del Derecho comunitario y, por ello, sus actos u omisiones podrían someterse al control del juez comunitario tomando también como parámetro los derechos fundamentales.

De manera que, una actuación estatal que infringe *prima facie* una de las cuatro libertades económicas que contempla el TCE ha de ser considerada como constitucionalmente correcta y, por tanto, válida, en la medida que sea imprescindible para la protección de un bien regulado en el Texto Fundamental o se juzgue justificada para la promoción de un objetivo legítimo. Pero, tras comprobarse que es legítimo el objetivo que se quiere conseguir con la medida estatal que obstaculiza la libre circulación de mercancías, de personas, de servicios o de capitales, tal reglamentación debe someterse a la comprobación del principio de proporcionalidad. El TJCE ha circunscrito dicha prueba al análisis de la legitimidad de los objetivos de interés estatal, y de la idoneidad o adecuación de la medida para alcanzar tales objetivos; pues, en definitiva, debe verificarse que no cabe otra medida que permita conciliar el conflicto entre los derechos fundamentales y las libertades económicas comunitarias de forma menos restrictiva o gravosa.

No podemos entonces dejar de reconocer la labor de la jurisprudencia del TJCE en el progresivo desarrollo de una teoría de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario. Sin embargo, la realidad siempre nos reserva alguna nueva sorpresa, especialmente en los cada vez más frecuentes casos llevados ante el TJCE en los que se plantea un conflicto entre los derechos fundamentales y las libertades económicas consagradas en el TCE. La sentencia *Omega*[93] es una muestra reciente de esa jurisprudencia en la que se interpreta la necesidad de reconciliar la tutela de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario, con las libertades económicas que conforman el mercado interior europeo. Veamos brevemente qué se dijo en este asunto.

En el caso concreto, *Omega* explotaba un "juego a matar" en una sala denominada "laserdromo" que fue prohibida por la autoridad gubernativa de Bonn. Esta orden fue recurrida por dicha empresa alegando la restricción ilegítima a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de mercancías, ya que se utilizaba una tecnología suministrada por una compañía británica denominada Pulsar. En el litigio principal las autoridades alemanas estimaron que la actividad llevada a cabo por Omega amenazaba el orden público debido a que, según la concepción predominante en la opinión pública, la explo-

ción de los derechos fundamentales que en la actualidad está brindando el Tribunal frente a los Estados miembros sea meramente instrumental para salvaguardar la primacía del Derecho comunitario.

92 Vid. RUBIO LLORENTE, F. (2002), Una Carta de dudosa utilidad, en F. J. MATÍA PORTILLA (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (pp. 169-201). Madrid: Civitas.

93 Vid. asunto C-36/02, *Omega Spielhallen –und Automatenaufstellungs–GMB*, sentencia de 14 de octubre de 2004, Rec. 2004.

tación comercial de juegos de entretenimiento con homicidios simulados menoscababa un valor fundamental consagrado por la Constitución alemana como era la dignidad humana. En virtud de tales argumentaciones, se planteó ante el TJCE una petición de decisión prejudicial que tenía por objeto la interpretación de los artículos 49 a 55 del TCE sobre la libre prestación de servicios y de los artículos 28 a 30 del TCE sobre la libre circulación de mercancías, en relación con la posible vulneración de la dignidad humana consagrada en el artículo 1.1 de la Constitución alemana. El órgano jurisdiccional remitente expuso que la dignidad humana es un principio constitucional que puede verse vulnerado creando o fomentando en el jugador una actitud que niegue el derecho fundamental de toda persona a la consideración y al respeto, mediante la representación de actos ficticios de violencia con fines lúdicos. Como la dignidad humana no puede quedar excluida del marco de un juego de entretenimiento, la prohibición cuestionada resultaba ser, en consecuencia, acorde con el derecho nacional. Por tanto, la pregunta que cabía hacer al respecto era si tal decisión podía llegar a vulnerar el Derecho comunitario, por cuanto las libertades fundamentales comunitarias sólo pueden restringirse de manera extraordinaria, siendo uno de los motivos una posible amenaza del orden público.

En su sentencia el TJCE concluye que el Derecho comunitario no se opone a que una actividad económica, que consiste en la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas, sea objeto de una medida nacional de prohibición por motivos de protección de orden público debido a que esta actividad menoscaba la dignidad humana. Pero lo esencialmente destacable de la sentencia *Omega* es el razonamiento del TJCE en relación con el argumento de que tal prohibición no existía en otros Estados miembros. En efecto, el TJCE recuerda que no es indispensable que la medida restrictiva de las libertades económicas adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros, en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido. El mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no excluye la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia. La prohibición de explotación comercial de juegos de entretenimiento que implican la simulación de actos violentos contra personas, en particular mediante la representación de acciones homicidas, corresponde al nivel de protección de la dignidad humana que la Constitución nacional ha querido garantizar en el territorio alemán. Por otra parte, el TJCE observa que al prohibir únicamente la variante del juego láser que tiene por objeto blancos humanos y, por tanto, "jugar a matar" personas, la orden controvertida no iba más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por las autoridades nacionales competentes.

El alcance de *Omega* se centra, naturalmente, en aportar nuevos datos importantes sobre la necesidad de conciliar los requisitos de protección de los derechos fundamentales con aquellos que se construyan a partir de las libertades económicas que el TCE garantiza. Dado el amplio margen de discrecionalidad reconocido a las autoridades nacionales competentes para definir las exigencias de orden público de conformidad con sus necesidades nacionales, el TJCE ejerce un importante control en la determinación de un equilibrio justo entre los intereses en conflicto, teniendo como parámetro los derechos fundamentales –como la dignidad humana– reconocidos por el Derecho comunitario; pues el

sistema de protección adoptado por un Estado miembro que no se corresponde con una *opinio uiris* común en todos los Estados miembros, no incide en la obligación de protección de los derechos fundamentales por el Derecho comunitario.[94] Siendo así, en la sentencia comentada el TJCE da un valor a la dignidad humana en el Derecho comunitario acorde con la regulación que había recibido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,[95] convirtiendo así este derecho en parte esencial del interés fundamental del Derecho comunitario. Se añade, en definitiva, una nueva dimensión de los derechos fundamentales como límites o efectivos mecanismos de control de las actuaciones de los Estados miembros en el desarrollo de las libertades económicas, ampliando la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia del TJCE en el asunto *Schmidberger*.

Sin embargo, el TJCE ha permanecido neutral en todos estos asuntos en relación con la polémica sobre si los nuevos intereses preferentes (derechos fundamentales) pertenecen o no a la categoría de las "exigencias imperativas" o a la de las causas de justificación de las medidas restrictivas de las libertades económicas que expresamente contempla el TCE. Al respecto, siguiendo las conclusiones del Abogado General F. G. JACOBS en el asunto *Schmidberger*, cabe señalar que la protección de los derechos fundamentales puede incorporarse a la noción genérica de orden público que contempla el TCE cuando regula las excepciones a las medidas de restricción de las libertades económicas comunitarias, a través de una interpretación extensiva de tales disposiciones, tal como ya lo ha sostenido la doctrina[96] respecto de la libre circulación de mercancías y las "exigencias imperativas". Una simple lectura del artículo 30 del TCE nos muestra nociones tan indeterminadas no definidas por este precepto que podrían muy bien admitir, como en ocasiones ya lo hecho el TJCE, ser interpretadas ampliamente, añadiéndose a ellas nuevos intereses estatales preferentes.

A modo de conclusión

En el ordenamiento comunitario europeo se ha establecido explícitamente una prohibición de obstaculizar el comercio intracomunitario en el propio TCE, cuyos preceptos condensan uno de los instrumentos fundamentales para promover la integración europea: la libre circulación de mercancías. En la aplicación de las disposiciones del TCE que regu-

94 Un análisis más amplio de la sentencia *Omega* lo realizamos en LINARES MARTÍNEZ, A. (2008), La dignidad humana como límite a las libertades económicas del mercado interior europeo. A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "OMEGA", *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo (Homenaje Internacional a Jorge Fernández Ruiz), nº 1*, julio-diciembre: pp. 281-320.

95 El 7 de diciembre de 2000 era solemnemente proclamada en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y luego publicada en el DO nº C 364 (2000). Posteriormente, a propósito del Tratado que sustituye la llamada Constitución Europea, una nueva Carta de Derechos Fundamentales fue proclamada en Estrasburgo por los líderes de la Unión Europea, en un acto solemne celebrado en el hemiciclo de la Eurocámara el 12 de diciembre de 2007. Aunque esta Carta no figura en el referido Tratado, éste reconoce su valor jurídico e incorpora no los derechos civiles y políticos clásicos, sino además otros más avanzados característicos de una cierta "civilización europea", como son los derechos sociales de los trabajadores, la protección del medio ambiente o el derecho a una buena administración.

96 Vid. OLIVER, P & W.H. ROTH (2004), The internal market and the four freedoms, *Common Market Law Review*, vol. 41, nº 2 April: pp. 407-441.

lan esta libertad económica se ha necesitado interpretar concienzudamente sus términos, pues de la literalidad de tales normas no es posible obtener enunciados suficientemente claros. El TJCE no sólo ha debido aclarar qué comportamientos o actividades se encuentran prohibidos por el TCE y a qué sujetos se dirige tal prohibición, sino, esencialmente, cuándo una medida debe considerarse que tiene un efecto equivalente a una restricción cuantitativa de la libre circulación de mercancías y, por consiguiente, qué intereses estatales preferentes pueden eventualmente primar sobre tal libertad económica cuando una medida se considere justificada en la promoción de un objetivo legítimo.

Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia comunitaria relativa a la noción de MEE y a las excepciones a la libre circulación de mercancías arroja luz acerca del carácter variado y, a veces contradictorio, de las interpretaciones del TJCE sobre esta materia. Fundamentalmente, serían tres las interpretaciones que, de un modo u otro, han estado presentes en las sentencias estudiadas, las cuales podríamos calificar como restrictiva, intermedia y amplia. La interpretación restrictiva de los artículos 28 y 29 del TCE afirmaría que sólo las regulaciones que explícitamente establecen un trato diferenciado en función del origen del producto, son susceptibles de ser consideradas MEE si no se justifica tal diferencia en la promoción adecuada de un fin que se considere legítimo; pues es la discriminación formal la que ha quedado prohibida por el TCE. Según la interpretación intermedia no sólo son susceptibles de constituir una MEE las regulaciones explícitamente más onerosas sobre las importaciones, sino también aquellas regulaciones que pese a ser indistintamente aplicables tienen como efecto práctico restringir más onerosamente la comercialización de la producción importada que la de la nacional (discriminación material) si no quedan suficientemente justificadas en la promoción de un fin legítimo. La interpretación amplia significaría que toda medida con algún efecto restrictivo sobre el comercio intracomunitario puede suponer la existencia de una MEE si tal restricción no queda suficientemente justificada; no siendo relevante para su caracterización como tal la existencia de un régimen jurídico que discrimina formalmente a las importaciones, pero tampoco la imposición en la práctica de una regulación que discrimina materialmente los productos de otros Estados miembros respecto de los productos nacionales.

De cualquier manera, es importante tener presente que cualquiera sea la interpretación que se haya dado de aquello que los artículos 28 y 29 del TCE han pretendido prohibir, de estos preceptos no se deriva la prohibición automática de las medidas que restrinjan los intercambios de mercancías en general o las importaciones, "*de facto*" o "*de iure*", de manera más onerosa que la comercialización de la producción nacional. En efecto, la determinación de que si una medida obstaculiza el comercio intracomunitario, con independencia de la interpretación que le demos a este término, no es una condición suficiente para declarar su disconformidad con las disposiciones del TCE, pues puede darse como segundo requisito que tal restricción no se pueda justificar ante el juez comunitario en la necesidad de promover un objetivo legítimo.

No obstante, resulta claro que la tendencia más evidente que ha sido seguida por el TJCE en sus decisiones, supone ampliar la noción de MEE, lo cual parece llevar aparejado el inevitable incremento de los supuestos de excepción de la prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías, al considerar la inclusión de nuevos intereses estatales preferentes que pueden justificar tales medidas. Ello ha dado lugar a la relajación "*de*

facto" del contenido del artículo 30 del TCE por parte del TJCE, aunque éste se empeñe en negarlo, pues valiéndose de una interpretación sistemática del ordenamiento comunitario, ha ido creando la doctrina de las "exigencias imperativas" y utilizando, cada vez con mayor frecuencia, la protección de los derechos fundamentales en el control de las decisiones de los poderes públicos que inciden en el comercio intracomunitario. Y la elección del escrutinio que permite determinar si una medida estatal que obstaculiza la libre circulación de mercancías está finalmente justificada de acuerdo con las excepciones indicadas, se ha concretado generalmente en el uso del principio de proporcionalidad en toda su extensión, como instrumento de valoración, tanto en la aplicación de las causas de justificación contenidas en el artículo 30 del TCE y de las "exigencias imperativas", como en la ponderación de los derechos fundamentales y las libertades económicas comunitarias.

Libertad Religiosa, Construcción de Templos y Exigencias Urbanísticas: Precisiones de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

*Lorenzo Martín-Retortillo Baquer***

Introducción: opciones y respuestas del ordenamiento jurídico ante la libertad religiosa. 1. El establecimiento de lugares de culto como una de alternativas de la libertad religiosa. 2. Viejas modalidades de control, hoy injustificables. 3. En concreto, lo urbanístico y la libertad religiosa: algunos antecedentes interesantes. 4. Enfrentamientos religiosos a consecuencia del cambio de calendario. 5. Control de la legalidad urbanística y ejercicio de la libertad religiosa. 6. La postura de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre "las leyes aparentemente neutrales". 7. La aspiración de Nikolaos Vergos de costruir un templo. 8. La fase de tramitación administrativa. 9. La línea argumental del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 10. El retraso en la tramitación. 11. Una ocasión fallida para que el Estado recalcara a Comunidades Autónomas y a Ayuntamientos la obligación de responder adecuadamente a los compromisos públicos derivados de la libertad religiosa. 12. Significado del dato sociológico del número de creyentes a la hora de las respuestas públicas.

Introducción: opciones y respuestas del ordenamiento jurídico ante la libertad religiosa

Una vez que se conviene en los grandes principios y se da por admitido algo tan elemental, pero tan sumamente importante, como la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión,[1] viene luego el no menos decisivo aspecto de verificar adonde llegan en cada caso concreto las opciones que derivan de dichas libertades. La experiencia enseña que las grandes proclamaciones de las Constituciones o de las Declaraciones de derechos, requieren ser traducidas a la realidad cotidiana, dando aplicación a reglas más triviales, que suelen aglutinarse en otras disciplinas, menos relevantes, en apariencia que el Derecho constitucional, pero, si bien se piensa, no menos vitales, para así asegurar su efectividad y su presencia real y operativa. A veces, será el Derecho civil, el Derecho eclesiástico, el Derecho laboral, o, incluso, el Derecho tributario el llamado a puntualizar la regla para

* Contribuyo con mucho gusto a este volumen colectivo sobre "Derecho Público Económico Supranacional" con el trabajo que elaboré para el "Libro Homenaje al Profesor Dr. Don Martín Bassols", que ha de aparecer en su día, cuya redacción he ido afinando con el paso del tiempo, como indico al final.

** Profesor Catedratico de la Universidad Complutense de Madrid.

1 Para un planteamiento general y actualizado del sistema jurídico de la libertad religiosa en España, puede verse el volumen colectivo, coordinado por A. ÁLVAREZ CORTINA y M. RODRÍGUEZ BLANCO, *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio. (Comentarios a su articulado)*, Comares, Granada, 2006.

elaborar la solución. Me viene interesando especialmente, por razón de mi dedicación preferente, el protagonismo que puede desempeñar el Derecho administrativo a la hora de poner las pinceladas para culminar el cuadro en que hayan de hacerse realidad las exigencias de aquellas libertades. Resulta así apasionante constatar cómo enfrentamientos religiosos tan enérgicos antaño, podían desactivarse y traducirse en "meras cuestiones administrativas".[2] En este sentido, y reflexionando sobre el conjunto, se podrían diferenciar cuatro maneras que tiene el Derecho de situarse ante el rico y complejo fenómeno de la libertad religiosa.[3] Y digo "rico y complejo", aparte de otras valoraciones, porque cuando se desciende al terreno operativo, las normas que tratan de libertad religiosa ofrecen gran variedad de respuestas. Lo que se comprueba, por aludir al Derecho español, con solo observar lo que dispone el extenso artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR), la 7/1980, de 5 de julio, que ha sido cuidadosamente estudiado entre nosotros,[4] precepto propicio siempre a plantear nuevos problemas.

