

REALIDAD Y PERSPECTIVAS DE LOS
PROCESOS DE INTEGRACIÓN

REALIDAD Y PERSPECTIVAS DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

Ernesto J. Rey Caro
Director

Zlata Drnas de Clément
Secretaria

Córdoba
2009

*El presente volumen es una publicación del
Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Volumen IV*

Realidad y perspectivas de los procesos de integración /
dirigido por Ernesto J. Rey Caro. - 1ª ed. - Córdoba : Academia
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010.

153 p. ; 23x16 cm.
ISBN 978-987-1123-71-1

1. Derecho Internacional Publico. I. Ernesto J. Rey Caro, dir.
CDD 340.9

Fecha de catalogación: 18/11/10

*Copyright Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba
Impreso en la Argentina
Queda hecho el depósito que prevé la ley 11.723
I.S.B.N. N° 978-987-1123-71-1
www.acader.unc.edu.ar
E-mail: acader@arnet.com.ar*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2007 - 2010)*

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Presidente

JUAN CARLOS PALMERO
Vicepresidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Secretario

JORGE DELARÚA
Tesorero

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Director de Publicaciones

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel./Fax (0054 351) 4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. OLSEN A. GHIRARDI

PRESENTACIÓN

Como expresara la convocatoria para la jornada sobre “Realidad y perspectivas de los procesos de integración de América Latina”, celebrada el día 4 de noviembre de 2009, en la sede de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, su objetivo estaba encaminado a abordar diversos aspectos de estos peculiares procesos que a partir de la segunda mitad del siglo pasado habrían de inaugurar una nueva etapa en las relaciones internacionales de la mayor parte de los países del nuevo continente.

Debemos señalar, en primer lugar, que esta reunión constituyó la culminación del tratamiento de esta interesante y polifacética problemática en el seno del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

En segundo lugar, es necesario destacar que, con muy buen criterio, la profesora Zlata Drnas de Clément estimó que el fruto de este trabajo podía ser volcado en un cónclave en el que se tendría la oportunidad de transmitir a docentes, personas interesadas, y fundamentalmente a alumnos de aquella casa de estudios, diversos pareceres y opiniones expresados por quienes disertaron. A éstos les agradecemos tan generosa colaboración.

La temática de la Jornada fue abordada en dos bloques. En el primero, se trataron cuestiones como “Regionalismo y globalización”, en el que disertaron los profesores Zlata Drnas de Clément, Diego García Montañó y Guillermo Costilla, y “Procesos de integración en América Latina”, en el que expusieron los profesores Arturo Pagliari, Luis Savid Bas, Susana Sartori y Christian Sommer. Actuó como moderadora la Prof. María Alejandra Sticca. El segundo bloque estuvo dedicado a “El derecho internacional especial en los procesos de integración en América Latina”, oportu-

tunidad en la que disertaron las profesoras Esther Mathieu y Graciela Rosa Salas, y “Prospectiva de los procesos de integración”, exponiendo al respecto los abogados Oscar Benítez y Cecilia Silberberg. Moderó la profesora Susana Galván.

Esta nueva entrega de la serie “Cuadernos”, incluye una buena parte de los trabajos de los miembros del Instituto, elaborados algunos sobre la base de las exposiciones efectuadas. Confiamos que ellos puedan ser de utilidad para quienes deseen, al tiempo de conocer un segmento de la tarea desarrollada por dicho Instituto durante el año 2009, percatarse de la realidad de los procesos de integración que acapararon la atención de los componentes de este apéndice de la Academia.

Ernesto J. Rey Caro

LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA LATINA. BREVES REFLEXIONES A MODO DE INTRODUCCIÓN

*Ernesto J. Rey Caro **

Los proyectos de integración que involucraron a los Estados latinoamericanos a partir de la década del 60 del siglo pasado, al tiempo que procuraron mancomunar esfuerzos para lograr objetivos predominantemente económicos, que no podían ser alcanzados sino a través de asociaciones regionales o subregionales, constituyeron invalorable oportunidades para elevar los niveles de vida de sus pueblos.

El aporte sería más relevante en la medida que los mencionados procesos fueron adoptando formas más complejas, pues ello permitió crear instituciones más sólidas y más adecuadas para asegurar el cumplimiento de los objetivos acordados.

Es necesario destacar que aunque la experiencia europea pudo proporcionar valiosos antecedentes para pergeñar la estructura normativa de los diferentes procesos en este continente, era fácil constatar que las entonces emergentes comunidades europeas tuvieron *ab initio* diferentes objetivos, mediatos e inmediatos, que respondían a contextos o realidades económicas, políticas, sociales y culturales bien específicas.

Reconocemos que en América Latina se depositó en aquellos proyectos una buena dosis de esperanza y, pese a las vicisitudes, aún hoy

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la misma entidad.

son considerados como los caminos más apropiados para lograr los objetivos fundacionales, propósitos estos que, por otra parte, se encuentran enunciados en los instrumentos constitutivos de estas organizaciones internacionales que modificaron la concepción clásica de estos entes internacionales.

El camino no ha sido fácil. Muchos de los procesos fracasaron y fueron reemplazados por otros, como aconteció con la ALALC creada por el Tratado de Montevideo de 1960, reemplazado por un nuevo acuerdo que dio origen a la actual ALADI, en 1980. Hubo igualmente procesos que experimentaron transformaciones para adecuarlos a las necesidades y a los nuevos escenarios en que debían intentar el cumplimiento de sus propósitos. La dinámica de las relaciones internacionales marcó los tiempos y exigió mutaciones ineludibles. Igualmente, el fenómeno de la “globalización”, más allá de las variopintas interpretaciones y alcances asignados a este término, sin duda se ha proyectado en la vida de las organizaciones de integración. No menor incidencia han tenido las “crisis”, registradas en el sistema financiero internacional.

Asimismo, la toma de conciencia de la comunidad internacional en general y de los grupos regionales de Estados sobre cuestiones puntuales que adquirieron especial relevancia en las últimas décadas del siglo pasado, también repercutieron en los cambios y en la ampliación de los propósitos originarios perseguidos por las organizaciones regionales. Tal es el caso -v.gr.-, de la penetración de las temáticas ambiental y de los derechos humanos.

Por otra parte, la ampliación de los objetivos primigenios y la aparición en la región de países que por su origen no podía considerarse que formaran parte de la llamada “Comunidad Latinoamericana de Estados”, constituyeron acontecimientos que indujeron a pergeñar nuevos procesos de integración (UNASUR). Las afinidades ideológicas de ciertos gobernantes de la región, también se proyectaron en algunas iniciativas desarrolladas recientemente (ALBA).

Estas reflexiones, que no pretenden de manera alguna caracterizar *in totum* el marco material, espacial o temporal en que se desenvuelven las organizaciones de integración, solo tienden a explicar la temática es cogida para la Jornada.

No podemos dejar de señalar que las diferentes realidades en que operan y se desarrollan los procesos de integración regional, conducen a

un particularismo que limita las generalizaciones. De allí que, más allá de la existencia de algunos elementos comunes, cada proceso ofrece peculiaridades que merecen un examen concreto. Más aún, tales diferencias contribuyen a enriquecer la temática y estimulan los estudios comparativos de los instrumentos constitucionales, de las estructuras orgánicas, de las fuentes normativas, de la aplicación de las normas, de la solución de controversias, entre otras muchas cuestiones.

Cabe destacar que el estudio de las organizaciones internacionales de integración puede realizarse desde muy variadas perspectivas y por lo tanto la evaluación de los éxitos o fracasos, como lo señaláramos, contiene un alto grado de subjetividad y depende también del criterio que se adopte para su análisis.

Así, y por vía de ejemplo, nos permitimos efectuar algunas reflexiones sobre el Mercosur.

En un sentido estricto, constituye uno más de los “procesos de integración” iniciado en este extremo del continente americano, institucionalizado en el Tratado de Asunción de 1991, y complementado con otros instrumentos adoptados en años posteriores. En ellos encontraremos su arquitectura jurídica.

Ahora, en un sentido amplio, el ámbito geográfico comprendido por este proyecto -los territorios de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y eventualmente de Venezuela, país actualmente asociado pero próximo a incorporarse como miembro pleno, y de los Estados asociados como Bolivia, Chile, Colombia y Perú- ha constituido un espacio en el que contemporáneamente con el desarrollo de los objetivos fundacionales, se han ido promoviendo una gran variedad de actividades en las que se encuentran comprometidas personas físicas y jurídicas, que por cierto han excedido o sobrepasado el marco originario. Se traducen en eventos científicos de variada naturaleza, que pueden eventualmente tener algún punto de contacto con aquel Mercosur. Pero no necesariamente.

Puede señalarse, como muestra, los encuentros de escritores del Mercosur, el Ballet del Mercosur, los simposios de ejércitos del Mercosur, etc. En el área de las ciencias jurídicas, *inter alia*, las reuniones de civilistas del Mercosur, de los filósofos del Mercosur. En nuestra Facultad se institucionalizaron los llamados Congresos de Estudiantes del Mercosur, en donde se abordan cuestiones jurídicas en general, programas de cooperación, o problemas que afectan a la enseñanza del derecho en los

países ya citados. Basta abrir la página Web del Mercosur para encontrar referencias que podrían sorprender, como encuentros de fotógrafos del Mercosur. Esta faceta, en nuestro entender, es de relevancia a la hora de juzgar los éxitos y fracasos del Mercosur.

Desde otra perspectiva y volviendo a aquel primer Mercosur, también podríamos, como proceso dinámico y cambiante, distinguir entre el Mercosur *formal* y el Mercosur *real*.

El primero es el que refleja la letra de los instrumentos que lo pergeñaron y los que han intentado perfeccionarlos. En ellos se pueden encontrar los objetivos, los principios que sustentan el proceso, la estructura orgánica, el ordenamiento jurídico, los mecanismos de elaboración de éste, el sistema de solución de controversias, etc.

El segundo, está reflejado por la imagen que proyecta el funcionamiento de este andamiaje económico y jurídico. En otras palabras, en los hechos, y éstos pueden mostrar un proceso paralelo que no necesariamente se adecua al marco normativo.

Dicha ambivalencia no debe provocar ni desaliento ni pesimismo, pues tal desacople puede observarse en casi todos los procesos de integración. Claro es que mientras los objetivos se van cumpliendo, aunque con dificultades, el desajuste, pese a no ser deseable, no pone en riesgo la subsistencia del proyecto. Tal sería, entre otras falencias, la falta de adecuación de las normas constitucionales de algunos países del Mercosur a las exigencias del proceso de integración. Pese a esta circunstancia, tal hecho, hasta el momento, no ha tenido mayor gravitación, pudiendo destacarse en orden a morigerar tal omisión, el papel cumplido por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Desde una perspectiva jurídica, cabe resaltar que todas las organizaciones internacionales de integración se originaron y se originan en un acto fundado en la libertad contractual de los Estados, que se convierte en su “constitución” y sustento de su ordenamiento jurídico. La organización alcanza sus objetivos ejerciendo ininterrumpidamente sus principales funciones, usualmente, con el devenir del tiempo, como señala la doctrina, su desarrollo desbordaría el marco en que originariamente fue concebida.

La función normativa, en consecuencia, se apoya en el instrumento constitutivo, y éste determina las primeras reglas del ordenamiento jurídico. Son la “ley suprema” -a semejanza de las cartas fundamentales estatales- y en principio se ubica en la cúspide de la pirámide, con supremacía

sobre las otras normas, aunque esta premisa no es absoluta en razón de que no todas las reglas del acto constitutivo poseen tal jerarquía.

Generalmente se le atribuye a dichos tratados el carácter de derecho “primario” u “originario”, y los actos normativos emanados de los órganos creados se los comprende dentro del llamado derecho “secundario” o “derivado”. La importancia cuantitativa y cualitativa de estos últimos actos varía según la complejidad y la naturaleza de tales órganos, y de las competencias atribuidas.

El tratado, mecanismo clásico de creación de normas internacionales, fue por lo tanto un paso insoslayable, y en derredor de la interpretación y aplicación de las disposiciones del mismo habría de girar prioritariamente la actividad jurisdiccional de los órganos creados para dirimir las controversias que surgirían entre los Estados miembros de tales organizaciones.

Desde esta perspectiva, el derecho internacional habría de proporcionar los procedimientos o medios pertinentes para la solución de diferendos, sean ellos los llamados “no jurisdiccionales” -negociaciones directas, buenos oficios, mediación a cargo de los órganos-, o mediante el recurso al arbitraje o a la creación de tribunales internacionales permanentes, alguno de los cuales constituyeron verdaderas innovaciones en el marco de las concepciones tradicionales, como fue el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y en el ámbito regional americano el Tribunal de Justicia de la hoy Comunidad Andina o la Corte Centroamericana de Justicia, establecida en 1992.

Estos tribunales, o en su caso los paneles o tribunales arbitrales *ad hoc*, instituidos en otros procesos de integración, habrían de aplicar con regularidad el derecho internacional, tanto el general como el convencional, sin perjuicio de recurrir también a los “principios generales del derecho”, a los “principios generales del derecho internacional”, o a los llamados “principios del derecho de la integración”.

En relación con los principios generales del derecho, categoría normativa no exenta de cuestionamientos en cuanto a su alcance y función, los estudiosos -Paul Reuter, Jean-Víctor Louis, entre otros-, han señalado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -v.gr.- se ha valido de ellos con frecuencia, habiendo tenido especial gravitación en la jurisprudencia comunitaria, en particular aquellos provenientes del “foro doméstico”, habiendo contribuido a la formación de los “principios del

derecho comunitario”, sin identificarse con aquellos. No vamos a profundizar aquí los principios de “aplicación inmediata”, de “aplicación directa” o de “primacía del derecho comunitario” (sentencias *in re* Simmenthal, Van Gend et Loos, Costa c/ ENEL), entre otros, sin cuyo reconocimiento por el TJCE, difícilmente podría haberse llegado a la hoy Unión Europea. También, se ha destacado, constituyeron el cauce normativo de incorporación de los derechos humanos al derecho comunitario.

En lo que atañe a los principios del derecho de la integración, también constituye una cuestión arduamente debatida, y no dejan de existir dificultades para su identificación.

En América Latina, el Preámbulo del Acuerdo de Cartagena, después de la modificación introducida en 1987, se refiere a los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia. El Tratado de Montevideo de 1980, constitutivo de la ALADI, declara en su art. 3º, que en aplicación del Tratado y para lograr su objetivo final, los países miembros deben tomar en consideración los siguientes principios: a) pluralismo; b) convergencia; c) flexibilidad; d) tratamientos diferenciales; e) múltiple. Acertadamente se especifica el contenido y alcance de cada uno de ellos.

El Tratado de Asunción de 1991, hace referencia en su art. 2º al principio de reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes y, en su art. 7º alude al principio de “no discriminación”, entre los productos originarios de los Estados Partes. En el Preámbulo, existen referencias a los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio.

Un examen más minucioso de los instrumentos señalados y de otros acuerdos constitutivos de organizaciones de integración en nuestro continente, permitiría seguir identificando “principios”. Tal variedad de “principios” ha inducido a la doctrina a atribuirles un alcance que, con frecuencia, no se compadece con su verdadero contenido. Si bien es cierto que algunos de ellos constituyen auténticos principios jurídicos, la gran mayoría se confunde con políticas o procedimientos para alcanzar los objetivos establecidos en los instrumentos constitutivos de las organizaciones de integración.

Podría reconocerse, siguiendo a una calificada doctrina, que los principios de gradualidad y flexibilidad, propios de los procesos de integración, responden a la idea de readaptación permanente de alternativas, propia del aumento de los niveles de cooperación. Por su parte, los principios de equilibrio y de reciprocidad, encuentran sustento en la igualdad de

derecho y de hecho de los Estados. Cuando más desarrollado sea un Estado, mayores concesiones debe efectuar.

Igualmente, es indubitable, como lo señaláramos inicialmente, que cada vez más los procesos de cooperación y de integración exigen el respeto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente como condiciones de pertenencia a una organización regional o a una organización de integración. Lo mismo acontece con el llamado principio “democrático”, o con los “compromisos democráticos”, sin perjuicio de la ambivalencia que predomina en su aplicación.

En verdad, en los procesos de integración los “principios generales del derecho”, los “principios generales del derecho internacional”, los “principios del derecho comunitario”, los “principios del derecho de la integración” y los “principios de la integración”, constituyen categorías que justifican un estudio sereno y reflexivo para desentrañar su verdadera naturaleza.

En relación con el derecho internacional consuetudinario, fuente tradicional de gestación de normas internacionales, cabe observar que en los procesos de integración no han tenido un desarrollo destacable, no tanto por la relativamente corta vida de estas organizaciones internacionales -pues en nuestro días el tiempo ya no posee la trascendencia que la doctrina clásica le atribuía para la formación de las reglas consuetudinarias-, sino por la especificidad o individualidad de cada proceso de integración. Los Estados se han aferrado a los instrumentos convencionales, que generalmente regularon con minuciosidad sus conductas, dejando un estrecho margen para “una práctica generalmente aceptada como derecho”, siguiendo la terminología del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La creciente actividad de los órganos jurisdiccionales -de gran magnitud en el caso europeo y de menor gravitación en la experiencia latinoamericana- ha revitalizado el rol de la jurisprudencia, provocando una mutación de la perspectiva con que la doctrina abordó su papel desde la óptica de las fuentes del derecho internacional. Se ha dejando atrás esa especie de *capitis diminutio* que se le endilgaba por influencia del llamado “sistema continental”, de herencia romanista.

No dejamos de reconocer la relatividad de estas reflexiones frente a las diferencias que emergen de las características de los ordenamientos jurídicos de los procesos de integración que se han tomado como punto de referencia.

Una acotación final. Hemos utilizado los términos América Latina y Latinoamérica, con el alcance que le atribuyen algunos autores, como el jurista español Cástor Díaz Barrado, o sea el conjunto de Estados cuyas lenguas y culturas tenían origen latino. En particular, agrega, se definen como latinoamericanos aquellos Estados del continente americano cuyas lenguas oficiales proceden de lenguas tales como el español, el portugués, el francés y el italiano. No obstante, este mismo publicista es muy crítico cuando afirma que *“América Latina está desapareciendo y está en claro proceso de extinción. La realidad que se pretende expresar con este término no sirve como marco de cooperación permanente entre los Estados latinoamericanos y tampoco produce esfuerzos de integración creíbles en la escena internacional”*. Creemos que al margen de los fracasos y parálisis que afectan a muchos de los proyectos integracionistas, y prescindiendo de cuestiones terminológicas, y de los juicios adversos, existen motivos para mantener el optimismo. Las próximas décadas permitirán apreciar si aquel diagnóstico ha sido acertado.

Confiamos en que estas disquisiciones, que reconocemos fragmentarias y hasta elementales en relación a una temática tan polifacética, puedan servir de prolegómeno a los trabajos que se incorporan en esta nueva publicación del Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración.

PROCESOS DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANOS EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

*Zlata Drnas de Clément **

Sumario: Introducción. Diferencias entre proceso de integración y proceso de globalización. Características de los procesos de integración con particular referencia a los latinoamericanos.

Introducción

La larga historia de los procesos de integración latinoamericana, sus vicisitudes, avances y retrocesos han ido teniendo variadas explicaciones de conformidad al entorno político internacional en el cual fueron creados y se desarrollaron o concluyeron. En esta oportunidad nos interesa visualizar los procesos de integración latinoamericanos en el contexto del proceso de globalización. Por ello, en primer término, consideraremos las diferencias que hallamos entre los procesos de integración y el proceso de globalización, y en segundo lugar observaremos las características de los distintos procesos de integración.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Diferencias entre proceso de integración y proceso de globalización

En varias oportunidades hemos escuchado decir que los procesos de integración son manifestaciones de la fragmentación del proceso de globalización. Por nuestra parte creemos que son dos procesos de naturaleza diferente más allá de que los procesos de integración permiten a los Estados conformar una capacidad de decisión más firme frente a los avatares de la globalización. Decimos que son procesos diferentes en tanto tienen distintos *orígenes, actores, espacios geográficos, presupuestos de base, tipos institucionales, estructura jurídica, objetivos*.

En lo que hace a sus *orígenes y actores*, los procesos de integración surgen (en particular, los latinoamericanos) por acuerdo formal entre Estados (generalmente, tratados celebrados en forma solemne), impulsados por la vecindad territorial, los intereses comunes, la necesidad de posicionarse con más fortaleza en los mercados internacionales. El proceso se da en un *espacio geográfico delimitado*, en el que los Estados miembros del sistema integrador, generalmente se hallan comunicados por situaciones de vecindad.

Los tratados fundacionales de los procesos de integración poseen *presupuestos de base* que les son propios. Por un lado, los Estados miembros, responden a lo que se ha dado en denominar “racionalismo constructivista planificado”¹, actúan en un sistema paritario de base, pluralista pero de valores comunes en un modelo delegativo acumulativo (profundización vertical), de permanente ramificación horizontal (*spill over*). Crean *sistemas institucionales* con órganos y capacidad normativa para el logro de objetivos de esa unión (económica, comercial, social, educativa e incluso política, constituyendo un sistema único). Los Estados miembros, de acuerdo con el modelo regional y su estado de desarrollo integrador, en mayor o menor grado, delegan competencias en órganos centrales del proceso-sistema, generan una nueva identidad, considerada por algunos como un verdadero “nacionalismo extendido”. Sus *estructuras jurídicas* son formales, si bien, están en permanente evolución, sien-

¹ E.A. ZIMMERMANN, “Hayek, la evolución cultural y sus críticos”, Revista Libertas IV, pág. 6 (http://www.eseade.edu.ar/servicios/Libertas/44_4_Zimmermann.pdf).

do sus órganos -juntamente a la voluntad política de los Estados miembros- verdadero motor impulsor de la integración. Cuentan con sistemas formales de solución de controversias, incluso, en ciertos casos, tribunales propios en calidad de instituciones responsables del logro de los objetivos del modelo integrador.

Cimadamore ha definido la integración regional como proceso de ampliación pacífica de espacios económicos, sociales y políticos de los Estados nacionales, que genera nuevos mecanismos de toma de decisiones y de resolución de controversias y que implica una pérdida progresiva de soberanía con el *objeto* de alcanzar un espacio común en el que haya libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas ². Una de las características más definidas es la fuerte institucionalización de los distintos estadios de los procesos de integración ³.

En la antípoda, el proceso de globalización carece de un *origen* cierto, concreto; carece de identidad unitaria visible, su expansión es planetaria (*espacio global*), tiene en su base una multiplicidad de *actores* transnacionales, entre los que el Estado juega como un actor más en los intercambios entre corporaciones comerciales, financieras, sindicales, grupos de presión (organizaciones no gubernamentales) e incluso grupos terroristas o de crimen organizado. Algunos especialistas centran su origen en el comercio, el que se fue expandiendo a impulso de las comunicaciones, la cibernética, las transacciones financieras, entre múltiples otras que impactan en lo cultural, social y político. Así, Ravier señala que la globalización es un proceso cuyo origen se encuentra en paralelo con el origen del comercio, y que se ha extendido a lo largo de los siglos. Entiende que su origen surge espontáneamente de la interacción de diversos individuos o entidades en el mercado y su resultado representa un “orden” abstracto o extendido que ninguno de esos individuos tenía en cuen-

² A.D. CIMADAMORE, “Gobernabilidad y niveles de análisis en el proceso de integración del Mercosur”, en *Los desafíos de la integración regional ante el nuevo contexto social y político en la región* (www.unesco.org/shs/gobernanza).

³ V. “Les intégrations régionales et la Mondialisation”, en P. DE SENARCLENS, *Mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales*, Paris, Armand Colin, 1998, págs. 95-97.

ta al actuar ⁴. Esta percepción está estrechamente vinculada a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia Española, en el que la *globalización*, es concebida como “la tendencia de los mercados y las empresas a extenderse alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”. Lejos de la idea de nacionalismo extendido que importan los procesos de integración regional, la globalización lleva la marca de la “*desnacionalización*”, “*desterritorialización*”, “*deslocalización*” ⁵. No es un proceso internacional sino transnacional, *desestructurado*, *no institucionalizado*, asentado en la creciente comunicación e interdependencia entre actores, homogeneizando pautas comerciales, sociales, culturales a escala global, impactando incluso en el derecho, desnaturalizando su función, haciendo prevalecer los regímenes no dispositivos, basados en principios de racionalidad, en permanente negociación y mutación, de origen mayoritariamente *espontáneo* ⁶. Tal como

⁴ A.O. RAVIER, *El proceso de globalización bajo una perspectiva hayekiana*, Documento de Trabajo N° 5, 2006, Fundación Friedrich A. von Hayek (www.hayek.org.ar). V. asimismo E. VÁZQUEZ GER, “El orden espontáneo de la globalización”, Revista digital “La Escuela Austríaca en el Siglo XXI”, junio 2008, Fundación Hayek (www.hayek.org.ar).

⁵ Anthony Giddens describió a la globalización como “*la intensificación de las relaciones sociales a nivel planetario de modo que una localidad distante de tal forma que los sucesos locales son atrapados por lo que sucede a miles de millas de distancia y viceversa [conectividad]*”. V. A. GIDDENS, *The consequences of modernity*, Stanford, Stanford University Press, 1990, pág. 64 (<http://www.infed.org/biblio/globalization.htm>).

⁶ Oliver Kozlarek define a la globalización como un proceso de proliferación del problema de los valores, ya sea por la multiculturalización o por una pretendida disolución de los valores (“La sociedad mundial y la carencia de reflexiones normativas en las teorías de Niklas Luhmann y Norbert Elias”, en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, año XLIV, N° 177-178, septiembre 1999/abril 2000). Señala que para Luhmann existe una imposibilidad de llegar a una integración normativa de la sociedad mundial ya que la codificación de lo binario (bueno/malo) no es aplicable a otros sistemas funcionales con códigos valorativos propios. Por ello considera que las expectativas morales deben ser sustituidas por expectativas cognitivas que traten de cambiarse a sí mismas (adaptación cognitiva) y no de cambiar al objeto como se da en las expectativas normativas. Esto nos lleva al problema de cómo teorizar la globalización ya que lo global, es una categoría de análisis, es un nuevo constructo metodológico (que responde a un nuevo constructo social, a una nueva forma de estar en el mundo) a partir del cual las ciencias sociales realizan una aproximación a los fenómenos sociales, económicos, políticos entre otros.

lo señaláramos, sus *actores* más destacados son las corporaciones transnacionales, las que han sido definidas como “*entidades económicas o un conjunto de entidades económicas que opera en más de un país, cualquiera sea su forma jurídica, su país de origen o el país de la sede; ya sea se considere su actividad individual o colectivamente. Se trata de personas jurídicas de derecho privado con implantación territorial múltiple pero con un centro único para las decisiones estratégicas*”⁷.

Según María de la Luz Casas Pérez (“Consideraciones y Consecuencias Metodológicas en torno a la Globalización y la Comunicación”, en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, año XLIII, N° 171, enero-marzo 1998, págs. 31-50) este sistema “inventado”, “construido”, reemplazará la visión lineal de la historia. El ámbito del proceso de globalización y de la sociedad global tiene una construcción relacional totalmente diferente a la del proceso de integración, el que se mueve en la estructura que el sistema interestatal y organizacional conjunto permite a los actores que juegan en el espacio territorial bajo su “jurisdicción”, término este último impropio de los regímenes generados en el sistema global transnacional.

⁷ *Proyecto de normas sobre la responsabilidad en materia de derechos humanos de las sociedades transnacionales y otras empresas comerciales. Directrices y Recomendaciones para la aplicación a las STN, a “otras empresas” y a sus proveedores, subcontratistas y licenciatarios de las normas vigentes en materia de derechos humanos (2003)* del Grupo de trabajo sobre las sociedades transnacionales (Subcomisión de Derechos Humanos y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las NU). De conformidad con el mismo instrumento, la expresión *otras empresas comerciales* abarca a toda entidad industrial o comercial, financiera, de servicios que mantiene relaciones de negocios en posición de subordinación o de dependencia, de hecho o de derecho, con una sociedad transnacional, aunque tenga la apariencia de una sociedad nacional o internacional autónoma, cualquiera sea la naturaleza, internacional o nacional, de sus actividades, incluyendo una sociedad transnacional, la forma jurídica - de sociedad de capitales, de personas u otra -en que ha sido creada y la naturaleza- privada o pública de la propiedad de su capital. Las expresiones *subcontratista* y *proveedor* designan las empresas que son dependientes de hecho de una sociedad transnacional en el sentido que reciben la mayor parte o todos los encargos de esta última, ya sea de un producto terminado, de parte de un producto, de un servicio, etc. o que tienen con aquélla una relación contractual ocasional. La expresión *licenciatario* designa a la empresa que explota una patente, una marca o una licencia propiedad de una STN contra el pago a esta última de una regalía (*royalty*). La expresión *parte interesada* abarca a los accionistas, los otros propietarios, los trabajadores y sus representantes, como así también todo otro individuo o grupo sobre el que tienen alguna incidencia las actividades de la sociedad.

Rosalyn Higgins ha percibido a ese *factum* (la globalización) como “una realidad que vivimos cuando las paredes de la soberanía no constituyen protección frente a los movimientos de capital, trabajo, información e ideas, realidad que no ofrece protección efectiva frente a riesgos y peligros que vienen del exterior”⁸.

Así, nuevas modalidades de producción, de trabajo, de movimientos de capital, comercio, turismo, sindicatos, grupos criminales o delictivos, etc. se configuran a escala planetaria. Al mismo tiempo, los gobiernos van perdiendo posibilidades de control y dirección sobre las sociedades e individuos de su espacio territorial.

El proceso de globalización carece de tratados internacionales formales; no posee actores definidos y responsables; no cuenta con un sistema orgánico de funcionamiento; se centra en interacciones entre individuos y sociedades de variado tipo de distintas partes del mundo; elude la conformación de instituciones observadoras de sus movimientos transfronterizos, ordenadoras o controladoras; traspasa las fronteras de los Estados con su solo poderío económico, financiero, de comunicaciones, de información, de transportes, sin normas a las cuales sujetarse, vaciando o debilitando la autoridad de los Estados en numerosos ámbitos de gobierno, generando dependencias difíciles de superar⁹.

⁸ R. HIGGINS, “International Law in a Changing International System”, en *The Cambridge Law Journal*, vol. 58, marzo 1999, pág. 82.

⁹ En la década de los '70 se iniciaron las primeras tentativas de establecer algún control sobre las sociedades transnacionales. En 1972 el Secretario General de Naciones Unidas conformó un Grupo de expertos para estudiar la temática y su resultado fue un informe en el que se consideraba la necesidad de constituir organismos de investigación y observación de entidades transnacionales. En 1974, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas creó la *Comisión de Sociedades Transnacionales* [Resolución 1913 (LVII)]. La Comisión se compuso por 48 Estados Miembros con el objeto de investigar las actividades de las sociedades transnacionales y elaborar un Código de Conducta para ese tipo de entidades, el que no logró concretarse. Tras la *Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, atento a que la Declaración aparentemente cubría distintas vías por las que era factible controlar actividades dañosas de corporaciones transnacionales, se eliminó en 1993 la Comisión de Sociedades Transnacionales. Similares funciones se asignaron pero sólo en materia de inversiones a una Subcomisión de la UNCTAD en 1994. V. nuestro trabajo “Responsabilidad de las corporaciones transnacionales” (www.acaderc.org.ar).

Quienes son optimistas frente a la globalización, como Tomas Larsson, en su libro *La carrera hacia la cima: la verdadera historia de la globalización*, señala que “(l)a continuidad de la pobreza en esos países, se ha basado en principio en los usos y abusos del poder político por una elite privilegiada que ha manipulado las políticas de gobierno en sus propios intereses. Abrir los mercados tanto domésticos y entre países crea oportunidades para individuos para encontrar nichos de potencial prosperidad para ellos[...]. Los mercados abiertos dan acceso a mercados de capital locales e internacionales para que emprendedores pobres en estas tierras puedan tener acceso a los recursos financieros para iniciar y operar empresas en el mercado global. Y los mercados abiertos proveen más y más baratos bienes de todo el mundo, permitiendo que aquellos con salarios inferiores en los países pobres puedan utilizar mejor sus modestos ingresos”¹⁰.

Edgard Morin ha señalado que la globalización puede ser considerada como el último estado de la planetarización. También ha señalado que la globalización “puede ser considerada al mismo tiempo como una emergencia desigual y caótica de un embrión de sociedad-mundo”. “El pájaro espacial Tierra es propulsado por cuatro motores asociados y al mismo tiempo incontrolados: ciencia, técnica, industria, capital”¹¹. Si bien una sociedad incluye una economía (la que de hecho es internacional), le faltan los elementos de una sociedad organizada (leyes, normas, control).