Al estudiar la relación entre el derecho positivo y la libertad religiosa he hablado así de cuatro grupos normativos: (a) normas de mero dejar hacer, desde la más absoluta neutralidad, muy abundantes en el sector; (b) normas para marcar las reglas de juego, proteger y asegurar que el sistema funcione (sancionando penalmente, por ejemplo, los más graves atentados contra la libertad religiosa); y (d), normas que impliquen prestaciones o expresas obligaciones de hacer, como por ejemplo, facilitar el servicio religioso en hospitales, cuarteles o cárceles. Y me he saltado lo que vendría en tercer lugar, (c) lo referente a la incidencia de las **normas de policía**, ese conjunto tradicional de observancias, de que cuida especialmente la Administración Pública, para garantizar que la vida ciudadana transcurra sin peligros ni sobresaltos, rico conjunto en el que se aglutinan normas sanitarias,[5] antiincendios, medioambientales, de tráfico, urbanísticas, etc. Lo que se realza al considerar que una de las alternativas contempladas en el citado artículo 2 LOLR, consiste en el derecho a *establecer lugares de culto*. Como dice expresamente el apartado segundo del artículo, en sus comienzos, *"Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos (…)".*

Pues bien, en relación con esta opción a favor de los lugares de culto, nos va a ocupar a nosotros ahora la existencia de reglas de **policía**, a veces muy minuciosas y con mar-

2 Recuérdese el título de mi lección de inauguración del curso 2006-2007 en la Universidad Complutense, que ha conocido también edición separada, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa*, Madrid, Civitas, 2007.

3 Vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *El marco normativo de la libertad religiosa*, "Revista de Administración Pública", 148 (1999), 17 ss.

4 Puede verse en el volumen colectivo citado, *La libertad religiosa en España*, el muy completo Capítulo III, *Manifestaciones del derecho fundamental de la libertad religiosa*, a cargo de Miguel RODRÍGUEZ BLANCO.

5 Me remito así a mi comentario para el Libro Homenaje a Franck Moderne, *Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia", de 27 de junio de 2000),* recogido también en la "Revista de Administración Pública", 161 (2003), 221 ss.

cadas exigencias, cuyo imperio se impone sin falta, de modo que no pueden excepcionarse alegando las exigencias de la libertad religiosa.

1. El establecimiento de lugares de culto como una de alternativas de la libertad religiosa

Dentro de la diversidad de respuestas de lo religioso, es elemento común a muchas organizaciones, y resulta por tanto decisivo, que los creyentes tengan un lugar de encuentro donde practicar sus ritos y ceremonias, lo que genéricamente denomina la Ley, como hemos visto, "lugares de culto o de reunión", expresión genérica y pluralista para abarcar lo que luego, en cada caso, se denominarán templos, iglesias, sinagogas, mezquitas, casas de oración, etc., entre otras alternativas, pues caben muchas variantes, como centros de formación, lugares de convivencia para las personas que asumen determinados compromisos, como monasterios, conventos, etc. Es decir, apuesta decidida por los "lugares de culto", y en eso nuestra Ley asume la tónica común de los países de nuestro entorno cultural.[6] Pero a partir de ahí se abrirán varios interrogantes, considerando sobre todo que hoy, una de las pautas jurídico-culturales comunes, consiste en que existan reglas de convivencia elementales, una de las cuales supone que el territorio habrá de tener en gran parte predeterminados sus usos y funciones para una aprovechamiento razonable y para asegurar así determinadas utilizaciones con la calidad que se estime. Lo que, como paso siguiente, suele conducir a una intensa supervisión administrativa de los órganos competentes para gestionar la ordenación del territorio y, más en concreto, el urbanismo, por más que tenga que ser objetiva y, en general, reglada, como se expresa en el lenguaje del Derecho administrativo: aparecerán así intensas vinculaciones y fácilmente determinables, para la Administración, pero también para los particulares. Con el dato implícito de que un lugar de culto está llamado por definición a ser un lugar de encuentro: encuentro, lugar habitual de reunión de un cierto número de personas, en general contenidas, pero que en ocasiones podría resultar una concentración multitudinaria;[7] lo que, por lo mismo, aconseja tomar especiales precauciones.[8] De modo que confluyen razones de interés público, siempre desde la idea de que el respeto a las reglas de policía no atente contra las exigencias de la libertad religiosa: en suma, defensa del interés general, siempre que no se aproveche para discriminar o cercenar torticeramente la libertad religiosa. Y es que en nuestros días, además de las normas sanitarias, medioambientales o de protección civil, se conviene en que el Derecho urbanístico proyecte su imperio sobre todo el territorio –de

6 Para un planteamiento general de la relación entre libertad religiosa y el establecimiento de lugares de culto, véase, Alberto ROCCELLA, *L'edilizia di culto nella legge regionale della Lombardia n. 12 del 2005*, "Rivista Giuridica de Urbanistica", 1-2/2006, 115 ss.

7 A nadie se le ocultan, por poner un ejemplo bien conocido, los gravísimos problemas que, si no se adoptan las precauciones oportunas, podrían derivar de concentraciones masivas, como las que se producen con motivo de las celebraciones religiosas en La Meca.

8 En este sentido, resulta especialmente ilustrativo el caso "ISKCON y otros c. Reino Unido", abordado por la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 8 de marzo de 1994, que se estudia algo más adelante.

forma señalada sobre ciudades y núcleos urbanos, pero también, como veremos, para proteger zonas rurales–, precisando opciones y alternativas, pero también imponiendo cargas o señalando límites. Se trata de una importantísima función pública que, si se desarrolla adecuadamente, resulta fundamental para la organización de la sociedad y, en general, para la convivencia.

Desde este conjunto de preocupaciones, me interesó especialmente cuando comprobé que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se había tenido que enfrentar con el asunto "Nikolaos Vergos c. Grecia", primero como decisión sobre la admisibilidad, el 21 de noviembre de 2002, y luego ya como sentencia, el 24 de junio de 2004. Desde entonces le he dedicado atención preferente, y ha sido objeto de mis reflexiones públicas, que he podido exponer en varios cursos y conferencias o reflejar por escrito.[9] Se trata, creo, del primer asunto en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aborda de forma directa y específica en una sentencia, los posibles roces entre la libertad religiosa y las exigencias urbanísticas, ocupando lugar central en el debate lo referente a lo que, según nuestra terminología, se denomina la licencia urbanística, en relación directa con el contenido de los planes urbanísticos.

2. Viejas modalidades de control, hoy injustificables

No es empero el primer caso en el que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se enfrente con los problemas de la instalación de lugares de culto. En 1996 había aparecido una destacable sentencia, implicando también a Grecia, donde trascendían las dificultades de los "testigos de Jehová" al pretender establecer un lugar de culto y, en aquella ocasión, afloraba también y de manera central, al problema de "la necesaria autorización", si bien desde una perspectiva harto diferente.[10] Se trata de la sentencia "Manoussakis c. Grecia", de 26 de septiembre de 1996.[11] En este asunto, el Tribunal tuvo oportunidad de estudiar minuciosamente la situación jurídica griega en relación con el establecimiento de lugares de culto, así como las "dificultades" que encontraban las organizaciones religiosas diferentes[12] a "la religión dominante en Grecia (…) la Iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo", o "Iglesia Ortodoxa de Grecia", en expresión del artículo 3

9 Véase, así, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa,* cit., 100 ss.

10 Otra vertiente distinta, afectando a templos, y que concierne también a Grecia, aparece en la sentencia "Iglesia Católica de la Canea c. Grecia", de 16 de diciembre de 1997, donde se ofrece una curiosa vertiente procesal: los terrenos de la catedral de la diócesis católica de Creta son usurpados por algún vecino, mas como en Grecia las Iglesias Católicas carecían de personalidad jurídica, el sistema procesal les impedía actuar en juicio, por ejemplo para defenderse frente a unos usurpadores. El Tribunal Europeo resuelve el asunto condenando a Grecia, aunque no desde la vertiente de la libertad religiosa, sino desde la del derecho a la justicia, consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

11 Me remito a lo señalado en mi citado libro, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa,* 159.

12 Varias sentencias dejan testimonio, por ejemplo, de ciertas dificultades experimentadas por los *testigos de Jehová*. Así el caso "Kokkinakis", de 25 de mayo de 1993, en relación con las actividades de *proselitismo;* o el asunto "Thlimmenos", de 6 de abril de 2000, donde aparecen los problemas de *la objeción de conciencia al servicio militar*. Pero también se reflejan fricciones con algunas otras religiones, como la *Iglesia Católica* –asunto citado "Iglesia Católica de la Canea", de 16 de diciembre de 1997–, o los *Pentecostistas* –supuesto "Larissis", de 24 de febrero de 1998–.

de la Constitución Griega de 1975. Y es que, en efecto, la legislación griega preveía que las autoridades de esta última Iglesia tenían que autorizar la erección de cualquier lugar de culto de las demás religiones. Sería una muestra de esas ramificaciones que han venido presentando algunos Estados, por razones históricas, que evidenciaban la profunda interrelación del Estado con la religión oficial o dominante. En el caso de Grecia, ya se dijo, con la "Iglesia Ortodoxa Griega". En "Manoussakis", al enfrentarse con el problema, el Tribunal Europeo fue terminante, entendiendo que dicha forma de proceder en concreto era incompatible con el ámbito de la libertad religiosa tal y como hoy lo garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y que es el que sustenta el sistema presidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, se declaró que Grecia no había respetado sus obligaciones derivadas del Convenio. Con lo cual se estaban trazando las líneas para una correcta separación Iglesia-Estado en lo que fuera preciso para cumplir con las exigencias del "pluralismo en una sociedad democrática". La sentencia Vergos que ahora se comenta tiene bien presente aquel episodio, así como la discutible situación existente, puntualizando:

> El Tribunal recuerda que ya ha examinado la compatibilidad con el artículo 9 del Convenio de las disposiciones legislativas del derecho interno griego que somete la construcción de un lugar de culto a una autorización previa de la Administración. De esta forma, en el asunto *Manoussakis c. Grecia*, el Tribunal concluyó con la violación del artículo 9 del Convenio ya que constató que las autoridades griegas tenían tendencia a servirse de las potencialidades de la Ley aplicable de manera que se impusieran condiciones rígidas, incluso prohibitivas al ejercicio de ciertos cultos, no ortodoxos, obstaculizando la construcción de casas de oración por los testigos de Jehová (p. 37).

La preeminencia histórica se seguía utilizando para mantener situaciones de prerrogativa y de discriminación. Hubo, en efecto, un momento, que ahora parece superado, en que abundaron en la jurisprudencia del Tribunal los casos que afectaban a Grecia, derivados, en general, de la situación de prerrogativa de la "religión dominante" (de hecho, la propia Constitución Griega de 1975, en su artículo 13.2, reproduce la vieja cláusula que, una vez que se proclama la libertad religiosa, prohíbe el proselitismo[13]). De ahí, que haya que mirar los conflictos en el ámbito de la libertad religiosa, con cierto recelo. En cambio,

13 Un aspecto que me viene interesando es el de en qué medida el Convenio Europeo de Derechos Humanos predetermina no sólo el derecho interno de los Estados en general sino, en ocasiones, las propias Constituciones. El caso que antes citaba, la Sentencia Kokkinakis, primer asunto en que el Tribunal Europeo tuvo que enfrentarse frontalmente con la libertad religiosa, viene a implicar una significativa "matización" de la Constitución griega: ésta prohíbe, como se dice, "el proselitismo". Pero la citada sentencia asume que el proselitismo –ejercido dentro de ciertos límites– forma parte del contenido de la libertad religiosa y debe por ende ser permitido. En ese sentido, la Sentencia condena a Grecia en cuanto había impuesto una severa sanción –de privación de libertad, incluso– al recurrente, a consecuencia de sus actos de proselitismo, a favor de religión diferente a la "dominante" en Grecia. Es decir, predetermina el alcance mismo de la Constitución y, sin duda, la interpretación que viene haciéndose de la misma. Lo cual nos sitúa por cierto ante un efecto muy importante del sistema del Convenio Europeo.

la problemática del caso Vergos, va por otros derroteros, como puntualiza el Tribunal, justo a continuación de las palabras que se acaban de transcribir: "Sin embargo, el presente caso se distingue claramente del asunto *Manoussakis*". El recurrente actual alegará trato discriminatorio y situación de disfavor, pero parece que en la presente ocasión hay unos datos objetivos que predeterminan la situación.

De todas maneras, el significado que tiene para las religiones el poder contar con lugares propios donde desarrollar las diferentes opciones del culto, atribuye especial relevancia a la normal disponibilidad de templos (o de lugares de culto, dicho genéricamente), sin duda, según sus propias exigencias o características. No en balde, el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, atribuye el mayor interés a "la práctica, el culto y la observancia", o, en la fórmula similar, aunque más precisa, del artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, "por medio del culto, (…) las prácticas y la observancia de los ritos". Ello hará que lo concerniente a los templos, dado el interés que tienen para las religiones, dé lugar a incesantes roces o tensiones, en las más variadas circunstancias, que en no pocas ocasiones trascienden a la jurisprudencia. En este sentido resulta bien ilustrativo un caso reciente, que afecta a uno de los países de la periferia europea, si bien con decidida vocación de integración. Se trata de un caso que refleja las actuales secuelas de la fase anterior de la organización de dicho Estado, en la que la práctica de la libertad religiosa sufría severas restricciones y en la que los templos fueron "nacionalizados", por así decir. Me refiero al supuesto "Tserkva Sela Sosulivka c. Ucrania", de 28 de febrero de 2008, o, traduciendo, de "la ucraniana Iglesia Católica-Griega de la villa de Sosulivka". Caso ciertamente esquemático, en que no se dicen todas las cosas a las claras –en cuanto el conflicto formalizado es muy concreto y lineal–, pero que permite deducir no pocas situaciones complementarias. En apariencia, como digo, el conflicto es muy sencillo: la Administración de la Región de Ternopil otorgó a la referida iglesia el título oportuno para usar el conjunto de pertenencias de la iglesia de la villa, si bien debía compartirlas con otra iglesia diferente, la Iglesia Ortodoxa Ucraniana, del Patriarcado de Kiev. Ambas iglesias debían concertar luego convenios separados con la Administración en cuanto al uso y propiedad del conjunto de pertenencias del referido templo. En este sentido, la iglesia que da nombre al caso concluyó un convenio con la Administración accediendo a compartir el uso con la Iglesia Ortodoxa, aunque sin apenas concretar más detalles. Pero aquélla, se lamentará de que esta última continuó manteniendo su uso anterior, sin llegar a cerrar el convenio previsto, con la consecuencia de que le impide a ella la utilización que se habría convenido. Por lo que se dirigirá formalmente a la citada Administración Regional, alegando el incumplimiento de las previsiones por la Iglesia Ortodoxa y solicitando que se le adjudique para su uso exclusivo y para sus necesidades religiosas. Lo que dará pié para que se inicie un larguísimo camino de reclamaciones judiciales, una vez que la Administración Regional advierta de que ya no ostenta ella la competencia para resolver ese tipo de problemas, que habría sido trasferida a otro órgano. La Iglesia Católica toma al menos ocho veces la iniciativa, compareciendo ante diversos tribunales, que se van tirando la pelota unos a otros sin que consiga lograr que ninguno de ellos entre a conocer del fondo del asunto. Situación ante la que reacciona acudiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Curiosamente, no se apoya en el artículo 9, sobre libertad religiosa, sino que alega que ha sido violado su derecho a la justicia,

garantizado en el artículo 6, así como la ausencia de "un recurso efectivo" que utilizar ante su agravio, según dispone el artículo 13.

En la parte de la sentencia dedicada a transcribir el derecho aplicable, además de las normas internas, se incluyen algunos instrumentos internacionales sobre los compromisos de Ucrania en relación con la devolución a las iglesias de sus propiedades.