En sentido contrario, los procesos de integración tienden a fortalecer las debilidades de los Estados mediante su unión institucionalizada, normada a los fines de defenderse de la agresividad de los mercados y de las presiones de las mutantes fuerzas transnacionales globalizadoras, obrando como un actor más de ese turbulento y cambiante *factum* global con el que se enfrentan a diario, al que no impulsan, más bien, tratan de contener y regular, si bien, generalmente, sólo pueden hacerlo *ex*

¹⁰ R. EBLING, en T. LARSSON, *La carrera hacia la Cima: la verdadera historia de la globalización*, Suiza, 2002 (<http://www.atlas.org.ar/cultura/pdf/larsson.PDF>).

¹¹ E. MORIN, “Vers une mondialisation plurielle”, en *Le Monde*, 25 de marzo de 2002.

post. Es de observar que ese actor interestatal, sujeto internacional con o sin personalidad jurídica propia como organización internacional regional, en última instancia, responde a través de los Estados miembros de lo que sucede en el espacio territorial bajo la jurisdicción de cada uno de ellos, en tanto sujeto primario, único detentador de la plenitud de facultades y responsabilidades ¹².

Las fuerzas globalizadoras han transnacionalizado el producto, el trabajo, la propiedad, el capital, el comercio, el consumo, la política e incluso la cultura y el pensamiento. Se suele afirmar que el motor de nuestra era a nivel planetario ya no es la Organización de Naciones Unidas, como tampoco la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional. Pesan más entidades tales como la Corporación Financiera Internacional, las corporaciones transnacionales sindicales, financieras, comerciales, oenegistas en materia de derechos humanos, medio ambiente, desarrollo sustentable, etc. Todas ellas cruzan las fronteras sin controles, obran sin observadores centrales que permitan conocer de su accionar a nivel global. La globalización que, inicialmente fue asociada al capitalismo-liberalismo, hoy brinda sus redes y espacio global a todos los modelos de organización político-ideológica. Su única barrera es el Estado intervencionista, que limita las libertades individuales, *i.a.* en el área del comercio ¹³.

¹² V. al respecto La responsabilidad de los Estados en el marco de las organizaciones internacionales (Proyecto de la CDI *sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales*, Informe 2008, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2008/2008report.htm>).

¹³ Ludwig von Mises, en una de sus seis conferencias en Buenos Aires (1959) definió al Estado intervencionista como “*gobierno [que] no restringe sus actividades a la conservación del orden y la seguridad; quiere hacer más; interfiere en el mercado. [...] No se limita a proteger la libre actividad individual; quiere interferir en los precios, en las escalas de salarios, en las tasas de interés, en los márgenes de ganancia. Pretende restringir la supremacía del consumidor, arrogarse sus poderes, o al menos parte de ellos*”. Podemos decir que, también, interfiere en grados extremos, en la libertad de tránsito de las personas, su derecho a entrar y salir del país, a comprar y/o enviar divisas al extranjero, a poseer cuentas bancarias, entre otras limitaciones. V. “The lost papers of Ludwig von Mises”, en *Selected writings of Ludwig von Mises. Between the two world wars: monetary disorder, interventionism, socialism and the Great Depression*, ed. Richard M. Ebeling, Bellaire-USA, págs. xiii-xx; L. von Mises, *Interventionism: an economic analysis*, Ed. Bettina Bien Greaves, The Foundation for Economic Education, Irvington-on-Hudson, New York (<http://mises.org/etexts/mises/interventionism>).

Características de los procesos de integración con particular referencia a los latinoamericanos

Es alto el número de procesos de integración. Sus objetivos suelen tener denominadores comunes pero el estado de desarrollo de cada uno de ellos y la voluntad política de alcanzar los objetivos de la integración son muy variados. Tal como lo señala la OMC el número de acuerdos regionales comerciales (si bien no todos ellos de integración) no ha dejado de aumentar desde principios de 1990. Hasta el 31 de julio de 2010 se han notificado al GATT/OMC 474 acuerdos regionales ¹⁴, estando en funcionamiento 283 según la página Web oficial de la OMC. Prácticamente, no existe Estado en el mundo que no pertenezca a algún proceso de integración regional o haya solicitado su incorporación a alguno de ellos.

América Latina tiene una larga historia en procesos de integración. No tenemos oportunidad para revisar todas esas experiencias. Sólo haremos referencia a las vigentes en Latinoamérica. El número de siglas que se mueven resultan mareantes incluso para los espe-

¹⁴ A la expresión “regionalismo” se le han reconocido distintas acepciones. Por un lado se lo ha tomado como una tendencia ideológica promotora de los procesos de integración constituidos desde abajo hacia arriba, que se da tanto en el ámbito internacional como en el interno, diferenciándolo de la “regionalización”, proceso de descentralización, desde arriba hacia abajo, propia del ámbito interno de los Estados. Por otro lado, se ha centrado al regionalismo en la constitución de espacios ampliados internacionales a diferencia de la regionalización, que conforma esos ámbitos geográficos *ad intra* de un solo Estado. (V. nuestro trabajo “Regionalismo - Integración”, en *Globalización-Integración-Regionalismo*, Estudios de Relaciones Internacionales, N° 1, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1997, págs. 37 y ss.

cialistas. Así conviven ODECA ¹⁵, SICA ¹⁶, SIECA ¹⁷, CARICOM ¹⁸, NAFTA ¹⁹, RD-CAFTA ²⁰, SELA ²¹, ALADI ²², CAN ²³,

¹⁵ La Organización de Estados Centroamericanos/ODECA (1951) fue reemplazada por ODECA II (1962) por impulso de la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas/CEPAL. La ODECA ha evolucionado hasta conformar el Sistema de Integración Centroamericana (SICA-1991) vigente a la fecha.

¹⁶ El Sistema de Integración Centroamericana (SICA), creado por el Protocolo de Tegucigalpa de 1991, tiene entre sus propósitos “la integración de Centroamérica”, “alcanzar la unión económica”, “fortalecer la región como bloque económico para insertarlo exitosamente en la economía internacional”, “reafirmar y consolidar la autodeterminación de Centroamérica”.

¹⁷ El Tratado de Managua de 1960 creó el *Sistema de Integración Económica de Centroamérica* (SIECA) con sede en Guatemala, cuyo principal órgano es el Consejo de Ministros de Integración Económica. Tras el Protocolo de Tegucigalpa de 1991 al Tratado de la ODECA II y el de Guatemala de 1993 al Tratado de Integración Económica de Centroamérica, actúa como órgano técnico regional, constituido como persona jurídica autónoma, que asiste al proceso de integración económica centroamericana del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).

¹⁸ La *Comunidad del Caribe (CARICOM)* (Acuerdo de Chaguaramas de 1973) reemplazó a la Asociación de Libre Comercio del Caribe (CARIFTA). El tratado de CARICOM, en su Art. 4, señala como fin esencial del sistema “la integración económica” mediante la creación de un *mercado común*.

¹⁹ El *Tratado de Libre Comercio de América del Norte / TLCAN (NAFTA)* en su sigla en inglés) fue suscripto en 1992 entre EE.UU., Canadá y México con el objeto de alcanzar un *zona de libre comercio*.

²⁰ El *Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (RD-CAFTA)* en su sigla en inglés) adoptado en de 2004 establece una *zona de libre comercio* y *no cuenta entre sus propósitos un proceso integrador a profundizar*, a pesar de señalar el preámbulo del tratado que tiene *i.a.* por objeto “*contribuir a la integración hemisférica y promover el establecimiento de una Área de Libre Comercio de las Américas*”.

²¹ El *Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe*, creado en 1975 tiene entre sus objetivos impulsar la cooperación y la integración entre los países de la región.

²² La *Asociación Latino Americana de Integración* fue creada por el Tratado de Montevideo de 1980 y reemplazó a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). ALADI propicia la creación de un área de preferencias económicas en la región, con el objetivo final de lograr un mercado común latinoamericano a través de la preferencia arancelaria regional, los acuerdos de alcance regional y los acuerdos de alcance parcial.

²³ La *Comunidad Andina de Naciones* es creada mediante el Protocolo de Trujillo de 1997 y tiene su origen en el Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino de 1969. Entre sus objetivos se cuentan la conformación de una comunidad subregional mediante el proceso

MERCOSUR ²⁴, ALBA ²⁵, UNASUR ²⁶, MESOAMÉRICA ²⁷, Arco o Frente del Pacífico ²⁸.

Los procesos de integración en Latinoamérica han ido modificando su perfil y sus objetivos en estos últimos sesenta años, adecuándose a las mutantes condiciones globales. En estos momentos podemos hacer referencia a seis etapas o ciclos:

El regionalismo, en su *primera etapa* ha tenido por fuerza directriz al comercio. Tal el caso de ALALC Tratado de Montevideo de 1960,

de integración y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional.

²⁴ El *Mercado Común del Sur* fue constituido por el Tratado de Asunción de 1991 con el objeto de constituir un mercado común en el cual *i.a.* haya libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, se establezca una arancel externo común y se adopte una política comercial común.

²⁵ La *Alternativa Bolivariana para las Américas* tiene su origen en el Tratado venezolano-cubano de 2004 al que luego adhirieron Bolivia, Nicaragua, Honduras, Dominicana, San Vicente y Las Granadinas, Antigua y Barbuda y Ecuador Su apertura al Caribe es de 2005 a través del Acuerdo de Cooperación Petrocaribe (seguridad energética caribeña). Entre sus objetivos de integración se halla el de erradicar la pobreza a través del endodesarrollo.

²⁶ La *Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)*, ha nacido formalmente con el Tratado de Brasilia de 23 de mayo de 2008 (aún no entrado en vigor) y busca configurar entre los doce Estados de América Latina un “espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura”. Entre los objetivos específicos enunciados en el Art. 3 del Tratado constitutivo, figura, en primer lugar, el “fortalecimiento del *diálogo político* entre los *Estados Miembros (...)*”.

²⁷ *Proyecto Mesoamérica* reemplaza al Plan Puebla Panamá/PPP. Está constituido por Belice, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana. De conformidad a la Declaración-Acuerdo de Villahermosa de 28 de junio de 2008, “*Los Jefes de Estado y de Gobierno (...) Acordamos: Asuntos Políticos: Profundizar el proceso de integración regional y los excelentes lazos de amistad y cooperación existentes entre las naciones que conforman el Mecanismo de Tuxtla, a través del diálogo y la concertación política (...)*”.

²⁸ El *Arco del Pacífico* es una región creada el 30 de diciembre de 2008 y conformada por Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú. La Declaración constitutiva expresa: “*Declaramos que: 1. El Foro del Arco del Pacífico Latinoamericano es una instancia de articulación política y económica, y un espacio de convergencia, cooperación e integración dentro de América Latina; 2. El Foro Arco es la única instancia de contacto con el Asia Pacífico a la que pertenecemos todos los Estados latinoamericanos ribereños del Pacífico*”.

antecedente de la ALADI, cuyo objetivo central ha sido “la *ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales*, a través de la eliminación gradual de las barreras al comercio intraregional, constituye condición fundamental para que los países de América Latina puedan acelerar su proceso de desarrollo económico, en forma de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos” (primer párrafo de la parte preambular del Tratado de Montevideo de 1960).

El regionalismo en su *segunda etapa* ha mostrado una percepción más amplia de la integración que la comercial, más compleja, multidimensional, con ambiciones sociales, culturales y políticas. La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) (sucesora de ALALC), en el segundo párrafo preambular del Tratado de Montevideo de 1980, señala 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”²⁹ (el resaltado nos pertenece).

El regionalismo en su *tercera etapa*, asentó su perfil en el “regionalismo abierto”, multilateralista³⁰, acorde con las normas de GATT-OMC, articulado con los mercados internacionales, complementados por acuerdos extrarregionales. Tal el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte/TLCAN/NAFTA (1993), el proyecto no concretado del ALCA (1994), el TLCRD-CA/DR-CAFTA (2004).

El regionalismo en su *cuarta etapa* es el denominado *interregionalismo*, el que se ha buscado construir a través de acuerdo interregionales dirigidos a la coordinación política, asociación económica y cooperación interinstitucional, tal como los que se han buscado alcanzar en las negociaciones entre UE-MS, UE-CAN, UE-AL. Este tipo de relación interregional se buscó entre 1995 y 2000, sin alcanzarse. También se ha gestionado a través de las asociaciones interregionales como la que se dieron en ese período entre MS-CAN y CAN-MS, proceso al que se designó de “convergencia interregional”.

²⁹ Primer párrafo de la parte preambular.

³⁰ El art. 24 GATT requiere que los acuerdos regionales no importen condiciones más rigurosas para los otros miembros del GATT-OMC y que los acuerdos prevean la multilateralización de las preferencias.

El regionalismo en su *quinta etapa* ha sido designado *transregionalismo*, ya que el objetivo del acuerdo entre regiones no ha sido alcanzar un espacio interno bi, tri o pluriregional, sino una acción externa (asociación estratégica) común con efecto sobre el sistema global, como factor decisivo de la gobernanza global, gestor del modelo de interdependencia a nivel planetario, con perfil de región-actor dominante que impulsa un modelo multidimensional de vida a otras regiones del mundo, buscando imponerse a escala mundial. Una asociación de este tipo es la que ha buscado la UE con los Estados de América Latina y el Caribe hasta la Cumbre de UE-LAC de 2005, como vía de fortalecimiento de su rol político internacional³¹. La falta de cohesión en la perspectiva política, el modelo económico ha hecho que la UE haya abandonado su objetivo transregional.

El regionalismo en su *sexta etapa*, es el que designamos *regionalismo de alternancia*, ya que los entendimientos estratégicos sólo se dirigen a convergencias particulares. Así la UE a partir de 2005 se ha visto obligada a celebrar acuerdos bilaterales (al menos en América latina) atento las divisiones ideológicas entre Estados miembros o partes de los bloques regionales. Acuerdos de esa naturaleza se han logrado o se negocian con Chile, Méjico, Brasil, Colombia y Perú.

Incluso, en este momento se atisba un regionalismo en *séptima etapa*, que bien podría designarse de *recuperación*, ya que organizaciones regionales comunitarias como la UE buscan restablecer los espacios perdidos en Latinoamérica frente al avance del Este asiático, en particular China. La nueva etapa se centra en dos ejes básicos: el Mecanismo de Inversión en América Latina/MIAL (nuevo instrumento financiero, que movilizará recursos de las instituciones financieras para financiar proyectos de inversión en infraestructura energética, incluida la eficiencia energética y los sistemas de energías renovables, el transporte, el medio ambiente y la cohesión social) y la cooperación en el ámbito de las tecnologías y la innovación verdes y de bajas emisiones de carbono mediante acciones concretas, incluida la mejora de la capacidad institucional en

³¹ Por ahora, el que el Mercosur no sea un actor unitario es un escollo insalvable para alcanzar el acuerdo de asociación con la UE, que habría de significar un partenariado estratégico.

materia de cooperación científica y técnica en la región. Sin embargo, las regiones y subregiones latinoamericanas mantienen sus tensiones internas por lo que la recuperación sólo podrá ser parcial, aun bajo el influjo de la “alternancia”.

Es notoria la tendencia en este último tiempo a generar nuevos procesos, que buscan la convergencia de anteriores procesos. La mayoría de ellos con orientación predominantemente política, pero sin que se busque construir una voluntad concreta común, capaz de generar centros con capacidad de acción (delegación de competencias). Son entendimientos que se conforman sin cohesión en la posición política, sin visualización macroeconómica común entre los Estados partes en esos procesos. Un estudio de la Secretaría general de FLACSO ha señalado que eso se traduce en la fragmentación de América Latina, o más bien, en la aparición de varias Américas Latinas ³².

Se trata de entendimientos débiles (tratados de *soft law* o declaraciones compromisorias), sin atisbos de delegación de competencias en órganos centrales, concertados desde el consenso, carentes de verdaderos sistemas de solución de controversias, con fines amplios no propios de procesos de integración regional, enunciados de manera meramente declamatoria por no haber previsto vías, ni plazos para su concreción. Su principal impulso se halla en la cumbres presidenciales, verdaderos acuerdos *ex novo* en cada encuentro. Tal el caso de acuerdos con tinte preeminentemente político que aún no han entrado en vigor, como son los correspondientes a la Unión de Naciones Suramericanas/ UNASUR, al Proyecto de Integración y Desarrollo de Mesoamérica, al Arco del Pacífico.

El alto número de costosas cumbres ha llevado a una sobreabundancia de declaraciones (180 pronunciamientos en materia de distintos tópicos vinculados a procesos de integración en un año, sin compromisos concretos de ejecución) ³³. La V Cumbre ALC-UE (17 de mayo de 2009) concluyó en Lima sin aportar novedades. Consolidó la idea de la imposibilidad de alcanzar en este estadio un acuerdo estratégico entre

³² F. ROJAS ARAVENA, *Integración en América Latina: Acciones y Omisiones; Conflictos y Cooperación*, San José de Costa Rica, 2009, p. 12.