Se rechazarán, ante todo, en la sentencia del Tribunal Europeo, las pretensiones del Gobierno que se oponía a la admisibilidad del recurso, en primer lugar en cuanto no se trataría de "un derecho civil", según la fórmula del artículo 6, sobre la que el Tribunal tiene ya consolidada jurisprudencia de sentido ampliatorio, y también en cuanto no se habrían agotado las vías internas –ya indiqué que hubo, al menos, 8 iniciativas ante los diversos tribunales–, sobre lo que también se ha pronunciado con reiteración el Tribunal, que aspira, en general, y salvo casos muy burdos, a poder llegar al fondo de los asuntos. Entrando en la pretensión planteada, el Tribunal concluye, por unanimidad –es decir, con el voto también, del juez ucraniano–, que ha habido una evidente denegación de justicia. De la lectura de la decisión no queda claro si la citada Iglesia Católica-Griega de Ucrania había sido antaño la propietaria del conjunto inmobiliario en cuestión, pero se constata que algo ha fallado en el sistema jurídico del Estado ucraniano y el supuesto evidencia las dificultades de algunas iglesias a la hora de que las autoridades tomen partido decididamente para facilitar los usos religiosos, solventando además los posibles conflictos entre unas y otras organizaciones religiosas. La sentencia revela un curioso punto de vista en relación con la pretensión de compensación por daños: la iglesia reclamante solicitaba en concepto de daños morales una cantidad exorbitante (el equivalente a 1.400.000 euros), alegando que es lo que necesitaba para edificar un nuevo templo a la vista de que el Gobierno se negaba a traspasarle la vieja iglesia para su uso. Pero el Gobierno opuso que no había relación causal entre lo solicitado y los hechos, criterio que apreciaría el Tribunal, que concluyó otorgando en concepto de daños morales –y en vista de que no se había solicitado ninguna otra compensación– la casi simbólica cantidad del equivalente a unos 1500 euros.

De modo que la cuestión de los templos suscita periódicamente bien interesantes supuestos en la jurisprudencia de Estrasburgo, aunque las más de las veces quepa pensar se trate, como antes decía, de "meras cuestiones administrativas", según expresión que me gusta utilizar para aludir a los conflictos religiosos en la Europa actual.[14]

3. En concreto, lo urbanístico y la libertad religiosa: algunos antecedentes interesantes

"Vergos" será la primera sentencia en que aparezca de lleno el contraste entre las previsiones urbanísticas y las aspiraciones de la libertad religiosa –se decía–, pero, como siempre suele suceder, no es inusual que se puedan rebuscar precedentes significativos. Y, en efecto, existe lo que podemos denominar "jurisprudencia menor" de los "órganos del

14 "De guerras de religión a meras cuestiones administrativas" es, como se recordará, el subtítulo de mi citado libro, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa.*

Convenio", por usar la expresión consagrada. Sin afán exhaustivo, pues no he pretendido hacer una búsqueda completa, se dispone de un par de "decisiones de inadmisibilidad" del Tribunal así como de una bien interesante decisión de la ya decaída Comisión Europea de Derechos Humanos que, tras un razonamiento muy completo, decidía igualmente no tramitar el asunto en cuestión. En distinto escenario, pero el argumento principal que ofrece cada uno de los tres asuntos, es el de exigencias urbanísticas que resultan incompatibles con aspiraciones vinculadas al ejercicio de la libertad religiosa. Y no deja de ser curioso que en los tres supuestos las organizaciones religiosas afectadas responden a bien distinta orientación, como diverso es también el entorno en que se producen: un caso del Reino Unido, otro de Alemania y, el más reciente, de Italia. Ninguna de las tres organizaciones religiosas que aparecen coincide con la del caso Vergos, con lo que se realza el cromatismo de la serie estudiada. Por cierto que, en relación con este último caso, cuya sentencia analizaré enseguida, hubo también una "decisión" previa, "de admisión" en concreto, adoptada por unanimidad, sin duda interesante, pero a la que no le dedicaré ahora mayor atención al no aportar elementos novedosos, en cuanto se limitaba a constatar el interés del asunto, auspiciando la posibilidad de incorporar más elementos para alcanzar un correcto enjuiciamiento.

A la hora de estudiar estos asuntos, me pareció lo más adecuado desde un punto de vista metodológico, proceder por orden cronológico. Por lo que comienzo la exposición por la decisión más antigua.

A. Lo que me lleva a comenzar por la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el asunto "ISKCON y otros c. Reino Unido", de 8 de marzo de 1994. La palabra que aparece es la sigla de la "Sociedad Internacional para la Conciencia Krishna" (en distinto orden en el original inglés, aunque coincidan las iniciales en una y otra versión), organización religiosa, con raíces en la India, que se ha expandido por todo el mundo, y que llegó, también, con fuerza, recientemente al Reino Unido. En un pequeño núcleo urbano del "cinturón verde" de Londres, zona residencial de especial protección urbanística en cuanto a los usos permitidos, habían comprado para instalarse un viejo casón del siglo XIX, utilizado antes para la formación y residencia de enfermeros, con la idea de dedicarlo a casa de formación de misioneros y dirigentes religiosos, para impartir también enseñanza, con vocación de apertura a los fieles, con la previsión incluso de celebrar algunas festividades, lo que encajaba en las exigencias de sosiego propias de la zona, sin que se observara en apariencia ningún cambio en relación con el uso anterior. Con el paso del tiempo, en las relaciones entre la organización religiosa y la Administración urbanística se llega a cuantificar los detalles de los usos permitidos, cifrando incluso el número de asistentes y visitantes: ISKCON no debería permitir más de mil visitantes por día; dicha cifra se excepcionaba para seis festividades al año, aunque asumiendo el respeto de una serie de condiciones que se fijaban. Pero el centro llega a tener éxito y con el paso del tiempo las cifras de usuarios se desborda de manera desaforada, especialmente en cuanto al número de visitantes, en cuanto a las horas de funcionamiento –prácticamente ilimitadas, pues abren tanto de día como de noche–, señaladamente también en cuanto a la celebración de las festividades que van a suponer, periódicamente, concentraciones multitudinarias con la inherente secuela de las perturbaciones que acarrea el crecido número de automóviles particulares, con todas las implicaciones circulatorias, entre las que hay que contar las

necesidades de aparcamiento que, frente a lo ordenado y respetuoso de la forma de vida cotidiana de los británicos, se realiza de cualquier manera y a las bravas, podríamos decir. Todo lo que implica por necesidad que desborda radicalmente el tono de los usos admitidos por las previsiones urbanísticas. Y, como es lógico en las sociedades civilizadas, en las que se asume que hay unas reglas de juego que deben ser respetadas, no se dejan esperar las protestas de los vecinos afectados, lo mismo que las correspondientes inspecciones de los servicios administrativos responsables del mantenimiento de la disciplina urbanística. Debo decir que acostumbrado por fuerza a la indiferencia y permisividad de que con tanta frecuencia hacen gala en España los responsables del orden y del respeto, la cruel indiferencia ante los numerosos sufrimientos que los abusos de los desaprensivos acarrean a los pacíficos vecinos de tantos barrios y zonas de nuestros pueblos y ciudades, impresiona comprobar la diligencia y agilidad de respuesta que los responsables de este caso británico evidencia a las claras. Impresiona, en efecto, saber que hay países en los que cuando uno elige para vivir un barrio regido por determinadas reglas jurídicas que predeterminan los usos posibles, se tiene la garantía de que se van a mantener las condiciones de vida por las que se optó. Lo que implica que hay alguien que inspecciona, que controla los usos, que cercena las concentraciones de establecimientos indeseadas así como las aglomeraciones de personas o coches indebidas, todo ello sin depender del capricho, del albur o del azar, de si el alcalde o concejal de turno está pendiente de si le van a subir o bajar los votos porque cumpla con su deber, sino, sencillamente, porque así deriva de la ley y de las previsiones urbanísticas y de las ordenanzas que la desarrollan. Y es que hay países que, tras largo aprendizaje, han asumido la regla del **imperio de la ley**, lo mismo que hay otros en los que la filosofía imperante consiste en que cada uno pueda saltarse la ley a su antojo contando con la suma complacencia de los responsables.

El caso es que, a la vista de los excesos manifiestos, adecuadamente documentados, que sin duda ocasionan de forma incuestionable "damage to the amenities of the village", estimando que se ha producido una evidente alteración del uso permitido, la Administración urbanística reacciona,cursando formalmente la correspondiente advertencia –"enforcement notice", un a modo de "requerimiento de paralización"– que ha de conllevar por supuesto una drástica incidencia sobre los usos que se venían realizando, dándoseles un periodo de tiempo de adaptación. "Conciencia Krishna" reacciona defendiéndose tanto ante las propias autoridades administrativas como, luego, en la vía judicial, ante la "Hight Court", intentando también en vano la apelación ante la "Court of Appeal". Pero esas instancias no les dan la razón. Se da prevalencia, sin miramientos, a la normal aplicación de las previsiones urbanísticas, perfectamente ajustadas a la legislación reguladora, todo ello en aras de unos fines que presiden la convivencia, de cuyo respeto todos esperan ventajas. Insisto para llamar la atención acerca de lo que decía antes: raro es que en España se defienda a los pacíficos habitantes que viven su vida, raro es que se reaccione ante los iniciadores de usos molestos ni ante la congestión de determinadas zonas tan fácil de detectar, ya provenga la alteración de motivos religiosos, futbolísticos o deportivos en general, ya de festivales y espectáculos musicales, o de concentraciones para comer, para beber o para picotear, o de zonas de ocio en general. Sin duda, y salvo notables excepciones, el gobierno de la ciudad que tenemos no está hecho para defender a la población. Se pierde tiempo precioso en la disputa por las competencias, en el intento de rebañar

cotas de poder, pero a nadie parece importarle luchar porque se haga efectiva una auténtica convivencia basada en el respeto a la legalidad, introduciendo sin excusa las técnicas necesarias para asegurar la disciplina, para respetar los usos permitidos y para impedir concentraciones que resultan indeseables.

Pero los "krishnas" de nuestra historia no estaban en España. Y les dijeron lo que tenían que decirles, ni más, ni menos: que los usos que caracterizaban actualmente a su centro no encajaban dentro de las previsiones legalmente aprobadas. Fracasadas sus pretensiones defensivas en el ámbito interno, la organización religiosa como tal, más ocho miembros de la misma título individual, se personan reclamando ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, con la alegación decisiva, entre otras, de que la insistencia en la disciplina urbanística estaría cercenando las opciones de la libertad religiosa. Cierto que la injerencia tenía base legal inequívoca, alegarían, adoptando la terminología del sistema del Convenio Europeo en cuanto a las restricciones de los derechos, pero no se legitimaría, pues de ninguna manera podía considerarse "necesaria en una sociedad democrática". Se alegaban también otros agravios, como discriminación en el uso de su propiedad (artículo 1 del Protocolo número 1 en combinación con el 14 del Convenio), en cuanto a otros grupos religiosos –mencionan en concreto a musulmanes, católicos y protestantes– a los que sí se les concedía la autorización para realizar sus servicios religiosos en diversos núcleos del "cinturón verde". Pero se acude también a la vertiente procesal, con apoyo en los artículos 6 y 13 e, incluso, los que recurrieron a título individual alegaban que se cercenaba el derecho a escoger la educación de sus hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas, consagrada en el artículo 2 del citado Protocolo, lo que no podrían realizar si se cerrara la escuela.[15]

En puridad el asunto es bien simple y no se alcanza el fundamento de las pretensiones de los recurrentes. La ley es la ley, y es una ley justa y las decisiones tomadas encajaban sin estridencias en la regulación. De ahí que la Comisión de Derechos Humanos, una vez que se asume la base legal de la medida, considerara que la decisión cuestionada no era desproporcionada. Se afianza asimismo el criterio, obvio pero tan importante, de que "los controles urbanísticos son necesarios e incluso deseables en la moderna sociedad con vistas a preservar y mejorar el paisaje urbano y rural", lo que se lee con especial interés si se tiene presente que el "Boletín Oficial del Estado" acaba de publicar (el 5 de febrero de 2008) el instrumento de ratificación por el que España se compromete con el Convenio Europeo del Paisaje, hecho en Florencia el 20 de octubre de 2000. Cualquiera puede saber, en efecto, que estamos ante lo que en el Reino Unido es un empeño real y en el que las Administraciones británicas se aplican a fondo.[16] La Comisión Europea de Derechos Humanos aprecia como en la tramitación del expediente se dejó claro que las actividades del centro cuestionado "habían causado molestias evidentes a la vecindad", lo mismo que "habían originado considerables problemas de tráfico". Estas y otras razones van a permi-

15 La realidad efectiva de este derecho la he estudiado en mi reciente libro *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos),* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

16 En relación con el tesón de las autoridades británicas a la hora de defender la calidad del territorio y, en concreto, el paisaje, me remito a lo que se señala luego en la nota 36.

tir alcanzar la argumentación decisiva: "la Comisión no considera que el artículo 9 del Convenio pueda servir de excusa para burlar la legislación vigente sobre planeamiento, partiendo de la base, además, de que las previsiones de dicha legislación dan la presencia suficiente a la libertad religiosa". A partir de ahí se alcanza la conclusión "de que la decisión cuestionada se dictaba por razones urbanísticas reales sin que se tratara en cambio de objetar los aspectos religiosos de las actividades de ISKCON". No se consideran relevantes tampoco los otros agravios alegados, aunque no insistiré sobre ellos pues lo que me interesa en este momento es el debate y la argumentación en torno a la libertad religiosa.

Al estimar que eran legítimas las soluciones propiciadas por el legislador británico y que, en concreto, en desarrollo de las mismas los agentes responsables habían realizado una actuación correcta, se llega a la conclusión de que carece de fundamento la reclamación planteada, por lo que se archivará, sin que llegue así el asunto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Diría que lo más importante de la decisión es la normalidad con que se asume que hay una reglas urbanísticas objetivas que deben ser respetadas, que se imponen a todos en bien de la generalidad y que por eso la libertad religiosa no podría servir de excusa para burlar dicha legalidad. Y es que, si bien se mira, las múltiples e importantes secuelas de la libertad religiosa pueden desarrollarse a la perfección, con un poco de cuidado y diligencia, buscando otras alternativas y respetando por eso una legislación de interés general que se dicta en beneficio de todos. Y resalto la afirmación de la Comisión que recogía antes, de que se parte "de que las previsiones de dicha legislación dan la presencia suficiente a la libertad religiosa": es decir, a la hora de diseñar las respuestas urbanísticas habrá habido que tener cuidado para dar la presencia debida a las exigencias de la libertad religiosa, en concreto, por lo que pueda interesar ahora, a la presencia de lugares de culto de las diversas organizaciones religiosas.

La Comisión Europea de Derechos Humanos dio un paso notable al dejar sentada con normalidad doctrina tan destacable. Se va preparando el camino para cuando el Tribunal haya de tener que pronunciarse. La valía de la presente decisión se comprenderá mejor si se recuerda que el Tribunal la incorpora a la lista de decisiones en que suele apoyar su jurisprudencia. Por ejemplo, en el caso que vamos a estudiar a continuación, cuando se razone acerca de las opciones urbanísticas de los Estados en relación con el derecho de propiedad, presentes por supuesto las exigencias de la libertad religiosa, entre las decisiones que se citan en apoyo, se incluye ésta que acabamos de exponer.

B. Un supuesto bien interesante y en el que aparecen a las claras las líneas conflictivas así como los argumentos a utilizar, es el que depara la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2001, en el asunto "Johannische Kirche y Peters c. Alemania" (o, de la Iglesia Juanista y el señor Peters). Aquella es una comunidad religiosa cristiana (Iglesia Libre), con estatus de corporación de derecho público, como suele ser la regla en Alemania ("Körperschaft des öffentlichen Rechts"). A ella se suma en el recurso el que puede suponerse es un miembro de la misma, si bien su posición procesal es del todo endeble dado que no había participado en las reclamaciones en la vía interna.

El caso es que aquélla prende construir una capilla y un cementerio en un terreno de su propiedad. En relación con lo segundo se deja constancia en el caso de la importancia que tiene su misma configuración para la "Johannische Kirche": su construcción y mantenimiento no sería una simple manifestación de la libertad de practicar la religión propia,

sino que, por el significado que le dan, formaría parte de la esencia de la libertad religiosa ("but were part of the very freedom of religion", o, "in so far as the manner of burying the dead and cemetery layout represents un essential aspect of the religious practice of the first applicant and its members"). En efecto, una de las creencias del grupo religioso sería la de la profunda igualdad de todos ante Dios después de la muerte, sin diferencias sociales o de clase. Lo que se trataría de reflejar en la misma posición prevista para el cementerio en el que las lápidas de las tumbas estarían alineadas y serían uniformes en cuanto al tamaño.