³³ En 10 meses de 2008, los jefes de E.LA participaron en 20 cumbres (F. ROJAS ARAVENA, op. cit., pág. 24).

UE y ALC, limitándose a hacer un llamado para acelerar la integración birregional e impulsar la democracia para combatir la pobreza, la crisis alimentaria y el cambio climático. No lejos de ese panorama se ha desarrollado la VI Cumbre ALC-UE en Madrid (20 de mayo de 2010), a pesar de la voluntad de superación del *statu quo* fosilizante y lejana a los objetivos para los que fueron creadas las Cumbres en 1999 en Río de Janeiro (Brasil): crear una “asociación estratégica” entre UE y ALC.

Llaman la atención ciertas paradojas de los procesos de integración latinoamericanos de nuestro tiempo:

- A más democracia, más desencanto de la población;
- A mayor crecimiento comercial menor crecimiento de la integración;
- A mayor crecimiento económico, mayor desigualdad;
- A mayor retórica integracionista, mayor fragmentación ³⁴.

Sin embargo, debe observarse que ello responde a los impulsos de la globalización y los intercambios a nivel planetario. La voluntad política hace que no todo resulte negativo en los procesos de integración en su relación con el proceso de globalización. Así, en el ámbito del Mercosur, si bien lentamente, se ha seguido buscando el ansiado fortalecimiento de las instituciones comunitarias. Entre esos nuevos aportes destacamos:

- El acuerdo político alcanzado por los parlamentarios de Parlasur en Asunción en materia de bancas por país en el Parlamento a ser elegido por voto directo de los ciudadanos, en el que Brasil y Argentina ceden transitoriamente parte de las plazas que les corresponderían en virtud de la relación proporcional conforme la población. Así, en un primer período, entre 2010 y 2014, Brasil ha de contar con 37 parlamentarios para su representación; Argentina, 23; Paraguay y Uruguay, 18. Luego de esa etapa, Brasil tendrá, a partir de las elecciones de 2014, 75 plazas y Argentina, 43 Paraguay y Uruguay continuarán con 18 plazas.

- La aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales de varios países partes del Mercosur. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha aplicado la *Declaración Sociolaboral del Mercosur*, a pesar de su carácter no vinculante, más allá de que se espere que, a la

³⁴ *Ibidem*, pág. 19.

brevedad, se transforme en Protocolo. *I.a.*. recordamos los casos considerados por la C.S.J.N., “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, t. 205. XLIV, 31/3/09 y “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.”, P.1911.XLII, 1/9/09 ³⁵.

- La reavivación de la idea de crear el Tribunal de Justicia del Mercosur, en calidad de órgano de Mercosur, comprometido con el logro de los objetivos del sistema y capaz de impulsar desde adentro la profundización del proceso; la presentación de una segunda opinión consultiva al vupuleado Tribunal Permanente de Revisión. (presentación de 24 de abril de 2009 de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay y la remisión de una solicitud de opinión consultiva, solicitada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1^{er} Turno en autos “Sucesión Carlos Schneck y otros c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros - Cobro de pesos”).

- Después de 6 años de negociación, el Código Aduanero del Mercosur fue aprobado el 3 de agosto de 2010 en la ciudad argentina de San Juan, en el marco de la XXXIX Cumbre del Mercosur. La extinción del doble cobro de la TEC facilita las negociaciones con la UE y abre el trabajo por la armonización en la legislación aduanera ³⁶.

Es probable que la debilidad de los procesos de integración y la multitud de nuevas propuestas con visión política no responda esta vez a la teoría de la reabsorción cíclica de Nye o al funcionalismo dialéctico (fuerzas de acción y reacción) enunciado por Dorette Corbey con su periódico y natural “*stop and go*”, sino a las graves tensiones político-económicas mundiales y regionales con sus proyectos contrapuestos (neoliberalismo-socialismo civilizado vs. Progresismo-populismo incivilizado) con sus posiciones inconciliables en materia macroeconómica y percepción del modelo político-comercial de base. Sólo una definición de las tendencias en pugna y la prevalencia mayoritaria de alguna de ellas en América Latina permitirá que los procesos regionales recuperen impulso y se reincorpo-

³⁵ Ver R. BARRETO GHIONE, “Consecuencias de la declaración sociolaboral en el Mercosur en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales” (<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=33608303>). Ver asimismo <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=2127&IdSeccion=14>

³⁶ Ver <http://www.mercosurabc.com.ar/seccion.asp?IdSeccion=2>

ren en el comercio global o se reorienten a modelos de endodesarrollo, desempolvadores de la vieja teoría de la dependencia.

Tal vez, el desafinado intento de orquestar una América Latina con identidad propia por las más variadas y erráticas propuestas, sirva para generar -a pesar de la disimilitud de proyectos- una conciencia de identidad latinoamericana, como unidad, frente al resto del mundo, meta largamente idealizada.

JURIDICIDAD DE LOS ACTOS DE LOS ÓRGANOS DE INTEGRACIÓN EN LOS PROCESOS LATINOAMERICANOS

*Luis Ignacio Savid Bas **

Sumario: Introducción. 1. Aclaración terminológica. 2. Análisis del ejercicio de la potestad normativa en el derecho de las organizaciones internacionales. Las organizaciones de integración. 3. Análisis de la normativa de los tratados latinoamericanos.

Introducción

El siguiente comentario contiene algunas reflexiones acerca de las profundas transformaciones que se vienen operando en la regulación normativa de las relaciones internacionales, con innegables incidencias en los sistemas jurídicos internacionales y nacionales, y en los fundamentos de la validez y obligatoriedad de las reglas adoptadas en ambos casos; en otras palabras de su juridicidad. En particular se hará referencia a la situación que se plantea en virtud de los tratados de integración y la legislación pública nacional.

1. Aclaración terminológica

Cuando se usa el término *juridicidad* se lo hace en el sentido *de calidad de cumplimiento obligatorio de las normas reguladoras de*

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

conductas sociales y lo que se desea destacar es la paulatina preeminencia de una determinada teoría sobre el fundamento de dicha cualidad jurídica. Como es sabido, el aditamento del calificativo *jurídico* al concepto de regla implica que dicho postulado es obligatorio y en consecuencia se está ante un precepto del derecho.

2. Análisis del ejercicio de la potestad normativa en el derecho de las organizaciones internacionales

Las organizaciones de integración

Las bases jurídicas para la creación y ulterior funcionamiento de una organización internacional han dado lugar a la distinción, por la diferencia de las entidades de cuya voluntad derivan los actos correspondientes, en los denominados *derecho originario* y *derecho derivado* entendiéndose el primero, como dependiente de la voluntad estatal, y el segundo, como proveniente del ejercicio de las facultades otorgadas a la nueva entidad internacional creada. Las pautas que reguladoras de la voluntad estatal en la materia (en particular, el derecho de los tratados) están establecidas por el derecho internacional y, es el tratado fundacional (en otras palabras, la voluntad de los Estados expresada en él) el que prescribe acerca de los órganos de las organizaciones internacionales que disponen de potestades normativas definiendo su naturaleza y extensión.

Cuando entre las potestades conferidas a la organización internacional, se incluye la *potestad normativa* en determinados ámbitos de regulación de las conductas recíprocas de los Estados conferentes, y aun de relaciones que se desarrollan *ad intra* de los Estados, con los atributos de *autonomía*, *supremacía* y *efecto directo e inmediato* se está ante una *organización supranacional*; cuando, por el contrario, el ejercicio de tales potestades requiere, en cada caso, la manifestación expresa de la voluntad de cada Estado y los preceptos sancionados quedan, para su vigencia, supeditados a procedimientos de recepción estatal y a la jerarquía normativa que le confieran las normas del derecho público nacional la organización reviste el carácter de *intergubernamental*.

Entre la diversidad de organizaciones internacionales se distinguen las de integración, surgidas a mediados del siglo XX las que, conforme sea la naturaleza, extensión y modalidades de ejercicio de las potestades normativas otorgadas, pueden revestir el carácter de *intergubernamentales* (con estructura orgánica y funcional clásica, cuyos órganos basan la legitimidad de sus actos en el principio de representatividad de los Estados) y *supranacionales* en las que la validez y ejecutoriedad de sus actos propios se fundamenta en la autonomía de su voluntad en ejercicio de las competencias conferidas correspondiéndoles, en determinados casos y en virtud de dichas competencias, su ejecución y aplicación.

De lo expuesto resulta que en las diversas etapas que componen un proceso de integración resultan aplicables tres sistemas jurídicos diferentes. En el período de iniciación los dispositivos del derecho internacional público (específicamente el derecho de los tratados), durante su desarrollo el derecho convencional emanado del acto constitutivo y en la etapa de aplicación de los actos jurídicos sancionados rigen prescripciones de los derechos nacionales (ejercicio del poder jurisdiccional).

3. Análisis de la normativa de los tratados latinoamericanos

Se hará una sucinta referencia de las disposiciones referentes al ejercicio de las potestades normativas -internas y externas- y fundamento de la juridicidad de los actos realizados contenidas en los tratados a) ALADI, b) Mercosur y c) Unasur.

ALADI

En relación con la ALADI es lícito señalar la inexistencia de un órgano habilitado para la realización de actos jurídicos de derecho internacional que obliguen a la entidad. Las disposiciones del Tratado expresan: en su Capítulo Octavo, art. 52 su carácter de “persona jurídica” cuando dice:

“Art. 52. La Asociación gozará de completa personería jurídica...”.

En relación con las competencias de los diferentes órganos prescribe en el art. 30 (Consejo de Ministros):

“Art. 30. ... la conducción política superior del proceso de integración económica. ...”

Cuando se refiere a las atribuciones de la Conferencia:

“Art. 33. La Conferencia tendrá las siguientes atribuciones: ... lit. f) Propiciar la negociación y concertación de acuerdos en los que participen todos los países Miembros y que se refieran a cualquier materia objeto del presente Tratado, ...”.

Pese a lo dispuesto en el art. 52, en el articulado relativo a la competencia de sus órganos, no consta disposición alguna referida a su capacidad para la ejecución de actos internacionales, a excepción de la atribución conferida a la Conferencia de Evaluación y Convergencia (Tratado ALADI, art. 33) a la que faculta para “... *propiciar*...” la celebración de acuerdos entre los Estados Partes ¹. Es evidente, a estar a los textos pertinentes, que la Asociación Latinoamericana de Integración carece de instrumentos para actuar en el ámbito internacional.

Mercosur

El Mercosur es consecuencia del Tratado de Asunción (TA) del 26 de marzo de 1991, celebrado entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, el Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Estados Partes del Tratado ALADI). Además del citado texto convencional constituyen su base jurídica los Protocolos de Brasilia (PB-1991), Ouro Preto (POP-1994) y Olivos (PO-2002). De acuerdo con las normas

¹ De hecho, según lo previsto sobre los mecanismos, la inclusión de los Acuerdos de Alcance Regional o Parcial, constituyen medios fundamentales para la acción integracionista de las Partes. El Tratado ALADI, exige como modalidades de los Acuerdos de Alcance Parcial (T. ALADI, arts. 7º (establece la obligación de su multilateralización progresiva), 9º literales a), b) y c) (Tratados abiertos mediante adhesión negociada y con cláusulas de convergencia con países ALADI y latinoamericanos) y 19) la previsión de su ampliación mediante adhesión de las restantes Partes de la ALADI.

del derecho internacional general sobre tratados internacionales es un tratado subordinado y, por consiguiente, condicionado por las disposiciones del tratado principal; en el caso el Tratado ALADI.

Potestad normativa interna. La consideración y adopción de decisiones, en cada uno de los órganos citados, se requiere la participación de los representantes de todos los Estados Partes que los componen ² y, la voluntad del órgano expresada en la ejecución del acto de que se trate, se forma mediante el “*consenso*” (POP, art. 37).

Es relevante, a los efectos del comentario, el análisis de las atribuciones otorgadas por el Tratado a los órganos fundamentales:

- Al CMC le corresponden (POP, art. 8°), velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, sus protocolos y acuerdos firmados en su marco (inc. 1); ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur y negociar y firmar acuerdos, en nombre del Mercosur, con terceros paí-

² El CMC tiene como función la conducción política del Mercosur y la adopción de decisiones destinadas al cumplimiento del objetivo convencional. Está integrado los ministros de RR.EE. y de Economía o equivalentes que representan los Estados Partes; se reúne cuando fuese necesario para el desarrollo del proceso y, por lo menos, una vez semestralmente con los presidentes de los Estados Partes (POP, arts. 3° a 9°). Se pronuncia mediante decisiones obligatorias para los Estados, las que deben ser adoptadas por consenso (POP, art. 37). El GMC es el órgano ejecutivo integrado por cuatro miembros titulares por cada Estado, que son designados y representan a los mismos debiendo estar, obligatoriamente, representados los ministerios de RR.EE., Economía y los bancos centrales. Funciona mediante reuniones a celebrarse en cuanta oportunidad fuese requerido y sus “resoluciones”, adoptadas por el mismo procedimiento que las “decisiones” del CMC, son obligatorias para los Estados. El tercer órgano principal es la CCM, órgano asistente del GMC, que se compone por cuatro miembros titulares por Estado. Sus actos son las “directivas” igualmente obligatorias y adoptadas de la misma forma que las de los dos citados órganos principales. Como órgano de apoyo operativo funciona la Secretaría Administrativa del Mercosur con sede en Montevideo (POP, arts. 31 a 33). El Foro Consultivo Económico-Social (POP, arts. 28 a 30) se integra con representantes de los sectores económicos y sociales de cada Estado. La Comisión de Representantes Permanentes (CRPM) fue creada por la Decisión N° 11/03 del CMC, en octubre 6 de 2003. Es órgano de carácter permanente, en la esfera del CMC, integrada por representantes permanentes de los Estados, de quienes dependen, y un presidente con dos años de duración; sus competencias son de asesoramiento y asistencia a la presidencia y CMC e iniciativa. Su Presidente tiene limitadas facultades de representación del Mercosur, por mandato del CMC, en las relaciones internacionales.

ses, grupos de países y organismos internacionales; esta última función puede ser delegada al GMC (POP, art. 8 inc. 3 y 4 y 14 - VII)³.

- Al GMC (POP, art. 14º) velar por el cumplimiento del Tratado, protocolos y acuerdos complementarios, representación internacional mediante delegación expresa del Consejo del Mercado Común y, de control, asesoramiento, iniciativa y administración.

- La CCM dispone de facultades comerciales y fiscales de administración, control y proposición según lo establecido en POP, arts. 16º y 19º.

Como se advierte, los órganos de la entidad ejercen la representación política de los Estados; en los casos del CMC y GMC de conformidad a la normativa iusinternacional (ministros y representantes estatales) y en el caso de CCM no se encuentra especificado el carácter de sus integrantes en el Tratado, sólo se indica su pertenencia a los Estados Partes. Sus actos, por el carácter que invisten y los mecanismos de adopción de decisiones, resoluciones y directivas constituyen una serie de tratados de desarrollo de los acuerdos (tratados de formas simplificadas o ejecutivos) debiéndose estar, para determinar su validez jurídica, a los dispositivos de los derechos internos.

Potestad normativa externa. La normativa que rige el Mercosur reconoce a la entidad personalidad jurídica propia.

POP, “Art. 34. El Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional”.

Los órganos dotados de facultades decisorias obligatorias para los Estados son (POP, arts. 9º, 15 y 20, el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC) y la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM).

Es relevante, a los efectos del comentario, el análisis de las atribuciones otorgadas por el Tratado a los órganos fundamentales.

- Al CMC le corresponde (POP, art. 8º):

³ Existe una previsión convencional relativa a la posibilidad de una delegación de segundo grado, de la competencia para negociar y firmar tratados, por parte del GMC (POP, art. 14-VII, tercer punto) a la CCM destacando que al referirse el texto del Protocolo a las atribuciones de la CCM nada dispone respecto del ejercicio de tal eventual facultad delegada.

- Ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur y negociar y firmar acuerdos, en nombre del Mercosur, con terceros países, grupos de países y organismos internacionales; esta última función puede ser delegada al GMC (POP, art. 8° inc. 3 y 4 y 14 - VII).

La referida competencia es coherente con el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional no condicionando, no obstante, la previsión normativa con la práctica seguida por la entidad.

- Al GMC, de conformidad en el POP, art. 14, le corresponden las de representación internacional (negociación y firma de tratados internacionales) mediante delegación expresa del Consejo del Mercado Común.

- La CCM dispondría de similares facultades mediante una delegación de 2° grado realizada por GMC (POP, art. 14 -VII, punto 3), a la que no se hace referencia al tratar las competencia del órgano, en particular.

En el caso corresponde destacar dos aspectos:

Considerando las disposiciones convencionales y la práctica seguida por la Organización y los Estados Partes es evidente la insuficiencia del Tratado en la materia o la falta de disposición estatal para la puesta en marcha del ejercicio de la representación declarativamente conferida.

La práctica del Mercosur en materia de relaciones internacionales.

Casos de asociaciones. Los procesos correspondientes a la incorporación de las Repúblicas de Chile, Bolivia y Bolivariana de Venezuela se inician mediante tratados de adhesión que siempre han sido suscritos por los representantes de cada uno de los Estados miembros del Mercosur, en forma conjunta pero individual, invocándose la calidad de partes en el Mercosur u omitiendo tal declaración, como acontece en el Protocolo de adhesión de Venezuela del 4 de julio del año 2006 pero, siempre, ejerciendo la representación nacional.

Consecuencia de lo dicho es que tales tratados revisten la calidad de semi-colectivos a estar a la clasificación doctrinaria de los convenios en que, una parte está constituida por una pluralidad de Estados y la otra, por uno solo.

- CHILE. La incorporación de Chile de conformidad con el Acuerdo de alcance parcial de Complementación económica (ACE N° 35), firmado en Potrero de los Funes, Provincia argentina de San Luis, el 25 de junio de 1996, entrando en vigencia el 1° de octubre del mismo año conociéndose, su situación relativa en la entidad, como de miembro asociado (4 + 1).

- BOLIVIA. Mediante el Acuerdo de alcance parcial con Bolivia (ACE N° 36) que fue celebrado en Fortaleza el 17 de diciembre de 1996, en vigor desde el 28 de febrero de 1997. Al igual que el Tratado de Adhesión de Chile fue suscrito por los representantes de los Estados Partes en el Mercosur.

- VENEZUELA. El 8 de diciembre de 2005, se suscribió en Montevideo, por los representantes de los cuatro Estados miembros del Mercosur, el Acuerdo para la adhesión de Venezuela iniciándose el proceso formal de su incorporación como miembro pleno. Venezuela revestía la calidad de Asociado al bloque en virtud del ACE N° 59. El Protocolo de Adhesión, celebrado el 4 de julio de 2006 en Caracas, fue firmado por los Presidentes de todos los Estados involucrados, Néstor Kirchner por Argentina, Luis Inacio Da Silva por Brasil, Nicanor Duarte Frutos por Paraguay, Tabaré Vázquez por Uruguay y Hugo Chávez Frías por Venezuela.

Tratados con terceros Estados. La práctica jurídica internacional del Mercosur, respecto a tratados celebrados con otros sujetos internacionales (Estados u organizaciones) demuestra que, no obstante el reconocimiento, al Mercosur de una personalidad jurídica internacional propia, la entidad carece de un órgano de representación internacional; quienes firman el tratado no son los integrantes del CMC sino, por medio de sus representantes, los Estados.

La misma situación se reitera en los restantes convenios internacionales en los que participa el Mercosur.

Se considera que, con la creación de la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur (CRPM), no queda superada la señalada deficiencia de inexistencia de un órgano que represente la entidad institucional y prácticamente ya que no obstante sus eventuales funciones de representación no se encuentran explicitadas en dispositivo alguno de las resolución CMC.EXT/DEC N° 11/03 a excepción de proyectos y acuerdos de cooperación técnica (CMC/DEC N° 20/04) ⁴.

⁵ Las declaradas funciones de representación de la CRPM y su presidente se limitarían a las de negociación CMC/DEC. N° 11/03, art. 5° y CMC/DEC N° 03/04.

Con carácter ejemplificativo, el Tratado Marco celebrado con la República de la India (Asunción, junio 17 de 2003).

UNASUR

Inicia su proceso de creación en base al tratado suscrito el 23 de mayo de 2008 por doce Estados de la región: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela en Brasilia el 23 de mayo de 2008 requiriendo para su existencia jurídica el depósito de las ratificaciones de nueve de los Estados celebrantes, en la Secretaría General de la ONU. Sus objetivos son la integración y unión social, económica, política y cultural de los Estados contratantes. Dispone de una serie de órganos cuya composición y competencias determina el Tratado. Dichos órganos han realizado a la fecha una serie de reuniones, destacándose el Consejo de Jefes de Estado que en sus reuniones ha efectuado varias declaraciones políticas, creado órganos subsidiarios y programando acciones en diversas áreas de interés común.

De conformidad con el art. 1 del acto constitutivo, la Organización posee personería jurídica internacional pero a la fecha no posee el número de ratificaciones requeridas por el tratado constitutivo, ya que sólo lo han ratificado Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guayana, Perú y Venezuela. De ello y a estar a la normativa internacional el Tratado y las decisiones de sus órganos carecen de vigencia jurídica.

Hasta que sean satisfechas las previsiones del Tratado y reglas iusinternacionales aplicables nos encontramos ante un foro de diálogo político cuyas acciones carecen de fundamentación y trascendencia jurídica.

La situación plantea el resurgimiento del voluntarismo, de los dirigentes como fundamento que justifica las manifestaciones, cada vez más frecuentes del unilateralismo y, como consecuencia, el surgimiento de ententes sin bases jurídicas de conformidad a los principios y normas clásicas vigentes del derecho internacional, es decir que, sin abrir juicio sobre su legitimidad política, no revisten *legalidad* en cuanto adecuación a las leyes vigentes: el derecho internacional; todo ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad por actos ejecutados por órganos dotados de representación internacional, tal la denominada UNASUR. Lo expresado

no implica un juicio de valor respecto la eventual regularización legal y utilidad política de la entidad nombrada. Lo que resulta evidente es la multiplicación de entidades burocráticas regionales y superposición de funciones entre las mismas. Parece necesario dotar de procedimientos eficientes a mecanismos existentes, tanto en el ámbito político, como en el relacionado con las cuestiones sociales y económicas.

LA COLISIÓN EN EL TIEMPO DE LA NORMATIVA APLICABLE EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

*Arturo Santiago Pagliari **

Sumario: Introducción. Fragmentación. Aplicación y efectos. Aplicación del derecho internacional. Jerarquía normativa. La jerarquía y el principio de armonización. Interpretación. Conclusiones a modo de interrogantes. Orígenes y efectos de la fragmentación. Medios para atenuar o solucionar los efectos de la fragmentación. La fragmentación del derecho y las organizaciones regionales.

Introducción

Tanto la mundialización como el regionalismo son un reflejo de la voluntad de los Estados de encontrar en el nivel regional mejores respuestas a las limitaciones de su soberanía que implica el fortalecimiento del cuerpo universal. Se ha calificado el fenómeno de la mundialización también como “universalismo” o “globalización”; ¿Cuál es el significado de estos términos? ¿Son sinónimos? Los dos primeros conceptos (mundialización y universalismo) son más clásicos; significaban o significan aquellos sucesos o normas jurídicas que ocurren o se aplican, respectivamente, en toda comunidad internacional. En cambio la noción de “*globalización*” (especialmente común en la doctrina anglosajona) es relativamente reciente: parece ser, desde alguna óptica, un producto del vocabulario que se encuentra “de moda”, para llamar o sustituir los otros

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

dos términos. Parte de la doctrina considera que los conceptos de “mundialización” y “globalización” se consideran como sinónimos, pero representan situaciones diferentes. El primero, estaría referido con un sentido geográfico, mientras que la globalización se vincula con un aspecto material, en el sentido de que el proceso de interdependencia alcanzaría prácticamente a todos los ámbitos de la actividad humana, fundamentalmente al económico, que consiste en la creciente integración de las distintas economías nacionales en una única economía de mercado mundial. Su definición y apreciación puede variar según el interlocutor. Algunas veces se la relaciona como producto de los organismos internacionales como OMC, FMI o BM; ello no invalida que la globalización sea un proceso autónomo, espontáneo, ajeno a la dirección de tales organismos, que depende más bien del crecimiento económico, el avance tecnológico y la conectividad humana.

Sin embargo, cuando se utilizan estos términos (mundialización-globalización) se hace de tal manera “*que cada uno de ellos parece comprender tanto la dimensión geográfica como la material*”¹. En este estudio, nosotros nos referiremos a los término “universalismo-regionalismo” desde el punto de vista estrictamente jurídico, considerando las normas del derecho internacional general con las del derecho internacional particular (cualquiera sea su procedencia), normas estas últimas que, como veremos, han dado lugar al problema de la fragmentación o sectorialización del derecho internacional. A estos conceptos, parecidos o análogos entre sí, se hace necesario compatibilizarlos con los de interdependencia (económica, política, cultural, ecológica, etc.) y regionalismo. Algunos sostienen que la creciente interdependencia entre los actores internacionales ha llevado a lo que se conoce o denomina “mundialización”, concepto que si bien es cierto es vago o ambiguo, patentiza una realidad que no hay que soslayar, sino por el contrario analizar y, en su caso, regular. “Mundialización” o “universalismo” parecen ser contradictorios con el “regionalismo”.

El concepto de regionalismo se construye sobre la solidaridad política (OTAN), geográfica (OEA), por el ámbito espacial (OEA) o por la

¹ Sergio SALINAS ALCEGA - Carmen TIRADO ROBLES, *Adaptabilidad y fragmentación del derecho internacional: la crisis de la sectorialización*, Zaragoza, Real Instituto de Estudios Europeos, 1999.

materia (derecho del mar, del medio ambiente, etc.). Si el regionalismo existe, es porque responde a las necesidades que no son satisfechas por el orden jurídico universal; esto significa que los Estados estiman que los beneficios del regionalismo superan a sus inconvenientes. El desarrollo del regionalismo se ha visto favorecido por la acción de las organizaciones regionales de carácter restringido, “...favoreciendo la solución de problemas regionales ..., que si bien no son contrarias a los principios y normas generales,...presentan ciertas peculiaridades que derivan de los valores propios de cada región” ².

Este fenómeno de la “mundialización-internacionalización” influye sobre el derecho internacional general, ya que “la universalidad de las reglas comunes entraña igualmente la especialización de ramas del Derecho internacional y la autonomía relativa de sistemas jurídicos especiales concebidos en función de características propias de los ámbitos que regulan” ³.

La función del derecho internacional público -como de todo derecho- está vinculada al objeto y a la finalidad del derecho. Habitualmente se considera que los fines del derecho son la seguridad y la justicia: es decir, que el derecho en general y el derecho internacional público en particular, cumple la función de asegurar la pacífica convivencia en un orden justo. En consecuencia, dentro de la finalidad esencial de asegurar la paz, la función de carácter general del derecho internacional público es la de reglamentar las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional que sean susceptibles de una normatividad de carácter jurídico. Su función puede abarcar situaciones de paz o de guerra, pues incluso esta última queda, en amplios sectores, regida por el derecho internacional público. Por otra parte, sirve como un delimitador de las competencias estatales o, dicho de otro modo, ejerce la función de ordenar los ámbitos de validez de dichas competencias. La ampliación de las funciones del DIP clásico al contemporáneo, producto del cambio operado en la comunidad internacional, se traduce, fundamentalmente, en el campo de la co-

² SALINAS, op. cit.

³ P.M. DUPUY, “Sur le maintien ou la disparition de l’unité de l’ordre juridique international” en Ben ACHOUR et LAGHMANI. *Harmonie y contradictions en droit international*, París, Pedone, 1996, citado por SALINAS ALCEGA, ob. cit.

operación internacional y, su correlato, la institucionalización de la comunidad. La función de cooperación da nacimiento a nuevas ramas jurídicas como el derecho del desarrollo, el derecho económico internacional, el derecho del medio ambiente, el derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos, etc., que determinan el surgimiento de nuevos conceptos de contenido jurídico.

En el proceso-función de cooperación y desarrollo, juegan un papel significativo las organizaciones internacionales, consideradas el paso necesario en la institucionalización de la comunidad internacional. Sobre este es interesante destacar que las 2/3 partes de las organizaciones internacionales son regionales. Toda organización internacional regional significa, al igual que el sistema interamericano, un organismo regional complejo, con metas específicas, pero compatibles con aquellas de la Carta de las Naciones Unidas (U.N.), compatibilidad que en muchos casos se hace difícil discernir. Por otra parte, el hecho de que dichas organizaciones posean y produzcan un sistema jurídico propio y sean heterogéneas, traen aparejadas el riesgo de la incoherencia de sus normas entre sí y con respecto al derecho internacional general. Esta regionalización ha provocado la expansión del derecho internacional, no sólo en el sentido material, sino también con la aparición de nuevos sujetos internacionales y la modificación en el proceso de elaboración de las normas internacionales, una de cuyas consecuencias es la fragmentación o sectorialización del ordenamiento jurídico internacional, con el riesgo latente sobre la unidad y eficacia del derecho internacional general. En efecto, si bien los Estados son libres de elegir las fuentes formales del derecho, ello origina que la comunidad internacional quede debilitada estructuralmente por la dificultad que se le presenta para articular soluciones al choque producto del enfrentamiento entre la globalización/universalismo y el regionalismo.

Fragmentación. Aplicación y efectos

La fragmentación es un proceso a lo largo del cual ciertos sectores del derecho internacional general van adquiriendo un “perfil propio” diferenciándose, en mayor o menor medida según los casos, del derecho internacional común ⁴.

⁴ SALINAS, op. cit.

Aplicación del derecho internacional

La aplicación del derecho internacional se encuentra vinculada al problema de la eficacia del orden jurídico internacional. Las normas y obligaciones internacionales adoptadas y aceptadas por los Estados deben ser cumplidas por ellos de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, generalmente así lo hacen en forma espontánea. Para la aplicación de una norma internacional es preciso la determinación previa, tanto de su existencia, como de su contenido y alcance. Si bien este proceso aparece como sencillo en los tratados, se torna más dificultoso en los casos de principios, normas imperativas y normas consuetudinarias. En efecto, aun cuando la norma sea identificada y se constate que se encuentra vigente, resta determinar si es oponible al sujeto de que se trate. Esta situación se encuentra estrechamente vinculada con el carácter relativo de las normas internacionales (las consuetudinarias, por la figura del objeto persistente; las convencionales, por la regla *res inter alios acta*). La aplicación está íntimamente vinculada con el proceso de interpretación de la norma. La aplicación de las normas internacionales corresponde a los propios sujetos, y en tal sentido los Estados, sujetos principales, la aplican y cumplen no sólo por el compromiso jurídico internacional que suponen tales normas, sino también porque en muchos casos la incorporan a su derecho interno y, consecuentemente, son aplicadas por sus propios órganos. En efecto, los tribunales nacionales en muchos casos aplican el derecho internacional en virtud de la incorporación al derecho interno de los tratados debidamente ratificados, pero también pueden hacerlo con normas internacionales consuetudinarias⁵.

El conflicto entre normas, también se plantea con relación a las organizaciones internacionales regionales respecto de las organizaciones universales. Colocar la cuestión en el campo teórico no es lo mismo que analizarlo teniendo en cuenta la realidad que siempre es más compleja en el campo de las relaciones internacionales. A veces el problema de con-

⁵ La aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales también muestra la naturaleza evolutiva del orden internacional... Este es un fenómeno creciente en la función judicial, pero también se ha prestado a abusos en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales o en la propia interpretación del derecho internacional aplicable.

flicto entre normas obligatorias de derecho universal y de derecho regional se reduce a uno referido la “elección” entre normas. Los Estados pueden preferir, en cuanto a su aplicación, entre varias normas optando por la que les permita el mayor margen de aplicación, *pero siempre respetando la relación jerárquica entre normas universales “obligatorias” y “dispositivas”*.

Jerarquía normativa

Si bien los Estados por motivos de eficacia, conveniencia u oportunidad política, son libres en cuanto a la elección de una determinada fuente formal de derecho internacional, es preciso tener en cuenta que existe una aceptación cada vez mas generalizada, de la primacía de la norma internacional sobre la norma interna de los Estados y, también, la posibilidad de la aplicación directa de las normas internacionales en el orden interno. Pero sin duda, existe un amplio margen de apreciación que los Estados tienen en la aplicación de las normas internacionales, que los llevan a privilegiar en el caso concreto una determinada fuente del derecho. Sin embargo, como veremos, esta libertad de elección de la fuente debe compatibilizarse con el riesgo indudable que tal elección y aplicación puede conducir a un conflicto de normas. En efecto, en virtud del principio del efecto relativo de los tratados y de las ambigüedades en cuanto a la oponibilidad de las costumbres internacionales, un conflicto de normas puede revelarse a través de fuentes de naturaleza similar. Concentraremos nuestro análisis entre universalismo y regionalismo al conflicto potencial entre fuentes de derecho internacional general y fuentes de derecho internacional particular.