En algún momento, la tramitación del procedimiento para la capilla y el cementerio se separan aunque luego vuelvan a unirse: yo me referiré a ambos conjuntamente pues además argumentos y motivos van a coincidir. El caso es que las autoridades administrativas deniegan el otorgamiento del permiso de construcción con el argumento de que se trataba de zona no edificable protegida y en la que no estaban previstas instalaciones de uso público. En relación con el cementerio habían informado, entre otros, los departamentos de salud pública, el de aguas así como el municipio de la localidad. La iglesia no se conformará con la denegación administrativa por lo que acude ente los tribunales, en un camino procesal que alcanzaría nada menos que cuatro instancias.

Me parece oportuno marcar en este punto un aspecto sobre el que vengo llamando la atención, que se puede denominar como "dialogo entre jurisdicciones": si solemos destacar la buena disposición de los órganos jurisdiccionales internos a la hora de recibir la doctrina que sienta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta grato también comprobar el fenómeno inverso, es decir, el interés de éste por asumir cuando se pueda los criterios que han decantado los tribunales nacionales. El presente supuesto sería un buen ejemplo que confirma esta regla.[17]

La serie de recursos se inició ante el Tribunal Administrativo de Bayreuth. El proceso, que incluyó una inspección ocular por parte de los magistrados al lugar que se cuestionaba –dato que resulta oportuno resaltar–, concluyó confirmando la resolución administrativa. Se recurre luego ante el Tribunal Administrativo de Apelación de Baviera que, tras visitar el local –dato que resulta oportuno destacar–, mantuvo la anterior sentencia. En esta sede, se destacaría especialmente la incompatibilidad de las construcciones proyectadas una vez que el lugar previsto quedaba afectado por las exigencias de un "parque natural" objeto de especial protección, el "Naturpark Fränkische Schweitz". Criterio que no vendría a quedar alterado, se dice expresamente, "por el hecho de que el recurrente sea una comunidad religiosa que además bien podría encontrar para el cementerio otro terreno que no estuviera afectado por las restricciones medioambientales". Se considera además que la falta de servicios en la zona en cuestión sería un factor adicional para confirmar el rechazo.

Llegan luego recurriendo ante el Tribunal Administrativo Federal, que inadmitiría el asunto con el argumento de que no había causa consistente. Ello no le impediría dejar sentadas algunas afirmaciones de interés. Como la de que la libertad religiosa tiene por fuerza que respetar algunos límites, entre ellos los derivados de los valores consagrados

17 A cerca del "diálogo entre jurisdicciones" me remito a lo que he señalado en mi reciente trabajo, *El concepto de víctima de una violación de los derechos fundamentales*, "Revista de Administración Pública", nº 175, 2008.

por la propia Constitución. Se recuerda así que entre los valores constitucionales hay que contar con la protección de "los fundamentos naturales de la vida" ("natürliche Lebensgrundlage"), tal como proclama el artículo *20 a* de la Ley Fundamental.[18] Se hace también hincapié en el dato de que las secuelas del planeamiento afectan a cualquiera, sin distinción, sin que se pretenda gravar especialmente a las comunidades religiosas o a otros grupos de personas. Y se afirmará con determinación:"La libertad de una comunidad religiosa sujeta al derecho público para practicar su religión no está imponiendo a las autoridades que tengan que dispensarle de las restricciones estatutarias exigidas para la protección del medio ambiente y del paisaje".

En este largo recorrido procesal, llegan incluso los "juanistas" ante el Tribunal Constitucional Federal aunque, de nuevo, otra vez sin éxito. El Tribunal de Karlsruhe no dejará de advertir que la libertad religiosa y la libertad de manifestar la religión no son ilimitadas y podrían quedar afectadas por otros valores constitucionales, uno de los cuales sería el proclamado por el artículo *20 a* de la Ley Fundamental. Lo mismo que advertía que la iglesia reclamente bien podría construir su cementerio en otro lugar que no estuviera afectado por la legislación protectora.

Me interesa destacar la tan señalada faceta que se ha ido incorporando a la argumentación. Importa el planeamiento, la ordenación del territorio y el urbanismo en general Pero el caso evidencia de manera notable el significado de la vertiente medioambiental. Recuérdese que el artículo *20 a* es de factura reciente, de 1994, y con él se pretende hacer ostensible que Alemania, además de ser un Estado Social y de Derecho es un *Estado medioambiental*, empeñado en proteger *los fundamentos naturales de la vida*. Hay que acentuar lo que representa el compromiso constitucional. Para articular su defensa van a aparecer, entre otras alternativas, reglas objetivas establecidas con carácter general que no tienen por qué excepcionarse en presencia de las opciones de la libertad religiosa.

La idea me lleva también a pensar en la aburrida disputa competencial que tantas energías está consumiendo en España pues evidencia a las claras lo cercano que está la ordenación del territorio y el urbanismo de lo medioambiental. Lo que no deja de deparar significativas secuelas competenciales.

Pero volvamos al argumento del caso. Aún dado lo breve de la decisión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no descuida la ocasión para dejar sentadas afirmaciones bien aprovechables. Se arranca del reconocimiento del significado de la libertad religiosa en la sociedad democrática como la que configura el Convenio Europeo, "Sin embargo –se puntualiza, recogiendo lo que es jurisprudencia arraigada– el artículo 9 no ampara cualquier acto motivado o inspirado por una religión o una creencia".

A la vista del significado de las previsiones sobre la muerte para la "Johannische Kirche", se constataría que la negativa de las autoridades administrativas representaba una restricción en el derecho a manifestar la religión propia. Pero se trataría de *una res-*

18 Recuérdese que el texto del artículo *20 a* de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania dispone: "El Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad por las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial".

tricción prevista por la ley y justificada en principio y, sin duda, proporcional. Se asume así lo que significan las previsiones sobre planeamiento y protección medioambiental, lo mismo que la inexistencia en la zona de edificaciones. Se reconoce el margen de apreciación de que disponen los Estados a la hora de determinar el planeamiento de su territorio, para lo que se apoya en su consolidada jurisprudencia, entre la que hay que incluir la mención expresa a la Decisión de la Comisión en el asunto "ISKCON y otros c. Reino Unido" que antes se estudió. Se da por bueno el criterio de los tribunales alemanes de que no por tratarse de una organización religiosa se pueda construir un cementerio en zona especialmente protegida afectada por un parque natural. Se apreciará sobre todo que la negativa de las autoridades no tenía como finalidad cercenar las opciones de la libertad religiosa sino que se trataría de prohibición genérica dirigida a cualquier persona. No se estima que la reclamación tenga fundamento, por lo que, por unanimidad, se declara inadmisible el recurso.

Supuesto conciso, también, pero de resolución muy clara, facilitada igualmente en este caso, en la misma línea que el anterior, por la tan bien hecha labor de las autoridades nacionales, tanto las administrativas como las jurisdiccionales, en los cuatro escalones referidos. Se va viendo claro como se van cumpliendo pasos destacados para ir madurando la doctrina que habrá que aplicar al problema de fondo que nos interesa. Estimo que el presente asunto, lo mismo que el anterior de la Comisión, resultan determinantes. Se aprecia el alto valor de la libertad religiosa y se reconocen sus notables implicaciones, pero ello no impide reconocer que hay reglas objetivas de interés general que a todos deben imponerse sin excepción. Se valora así el alto significado que para el buen funcionamiento de la sociedad adquieren las previsiones urbanísticas tan íntimamente unidas a las medioambientales.[19]

C. Una lejana relación entre lo religioso y lo urbanístico, más tenue sin duda que en los dos supuestos anteriores, podría hallarse en la Decisión, de nuevo del Tribunal Europeo, "Cassa missionaria per le missioni estere di Steyl c. Italia", de 13 de mayo de 2004. Estamos ante un asunto muy simple y lineal sobre aprovechamientos urbanísticos que el Tribunal despacha muy brevemente, apoyándose en su consolidada jurisprudencia sobre el artículo 1 del Protocolo número 1. Pues, en efecto, el caso se centra en el precepto que garantiza el derecho de propiedad o, con más precisión, el derecho al respeto de los bienes. Aunque nada se concrete –la decisión es muy escueta-, parece que estamos en presencia de una organización religiosa, persona jurídica, con sede en Roma, se detalla. En puridad, para nada se alude al artículo 9 ni a la libertad religiosa, aunque ciertamente se señala que, en los orígenes, se pretendía construir "un edificio religioso", aflorando sólo la cuestión de una aparente depreciación a consecuencia de la restricción de los posibles aprovechamientos urbanísticos de un terreno de propiedad de la recurrente llevado a cabo por los sucesivos instrumentos de planeamiento.

19 Entiendo que las dos decisiones que se acaban de comentar cuadran a la perfección en la línea que he estudiado en mi trabajo, *La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* "Revista Española de Derecho Administrativo", 132, 2006, 727 ss.

El asunto, tan breve en su redacción, encerraría una larga cadencia temporal: en 1929 se habría concluido con la Administración municipal un convenio urbanístico –"convention de lotissement"–, del que debería derivar una licencia de construcción para edificar en unos ocho mil metros cuadrados, debiendo destinarse el resto a zona verde, una extensión de unos veinte mil metros cuadrados. Pero nada se hizo en cuanto al desarrollo de las previsiones. Años después, un plan parcial de 1939 –"piano particolareggiato"–, subordinaría el otorgamiento de una licencia de edificación para construir un inmueble de siete mil doscientos ochenta metros cuadrados a la elaboración de un nuevo convenio –"convention de lotissement- que debería presentar ahora la interesada. Cosa que tampoco se hizo. Y pasaron de nuevo los años, que trajeron otros vientos: en 1965 un nuevo plan general consideraría el terreno como zona verde privada no edificable. Treinta años después, en 1996, se impugnaría el plan ante el Consejo de Estado, alegando que no se había respetado el convenio de 1929 y solicitando una indemnización a la vista de la prohibición absoluta de construir. El Consejo de Estado rechazaría las pretensiones alegando que aquel viejo convenio no se había ejecutado en los cuarenta años anteriores al plan, lo que era testimonio de la falta de interés en aquella construcción, aparte de que no se había presentado el convenio correspondiente al plan parcial de 1939. Se rechazaría en concreto la indemnización correspondiente a la prohibición de edificar que el plan imponía, con el argumento de que se trataba de una medida general que afectaba a todos los terrenos de características similares.

El rechazo del Consejo de Estado es lo que se llevaría al Tribunal Europeo, dando pié a la decisión que se reseña que, por unanimidad, considera el asunto carente de fundamento y declara inadmisible el recurso. Constatará el Tribunal que hay sin duda una injerencia en el derecho de la reclamante al uso de sus bienes, pero que dicha injerencia tiene una base legal –el plan general elaborado de acuerdo con la Ley urbanística de 1942–, de manera que las restricciones impuestas encajan en las exigencias del interés general que el estado debe procurar, de acuerdo con las previsiones del apartado segundo del precepto contemplado. Se aprecia que la propia demandante habría contribuido con su inactividad a la pérdida de la oportunidad de edificar en su terreno, aparte de que –se dice– para nada se ha hecho referencia a cualquier otro aprovechamiento del terreno diferente a la construcción. Italia, se concluirá, habría respetado el justo equilibrio entre el interés público y el privado, y de ahí la conclusión denegatoria que se alcanza. Parece este uno de los tantos asuntos con los que nunca se debió hacer perder su tiempo al Tribunal de Derechos Humanos. Con todo, me ha parecido oportuno dar noticia del caso pues en definitiva prevalecen las previsiones urbanísticas sin que sirva para nada de excusa –lo que parece que ni siquiera se planteó– el posible destino religioso del hipotético edificio.

4. Enfrentamientos religiosos a consecuencia del cambio de calendario

Agrada comprobar cómo la tan diversa realidad europea con sus peculiaridades históricas, se va reflejando didácticamente en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos. Rica y diversa es igualmente la historia de las religiones. No faltan en ella episodios en los que, quienes participaban de un ideal común, de pronto se distancian y tra-

tan de buscar existencia separada, a veces desatando insospechadas tensiones o enfrentamientos. Puede que haya cuestiones de fondo de trascendencia, pero no son infrecuentes los supuestos en que el conflicto ha surgido por motivos que hoy pueden parecer triviales. En ocasiones, resultará problemático el fenómeno de modernización o puesta al día: tan elementales, para unos, las nuevas soluciones, tan vinculados otros, en cambio, a fórmulas de arraigada tradición.

Algo de eso se trasluce en el caso Vergos que nos proponemos estudiar, con tensiones originarias que, aunque aparentemente superadas, siguen dando lugar a recelos y reticencias, que están presentes en la solución de los problemas jurídicos actuales. El problema sería ahora el del **cambio del calendario**, cuestión que puede parecernos liviana, pero que ha debido de tener hondas connotaciones. En 1924 –tal y como se describe en la sentencia, p. 21–, la Iglesia impuso en Grecia el "calendario gregoriano" para las fiestas religiosas, con lo que saltó el conflicto. Había partidarios de seguir con el "calendario juliano", que de hecho continuaron utilizando, y es así como se produjo el enfrentamiento y la ruptura. Éstos alegaban –son datos todos que tomo de la sentencia– que la introducción del calendario gregoriano era contraria a los cánones y tradiciones de la Iglesia Ortodoxa; que por un decreto-ley de 1923 se había determinado que el calendario gregoriano se aplicaría sólo al Estado, mientras que la Iglesia seguiría rigiéndose por el calendario juliano; alegaban igualmente que ya se habían pronunciado contra el cambio de criterio los Sínodos Panortodoxos reunidos en Constantinopla en 1583, 1587 y 1593. Como se ve, la problemática venía ya de lejos, por más que uno, desde fuera, se permita dudar de si soluciones adoptadas en el siglo XVI seguían siendo válidas para el siglo XX –o, XXI– una vez que la sociedad había asimilado en forma mayoritaria los nuevos hábitos. Me da la impresión de que en el intento de mantener viejas fórmulas acaso haya un cierto rechazo a lo que pueda verse como una imposición de criterios de Roma: en efecto, fue el Papa Gregorio XIII quien decretó, en marzo de 1582,[20] la implantación del nuevo calendario,[21] que se conoce así por su nombre, con lo que se desplazaba el calendario que antes se venía utilizando, desde que lo impulsó el emperador romano Julio César, y de ahí el nombre de "juliano". Tal iniciativa de la cabeza de la Iglesia Romana explicaría la enemiga que el famoso cambio de calendario habría suscitado también en otros territorios culturales.[22]

20 Adviértase, por otro lado, la coincidencia de las fechas: 1582 sería la fecha de implantación del nuevo calendario gregoriano. El primer Sínodo de la Iglesia Oriental oponiéndose al mismo, como se acaba de decir, es de 1583, es decir, casi contemporáneo.

21 Por cierto, que la Administración postal española ha recordado este año 2007 el cambio de calendario dedicando un sello al acontecimiento: en la serie "Ciencia. Astronomía", se ha emitido un valor de 42 céntimos, representando una esfera armilar copernicana, recordando el "425º Aniversario del Calendario Gregoriano".