Si bien no existe una relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (tratados, costumbre y principios generales del derecho), algunas normas de derecho internacional son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional. En algunas materias se refleja este concepto de la jerarquía de las normas en el derecho internacional universal; por ejemplo, en el tema atinente al mantenimiento de la paz, en donde encontramos una solución normativa derivada de disposi-

ciones expresas de la Carta de San Francisco. No sólo la cuestión radica en la importancia jerárquica de la norma, sino también en cuanto al órgano encargado de aplicarla ⁶. También en otros sectores observamos la existencia de una jerarquía de normas derivada de su naturaleza, que muchas veces conlleva a que materias análogas se encuentren regidas por normas universales y regionales. Esta ampliación progresiva de las zonas de superposición entre universalismo y regionalismo ⁷, hace necesario, quizás, el reforzamiento de las normas universales.

Una norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*, art. 53 de la Convención de Viena), es decir, toda norma “*aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario*”. Otras normas también pueden tener el carácter de *jus cogens* en la medida en que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario.

Una norma de derecho internacional también puede ser superior a otras normas en virtud de una disposición de un tratado. Así ocurre con el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual “*En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta*”. El

⁶ En el caso concreto de la ONU, el Consejo de Seguridad, aun con la limitación derivada del derecho de veto que tienen los miembros permanentes.

⁷ En materias, como derechos humanos el derecho universal está debilitado por la diversidad de concepciones políticas, religiosas y sociales de las civilizaciones contemporáneas; medio ambiente, el universalismo está atenuado por la ausencia de una estrategia coherente y por la naturaleza de la generalidad de sus normas (*soft law*); comercio internacional, es quizás donde más se patentiza el enfrentamiento las normas generales con las integraciones económicas regionales. En materia económica, la interdependencia se manifiesta más nítidamente: la “globalización” de la economía mundial ha conducido a multiplicar los mecanismos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales interestatales. Esto produce que exista una superposición de normas tanto universales como regionales, que ocasiona un enfrentamiento entre instancias jurisdiccionales internacionales y regionales, generando un conflicto de jurisprudencias disímiles frente casos análogos.

ámbito de aplicación del art. 103 comprende no sólo los artículos de la Carta, sino también las decisiones de obligado cumplimiento adoptadas por órganos de las Naciones Unidas como el Consejo de Seguridad. Teniendo en cuenta el carácter de algunas disposiciones de la Carta, el carácter constitucional de la Carta y la práctica establecida de los Estados y de los órganos de las Naciones Unidas, las obligaciones de la Carta pueden prevalecer también sobre las normas del derecho internacional consuetudinario que sean incompatibles con ellas. También se reconoce que la propia Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter especial a causa de la naturaleza fundamental de algunas de sus normas, en particular sus propósitos y principios y su aceptación universal.

Algunas normas gozan de un rango especial a causa de su ámbito de aplicación universal. Así ocurre con las obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto. Esas normas son aplicables a todos los Estados, y se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos de que se trata “... *debe trazarse una distinción esencial entre las obligaciones del Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, y las surgidas respecto de otro Estado en la esfera de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos involucrados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes*”⁸. Una obligación *erga omnes* es “[u]na obligación, establecida por el derecho internacional general, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas”⁹. Todo Estado puede invocar la responsabilidad del Estado que vulnere

⁸ CIJ. Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase), I.C.J. Reports 1970.

⁹ Institut de droit international, “Obligations and Rights Erga Omnes in International Law”, reunión de Cracovia, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1°.

esas normas ¹⁰. El concepto de obligaciones *erga omnes* se ha utilizado también para referirse a las obligaciones que un tratado impone a un Estado para con todos los demás Estados Partes (obligaciones *erga omnes partes*) o para con Estados no partes en cuanto terceros beneficiarios. Además, las cuestiones relativas al régimen jurídico de territorios se han tratado a menudo en términos *erga omnes*, refiriéndose a su oponibilidad a todos los Estados. Así, se ha dicho que los tratados sobre fronteras y territorios representan una realidad jurídica que necesariamente afecta a terceros Estados, porque tienen efecto *erga omnes*.

Se reconoce que mientras que todas las obligaciones establecidas por normas de *jus cogens*, tienen también el carácter de obligaciones *erga omnes*, lo contrario no siempre es cierto. Según la Corte Internacional de Justicia, “[e]sas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, en particular la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección han entrado en el cuerpo del derecho internacional general [...] otros los confieren instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal” ¹¹. No todas las obligaciones *erga omnes* son estable-

¹⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, apartado b) del párrafo 1 del art. 48. Aquí se incluiría el art. 1° común al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, al Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y al Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todos ellos de 12 de agosto de 1949.

¹¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Reports 1970*. Véase también el caso a *Timor (Portugal v. Australia)*, *I.C.J. Reports 1995*. En igual sentido también el caso *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004* (donde se incluyen como obligaciones *erga omnes* “determinadas obligaciones del derecho internacional humanitario”, así como el derecho a la libre determinación). En cuanto a la prohibición del genocidio como obligación *erga omnes*, véase *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v.*

cidas por normas imperativas de derecho internacional general. Este es el caso, por ejemplo, de determinadas obligaciones basadas en los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, así como de algunas obligaciones relativas a espacios públicos internacionales. Ejemplos de esas obligaciones son las establecidas por el art. 1º del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.

La Carta de las Naciones Unidas ha sido aceptada universalmente por los Estados, por lo que resulta difícil imaginar un conflicto entre normas de *jus cogens* y obligaciones impuestas por la Carta. En cualquier caso, según el párrafo 2 del art. 24 de la Carta, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas, que comprenden normas que han sido posteriormente tratadas como *jus cogens*. En caso de conflicto entre normas de *jus cogens* y el art. 103 de la Carta, se producirían los siguientes efectos: a) La norma que entre en conflicto con una norma de *jus cogens* quedará por esa razón anulada *ipso facto*; b) La norma que entre en conflicto con el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas será inaplicable como resultado de ese conflicto y en toda la amplitud de ese conflicto.

La jerarquía y el principio de armonización

Los conflictos entre normas de derecho internacional deberán resolverse aplicando el principio de armonización. En caso de conflicto entre una de las normas jerárquicamente superiores y otra norma de derecho internacional, esta última deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera, es decir, que las normas deben interpretarse de modo que den lugar a una serie de obligaciones similares.

Yugoslavia), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, y el caso “*concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*”, *I.C.J. Reports 2006*. En el asunto *Furundzija* se definió la prohibición de la tortura como norma perentoria y como obligación *erga omnes*, sentencia del 10 de diciembre de 1998.

De no ser ello posible, prevalecerá la norma superior. Sobre la naturaleza y alcance de la compatibilidad (“complementariedad”), se puede decir que esta condición no afecta la jerarquía normativa, y que sólo si existiera una contradicción evidente entre dos normas de igual rango y naturaleza con una imperativa, sería de obligatoria aplicación la norma *ius cogens*. No existiendo relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho) la armonización e interpretación entre distintas normas debería realizarse conforme a la siguiente pauta hermeneútica: las diferentes normas internacionales no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que debe buscarse la manera de armonizarlas a todas (o ambas) a fin de que conserven igual valor y efecto. Es decir que la “compatibilización” de las normas induce a una tesis armonizadora entre ellas, por lo que el intérprete deberá, en lo posible, amalgamar ambas normas, emitiendo repuestas jurídicas inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición.

Para ello, deben tener siempre presente el objetivo perseguido por la norma. El regionalismo constituye una respuesta, plasmada en medidas colectivas, a la vigencia de un régimen convencional “universal”. En todo caso, las relaciones entre normas regionales y normas universales deben considerarse como de interdependencia y de complementación, y no de oposición ¹².

Desde el punto de vista jurídico, la aplicación del derecho internacional se encuentra regida por los siguientes principios fundamentales: igualdad jurídica ¹³, responsabilidad internacional, no intervención, prohibición del uso de la fuerza, arreglo pacífico de las controversias, buena fe. Por ello, el ordenamiento jurídico internacional ha previsto mecanismos sobre

¹² Tal parece ser lo que se desprende de la sentencia de la CIJ del 27 de junio de 1986, en el caso “Nicaragua c/ EE.UU.”, en relación a la legítima defensa colectiva y las relaciones entre la carta de la OEA, la carta de las UN y el derecho consuetudinario: “*la Corte no tiene competencia para considerar este instrumento (la Carta de la OEA) como aplicable en el diferendo, pero puede examinarla con el objeto de determinar si esclarece el contenido del derecho internacional consuetudinario*”.

¹³ El principio de igualdad jurídica de los Estados es inherente al concepto de soberanía: los Estados son iguales porque son soberanos. El art. 21 de la Carta de la ONU consagra la igualdad soberana de sus Estados Miembros. En igual sentido, la Resolución 2625: “*todos los Estados gozan de igualdad soberana; tienen iguales derechos y deberes*”. Una derivación de este principio de igualdad jurídica, es el de prohibición de intervención

el particular que se traducen en: a) el régimen de responsabilidad internacional, b) la aplicación coactiva, y c) el arreglo pacífico de las controversias.

En la elaboración de las normas jurídicas se deberá tener en cuenta ***el grado eficacia según sea la elección que se efectúe para adoptar la fuente más apropiada***. Este carácter se complementa con el principio de “especialidad”; ambos se encuentran vinculados al principio del efecto útil, ya que tomar en cuenta exclusivamente el principio de eficacia puede llevar a conclusiones contradictorias (por ej., en materia de mantenimiento de la paz y de seguridad (*supra* mencionado), donde se enfrenta la facultad de la organización internacional universal de utilizar los medios adecuados en relación con el principio de indivisibilidad de la seguridad colectiva, por una parte, con las ventajas de la solidaridad y de la rapidez en la ejecución que posee una decisión de una organización regional sobre la materia.

En la aplicación de la norma especial, el derecho general no queda excluido sino que simplemente mantiene su efecto y aplicación en un segundo plano.

En las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos -general y particular- juega un papel importante el principio de la *lex specialis*¹⁴ que se relaciona estrechamente con la idea del derecho internacional como sistema jurídico. Este principio tiene como objeto armonizar las normas

en los asuntos que sean esencialmente internos de los Estados Partes, establecido en el art. 2 ap. 7 de la Carta de San Francisco y que ha sufrido en los últimos tiempos hondas transformaciones, pues muchos asuntos considerados esencialmente de jurisdicción doméstica de los Estados han evolucionado hacia temas de interés de la comunidad internacional en su conjunto, incluso transformándose en normas *ius cogens* (ej. el respeto de los derechos humanos fundamentales).

¹⁴ Constituyen una subcategoría de ley especial, los llamados regímenes autónomos. Esta expresión se utiliza en tres sentidos diferentes: a) En sentido amplio (disposiciones convencionales que versan sobre una misma cuestión); b) En sentido restringido, hace referencia a un conjunto especial de normas secundarias (por ejemplo las normas sobre derecho diplomático), cuya primacía se invoca sobre las normas generales sobre la responsabilidad del Estado relativas a las consecuencias de un hecho ilícito; c) En sentido académico, como forma de describir esferas completas de especialización funcional en el sentido de aplicación de normas y técnicas especiales de interpretación y administración (ej. derechos humanos, derecho humanitario, OMC, etc.).

en conflicto mediante el establecimiento entre ellas de relaciones de primacía definidas ¹⁵.

Existen dos maneras de examinar la relación entre una norma particular con una general: a) La norma especial como aplicación, profundización o actualización de una norma general; b) La norma especial como modificación, reformulación o exclusión de la norma general (es decir, como excepción).

Pero conviene recordar que una norma nunca es especial o general en abstracto, sino en su relación con otra norma: a) conflicto entre dos disposiciones, una especial y una general, dentro de un mismo instrumento; b) conflicto de normas existentes en dos instrumentos diferentes; c) conflicto entre un tratado y una norma no convencional; d) conflicto entre dos normas no convencionales. En estos casos, si bien no existe una jerarquía formal entre las fuentes del derecho, sí existe una informal ¹⁶, que se sirve en forma pragmática de un razonamiento jurídico: antepone la norma especial a la más general.

Lo importante pues, es determinar las soluciones y técnicas que ofrece el derecho internacional tradicional para encontrar las relaciones entre normas y principios jurídicos generales o especiales entre sí, con el objeto de determinar cómo deben aplicarse a un conflicto determinado.

En la aplicación de la norma especial, ya sea con otra norma especial o de naturaleza general, se hace necesario determinar la relación existente entre ellas, cuando ambas, son válidas y aplicables a una misma situación. En tal caso puede resultar: a) Que la norma sirva como elemento de interpretación de la otra; b) Que su aplicación produzca como efecto decisiones incompatibles, en cuyo caso se hace necesario escoger entre ellas.

¹⁵ El principio constituye una excepción al derecho general. Es un principio tradicional y ampliamente aceptado como regla de interpretación jurídica y técnica de solución de conflictos de normas.

¹⁶ Si bien existen motivos fundados para distinguir entre la jerarquía de las normas jurídicas y la jerarquía de las fuentes del derecho, con respecto a estas últimas no existe una jerarquía formal ni informal. Si habitualmente se da primacía a un tratado sobre una costumbre general no es debido a una jerarquía de derecho, sino simplemente de dar efecto a la voluntad de las partes; no puede excluirse que con el mismo motivo una costumbre especial puede tener primacía sobre un tratado general.

En dichos casos se hace necesaria una interpretación, situación que está reglada por la CV69 sobre el Derecho de los Tratados, a la cual acuden todos los tribunales internacionales en sus resoluciones, como, en numerosos casos, a los principios generales del derecho. Entre estos últimos tiene una especial importancia el “*lex specialis derogat legi generali*”. La preferencia en la aplicación de la ley especial sobre la general tiene su fundamento en que la primera es más específica o concreta que la segunda, y puede ser aplicada en cualquier clase de conflicto de normas de distintas o igual naturaleza: La fuente de la norma no es decisiva para la determinación o aplicación de la norma especial.

Es innegable la efectividad creciente de las normas regionales a pesar de que su fundamento jurídico depende del derecho internacional general. Esta “productividad normativa” superior del nivel regional puede explicarse por la solidaridad entre pueblos que tienen civilizaciones o tradiciones jurídicas comunes (derechos humanos y democracia, por ejemplo), o por la interdependencia ligada a la proximidad geográfica (medio ambiente particularmente); los dos factores se combinan para reglar ciertos problemas comunes. El aporte normativo de una norma regional se debe a veces simplemente a su especificidad (en América Latina: la navegación de las cuencas fluviales, derechos de la persona humana, democracia). Otro problema real existente en la comunidad internacional actual, es el de la multiplicación de actores internacionales (organizaciones internacionales, ONG, personas privadas), entre los que se destaca la posición de la persona humana en el derecho internacional con un acentuado acento en sus derechos y libertades individuales, lo que ha llevado a que se encuentre facultada, cada vez con mas frecuencia, a trasladar su conflicto de los tribunales nacionales a instancias internacionales, ya sean regionales o especiales.

En cuanto a los efectos o funciones de la ley especial, ésta puede ser aplicada para interpretar o modificar la ley general; es más discutible si una norma especial puede dejar sin efecto una general (está claro que no puede derogar una norma imperativa o violar el art. 103 de la Carta de San Francisco). En efecto, en principio la ley general sigue siempre plenamente válida y será de aplicación en los casos no previstos en la especial. Más aún, la especial tiene siempre su fundamento en una general. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (validos y obligatorios) exteriores a ellos y que son de aplicación supletoria. El derecho internacional general siempre se

encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares. Este nexo entre la norma general y especial, teniendo en cuenta lo dispuesto por la norma general, debe permanecer siempre latente para mantener la coherencia estructural y unidad del derecho internacional.

Constituyen un caso de particular estudio, los llamados regímenes especiales o autónomos, como supuestos de ley especial. Una determina cuestión puede constituir un régimen especial y ser aplicable como ley especial. Estos regímenes especiales, generalmente compuestos por una serie o sistema de normas, pueden reglamentar cuestiones específicas: la utilización de un río o bien, una materia determinada: derecho del mar, del medio ambiente, derecho mercantil, derechos humanos, o en forma más compleja una región determinada. Pueden tener como base uno o varios tratados, como así también prácticas consuetudinarias (tanto generales como particulares). Como la ley especial, estos regímenes autónomos pueden prevalecer sobre la ley general. Cumplen las siguientes funciones: a) Llenar lagunas; es decir, regular relaciones o casos no contemplados por el derecho general; b) Regular relaciones específicas que hacen a los intereses propios de la materia o Estados involucrados.

Interpretación

La interpretación como medio de aplicación de la ley especial, hace de imprescindible aplicación principios de derecho internacional general que se encuentran contemplados en la CV69 sobre el Derecho de los Tratados, a la cual acuden todos los tribunales internacionales en sus resoluciones. La interpretación de los tratados es fundamental para determinar el sentido, alcance y aplicación de las normas convencionales, ya que la función esencial de todo tratado es la de crear derecho, ya sea a través de una norma general o particular. Por ello, las normas y reglas de la CV69 sobre interpretación de los tratados son importantes, no sólo para la aplicación de los tratados, sino también para su redacción. Los métodos más generalizados a los fines de interpretación de una norma jurídica y particularmente de los tratados internacionales, son: el método objetivo, textual o gramatical (se basa en el texto del tratado); el método teleológico (consideración del objeto o fin del tratado) y el método subjetivo (verificar la verdadera intención de las partes).

Art. 31. Regla general de interpretación

1. *El tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

2. *Para los efectos de interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado

Del párrafo 1 se destacan las siguientes pautas de interpretación:

a) *El principio de la buena fe.* La buena fe, que desde el punto de vista ético se traduce en una actitud de honradez, lealtad, rectitud, en el cumplimiento de obligaciones recíprocas, denota la confianza que una de las partes del tratado espera de la actitud leal de la otra u otras partes. La buena fe en derecho internacional es un principio general del derecho y un principio general de derecho internacional, que es aceptado como tal por la comunidad internacional en su conjunto, y que ha sido receptado en numerosos textos convencionales ¹⁷. El principio de la buena fe impregna toda la Convención. Por ello, tanto en materia de cumplimiento (*pacta sunt servanda*: los tratados deben cumplirse de buena fe), como en la interpretación de los mismos, es indispensable para una correcta aplicación, observar la disposición de que los tratados deben interpretarse de buena fe.

b) *El sentido corriente de los términos.* Esta expresión como regla de interpretación hace referencia a que los términos de un tratado deben interpretarse con el significado usual, normal, natural y espontáneo que poseen en el lenguaje corriente relacionados en el contexto en que se encuentran utilizados y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. Esta es la regla general que debe utilizarse a menos que la interpretación de esa forma efectuada, conduzca a resultados irrazonables o absurdos. En

¹⁷ Carta de la ONU; Resolución 2625; Carta de la OEA, etc.

tal sentido la jurisprudencia internacional ha establecido que para aceptar una interpretación que no sea la reflejada por el sentido normal y corriente de los términos, es necesario que exista una razón o prueba decisiva en tal sentido. Por ello, la parte que alega una excepción a la utilización del sentido natural de los términos, debe soportar la carga de la prueba, debe demostrar en forma convincente que los términos usados han sido utilizados en un sentido especial, diferente a los corrientes; tal es lo dispuesto en el párrafo 4 del art. 31: “*se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes*”.

c) Los términos del tratado en el contexto de éstos. Significa que los términos de las disposiciones de un tratado no deben ser interpretados en forma separada sino considerando al tratado como un todo, ya que determinadas palabras si se disocian del contexto, pueden tener más de un sentido o conducir a resultados irrazonables o absurdos. El art. 31 aclara lo que debe entenderse por contexto de un tratado: *a) El texto del tratado propiamente dicho; b) El Preámbulo; c) Los Anexos; d) Todo acuerdo celebrado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; e) Todo instrumento formulado por una o mas partes y aceptado por las demás con motivo de la celebración del tratado, como instrumento referente al tratado.*

d) Teniendo presente el objeto y fin. Objeto y fin, gramaticalmente significan finalidad, propósito, objetivo o intención. El objeto y fin del tratado generalmente se encuentran consignados en su preámbulo, sin perjuicio de ubicarlos en cláusulas particulares del mismo o en otros acuerdos que puedan considerarse dentro de su contexto. En este sentido la consideración del objeto y fin del tratado respondería al método de interpretación textual o gramatical. Sin embargo, no hay que olvidar que objeto y fin, gramaticalmente significan finalidad, propósito, objetivo o intención. En este sentido, es indudable que sería de aplicación el método teleológico ya que estaría íntimamente vinculado al propósito o fin que guió a las partes a celebrar el tratado. En este sentido la jurisprudencia, con mayor frecuencia al decidir sobre el sentido de cláusulas insertas en tratados constitutivos de organizaciones internacionales, ha establecido que sólo cuando se conoce lo que las partes intentaron hacer y el propósito que tuvieron al contratar, es posible interpretar el sentido corriente de los términos del tratado. Debemos recordar que el objeto y fin del tratado son los elementos esenciales que las partes han tenido en cuenta para celebrarlo.

Agrega el art. 31: 3. *Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta:*

a) *Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación o de la aplicación de sus disposiciones;*

b) *Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*

c) *Toda norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

e) **Interpretación “auténtica”**. Los apartados a) y b) del párrafo 3 del art. 31 consignan lo que se denomina una interpretación “auténtica” del tratado, es decir aquella que realizan las propias partes del tratado, ya sea por un acuerdo o comportamiento posterior a su entrada en vigor a los fines de su interpretación o aplicación. La práctica ulterior cuando es uniforme, coherente y seguida por la mayoría de las partes, constituye un elemento decisivo para determinar el sentido y alcance de los términos del tratado. Constituye una prueba del consenso de las partes sobre la interpretación del tratado y cumple el mismo fin que un acuerdo sobre tal interpretación. El consentimiento colectivo para que equivalga a una verdadera interpretación auténtica del tratado, puede manifestarse no solamente mediante un obrar positivo, sino también manifestarse tácitamente, ya que sea mediante la aquiescencia o bien por la ausencia de protesta ante la conducta seguida por la mayoría de las partes.

f) **Interpretación “sistémica”**. El apartado c) del párrafo 3 del art. 31, al establecer que a los fines de la interpretación debe tenerse en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes”, fija una regla de interpretación esencial a la hora de promover la armonización y otorgar garantías para la unidad del orden jurídico internacional. Es lo que parte de la doctrina denomina “interpretación sistémica”, es decir, que aplicación se efectúa cuando las disposiciones del tratado de que se trata no son suficientes o son imprecisas o confusas; entonces se recurre a otras normas convencionales, consuetudinarias o a principios generales del derecho: tal es el objetivo de la interpretación sistémica. La interpretación textual de esta disposición permite extraer las siguientes conclusiones: 1) No circunscribe las normas de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes a las convencionales. En efecto, cuando la disposición se refiere a *toda norma pertinente de derecho internacional*, no descarta la aplicación de otras

fuentes del derecho internacional, como el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho; 2) En consecuencia, la interpretación de un tratado debe tomar en cuenta todas las normas pertinentes de derecho internacional (no sólo las convencionales sino también las generales) vigentes entre las partes en el momento en que haya que interpretarse el tratado. Las convencionales son especialmente importantes cuando las partes en el tratado que es objeto de interpretación, son también partes en otro tratado; 3) No está limitado en lo temporal. La aplicación de la disposición es intemporal en su relación con la determinación del momento en que puede proceder a aplicar otras normas de derecho internacional; d) También puede interpretarse esta disposición en el sentido que las partes no han querido celebrar un convenio contrario al derecho internacional; es decir, que el criterio de esta regla es que debe interpretarse el texto de un tratado en el sentido de que busca producir efectos de conformidad con el derecho existente y no violándolo.

g) Interpretación “complementaria”. Se encuentra reflejada en el art. 32.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad al artículo 31:

a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Los medios de interpretación establecidos en este artículo, como lo dice expresamente su título, son además de complementarios, condicionados a que se compruebe la imposibilidad de conciliar los términos del tratado dentro de su contexto, ya sea por oscuridad de sus expresiones ya porque la aplicación textual de las mismas conduzcan a resultados irrazonables o absurdos. También cabe precisar que los medios complementarios citados -trabajos preparatorios¹⁸ y circunstancias de su cele-

¹⁸ El término “trabajos preparatorios” constituye una expresión global que se hace referencia a todos los documentos que sirvieron de base para la redacción del tratado,

bración ¹⁹-, no son taxativos, ya que la propia redacción de la disposición “...medios de interpretación complementarios en particular...”, refleja que existen otros medios aparte de los expresamente señalados, fijando que quizás los más apropiados son los consignados. Las condiciones determinadas para utilizar estos medios complementarios, significa que no pueden utilizarse para interpretar el texto de un tratado que es suficientemente claro. Unicamente se podrá acudir a estos medios si después de interpretar los términos de un tratado de conformidad a las pautas del art. 31, todavía persistieran dudas ciertas sobre su sentido y alcance. Los medios complementarios constituyen una excepción a las reglas de interpretación de los tratados y por ende, deben ser de utilización restrictiva.

h) Interpretación en la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Se encuentra legislado por el art. 30, disposición que resulta de necesario análisis teniendo en cuenta que involucra materias importantes como responsabilidad, interpretación e incluso modificación o enmiendas a los tratados que se encuentra contemplados en otros artículos de la Convención, y constituye un tema corriente como consecuencia de la expansión de cooperación internacional para atender a las nuevas necesidades surgidas en el seno de la comunidad internacional.

Artículo 30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y obligaciones de los Estados Partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

tales como acta de las sesiones o reuniones, memorandos, proyectos del tratado, declaraciones oficiales de los Estados, etc.

¹⁹ Las circunstancias históricas de la celebración de un tratado alude a las circunstancias, condiciones y marco histórico en que los Estados celebraron el tratado. Algunos denominan este medio como “interpretación histórica”, ya que hace referencia al momento histórico en que el tratado se celebró resaltando el significado que los términos tenían en esa oportunidad, aunque la doctrina sostiene que la expresión es amplia y abarca no sólo los antecedentes históricos sino también las circunstancias contemporáneas.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;

b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

h.1. Principio de jerarquía. El párrafo 1 del referido artículo, consagra el principio de jerarquía al establecer la primacía de lo dispuesto por el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas con relación a cualquier otro tratado: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”, ratificando en este sentido que el derecho internacional otorga a las normas y obligaciones emanadas de la Carta de las Naciones Unidas primacía sobre otras normas ²⁰.

²⁰ La primacía de las normas de la Carta obliga a reflexionar sobre el tema de jerarquía de normas, y, especialmente, la jerarquía existente entre las normas de la Carta y las normas *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

h.2. Principio de ley posterior. El párrafo 2 afirma el principio de la *lex prior*, remitiéndose a lo establecido en cada tratado, ya se encuentre subordinado a otro (anterior o posterior), o bien que lo establecido en ese tratado no sea incompatible con lo dispuesto en otro.

Este principio aceptado en su aplicación convencional, tiene como hemos visto, dos limitaciones desde el punto de vista del derecho internacional general: las normas *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Desde la óptica del derecho internacional particular, surgen además otros condicionamientos relacionados con la jerarquía de las fuentes de donde emanan; tal es el caso especial de las resoluciones de las organizaciones internacionales que, en cuanto a su aplicación, no solamente deberán tener en cuenta el principio general de que la ley posterior es de aplicación prevalente con respecto a la anterior, sino también la jerarquía de la resolución de conformidad al órgano de la organización respectiva de la cual emana (relaciones jerárquicas entre los órganos de esa organización).

h.3. El principio de la lex posterior derogat legi priori. Está confirmado para los supuestos contemplados en el párrafo 3 y el apartado a) del párrafo 4 del art. 30. El párrafo 3 establece que, cuando todas las partes en un tratado anterior sean las mismas que en un tratado posterior, sólo se aplicarán las disposiciones del tratado anterior en cuanto no sean incompatibles con las del tratado posterior. Esta norma es la expresión del principio de que la “*la ley posterior derogat la ley anterior*”. El apartado a) del párrafo 4 instituye que en el caso de dos tratados sucesivos en que las partes no sean las mismas, las relaciones entre los Estados Partes que lo sean en ambos tratados, se regirán por lo dispuesto por el tratado posterior, aplicándose las normas del tratado anterior sólo en el supuesto que no sean incompatibles con el posterior.

i) Interpretación de la aplicación de tratados sucesivos inter se. El problema más grave en la aplicación de tratados sucesivos se manifiesta en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que lo sea en sólo uno de ellos. El apartado b) del párrafo 4, establece en este caso, que los derechos y obligaciones recíprocos entre ambos Estados en ese supuesto, se regirá por el tratado en el que los Estados sean partes. Sobre este particular caben las siguientes acotaciones: a) En materia de responsabilidad: La mera celebración de un tratado posterior incompatible con uno anterior, no da lugar *per se* a una violación del derecho internacional: esta violación sólo se produciría en el supuesto de aplicación del tratado posterior. b) El apartado b) del párrafo 4

no regula una cuestión de validez de dos tratados incompatibles, sino sólo una cuestión de prioridad entre esos tratados. c) Las disposiciones del art. 30 tienen carácter supletorio, no imperativo, no regulando cuestiones de suspensión o terminación de los tratados. d) Para interpretar esta disposición deben tomarse en cuenta dos principios: 1. *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (un tratado no puede crear obligaciones ni derechos para un tercero sin su consentimiento -art. 34 CV69-; y 2. *Prior tempore, potior jure* (quien es primero en el tiempo es primero en el derecho).

j) Interpretación de disposiciones de tratados pertenecientes al mismo o distinto “régimen”. El principio de la ley posterior es aplicable para resolver conflictos entre normas que forman parte de tratados institucionalmente conexos o que tienen por objeto alcanzar objetivos análogos (por ej. ALADI, Mercosur, UNASUR). En cambio, si existe controversia sobre normas de tratados de distintos régimen, la determinación de cuál de ellos es posterior no entrañará necesariamente ninguna presunción de prioridad entre ellos.

k) Modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. Sin perjuicio de las consideraciones precedentes, la disposición del art. 30 debe ser necesariamente relacionada con lo dispuesto por los arts. 41 y 31 de la CV69. El primero de tales dispositivos, regula los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. Esta clase de acuerdos da lugar a dos clases de relaciones jurídicas: a) Unas relaciones “generales”, aplicables a todas las partes en el tratado multilateral; y b) unas relaciones “especiales” aplicables sólo a dos o más partes en el acuerdo *inter se*. Este último acuerdo, modifica la aplicación del tratado anterior original sin enmendarlo. La relación entre el acuerdo general anterior y el particular, posterior, es análoga a la que existe entre la ley general y la ley especial.

Los acuerdos particulares entre dos o más Estados que son partes en un tratado multilateral, si bien están permitidos, deben respetar la coherencia del tratado original anterior. En este sentido las condiciones para celebrar un acuerdo posterior son: a) La preservación de los derechos e intereses de las demás partes y del objeto y fin del tratado original ²¹ (art.

²¹ Las condiciones de admisibilidad de los tratados particulares posteriores deben estar en consonancia con los principios generales del derecho de los tratados tendientes a salvaguardar la integridad del tratado.

41, 1.b) i y ii); b) la no imposición de obligaciones adicionales a las partes en el acuerdo original; c) El deber de notificación del acuerdo particular a las demás partes del tratado original (art. 41, 2.).

Conclusiones a modo de interrogantes

Orígenes y efectos de la fragmentación

El derecho internacional particular refleja la expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos, constituyendo muchos de estos regímenes especiales la expresión de preocupaciones legítimas para establecer normas sobre el desarrollo económico, la protección de los derechos humanos, del medio ambiente y del regionalismo en general. Además, la norma especial regula la materia de que trata de forma más eficaz y eficiente, y refleja mejor la voluntad de las partes. En este sentido puede decirse que el “regionalismo” aparece como una respuesta a las dificultades que se le presentan a los Estados de encontrar soluciones eficaces en el marco del ordenamiento jurídico universal. Sin embargo, si no se respeta el carácter “complementario” (y en algunos casos, subordinado) de las normas regionales a las generales, y se consideran las normas regionales como autosuficientes, se corre el riesgo cierto de afectar la vigencia del derecho internacional general, *“produciendo una anarquía completa en el orden jurídico internacional”* ²².

El fenómeno de la fragmentación no sólo es una realidad desde el punto de vista normativo, sino que también tiene repercusiones en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, e incide en el grado de eficacia de la aplicación del derecho internacional. Es difícil pronunciarse en el sentido de si es positiva o negativa; lo cierto es que es inevitable ya que la expansión material del derecho hace ineludible que los nuevos campos sean objeto de regulación jurídica. La fragmentación del derecho en sí misma no puede calificarse como positiva o negativa; lo que puede calificarse de esa

²² S. GONZÁLEZ GÁLVEZ, “El futuro del regionalismo en una sociedad heterogénea”. Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional, vol. 2 (parte 1), El Sistema Interamericano, OEA.

manera, son los efectos o consecuencias que la misma produce en ciertos ámbitos del derecho.