22 Me parecen muy interesantes las consideraciones de John H. ELLIOTT, cuando al contrastar, en su valiosísimo libro, *Imperios del mundo atlántico. España y Gran Bretaña en América (1492-1830),* traducción española, Taurus, Madrid, 2006, 27, las diferencias –o similitudes- entre españoles e ingleses en relación con sus respectivos imperios americanos, recalca como: "La circunstancia de que los ingleses persistieran en el uso de un calendario abandonado por España y gran parte de Europa en 1582 es una señal, quizá pequeña pero reveladora, del carácter general de la transformación que había sufrido Europa (…). La reforma luterana, que ya se estaba fraguando cuando Cortés realizó su precipitada partida de Cuba, desató las fuerzas que iban a dividir la cristiandad en facciones religiosas enfrentadas. La decisión de la Inglaterra isabelina de aferrarse al antiguo calendario en lugar de aceptar el nuevo calendario gregoriano procedente de la sede del

Aunque lo cierto es que el tiempo no se detiene y hay innovaciones que se generalizan e imponen con fuerza impetuosa. Diría incluso que en tiempos de tan acentuada secularización como los actuales, serán muchos los que no tienen memoria histórica de que el calendario hoy generalizado tuviera un origen, por así decir, religioso. Pero a veces, se enquistan posiciones. Piénsese en las tensiones –o resistencias– a la hora de sustituir las unidades tradicionales de medida,[23] o monedas –sus unidades fraccionarias, acaso– o, incluso, en el propio ámbito religioso, idiomas, como sucedió en el seno de la Iglesia Católica cuando se decidió que las lenguas locales sustituyeran al latín. El caso es que el asunto del calendario se tradujo en Grecia en una escisión, que se formalizó en la creación de la comunidad religiosa de los "Cristianos Ortodoxos Verdaderos" (COV), dispuestos a mantener el calendario juliano para las fiestas religiosas, y a los que los innovadores denominaron por eso "partidarios del antiguo calendario" o "paleoimerologites"

Las tensiones y enfrentamientos debieron hacer surgir diferencias de trato jurídico, que perjudicaban a los disidentes, que eran minoría. Bien se deduce de lo que se afirma en la sentencia, que refleja también los diversos pasos dados para ir rectificando:

> Tras la caída del régimen dictatorial en Grecia y la promulgación de la Constitución de 1975, a fin de impedir en un futuro cualquier obstrucción a la libertad de culto de dicha comunidad [los "Cristianos Ortodoxos Verdaderos"], se adoptó una declaración solemne que fue incluida en el acta de la sesión del Parlamento de 23 de abril de 1975, según la cual <los denominados Cristianos Ortodoxos Verdaderos *paleoimerologites* pueden ejercer libremente los deberes que impone su culto> (p. 22).
>
> Sin embargo, en opinión del demandante, esta comunidad continuó siendo objeto de discriminaciones por parte de las autoridades que se basaban en textos adoptados bajo el régimen dictatorial de 4 de agosto de 1936. Dichos textos exigían la autorización del obispo del lugar en el que los partidarios del calendario juliano desearan erigir un templo (p. 23).
>
> Por sentencia número 144/1991, el Consejo de Estado consideró que la autorización del obispo, adepto al nuevo calendario, no era necesaria para la erección de un templo de los partidarios del calendario juliano, ya que éstos no tenían relación eclesiástica con estos obispos de los que no dependían ni administrativa ni espiritualmente;

Anticristo en Roma sugiere que, a pesar de lo supuesto por historiadores posteriores, protestantismo no siempre equivalía a modernidad". Y recalca por nota –página 602– que "Inglaterra y sus posesiones de ultramar adoptaron finalmente el calendario gregoriano en 1752. La transición en las colonias americanas fue fluida, en parte debido a que muchos de sus habitantes se habían acostumbrado al uso de ambos calendarios a causa de la nutrida presencia de inmigrantes de la Europa continental".

23 Una pequeña anécdota aún en relación con la medida del tiempo, que narra con su habitual gracia don Juan DOMÍNGUEZ BERRUETA (*senior*), en su pequeño y tan entrañable libro sobre Salamanca, *Salamanca, guía sentimental.* Edición facsímil del ejemplar ilustrado por GONZÁLEZ UBIERNA, Salamanca 1990, 108-109, el episodio de cuando los canónigos responsables del reloj de la torre de la catedral no secundaban la norma civil del cambio de hora, con lo que, en una época en la que no se habían generalizado los relojes individuales, en la ciudad había dos horas diferentes: las doce "según la hora antigua", había que puntualizar: como decía el ilustre profesor, "¿Comprende el lector todo lo que esto significa? Hora del Estado, hora *liberal*. Hora de la Iglesia, hora *clerical*".

requerían solamente la autorización de una autoridad de ordenación del territorio al igual que cualquier edificio de utilidad pública (p. 24).

Había habido, por ende, una fase discriminatoria, superada a lo que parece. Todo quedaría reducido ahora a un mero –y objetivo- examen de la corrección desde el punto de vista urbanístico, una vez que se abandonó el criterio de que tuviera voz decisiva en el procedimiento el representante del grupo religioso enfrentado. Con todo, hay situaciones que no debe ser fácil superar de un plumazo, siendo probable que queden secuelas. Real o no, lo cierto es que el recurrente resalta en su argumentación "que en su caso la Administración competente no dejó de ponerle obstáculos a lo largo de todo el procedimiento" (p. 29). Lo que daría pié para que el Gobierno tenga por fuerza que posicionarse: "el Gobierno señala –se dirá– que las autoridades nunca pusieron obstáculos al ejercicio del culto de los Paleoimerologites y que para la erección de los lugares de culto éstos no requerían ni requieren ninguna autorización de una autoridad pública: la única condición consiste en acatar la legislación relativa a la ordenación del territorio" (p. 30).

5. Control de la legalidad urbanística y ejercicio de la libertad religiosa

En puridad, todo quedaría reducido a la operación de comprobar la corrección del emplazamiento desde el punto de vista urbanístico. Conviene insistir para precisar este punto: una cosa es la autorización –incluso, discrecional- en relación con la simple instalación o apertura de un lugar de culto y otra bien distinta la que llamamos habitualmente licencia urbanística, que sólo comprueba la adecuación con las previsiones urbanísticas. Recuérdese que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa tomó partido expresamente, con su Recomendación 1086 de 6 de octubre de 1988, instando a los Gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa, para que se hiciera desaparecer cualquier aprobación oficial necesaria para instalar un lugar de culto.[24] Sólo, licencia urbanística ahora. Pero aún con todo, de esta manera, se está asumiendo con normalidad que los agentes administrativos oportunos lleven a cabo esta modalidad de supervisión, a través de a cual, de alguna forma, puede quedar predeterminada la variante de ejercicio de libertad religiosa que se está contemplado.[25] ¿Implica esto, de por sí, una traba al ejercicio de la libertad religiosa? Llegamos así al punto culminante que debe ser abordado con objetividad y desde una perspectiva general.[26] Superando por eso la visión de los titulares del derecho fundamental o libertad pública correspondiente, que acaso pudiera ser parcial o interesada, por más que legítima.

24 Véase, Alberto ROCCELLA, *L'edilizia di culto nella legge regionale della Lombardia n. 12 del 2005*, en "Revista Giurídica di Urbanistica", 1-2/2006, 121.

25 Sobre la problemática jurídica del derecho a establecer lugares de culto, como una de las manifestaciones de la libertad religiosa, véanse las interesantes páginas que le dedica Miguel RODRÍGUEZ BLANCO, *Manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa*, cit., 83 ss.

26 Sobre las muchas cuestiones que se plantean, me remito al completo trabajo citado de Alberto ROCCELLA, *L'edilizia di culto*, buen testimonio de la intensa atención que viene dedicándose al tema en Italia.

Partimos del dato elemental de que la sentencia que se está comentando afecta a la libertad religiosa. Pero lo mismo hay que plantear, salvando en cada caso las distancias, cuando se trate de valores tan apreciados en nuestras sociedades como la libertad de crear partidos políticos, la libertad de crear empresas periodísticas o, por ejemplo, el derecho al deporte. Y es que hay unas reglas jurídicas que pautan el normal funcionamiento de la sociedad, que se dictan desde postulados objetivos y omnicomprensivos y a las que por ende todos, sin excepciones, deben considerarse vinculados. Es fenómeno que vengo analizando desde hace algún tiempo, como antes recordaba, y sobre el que, al contemplar las diversas modalidades de respuesta pública, había señalado en alguna ocasión: "En otros casos, el ejercicio de la libertad religiosa resulta indiferente frente al habitual comportamiento administrativo. La normal actividad administrativa no queda afectada, ni en un sentido ni en otro, al encontrarse con las secuelas o consecuencias de la libertad religiosa. (…) quiero recordar muy en síntesis, y a título de mero ejemplo, como la policía administrativa en sectores como el medioambiental, sanitario, urbanístico, o de control de ruidos, o de los requisitos de habitabilidad de los edificios, no queda en absoluto afectada por tratarse de templos o lugares de culto o actividades religiosas. Podrá tenerse la sensación de que ahí aparecen límites y restricciones para con lo religioso, pero son las previsiones generales del ordenamientos jurídico que no tienen por qué excepcionarse".[27] El criterio, insisto, vale para unos y para otros. El partido político, por muy relevante que sea, tiene que cumplir la legislación antiincendios a la hora de establecer su sede; lo mismo que la empresa periodística, o la sociedad deportiva, tienen que respetar las reglas de la contabilidad de empresas, del derecho de la seguridad social en relación con sus empleados, o la normativa tributaria, al margen de las posibles ventajas o exenciones que en ocasiones pueda reconocerles la ley de manera expresa. Y, de otra parte, este entramado jurídico debe aplicarse a unos y otros con objetividad, se trate de un partido político en el poder, o en la oposición, se trate, en el caso de la contabilidad de los sociedades deportivas, de los campeones consagrados o de los equipos del pelotón. Y lo mismo se diga, concretando ya, en relación con las organizaciones religiosas: estas reglas del derecho de la policía valen para las organizaciones religiosas de consolidado arraigo histórico, pero también para las más recientes o emergentes. A la hora de tener una emisora de radio, por ejemplo, unas y otras tienen que obedecer las reglas vigentes, ya sea respetando las frecuencias, sin abusos ni interferencias, ya sea teniendo en cuenta la normativa sobre concesiones o autorizaciones, donde exista, o, incluso más, yendo al fondo del contenido de los mensajes que se emitan, observando los límites al derecho de libertad de expresión, que impone expresamente el artículo 20.4 de la Constitución Española, o el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en lo que concierne, por ejemplo, a la protección de la infancia y juventud, o al respeto a los derechos de los demás, como el derecho a la intimidad o el derecho al honor, cuando sea el caso.

De modo que, como principio general, y por circunscribirnos al ámbito del supuesto analizado, se da por descontado que para establecer un lugar de culto hay que tener en

27 Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *El marco normativo de la libertad religiosa*, "Revista de Administración Pública", 148 (1999), 148.

cuenta obviamente las previsiones urbanísticas propias de la ciudad o pueblo de que se trate.[28] Tal criterio, ni resulta discriminatorio ni amengua el contenido de la libertad religiosa. Es doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afianzada en numerosas ocasiones, y de la que en el presente caso también se hace uso, la de que la libertad religiosa no tiene fuerza de por sí para justificar cualquier medida o acción. O, por decirlo en palabras del propio Tribunal,

> El artículo 9 del Convenio enumera las diversas formas que puede tomar la manifestación de una religión o convicción, a saber, el culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Sin embargo, no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión o convicción (p. 33).

Insisto que es doctrina arraigada: la afirmación transcrita se refuerza con la referencia a diversos casos en que se había formulado previamente. Aunque hay una abundante copia de opciones garantizadas, ¡no se protege cualquier conducta inspirada por una religión!

Idea que forma parte, además, de la filosofía elemental de que, como regla, los derechos fundamentales y libertades públicas no son valores absolutos, sino que han de observar límites y han de estar dispuestos a sufrir alguna restricción, cuando así lo determine la ley, y sea compatible con el canon de la sociedad democrática.[29]

6. La postura de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre "las leyes aparentemente neutrales"

A la vista de lo anterior que, insisto, es algo firmemente asumido en la jurisprudencia del Tribunal, resulta interesante la cata de derecho comparado que se lleva a cabo en la argumentación de la sentencia, cuando de forma expresa se incluye una remisión a la "Postura del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", a la que se dedica el párrafo 25. Creo resultará útil transcribir este fragmento, no demasiado extenso y, sin duda, ilustrativo:

---

28 En España, la prensa da noticia periódicamente de algunos conflictos surgidos al no respetar los templos las exigencias urbanísticas. Cierta trascendencia tuvo así el caso de la "Parroquia de Nuestra Señora de las Fuentes", iglesia católica de Madrid, algunos de cuyos vecinos impugnaron su corrección urbanística, con éxito incluso ante los Tribunales, que ordenaron derribar la parte que excedía (noticia aparecida en la prensa el 17 de marzo de 2000).
Conviene tener en cuenta que en el ámbito del urbanismo se admite con normalidad la presencia de la "acción popular" para denunciar las irregularidades. Lo que me hace recordar la aguda observación de Luis Cosculluela cuando, al estudiar la figura, constataba que, frente a la habitual indiferencia de los más interesados, era ocasión propicia para su uso por parte de los chantajistas. Véase al respecto, Luis COSCULLUELA MONTANER, *Acción pública en materia urbanística*, "Revista de Administración Pública", 71 (1973), 9 ss.
Por cierto que el exceso de la Parroquia de Nuestra Señora de las Fuentes acabaría siendo derribado…a costa del pueblo de Madrid, dado que lo pagó el Ayuntamiento pues, al parecer, había otorgado incorrectamente la licencia.

29 Sobre la idea de los límites de los derechos fundamentales, me remito a mi trabajo, *Los derechos fundamentales y la Constitución a los 25 años*, "Foro", nº 0 (2004), 46 ss.

> El Tribunal Supremo de los Estados Unidos distingue en su jurisprudencia relativa a la libertad de religión una categoría de Leyes que son "aparentemente neutras" ("facially neutral laws"). Estas leyes no pretenden regular directamente una práctica religiosa pero pueden pese a todo, tener eventualmente consecuencias restrictivas al ejercicio de la libertad de culto. Según la jurisprudencia de la instancia americana, tales Leyes pueden exigir un comportamiento incompatible con una práctica religiosa o proscribir un comportamiento exigido según los ritos especiales de una religión. La postura en la materia del Tribunal Supremo es la siguiente:
> <Nunca se ha aceptado que las convicciones religiosas de alguien pudiesen sustraerse a la aplicación de la legislación pertinente en vigor que proscribe cierto tipo de comportamientos cuya regulación corresponde al Estado (…) La jurisprudencia admite con firmeza que el derecho al libre ejercicio de la religión nunca sustrae a un individuo de su obligación de acatar una Ley válida y neutra de aplicación general debido a que dicha Ley proscribe (o prescribe) un comportamiento que su religión prescribe (o proscribe)> (ver, División laboral, Departamento de recursos humanos contra Smith, 494 U.S. 872 (1990); Estados Unidos contra Lee, 455 U.S. 252 (1982); Braunfeld contra Brown, 366 U.S. 599 (1961).

Valga así esta peculiar referencia a las "leyes aparentemente neutras –o, neutrales–" ("facially neutral laws"). Es decir, no están dictadas *contra* una organización religiosa, ni para discriminar, lo que nos situaría ya en otro terreno, sino que son leyes generales, contemplando situaciones objetivas que, por lo mismo, pueden incidir sobre alguna de las modalidades del ejercicio de la libertad religiosa: casualmente, rozan con ella. Este roce no desactiva la fuerza de la ley. De ahí el interés de la doctrina que se formula de que no cabe apoyarse en las convicciones religiosas para sustraerse a la normal aplicación de la legislación vigente; en suma, la idea de que la religión no es pasaporte para sustraerse a la obligación de acatar "una ley válida y neutra de aplicación general".[30]

Lo que, insisto, vale para unas cuantas parcelas, vale para lo que nosotros llamamos las "reglas de policía", donde se incluye sin duda lo urbanístico, pero también otros sectores, como por ejemplo el sanitario (la policía mortuoria, así),[31] el de la prevención de incendios, el de la regulación del tráfico[32] con todas sus implicaciones,[33] o el medioam-

30 Curiosamente, la Constitución Griega, como otras, contiene un mandamiento del todo similar, cuando en el precepto en que se consagra la libertad religiosa, el artículo 13, se puntualiza en el apartado cuarto: "Nadie podrá ser dispensado del cumplimiento de sus deberes hacia el Estado, o negarse a acatar las Leyes, debido a sus convicciones religiosas". El Tribunal Europeo, en sus razonamientos, no se fija para nada en esta regla, que se transcribe en la parte dedicada a la legislación, tanto en la decisión sobre admisibilidad como en la sentencia.

31 Véase, recientemente, Leopoldo TOLIVAR ALAS, *Ayuntamientos, registro civil y municipalismo funerario*, Iustel, Madrid, 2008, en especial, el capítulo tercero, "Ciento cincuenta años de municipalismo funerario", 115 ss.

32 Véase Tomás CANO CAMPOS, *El régimen jurídico-administrativo del tráfico. Bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones*, Civitas, Madrid, 1999, y, últimamente, la voz *Trafico*, en el *Diccionario de Derecho Administrativo*, dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO, II, Iustel, Madrid, 2005, 2542 ss.

33 Hay que decir con energía que el ir a un servicio religioso no autoriza a saltarse las reglas de tráfico, como por ejemplo lo referente al aparcamiento: el desorden que implica siempre un mal aparcamiento y el co-

biental (dentro del cual hay que incluir también, sin falta, el medio ambiente sonoro o, visto desde otra perspectiva, la contaminación acústica o el ruido), etc. Insisto en esto último porque, aunque parezca curioso, ha habido casos en la jurisprudencia de América del Sur relacionados con organizaciones religiosas muy ruidosas, que instalaban potentes altavoces en sus sedes y a cualquier hora atronaban a la pacífica vecindad. En lo que concierne a España acaso alguien haya pensado plantearse en alguna ocasión lo concerniente al uso de las campanas, atributo tradicional de las iglesias católicas (viejo problema que afloró en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, sobre todo en los tiempos de la pugna por la separación entre Estado e Iglesia, especialmente a comienzos del siglo pasado[34]). Personalmente, no creo que el uso normal de las campanas, con sus toques reglamentarios anunciando la misa, o el rosario, o las grandes festividades, plantee el más mínimo problema. Pero puede haber también usos abusivos, como revela el reciente caso de las campanas de Ribamontán al Mar, cerca de Santander, del que me he ocupado en otra ocasión: al buen cura no se le ocurre otra cosa que saludar, cada día, la llegada del alba –es decir, al alba- con un temprano y prolongado toque mecánico de campanas, de tal intensidad que a nadie dejará indiferente, por muy en los brazos de Morfeo que se encuentre. Parece razonable la sentencia que encarga al Ayuntamiento de proteger a los vecinos de lo que sin duda era un episodio injustificable de contaminación acústica.[35] Por ceñirme a la línea que vengo desarrollando, en tal conducta no hay que ver un supuesto de legítimo desarrollo de la libertad religiosa, sino, sin más, un desconocimiento de la normativa general sobre el ruido.

En suma, que aunque la libertad religiosa sea un motor que en buen número de ocasiones tiene que predisponer al legislador, hay también significativas parcelas en las que la ley tiene que fijarse sólo en los intereses generales, por lo que la libertad religiosa no legitimará ninguna iniciativa diferenciadora.

7. La aspiración de Nikolaos Vergos de costruir un templo

Llegamos así al problema concreto del señor Vergos, empeñado en construir una casa de oración, sin duda pequeña –como abundan en la cultura religiosa de Grecia–, de 80 metros cuadrados, en el Municipio de Petres. La sentencia indica también que pretende hacerlo en un terreno de su propiedad, de 400 metros cuadrados. Algo que no estaba previsto en el plan de ordenación del territorio. Al parecer, según un viejo decreto de 16 de agosto de 1923, no se podía construir un templo allí donde no estuviera previsto en el plan urbanístico. La única opción radicaba entonces en modificar el plan. Pero para llegar a una modificación del plan había que acreditar la existencia de una necesidad social que lo jus-

rrespondiente daño que se produce habitualmente a los vecinos, no puede hallar justificación en el ejercicio de la libertad religiosa. O, dicho de otra manera: no parece muy correcto ir en busca del sosiego que da la religión, haciendo la pascua a los vecinos.

34 Véase, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 5ª edición, Sirey, Paris, 1969, 86.

35 Se trata de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander, de 17 de febrero de 2006.

tificara. Ahí es donde va a encallar la pretensión de Vergos. El Ayuntamiento rechaza el otorgamiento de la licencia alegando que no se dan los requisitos previstos. Frente a la denegación hay un recurso ante la oportuna comisión, pero fue inadmitido por interposición tardía y se llega así directamente al Consejo de Estado. Éste, tras una serie de aplazamientos y dilaciones, rechazaría el recuso con el argumento de que el plan de ordenación del territorio no contemplaba tal destino y de que, por otra parte, no se había acreditado la necesidad social que justificara la modificación de dicho plan. Esta denegación es la que se va a llevar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde una doble argumentación: a) violación de la libertad religiosa garantizada en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y b) demora en la administración de justicia, desconociendo las exigencias del artículo 6 de aquel.

8. La fase de tramitación administrativa

En la tramitación administrativa de la solicitud de licencia se manifiesta una curiosa situación: aparentemente, se podía modificar el plan urbanístico que no contemplaba en dicho espacio la instalación de un templo, si hubiere razones de peso. Es lo que se expresa hablando de "la necesidad social que lo justificara". Aparece así el problema, sobre el que más adelante me detendré, de las previsiones urbanísticas para templos. La respuesta, a simple vista era, por tanto, la de denegar la licencia. Pero cabía sortear la situación con una alternativa indirecta, la de modificar el plan. Opción posible, si hubiere una razón válida para ello, la referida "necesidad social que justificara". Fue hipótesis que se manejó, si bien el resultado terminó siendo denegatorio para las aspiraciones del recurrente. Argumento central de dicho rechazo sería el de que no había más que un vecino en el pueblo que perteneciera al grupo de los "Cristianos Ortodoxos Verdaderos" (los "COV"), el propio solicitante. Tal dato, que puede parecer sorprendente, dado su exiguo significado o peso, no constituiría una "necesidad social" suficiente en que basar la alteración del planeamiento. Con todo, la serie de razones que enumera la sentencia, no dejan de suscitar algunas dudas. Se dice, en efecto,

> Por una resolución (…) el Ayuntamiento de Petres rechazó la citada solicitud. La resolución señalaba que ningún habitante del municipio, aparte del demandante, pertenecía a la comunidad de los COV, que la construcción de dicha casa de oración podía exacerbar el sentimiento religioso de los demás cristianos y generar disturbios, que ya existía una casa de oración en un municipio vecino y que el terreno propuesto no era apropiado para dicha construcción (p. 14).

Se puede entender, en efecto, que el interés, de una única persona no se considere motivo suficiente para alterar el plan. Las otras razones alegadas resultan impertinentes. No es de recibo alegar, si de verdad se garantiza la libertad religiosa en un país, que el establecimiento de un templo de quienes practiquen otra fe, "pueda exacerbar el sentimiento religioso" de los demás creyentes, o pueda incluso "generar conflictos". Cabe entender el razonamiento, una situación que en términos similares aparece de vez en cuando en algu-

nos lugares de España que se las darían de civilizados. Pero el que se entienda, no puede significar en absoluto que se justifique. Si tal fuera la razón, no tendría consistencia jurídica alguna. Cierto que es duro para algunos líderes religiosos asumir las consecuencias de la libertad religiosa. Para muchos, ha sido un proceso trabajoso y complejo. En no pocas partes del mundo es, sin más, una asignatura pendiente. Pero en nuestra vieja Europa, a estas alturas, ya ha habido tiempo para adaptarse, y habría que esperar otras formas de reaccionar. Cabe pensar por eso en la responsabilidad de los líderes de religiones tradicionales que exacerban a sus fieles frente a los miembros de otras creencias. Pero, al margen del mundo religioso, en lo que concierne a las autoridades civiles, el argumento no es de recibo; representaría una nula asimilación de las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que parece reclamar, en cambio, la labor de pacificación y concordia por parte de los órganos del Estado, en este caso, los responsables del municipio.

El Paleoimerologite se queja en sus argumentaciones de que fuera preciso en el procedimiento administrativo dejar constancia pública del número de creyentes. En estos términos,

> El demandante alega que cada individuo tiene derecho a no revelar sus convicciones religiosas y que el Estado no puede exigir el mantenerse informado de dichas convicciones. Las convicciones personales constituyen un dato personal sensible que en ningún caso puede ser objeto de utilización sistemática por la Administración. Por consiguiente, una obligación impuesta a una parte de la población de declarar sus convicciones religiosas a la Administración para que ésta constate la necesidad social y modifique el plan de urbanismo, no puede concebirse ya que es contraria tanto a la Constitución griega como al Convenio. La construcción de una casa de oración y el ejercicio del culto no pueden depender de un control previo por la Administración de un número suficiente de fieles. Tal restricción sería contraria tanto al artículo 13 de la Constitución como al artículo 9 del Convenio, que plantea como condición esencial la <necesidad en una sociedad democrática> (p. 28).

Hace su aparición, como se ve, el argumento de lo que en el ámbito de la libertad religiosa se ha denominado como "el derecho al silencio": el que nadie sea obligado a manifestar sus ideas religiosas que, como muestra, aparece en el artículo 16.2 de la Constitución Española. Aunque bien se puede concluir que tan importante regla no es de aplicación en este caso: hay actuaciones públicas que sin duda vienen predeterminadas por unos datos objetivos, como es éste del número aproximado de fieles, necesarios para que la Administración pueda prepararse, contando además con que se pretende que derive una situación de ventaja para los creyentes en cuestión.[36]

36 De este tema del "derecho al silencio" me he ocupado con cierto detenimiento en mi comentario, *¿Hacer constar la religión en el carné de identidad? (Tribunal Europeo de Derechos Humanos: decisión sobre admisibilidad "Sofianopoulos, Spaïdiotis, Metallinos y Kontogiannis c. Grecia", de 12 de diciembre de 2002),* "Revista Española de Derecho Administativo", 128 (2005), 683 ss.

El Consejo de Estado griego se apoyaría en este dato numérico para considerar justificado el rechazo de la licencia:

> … el Consejo de Estado rechazó el recurso –se dirá- debido a que el demandante era el único adepto en Petres a los COV y que, por consiguiente, no existía una necesidad social que justificara la modificación del plan de ordenación del territorio para autorizar la erección de una casa de oración. Concretamente, el Consejo de Estado consideró que la casa de oración que el demandante deseaba construir era un edificio de utilidad pública y, en virtud del Decreto de 16 de agosto de 1923, la construcción de dichos edificios estaba prohibida en los lugares para los que el plan de ordenación del territorio no preveía tal destino. La construcción de la casa de oración requería entonces la modificación del plan de ordenación del territorio y para los municipios de menos de 2000 habitantes como Petres, el dictamen previo del ayuntamiento. El Consejo de Estado señaló también que el demandante no había impugnado la conclusión del Ayuntamiento según la cual ningún otro habitante del municipio pertenecía a la comunidad de los COV (Sentencia núm. 2308/2000) (p. 20).

9. La línea argumental del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En los razonamientos defensivos ante el Tribunal Europeo, el Gobierno griego basará su argumentación en el conjunto de razones aportadas por el Consejo de Estado, si bien, una vez que ha recalcado (p. 30) que los Paleoimerologites no encuentran ningún tipo de obstáculo para el ejercicio de su culto y que "la única condición consiste en acatar la legislación relativa a la ordenación del territorio". Ello sentado, así se refleja la postura oficial:

> El Gobierno recuerda que el Consejo de Estado consideró que las disposiciones del decreto de 16 de agosto de 1923 relativo a los planes de ordenación del territorio de ciudades y pueblos y a la construcción, eran conformes a los artículos 13 y 24 de la Constitución. Estas disposiciones imponían la delimitación del espacio para la erección de casas de oración, bien en el momento de la aprobación inicial del plan de construcción, bien posteriormente. La delimitación debía tener en cuenta tanto la necesidad de satisfacer una necesidad social, como el ejercicio del culto, como el carácter propio del espacio sobre el que se erigirá un lugar de culto. Ahora bien, sobre la base de estas consideraciones, el Consejo de Estado estimó que el demandante era el único adepto a los COV en Petres y que, en consecuencia, no existía una necesidad social que justificara la modificación del plan de ordenación urbana para autorizar la erección de una casa de oración. En opinión del Gobierno es evidente que el demandante no puede aprovecharse de un derecho individual a erigir él mismo una casa de oración destinada a satisfacer únicamente sus propias necesidades (p. 31).

Tales son las alegaciones con que tiene que enfrentarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como punto de partida y siguiendo la metodología habitual en el razonar del Tribunal, se asume de entrada (p. 32) que la negativa del Ayuntamiento constituye una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de manifestar su religión por medio del culto y la observancia de los ritos, en los términos del artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo tanto, incidencia, sí que la hay, lo que fuerza a extremar el cuidado en el análisis. Habrá que ver si tenía alguna justificación. Se considera así mismo que la injerencia estaba "prevista por la ley" y que perseguía un fin legítimo. La clave vendrá dada ahora por el estudio de la proporcionalidad de la medida o, en el lenguaje del sistema, por si "era necesaria en una sociedad democrática".

A su vez, el Tribunal, como suele ser usual, destaca el significado de la libertad religiosa (p. 33), reconoce a los Estados la existencia de un cierto margen de apreciación, si bien resalta "la necesidad de mantener un verdadero pluralismo religioso, inherente a la noción de sociedad democrática", del mismo modo que, como antes decíamos, establece que no cualquier conducta halla legitimidad en el reconocimiento de la libertad religiosa. Recalca el Tribunal, con cierta severidad, como también se dijo, que ya ha tenido ocasión de analizar con anterioridad el régimen jurídico griego al respecto, del que había considerado inadecuadas algunas de las respuestas. Pero apreciará diferencias en el supuesto que ahora se le somete a su consideración. He aquí su razonamiento:

> Sin embargo, el presente caso se distingue claramente del asunto *Manoussakis*. En primer lugar, el Alto Tribunal Administrativo señaló que la casa de oración que el demandante deseaba construir era un edificio de utilidad pública y, en virtud del Decreto de 16 de agosto de 1923, se prohibía la construcción de tales edificios en sitios para los cuales el plan de ordenación del territorio no previese tal destino. La construcción de la casa de oración requería entonces la modificación del plan de ordenación del territorio. De ello resulta que, en el presente caso, el demandante no solicitó la ejecución por la Administración de un derecho vinculado al ejercicio de su libertad de religión, previamente reconocido de forma positiva por la legislación interna. Su terreno no podía tener cualquier destino. El demandante solicitaba así, en nombre del ejercicio de su libertad de culto, la derogación de las normas preestablecidas sobre la ordenación urbana del municipio (p. 38).

Se insistirá reconociendo que no hay ninguna otra connotación, que no hay problemas de fondo en cuanto a la corrección de la legislación, que no aparecen situaciones discriminatorias o de ventaja y que el caso va a limitarse a un análisis objetivo del cumplimiento de una legalidad que no puede censurarse:

> Por consiguiente –se dirá-, en el presente caso no se cuestiona la práctica administrativa referente a la limitación de las actividades de las confesiones no ortodoxas. Muy al contrario, se trata de la conformidad del artículo 9 del Convenio con las disposiciones del derecho común sobre las condiciones de modificación del plan, tal y como lo interpretó el Alto Tribunal administrativo griego (p. 39).

Al centrarse el problema en estas coordenadas, se recibe de modo expreso el criterio estadounidense, antes resaltado, de las "facially neutral laws". En estos términos:

> De ello resulta que en el presente caso, y a diferencia del asunto *Manoussakis*, el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la compatibilidad con el Convenio de la interpretación de una Ley "prima facie" neutra respecto al ejercicio de la libertad de culto (ver supra Legislación y práctica internas e internacionales aplicables). La cuestión particular que entonces se plantea es la de saber si la aplicación por el Consejo de Estado de las disposiciones generales de ordenación del territorio en la materia podía contrariar el artículo 9 del Convenio. Se trata pues de comparar la libertad del demandante de manifestar su religión con el interés público de ordenación racional del territorio. Es por ello que importará examinar si el criterio cuantitativo empleado por el Consejo de Estado para constatar la existencia o no de una <necesidad social> se concilia con las exigencias del artículo 9.2 del Convenio (p. 40).

El quid de la cuestión va a radicar, como bien se explica, en si "el interés público de ordenación racional del territorio" resulta o no incompatible con "la libertad del demandante de mantener su religión", y en cual de las dos direcciones haya de prevalecer en caso de conflicto.[37] Se alcanza así el punto culminante del debate jurídico: todo va a depender, en definitiva, de si "el criterio cuantitativo", utilizado a la hora de determinar si se daba la "necesidad social", necesaria para legitimar la alteración del plan, resulta o no compatible con la proclamación de la libertad religiosa. A este respecto, una vez que previamente se han señalado cuales son los principios generales que informan al Tribunal, y cómo habría que hacer aplicación de tales principios, el razonamiento del Tribunal va a ser ya muy escueto y sintético. Se expresa en estos términos,

> El Tribunal constata que el criterio admitido por el Consejo de Estado no puede tacharse de arbitrario. La autorización de modificar el plan de ordenación del territorio no podía acordarse sino para la construcción de un edificio de utilidad pública. Ahora bien, es razonable pensar que, en tal hipótesis, las necesidades de la comunidad religiosa pueden jugar un rol. Es evidente que el interés público de ordenación

37 Otro ejemplo significativo de enfrentamiento de intereses, en el que entra en lid la función racionalizadora del urbanismo, encontramos, también dentro de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia "Coster c. Inglaterra", de 18 de enero de 2001: el problema era el de si debían prevalecer las previsiones urbanísticas, cuidadosamente elaboradas desde el punto de vista de "la protección del paisaje", con sus inherentes prohibiciones –por ejemplo, la de acampar en determinados lugares–, o el derecho al domicilio de quienes amparándose en sus hábitos nómadas, pretendían situar su carabana para vivir en zona prohibida. El Tribunal se pronuncia categóricamente dando preferencia a las previsiones urbanísticas, desde la idea de que se están salvaguardando intereses generales que a todos vinculan. Se dirá por eso en la Sentencia: "El hecho de ser una minoría con un estilo de vida tradicional, diferente del de la mayoría de la sociedad, no confiere inmunidad frente a las leyes generales llamadas a salvaguardar intereses comunes a la totalidad de la sociedad, como el medio ambiente". Dicha jurisprudencia –con la misma fecha se produjeron diversas Sentencias de significado similar, y que no ha dejado de confirmarse después– ha sido estudiada con toda atención por Omar BOUAZZA ARIÑO, *Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* "Revista de Administración Pública", 160 (2003), 167 ss. Véase también mi trabajo, *La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* cit., 727 ss.

> racional del territorio no puede suplantarse por las necesidades de culto de un único fiel de los COV cuando existía en la ciudad vecina una casa de oración que cubría las necesidades de dicha colectividad religiosa en la región (p. 41).
>
> A la luz de lo que antecede, y teniendo en cuenta el margen de apreciación de los Estados Contratantes en materia de planificación y ordenación del territorio (…) el Tribunal considera que la medida enjuiciada estaba justificada en su principio y era proporcional al fin perseguido (p. 42).

Pienso sinceramente que no era difícil alcanzar el veredicto. De modo que el juicio último del Tribunal en el caso se apoyaría en estos seis pilares:

a) corresponde a los Estados un cierto margen de apreciación en materia de planificación y ordenación del territorio. Es regla elemental, pero bien destacada. Hoy, una de las funciones indiscutibles del Estado en nuestro entorno cultural, es la que corresponde a la ordenación del territorio, donde encaja lo urbanístico, uno de cuyos instrumentos habituales más eficaces suelen ser las modalidades del planeamiento. ¡Hoy el Estado tiene que supervisar y ordenar el territorio! Legitimidad, por ende, de tal función, aún asumiendo que los Estados construirán en su seno bien diversa arquitectura competencial. Contando igualmente con que los criterios, la intensidad, las variantes técnicas utilizadas, es decir, las respuestas que dé el Legislador, han de ofrecer, por el momento, manifiestas disparidades. Ante tan heterogéneo panorama, resulta lógico que el Tribunal Europeo de pie al reconocimiento a cada Estado de un cierto margen de apreciación, lo que significa que se darán por buenas las diversas soluciones que en él encajen.

b) Sentada la normalidad de la existencia de un plan, se juzga lógico, igualmente –"no puede tacharse de arbitrario", se dice–, que la autorización para modificarlo, no pueda acordarse "sino para la construcción de un edificio de utilidad pública". Estamos ante la concatenación lógica de los distintos pasos del sistema administrativo.

c) En este sentido, van a jugar su papel "las necesidades de la comunidad religiosa" en cuestión. Y aquí es dónde, aparte de otros criterios –el tan discutible argumento así de que en el pueblo vecino ya había un templo–, se va a otorgar relevancia al argumento cuantitativo: las necesidades de la comunidad religiosa dependerán de cómo sea ésta, de sus características, una de las cuales, que en el caso se considerará válida y legítima, será la numérica o cuantitativa. Necesidades y peso de una comunidad religiosa, como llave de paso para modificar el plan, y legitimidad, dentro de ese proceso, de dar entrada al dato sociológico del número de fieles que se agrupen en esa creencia. A tal respecto, el Tribunal considera que la denegación "estaba justificada en su principio y era proporcional al fin perseguido". Es decir, se estima adecuado dar realce al criterio numérico.

d) No vale alegar aquí por tanto la regla del "derecho al silencio", característica general en el ámbito de la libertad religiosa, desde la teoría general de que la regla se excepcionará cuando penda el otorgamiento de alguna ventaja, cuando se interponga una respuesta administrativa que pueda ser favorecedora.

e) Una vez legitimado el argumento numérico, no se concreta más, y entrará en juego ya el criterio del margen de apreciación que se ha reconocido a cada Estado, en el que obviamente cabrán muy variadas soluciones. Admitido el principio, la solución se deduce con suma facilidad, a la vista del dato fáctico de que la comunidad la integraba una

única persona, el recurrente. A lo largo de la prosa de la sentencia va a cobrar especial peso la afirmación que figura en la decisión del Consejo de Estado griego de que "el demandante no había impugnado la conclusión del Ayuntamiento según la cual ningún otro habitante del municipio pertenecía a la comunidad de los COV" (p. 20). En definitiva, que a la vista del dato numérico, se concluye que una única persona no alcanza el nivel para considerar la presencia de una "necesidad social": no era arbitrario entonces no modificar el plan urbanístico, por lo que la objetiva aplicación de éste tal y como fue elaborado conduce al resultado, que tampoco se considera arbitrario, de denegar la licencia para la edificación de la casa de oración.

f) El recurrente, a lo largo del proceso ante el Tribunal Europeo, muestra su disconformidad con la exigencia de la licencia, y con la misma tramitación:

> Por último –se refleja en el p. 29–, el demandante alega que el control preventivo puede fácilmente dar lugar a maniobras dilatorias de la Administración a fin de evitar conceder licencias, o incluso dar lugar a denegaciones abusivas. El demandante señala que en su caso la Administración competente no dejó de ponerle obstáculos a lo largo de todo el procedimiento…

Es indudable que hay que asegurar siempre la más estricta vigilancia sobre el comportamiento de la Administración, pues junto a los servicios organizados y responsables existen los que no lo están o no lo son (algo se va a decir a continuación sobre la duración del procedimiento). Precisamente, porque se confía en la Administración, hay que desconfiar de ella,[38] a diferencia de los mensajes que se emiten en los sistemas dictatoriales en los que la ideología imperante trata de desautorizar cualquier disconformidad, cualquier desconfianza y, por ende, cualquier control. No sé si en el caso aflora un sentimiento de victimismo arraigado por parte de uno de los Paleoimerologites a la vista de los precedentes históricos. Acaso podría dársele la vuelta al asunto y formular un planteamiento minimalista: ¿Denegar por tratarse de una única persona? Donde haya una religión, ¿no lo será por su contenido, independientemente del número de creyentes, en ese momento, o en ese lugar, y que acaso un día puedan aumentar?

Da la impresión de que el Tribunal Europeo ha supervisado a fondo los datos fácticos y los argumentos jurídicos, lo que le lleva a recalcar –ya lo hemos observado- que este caso es diferente de otros, y que ahora hay que estar a los precisos datos objetivos. Parece fiable la argumentación a este respecto. Por otro lado, donde hayan de aparecer implicaciones de carácter público –como la modificación de un plan urbanístico-, no parece arbitrario que haya de exigirse una cierta consistencia, un mínimo soporte sociológico. Lo que por cierto no tiene por qué impedir otras manifestaciones de la libertad religiosa.

En suma, el caso, además de indicativo por los detalles que aporta sobre la realidad histórica y actual de la libertad religiosa, parece razonable en su solución, en lo que tiene

38 Me remito así a mi trabajo –cuyo título, creo, resulta expresivo-, *El "principio confianza-desconfianza": actuación y eficacia pero controles, controles heterogéneos y complementarios*, recogido ahora en mi libro, *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Aranzadi, 2000, 93 ss.

de objetivación y de contraste de unos datos precisos. En la ya amplia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa, se aborda ahora con criterio esta parcela novedosa. Y ofrece con acierto una faceta más en la que se demuestra que, junto a la amplitud que aquella ofrece, no cabe sin embargo derivar de la misma cualquier opción, cualquier conducta. Una vez más se confirma que el sector de la policía administrativa lo integran las reglas conectadas con la protección de los intereses generales, que reclaman un respeto prevalente.

10. El retraso en la tramitación

Aunque el Estado ha de respetar también unas reglas de funcionamiento. Alegaba Vergos la producción de demoras y dilaciones en la tramitación de la licencia solicitada, lo que choca con una de las obligaciones del Estado –por más que frecuentemente olvidada– cual es la de resolver los asuntos con diligencia. Por su parte, el Estado queda también comprometido con la correcta administración de justicia, por supuesto, también, cuando los tribunales estén controlando a la Administración Pública.[39] Destacaba antes que el señor Vergos había alegado un doble incumplimiento del Convenio. Se han tratado ya los argumentos referentes al alcance de la libertad religiosa. Pero denunciaba, igualmente, que se había descuidado la exigencia de "plazo razonable", que proclama el artículo 6.1, en relación con el normal funcionamiento de la justicia. No entraré en detalles acerca de esta parte del pleito, pues era sobre todo lo referente a la libertad religiosa lo que me interesaba, aunque también, de hecho, esta vertiente de la corrección y funcionalidad de los mecanismos de garantía incida sobre la virtualidad de la libertad religiosa.[40] Diré sólo que hubo reiterados aplazamientos de la vista ante el Consejo de Estado, que la sentencia también se retrasó, dentro de un conjunto de circunstancias, todo lo cual va a conducir a la conclusión de que, "El Tribunal considera que una duración de cinco años para un solo grado de la jurisdicción es, en este caso, excesiva" (p. 49). Por lo que apreciará que hubo violación del artículo 6.1 del Convenio, que prescribe que la justicia ha de realizarse "dentro de un plazo razonable". En este punto, no estuvo Grecia, se concluye, a la altura de las circunstancias. Una vez constatada la irregularidad, entra en aplicación el artículo 41 del Convenio, con su criterio de la "satisfacción equitativa", que se concreta en el otorgamiento al reclamante de una indemnización por la cantidad de 5000 euros en concepto de daño moral y la de 3000 en concepto de gastos y costas.

39 Recuérdese que en el ámbito de la Unión Europea –y al margen, por tanto, de las previsiones de cada Estado–, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, ha apostado en su artículo 41, por el "derecho a una buena administración", dentro del cual se incluye –con una clara transposición de lo que viene consagrado en el ámbito judicial–, el "derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos (…) dentro de **un plazo razonable**". Cuando se logre, y allí donde se logre, la plena aplicabilidad de este precepto, les será más fácil a los ciudadanos defenderse frente a "las dilaciones indebidas" en el ámbito del procedimiento administrativo y no sólo en el judicial.

40 Se trata de la constatación elemental, que no siempre se tiene en cuenta, de que la fluidez y funcionalidad de los sistemas procesales a la hora de reaccionar frente a los incumplimientos, resultan decisivas para el contenido efectivo de cada libertad pública o derecho fundamental.

11. Una ocasión fallida para que el Estado recalcara a Comunidades Autónomas y a Ayuntamientos la obligación de responder adecuadamente a los compromisos públicos derivados de la libertad religiosa

Este caso sencillo, pero claro, que añade una nueva página al repertorio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que orienta tanto a los Estados, como a los ciudadanos en general y, muy especialmente a las organizaciones religiosas, y que pasa así a integrarse en los criterios de obligatorio cumplimiento para los países socios del sistema –España, uno de ellos-, me suscita, además, una doble reflexión desde el punto de vista del régimen jurídico de la libertad religiosa en España.

Vergos no podía construir un templo en su parcela. Este es el mensaje de la sentencia, que no concreta nada más, que no entra en otras posibles alternativas (como la de si no se podía haber construido en otro lugar; pero cuando no se aborda, es, por supuesto, porque no se planteó tal opción). El caso me lleva directamente a la situación española, que no deja de ofrecer flancos bastante problemáticos.

Comenzaría diciendo que hay que detenerse para subrayar una afirmación simple y elemental, pero de la mayor trascendencia en el contexto que estamos examinando: "los poderes públicos están sujetos" a las pautas de respeto y favorecimiento de la libertad religiosa que derivan directamente del artículo 16 de la Constitución Española y de otros compromisos internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el que ahora nos venimos centrando. Tal es exigencia directa, entre otros, del artículo 9.1 de la Constitución que, cuando habla genéricamente de los *poderes* públicos, quiere referirse a *todos* los poderes públicos. Es decir, que los compromisos que afectan genéricamente al Estado derivados de la libertad religiosa, se proyectan sin duda a cualquier organismo que esté integrado en aquél. Cada Estado, en efecto, se organiza a su manera: bien sabemos que en el caso concreto de España, y en el sector específico del urbanismo, hay que contar con la intensa descentralización característica del sistema constitucional. De ahí se sigue el corolario lógico de que los compromisos del Estado con la libertad religiosa no son sólo obligaciones de los órganos del Poder Central sino que afectan, con la misma intensidad, por ejemplo a Comunidades Autónomas y a Municipios, en la medida de sus competencias. Es regla bien sabida, pero que hay que recordar con toda firmeza. Y frente a la que, por ejemplo, no puede servir de excusa la *autonomía* a unas y otros reconocida.

En España es un problema vivo en no pocas ciudades y pueblos el de que algunas organizaciones religiosas –obviamente, minoritarias por lo general-, encuentren todo tipo de dificultades a la hora de construir o establecer su lugar de culto o de reunión. Son numerosos los Ayuntamientos con buena disposición para abordar y resolver el problema, pero hay no pocos que no lo han logrado solventar, quizá, ni lo intenten e incluso practiquen la filosofía de dar largas. Acaso haya a veces animadversión de los vecinos, injustificable hoy, pero dato real que no debe ser desconocido. A ello se suma que la imprevisión –o la pasividad– puede dificultar la solución desde un punto de vista urbanístico. Pero hay que tener bien claro que la ausencia de solución o una respuesta, por ejemplo, dilatoria,

pueden acarrear consecuencias discriminatorias, que no son en absoluto justificables, más aún, que son del todo ilegales y pueden generar responsabilidad.

Por eso se exige excitar el celo de los responsables municipales y exponer con energía cuales son sus obligaciones. Superar la animadversión de unos creyentes para quienes tengan otras ideas religiosas puede ser en ocasiones muy complejo, sobre todo si hay circunstancias especiales que lo exacerben, y exige por eso mucho tacto. Pero es hoy un compromiso inexcusable. Menos delicado resulta, aunque también tenga su complejidad, dar cabida a las necesarias previsiones urbanísticas. La vieja legislación del suelo, desde su bien probada calidad, se había adelantado a ocuparse expresamente del problema. Valgan, por ejemplo, dos referencias tomadas del ya tan lejano Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, cuyo protagonismo tan sorprendentemente relanzara el Tribunal Constitucional.

Al abordarse los contenidos de los Planes Generales Municipales de Ordenación, el artículo 12.2.1, preveía que, en suelo urbano, debieran contener determinaciones sobre emplazamientos reservados para templos (d). Por su parte, en las previsiones sobre los Planes Parciales de Ordenación, el artículo 13.2.d), se refería también a las determinaciones sobre "emplazamientos reservados para templos".

La idea era clara por más que, escasamente desarrollada entonces la libertad religiosa, acaso los responsables del urbanismo estuvieran pensando en templos de una única religión. Con todo, la redacción es correcta, en cuanto a su expresión general y falta de concreción; por lo que una vez que la libertad religiosa ha arraigado con brío, la fórmula es apta para incluir a las más diversas organizaciones. Pero el texto de la Ley del Suelo que vengo citando, es hoy una norma residual, válida como derecho supletorio –según la alambicada interpretación del Tribunal Constitucional–, desde el criterio de que, en principio –y con todas las excepciones inherentes– lo urbanístico es hoy competencia autonómica. Diversas leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas –como Cantabria, Aragón, Madrid, etc.– han incluido, en efecto, de forma acertada, la referencia a la previsión de lugares de culto.[41] Pero, como digo, la solución fáctica deja mucho que desear en no pocas ocasiones.[42] De ahí la importancia de hacer un enérgico recordatorio y de poner énfasis en este contenido elemental de la libertad religiosa.[43] Aparte de

41 Una interesante exposición de la situación puede verse en Miguel RODRÍGUEZ BLANCO, *Manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa*, cit., 84 ss., con expresa consideración del significado de lo urbanístico para la libertad religiosa y con referencia a la bibliografía reciente, como J. A. Rodríguez García y J. Ponce Solé

42 El completo trabajo de Alberto ROCCELLA, *L'edilizia*, cit., evidencia que toda esta problemática está presente desde hace muchos años en Italia, donde ha sido objeto de intenso tratamiento por el Legislador, por los Tribunales, incluido el Constitucional, así como por la doctrina.

43 Conste que me estoy refiriendo ahora al mero dato de la previsión en los planes de espacios destinados a lugares de culto. Para lo que el Ayuntamiento –y, eventualmente, la Comunidad Autónoma– deberá tener muy en cuenta la realidad sociológica de las creencias de quienes residen en el término municipal. Por lo que es importante que se sepa aproximadamente el peso numérico de los creyentes de las diferentes organizaciones religiosas. De ahí que no quepa alegar aquí el "derecho al silencio", en los términos en que más arriba se razonaba. Este, de la previsión urbanística, es el único problema del que quería ocuparme ahora. Otro, bien distinto, por más que conexo, es el de la propiedad o titularidad de dichos terrenos, o, dicho de otra manera, el

otras razones,[44] téngase en cuenta que del incumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por un municipio, por ejemplo, como tratado internacional que es, respondería el Estado, que podría ser eventualmente condenado por el Tribunal Europeo (como hubiera sucedido con la República Helénica, en el caso estudiado, de haber sido de significado contrario el sentido del fallo).

Desde, mi experiencia personal como miembro de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, del Ministerio de Justicia, recordaré que el tema aflora de manera intermitente en las reuniones de trabajo, sobre todo a la vista de las dificultades efectivas de que se quejan algunos grupos para poder instalar sus lugares de culto o de reunión. Por eso que, de una forma u otra, se viene insistiendo, desde hace tiempo, en el seno de la Comisión, en la conveniencia de que alguna ley estatal, con fuerza en todo el territorio nacional, recordara de forma precisa, con carácter general, a Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, que la efectividad de la libertad religiosa, con la que España está comprometida, implica la previsión de que los instrumentos urbanísticos contemplen sin falta la posibilidad de instalación de lugares de culto y de reunión de las diferentes organizaciones religiosas aquí radicadas, debiendo cuidar con celo, a la par, que las respuestas administrativas intenten superar cualquier situación de discriminación. Sin que sea ocioso recordar que según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los derechos que el Convenio garantiza, no basta con que se proclamen, no deben ser meramente hipotéticos, sino "reales y efectivos".[45] Yo mismo me he manifestado respecto a este compromiso de hacer patentes las obligaciones, en alguno de mis trabajos surgidos en el entorno de la citada Comisión Asesora de Libertad Religiosa. La duda consistiría en el cuándo encontrar ocasión oportuna y en el dónde, cuál sería la norma adecuada, barajándose alternativamente si en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, si en la Ley Reguladora de las Bases de régimen Local, o en la propia normativa urbanística, en los espacios de competencia efectiva del Estado.[46]

---

de las posibles *cesiones* que puedan llevar a cabo los municipios –con una gran variedad de fórmulas, o de registros, a su vez-, que plantea una problemática de gran calado, de la que no es éste el lugar de ocuparse.

44 En mi citado trabajo *El marco normativo de la libertad* religiosa, analizaba como línea principal de estudio la responsabilidad competencial de los Poderes Centrales del Estado en relación con la libertad religiosa.

45 Criterio reiterado y asumido con normalidad, que puede verse, por ejemplo, en la Sentencia "Moreno Gómez c. España", de 16 de noviembre de 2004.

46 En *El marco normativo de la libertad religiosa,* citado, 39, afirmaba así: "el problema es aparentemente más complejo en el supuesto del urbanismo dado que, en principio, la competencia corresponde a las Comunidades Autónomas, habilitada cada una de ellas para hacer su ley (al margen de la necesidad de hacer una norma para las ciudades de Ceuta y Melilla). ¿Esperar así que cada Comunidad Autónoma al hacer su ley tenga la iluminación suficiente? No sería ociosa una mínima referencia en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, al enumerar las modalidades de actuación, dejando abierta la puerta para que después, cada uno resolviera según su competencia. Aunque tampoco me parecería inconveniente, y no le veo ningún obstáculo, que la norma estatal, la referida 6/1998, sobre el Suelo y Valoraciones, aún sabiendo que pretende ser especialmente concisa para no interferir el campo autonómico, incluyera el recordatorio, sin entrar en el contenido, para que las Comunidades Autónomas, al desarrollar su competencia, tuvieran en cuenta las previsiones urbanísticas en relación con las exigencias de la libertad religiosa". Véase también, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Reflexiones sobre los Acuerdos de Cooperación del Estado con las Federaciones Evangélica, Judía y Musulmana, en los diez años de su vigencia*, "Revista Aragonesa de Administración Pública", 23 (2003), 37.

Por todo ello, no ocultaré mi sentimiento de decepción al ver que las Cortes Generales acaban de aprobar una Ley del Suelo, la 8/2007, de 28 de mayo (BOE del 29),[47] recién entrada en vigor, que se justifica en parte desde la óptica de los derechos fundamentales –así, la perspectiva de garantizar "la igualdad en el ejercicio de los derechos (…) relacionados con el suelo en todo el territorio estatal" (artículo uno y, ampliamente, en la Exposición de Motivos)-, y para nada se intenta ni mínimamente abordar el problema que vengo apuntando. Que hubiera cuadrado a la perfección en dicha Ley. Han hallado sí espacio para contemplar "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres" (así, artículo 2.2, o artículo 10.c), sobre la que tanto puede hacerse desde la legislación urbanística, pero nada, en absoluto, sobre las exigencias de la libertad religiosa, que tan bien hubiera encajado en dicha Ley. Uno se acostumbra a contemplar con pesar como a los responsables de la alta política les deja indiferentes la aspiración a la correcta sistematización jurídica del Estado, para así asegurar su mejor funcionamiento, y sean sensibles, en cambio, al último grito de la moda o a las consignas biensonantes. No debería ser así, la racionalización del Estado, incesante y sistemática, es empeño de la mayor seriedad: lo demás funcionará si el Estado funciona, es algo que a todos nos importa y nos interesa muy mucho. Por eso, yo, personalmente, me lamento de que se haya dejado pasar en balde ocasión tan propicia.

12. Significado del dato sociológico del número de creyentes a la hora de las respuestas públicas

La otra reflexión desde España me lleva al problema del necesario soporte numérico para las organizaciones religiosas. Se vio como era criterio determinante a la hora de tomar una decisión de cierto significado en el ámbito del Derecho público, el del sustrato sociológico del grupo: un único interesado no daba lugar a la "necesidad social", que justificara la modificación del plan. Se exige, obviamente, una cierta presencia. Lo cual es un criterio de prudencia y de buen funcionamiento, en este campo, pero también en muchos otros: hay, así, sindicatos "más representativos", a los que se abren ciertas opciones jurídicas, mientras a otros no. O se pierde la representación parlamentaria si no se logra un tanto por ciento de presencia. En la política de subvenciones a organizaciones culturales o deportivas, se toma en cuenta, por supuesto, su realidad efectiva y el número de asociados o destinatarios. Etcétera.

Pues bien, a mí, desde mi experiencia también en la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, me viene preocupando este aspecto del soporte sociológico a la hora de formalizar la entrada de los grupos religiosos en el Registro de Entidades Religiosas. Cuando se hizo la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, hace casi 30 años, se estaba pensando en las grandes religiones históricas o acaso en otras más recientes, siempre de un cierto peso. Pero la situación ha cambiado de forma consistente. Hoy se conoce un vertiginoso e ince-

47 Sobre ella, véase, por todos, Luis MARTÍN REBOLLO en su interesante *Introducción* al volumen colectivo, *Fundamentos de Derecho Urbanístico,* dirigido por él mismo y por Roberto BUSTILO, Aranzadi 2007.

sante aflorar de grupos, muchas veces minúsculos y sin que hayan acreditado permanencia alguna o continuidad, que se autocalifican de organizaciones religiosas y que aspiran a lograr el marchamo oficial que representa la presencia en el Registro de Entidades Religiosas. Hay además una especie de "efecto llamada" pues ciertamente el flujo en demanda de inscripción es incesante. Ni la Ley Orgánica de Libertad Religiosa ni ninguna otra, concretan nada en orden a exigencias numéricas, ni concretan las normas reglamentarias, ya sean las del Registro de entidades, ya sean otras. A ello hay que sumar la jurisprudencia facilitadora, un tanto frívola, del Tribunal Constitucional,[48] de la que sería acaso exponente máximo la sentencia de amparo, del Pleno, 46/2001, de 15 de febrero, ponente don Pablo García Manzano, facilitando el acceso, corrigiendo al Tribunal Supremo, a la "Iglesia de la Unificación", no autorizada, en cambio, en significativos países de nuestro entorno cultural.[49] La consecuencia de tal situación será que, como me gusta afirmar, en España resulta más fácil registrar una nueva religión que crear un club de fútbol o una asociación que agrupe a una peña de amigos.[50] ¡No parece serio! De hecho,

48 Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre libertad religiosa, puede encontrarse en María José CIÁURRIZ, *La recepción en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa del derecho fundamental de libertad religiosa y de culto, garantizado en el artículo 16 de la Constitución,* es el Capítulo II, de la obra colectiva citada, *La libertad religiosa en España*, con abundantes referencias a la bibliografía más cualificada: J. Calvo-Álvarez, J. A. Souto Paz, I. Martín Sánchez, J. A. Xiol Ríos, M. J. Gutiérrez del Moral y M. A. Cañivano Salvador, etc.

49 En el voto particular de oposición que firma el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga, y al que se adhieren los Magistrados don Rafael de Mendizábal Allende, don Fernando Garrido Falla y don Guillermo Jiménez Sánchez, hablando de "la Iglesia de la Unificación, una versión española del Moonismo", se recogen las afirmaciones de la Sentencia de la Audiencia Nacional en el mismo proceso: "la Iglesia de Unificación ha sido calificada por diversas instituciones como una asociación con fines ilícitos, cuyos métodos para la captación de nuevos miembros y las actividades que se ven obligados a realizar aquéllos mientras permanecen dentro de ella, constituyen un verdadero peligro para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, y en definitiva del orden público protegido por la Ley, como límite a la eficacia del derecho a la libertad religiosa. Para llegar a esta conclusión (…) menciona los informes emitidos tanto por el Parlamento Europeo (1984) como por el Congreso Nacional (1989), a propósito de sendos debates en los que se destacaron las graves consecuencias sociales generadas por las actividades de la Iglesia de la Unificación Universal en diversos países". Y, ya con voz propia, el voto particular afirmará: "…olvidándose que en la Resolución del Parlamento Europeo, publicada en el <Journal Officier des Communautés Européennes>, de 22 de mayo de 1984, se mencionan, dentro de las varias organizaciones que pueden atentar contra la libertad religiosa, la Asociación para la Unificación del Cristianismo mundial, de Sun Myung Moon, y la Iglesia de Unificación Universal (*Unification Church)*, dirigidas por el mismo Moon. En otro Informe del Parlamento Europeo, del 2 de abril de 1948, se hace una referencia expresa a la *Unification Church*, de Moon. Y sólo se citan *nominalmente*, como peligrosas, causantes de angustia (*vu la détresse provoquée par…*) las Iglesias del Moonismo. Me cuesta admitir que el Parlamento Europeo y el Congreso de los Diputados español tomen acuerdos sin base para ello. En el proceso de amparo constitucional, los recurrentes debieron desmentir, con pruebas definitivas, lo que se les imputaba por el Ministerio de Justicia, por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo. Pero no lo hicieron.

En la literatura científica sobre las religiones en el mundo, por el contrario, se hallan análisis minuciosos y profundos de la figura de Sun Myung Moon y de las ocho organizaciones con las que opera en distintos países. Se sabe, pues, lo que Moon y los suyos han hecho fuera de España. Una medida prudente, jurídicamente bien fundada (como son las que se recurren en amparo), es negar a la Iglesia de Unificación el plus de protección estatal, o *status* específico (en palabras de la Sentencia del Pleno), de que disfrutan las entidades religiosas inscritas en el Registro del Ministerio de Justicia.

Con estas denegaciones de solicitud no se afecta, empero, el derecho de libertad religiosa" (3).

50 Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa*, cit., 18.

se están registrando constantemente grupos religiosos –y no hay que desconocer los efectos destacados que representa este marchamo del Estado– que lo tendrían en cambio bien difícil en otras latitudes. Insisto especialmente, en el significado que, de hecho, puede representar el acceso al registro, tema que no debe ser trivializado y del que pueden derivar consecuencias significativas, algunas, incluso, ni sospechadas en el momento inicial: ¡el marchamo del Estado, aunque no lo parezca, tiene mucho peso![51] Y, al margen de los supuestos legítimos, el título de la inscripción en el Registro puede ser tapadera para quién sabe que tipo de actividades, no digamos en tiempos de globalización, de relaciones abiertas y de práctica instalación libre de personas que han venido de lejanas tierras: no son infrecuentes las religiones que se inscriben integradas en su totalidad por extranjeros, desde la filosofía propiciada por el Tribunal Constitucional, como decía, de que no pueden exigirse requisitos que no consten expresamente en la Ley. Hoy, tal y como están las cosas, con la firma de un par de familiares o amigos, una vez que se cumplen unos requisitos formales mínimos, ya "se tiene derecho" a inscribir la nueva religión. Con el INRI añadido de que el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia facilitadora no se ha cuidado de dar criterios para puntualizar y aclarar qué haya que entender por "lo religioso". Y conste que no digo que el Estado tenga que discutir el contenido de doctrinas o prácticas religiosas, que es otra cosa. Pero a la hora de inscribir algo como religioso, tendrá que ser eso, religioso, y no otras realidades, que se presenten más o menos camufladas, y que pueden ser bien diversas: "lo religioso", como esencia, lo que no se cubre con sólo el adjetivo que pongan los que van a inscribir.

A mí, el dato de que haya un soporte numérico de cierta entidad como requisito para obtener el reconocimiento, que es en lo que estaba, me parece algo elemental, como garantía de seriedad y de buen funcionamiento: positivo a la hora de reclutar nuevos creyentes para la seguridad de éstos, positivo para los demás grupos religiosos, que desde la importancia atribuida a lo religioso, sabrán que no se registra cualquier cosa, positivo también como política de pluralismo religioso, que se preocupa por la seriedad del sistema. Otra cosa es que se quiera desprestigiar el tan delicado y complejo universo de lo religioso. Que la Ley fuera parca a la hora de marcar requisitos y que, basándose en ella el Tribunal Constitucional instaurara su línea de puertas abiertas, no impide que se modifique la normativa para adaptarla a una situación distinta de la que se pensó en origen. Al contrario, sería una razón de peso para ello, a poco que los responsables del sistema jurídico del Estado tuvieran un poco de sensibilidad. E, insisto en lo que decía antes: el valor del buen funcionamiento del Estado, el que sus fórmulas jurídicas resulten ajustadas, es la mejor garantía para el servicio, a corto y a largo plazo. Sorprende, por eso, digo de nuevo, que los altos responsables de la adecuada organización jurídica del Estado no estén a la altura de las circunstancias. A esta dejadez o falta de reflejos institucional[52] se une la pasi-

51 Pienso, por ejemplo, en pretensiones que tengan que ver con lo que se indica en la nota 42.

52 Parto de la base de que vivimos en un sistema de pluralismo político, con diversidad de partidos que expresan y representan a las diversas sensibilidades de la sociedad. Todos están llamados a aportar soluciones. Estamos contemplando atónitos como las secretarías generales de importantes partidos políticos han apostado por una línea de enfrentamiento, reprobación del diferente, cuando no de ácidos ataques verbales. Pero yo no puede entender como, sin mengua de las diferencias, y aun reconociendo esas tácticas de lucha

vidad y desidia de la sociedad española en general, al margen de unos cuantos especialistas: el más absoluto desinterés, entretenidos con frecuencia los españoles en problemas artificiales, cuando no del todo evadidos, aunque luego cuando aparezcan los problemas, todos a lamentarse, todos a pedir responsabilidades y a acudir a Santa Rita.

Pero concluyamos. Quede pues formulada esta llamada de atención. El ejemplo del "caso Vergos" me parece un buen apoyo: se requiere una cierta consistencia sociológica para que puedan derivarse efectos jurídicos significativos. También en el campo de la libertad religiosa. Luego, obviamente, se abre un margen elástico para que cada uno de los Estados pueda precisar. Pero, como moraleja final, se puede afirmar que no es incorrecto que se hagan derivar consecuencias jurídicas de la escasez de miembros de un grupo religioso.[53]

por el poder, no es posible que se pongan de acuerdo para puntos concretos y específicos de política de Estado en los que ni hay grandes enfrentamientos ideológicos ni tiene por qué ser difícil convenir en soluciones. El problema al que me refiero en el texto, sería uno de ellos.

53 La primera redacción de este trabajo se concluyó en Redes, el 14 de agosto de 2007 y cierro la presente, en el mismo lugar, el 21 de marzo de 2008. Se enmarca en el proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia SEJ 2005-08538, sobre "El reto de los derechos fundamentales en el seno de una sociedad pluralista", del que yo mismo soy director.