Peligros o riesgos de la fragmentación

En la unidad, seguridad y eficacia del derecho internacional

Es indudable que la fragmentación crea el peligro de que surjan normas, principios o prácticas incompatibles entre sí o con el derecho internacional general, atacando, por lo menos conceptualmente, el valor de la unidad del derecho internacional. Pero, las amenazas de la unidad del ordenamiento jurídico internacional llevan implícitas en sí mismas, el reconocimiento de la existencia de esa unidad ²³.

Otro valor, el de la seguridad jurídica, quizás sea uno de los más afectados por el proceso de fragmentación, por lo que entendemos que para preservarlo resulta esencial proteger y respetar las normas fundamentales del derecho internacional general para que este pueda cumplir con sus funciones básicas.

El proceso de fragmentación del derecho, ocasiona, sin duda, conflictos entre normas que pueden, y lo hacen, menoscabar la aplicación efectiva del derecho. El surgimiento de normas especiales (régimenes autónomos) y de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente, crea problemas de coherencia en el derecho internacional. El derecho de los derechos humanos, el penal internacional, el del medio ambiente, el derecho mercantil, tiene normas propias que veces no coinciden con normas de derecho internacional general, o especial de otros régimenes.

Por ello, unidad y eficacia del derecho son dos conceptos que hay que analizar cuidadosamente a los fines de responder al interrogante de la fragmentación. La unidad del derecho, podría verse reforzada por las mayores ventajas de la eficacia de los ordenamientos particulares. Y es, en la garantía de la eficacia del derecho internacional, donde radica la

²³ SALINAS, ob. cit.

importancia de asegurar su unidad. Por supuesto que ambos conceptos, van unidos al de seguridad jurídica. En efecto, es posible que la fragmentación del derecho en la regulación de múltiples materias, origine contradicciones normativas que provoquen una divergencia de soluciones provocando el efecto indeseable de inseguridad jurídica. Por ello, en todo caso, nunca puede perderse de vista la jerarquía de las fuentes del derecho, a la que hemos aludido precedentemente. En este sentido, en general, la fragmentación ha respetado esa jerarquía manteniéndose dentro de límites razonables sin afectar el núcleo central de tales normas y principios del ordenamiento jurídico general.

En la jurisprudencia, doctrina y enseñanza del derecho internacional

Otro riesgo de la fragmentación es la jurisprudencia contradictoria de los múltiples tribunales jurisdiccionales en la aplicación de las normas regionales, algunas veces disímiles entre sí en casos análogos, y otras opuestas a la interpretación de una norma general. Los tribunales especiales encargados de aplicar normas en un ámbito específico, son profundos conocedores de las normas propias y exclusivas de ese sector. Pero para que esa circunstancia constituya una ventaja... es necesario que esos especialistas tengan una formación de base adecuada en las normas y principios estructurales del derecho internacional común, puesto que en caso contrario su participación "... *podría transformarse en un inconveniente, de manera que su visión del derecho internacional, deformada por su especialización, podría suponer un riesgo para la unidad y coherencia de este...*"²⁴. Igual razonamiento cabe para los doctrinarios. En efecto, el problema de la excesiva especialización de los internacionalistas se sitúa en su período de formación, ya que la especialización debería producirse sólo cuando hayan adquirido una visión del ordenamiento jurídico en su conjunto. En el mismo sentido cabe pronunciarse en lo referente a la enseñanza: "*La sectorialización presupone y exige la formación base, la percepción global del ordenamiento, la*

²⁴ SALINAS, op. cit.

*aprehensión de sus técnicas elementales y la concepción más amplia de las relaciones sociales de base”*²⁵.

Sin embargo, la multiplicación de jurisdicciones internacionales si bien puede ocasionar consecuencias negativas para la unidad del derecho internacional (si se deja de lado la garantía de coherencia mínima en la interpretación y aplicación de las normas internacionales), tiene un efecto útil cual es que permite la solución de un mayor número de controversias, habilitando la jurisdicción internacional a materias que antes quedaban excluidas. Pero tal multiplicación de jurisdicciones ocasiona, sin duda, no sólo la posibilidad de conflicto entre las propias jurisdicciones, sino también una probable contradicción en la jurisprudencia de los distintos tribunales.

En la responsabilidad internacional de los Estados

Otro riesgo derivado de la fragmentación es que algunos sistemas regionales tienen normas propias en materia de responsabilidad internacional de los Estados partes, sustituyendo o modificando las reglas sobre la materia del derecho internacional general. Y este tema no es menor teniendo en cuenta que la institución de la responsabilidad constituye el núcleo del sistema jurídico internacional que le da el carácter de un verdadero derecho. La violación de las normas internacionales, ya sean generales o particulares, y su consecuencia, la responsabilidad del autor de la infracción, puede llegar a constituir un problema en caso de normas especiales en esta materia ajenas o contradictorias con las de carácter general que pueden afectar la unidad del derecho. En efecto, las consecuencias especiales que se pueden encontrar en los sistemas regionales sobre el particular, si bien pueden contribuir a la eficacia en la aplicación de la norma, conllevan ese riesgo atentatorio contra la unidad del derecho. Parecido análisis se puede efectuar con respecto a las consecuencias de la violación, específicamente en lo relacionado con las sanciones. En los sistemas particulares derivados del régimen de las organizaciones internacionales regionales, se observa la posibilidad de imponer sanciones de carácter “vertical”; en cambio, en el derecho internacional general, se sabe que estas sanciones son “horizontales”.

²⁵ L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Proyecto docente e investigador*, Madrid, 1990 (inédito).

Ello nos lleva plantear los siguientes interrogantes:

¿El principio de ley especial, menoscaba la seguridad, la previsibilidad jurídica del orden internacional, y el principio de igualdad jurídica de los sujetos de derecho?

¿Significa la fragmentación del derecho internacional general, una erosión a la homogeneidad y jerarquía del sistema jurídico internacional?

Lo que parece cierto es que la fragmentación produce conflictos entre las normas del derecho internacional general y particular, divergencias que deben solucionarse mediante la interpretación que debe realizarse entre los propios sujetos o terceros intervinientes. En tal sentido, las orientaciones de la CV69 en esta materia constituyen un instrumento idóneo para hacer frente a la colisión de normas generales y regímenes particulares.

Medios para atenuar o solucionar los efectos de la fragmentación

Si bien el consentimiento de los Estados sigue manteniendo un papel fundamental en la creación de las normas internacionales, encuentra un fuerte condicionamiento si se lo analiza desde el punto de vista del rol que juegan actualmente las organizaciones internacionales. Desde esta perspectiva, hay que analizar el principio de unidad del derecho internacional, para evitar o atenuar el enfrentamiento entre el regionalismo y el universalismo. El instrumento a utilizar para evitar o disminuir este enfrentamiento debe basarse en una estrategia de prevención de conflictos. En tal sentido, se puede observar que en muchos casos, la solución se expresa bajo la forma de un reenvío del derecho internacional general a los acuerdos regionales (por ej. en materia de vías de aguas internacionales, derecho del mar o medio ambiente). En efecto, a menudo la norma internacional de carácter universal se atiene a un “límite bajo” (una norma de mínima) y ofrece a los Estados la posibilidad de legislar sobre determinadas materias; en otros, se efectúa por vía de acuerdos convencionales entre organizaciones internacionales sobre delimitación de sus competencias, o por delegación de facultades o competencias entre ellas ²⁶.

²⁶ Patrick DAILLIER, *Universalisme et regionalisme*, Comité Jurídico Interamericano. Cursos de Derecho Internacional, vol. 2 (parte 1), El Sistema Interamericano. OEA.

Si bien los instrumentos de derecho universal establecen el principio de su primacía, como acontece con el art. 103 de la Carta de las UN²⁷, sin embargo sus propias normas permiten las soluciones regionales, estableciendo aunque sea indirectamente, la primacía de las fuentes y normas regionales, al menos en las relaciones *inter se*.

Otro medio de compatibilización a fin de evitar conflictos entre normas generales y regionales, es la renegociación de normas convencionales generales contrarias a las normas regionales, a fin de favorecer la efectividad de la norma regional, respetando el principio del efecto relativo de los tratados: el reconocimiento por el derecho regional de la primacía del derecho internacional general, se funda sobre el principio del efecto relativo de los tratados y sobre las soluciones previstas en la Convención de Viena de 1969 en lo que hace a la aplicación de tratados sucesivos.

Como conclusión podríamos decir que la fragmentación o sectorialización no supone necesariamente la independencia de esas normas particulares en relación con el derecho internacional general; debe verse, “*no como una ruptura del derecho común sino como convivencia de principios y normas generales, junto a principios y normas y técnicas específicas para cada sector*”²⁸.

Los riesgos del regionalismo y del derecho internacional particular en general (y la fragmentación como producto jurídico), derivan en que indudablemente en los sistemas particulares existen normas que poseen elementos que difieren de las normas universales. Este riesgo se encuentra acotado por la existencia en la comunidad de normas de una naturaleza especial: *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*.

La fragmentación del derecho y las organizaciones regionales

El actual derecho internacional se sigue fundando, primordialmente, en el principio de la igualdad soberana de los Estados. Sin embargo, es

²⁷ Todos los acuerdos regionales, bilaterales y hasta multilaterales que las partes pueden concluir referidos al arreglo de diferendos o de la jurisdicción de la CIJ, están siempre subordinados a las disposiciones del art. 103 de la Carta.

²⁸ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, op. cit.

una realidad que en el seno de la comunidad internacional se han multiplicado las relaciones políticas y económicas entre los Estados, con el inevitable efecto del surgimiento de nuevos problemas que demandan una reglamentación y una solución. También constituye una realidad la proliferación y fortalecimiento del fenómeno de las organizaciones internacionales regionales, producto del fenómeno de la cooperación internacional, y destinadas, en algunos casos, a buscar soluciones que la organización universal (ONU) no había producido, encontrando en esta vía medios idóneos para hacerlo y evitar situaciones conflictivas. La aparición de asociaciones de Estados y el reconocimiento de su personalidad jurídica internacional, afectan los principios tradicionales de las relaciones interestatales, particularmente el principio de la soberanía de los Estados en cuanto a concepto intangible, ilimitable, indelegable e imprescriptible. La evolución de las limitaciones del contenido de dicho concepto se inicia con la simple coexistencia de entidades estatales iguales (principio de igualdad soberana de los Estados) y como exigencia de su supervivencia, se extiende con la celebración de tratados que implican la autolimitación en el ejercicio de determinados derechos, se desarrolla con la selección de áreas de relaciones de necesaria ejecución conjunta que concluye con la creación de las primeras organizaciones internacionales y se llega a la actualidad en que se acepta la necesidad del ejercicio de determinados competencias por entidades supraestatales. El concepto de soberanía estatal cede ante las necesidades de dichas entidades y de los pueblos y, en derecho internacional, se admite una dicotomía funcional en el ejercicio del poder. En el ámbito interno el Estado goza, en principio, con independencia de todo poder externo, de las facultades de auto-organización, legislativas, ejecutivas y de aplicación pero la realidad internacional nos dice que la interdependencia real y efectiva existente entre los Estados incide en sus políticas internas y exteriores, resultando, en algunos casos, en virtud de la diferente disponibilidad de recursos, en dependencia lisa y llana, abarcadora de ambos campos de acción estatal; interno e internacional. Se puede admitir, no obstante lo expresado, una relativa subsistencia de la soberanía en el orden interno con exclusividad en el ejercicio de ciertas competencias, pero no que los Estados sean soberanos en la acepción clásica del concepto. Los poderes estatales están limitados, restringidos y en muchos casos han sido objeto de delegación a entes distintos de ellos mismos. Las organizaciones internacionales son las entidades cesionarias de los poderes transferidos y es por ello que iusinternacionalistas

y constitucionalistas hablan ya de una federalización de la comunidad internacional, en una nueva conformación en la que estas instituciones están destinadas a ejercer competencias delegadas por las estructuras estatales preexistentes.

Este desarrollo de las organizaciones internacionales ha estado acompañado siempre del debate acerca de la estructura más adecuada para el sistema interestatal. En este sentido el regionalismo se ha presentado como una alternativa al universalismo. Esto podría ser visto como un modelo de organización contrapuesto al modelo de una organización global y única. Sin duda, la organización regional se basa en la percepción de intereses comunes, que son más fáciles de satisfacer en un marco de cooperación más estrecho, coherente y homogéneo. Por su parte, el modelo universal se sienta sobre todo en una toma de conciencia de la globalidad de los problemas de la organización de la paz en el mundo. Las propuestas regionalistas tuvieron cabida en la Carta de San Francisco en dos temas fundamentales: el arreglo pacífico de controversias y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (Capítulo VIII de la Carta); posteriormente, la práctica internacional reforzó el regionalismo al orientar la ONU progresivamente sus actividades sobre esquemas regionalistas en ámbitos no específicamente previstos en la Carta. Así por ejemplo, las comisiones económicas regionales en el seno del Consejo Económico y Social, los programas y actividades regionales de organismos especializados como el de la OMS, los bancos regionales de desarrollo, la acción regional de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

Diversos factores explican este dinamismo del fenómeno del regionalismo: exigencias de seguridad ante el quiebre o la inacción del sistema de seguridad colectiva, imperativos de cooperación institucionalizada en determinadas materias que no siempre encuentran respuesta a nivel universal, la búsqueda de incremento de poder, la vigencia de una herencia cultural común. La pluralidad de factores determina también una pluralidad de objetivos.

Faltan criterios precisos para caracterizar el carácter regional de una organización internacional. Los diversos empleos del término región tienen en común el hecho de que se refieren a un espacio o materia determinada. En el plano normativo, se utiliza el adjetivo “regional” para calificar las normas que poseen un ámbito de validez limitado, por oposición a otras que tienen carácter general. “En el derecho internacional también existen normas regionales. El carácter de estas normas está dado

por el hecho de que sus ámbitos de validez espacial y personal son limitados y, en tal sentido, ellas deben ofrecer para ser calificadas como tales, diferencias de importancia con respecto de las normas del derecho internacional universal”. Por ello, *“se puede afirmar que, desde el punto de vista del derecho de gentes, hay una región en la medida que existan normas jurídicas cuyos ámbitos de validez personal y espacial están limitados y cuyo ámbito de validez material es diferente del de las normas del derecho internacional universal”*²⁹.

La proliferación de organizaciones regionales lleva también el riesgo de la división y fragmentación de la sociedad internacional. Si la universalidad del sistema internacional reclama una organización mundial, las profundas divisiones que atraviesa la sociedad internacional parecen reclamar la existencia de numerosas organizaciones internacionales regionales en las que los Estados se agrupan por solidaridades y afinidades específicas.

Las relaciones entre organizaciones regionales y la universal pueden ser, por un lado, de concurrencia o de conflicto, y por otro, de cooperación y complementariedad. Las organizaciones internacionales regionales pueden dificultar u obstaculizar la unificación y el regionalismo pueden ser un factor centrífugo de dispersión y fraccionamiento del sistema internacional. Caso contrario, cuando existe cooperación entre ambos planos, las organizaciones internacionales regionales operan como factores de estructuración e integración del sistema internacional. Las causas de la insatisfactoria relación entre lo universal y lo regional se encuentra, en definitiva, en la naturaleza predominantemente interestatal de la sociedad internacional; los Estados soberanos buscan la satisfacción de sus intereses nacionales a través de múltiples cauces entre los que el sistema de UN, no es el único ni a veces el más relevante.

El punto de partida debería ser contestar al interrogante si todas las normas tienen validez universal o bien, si existen normas aplicables sólo a un ámbito regional. Evidentemente, tal como lo demostramos en párrafos anteriores, hay normas de validez regional. En tal caso, la pregunta siguiente que hace a esta exposición, es si existen normas jurídicas de sufi-

²⁹ J. BARBERIS, “Las normas jurídicas propias del derecho internacional latinoamericano”, Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional, vol. 2 (parte 1), El Sistema Interamericano, OEA.

ciente envergadura jurídica para justificar la existencia de un derecho internacional americano. En este orden de ideas, el primer punto a considerar es el relativo a las fuentes del derecho, como mecanismo creador de normas jurídicas que constituyan un orden jurídico propio. En el orden internacional las fuentes más importantes en este sentido son los tratados internacionales, que a su vez, son la fuente de validez de otras normas internacionales, como por ejemplo las derivadas de las organizaciones internacionales, ya que debido a ellos se genera la organización de que se trata (tratado fundacional) y se prevén los efectos (obligatorios o no) de las resoluciones de sus órganos. También la costumbre es una fuente principal del derecho internacional y de ella derivan otras fuentes, como los actos unilaterales y los principios generales del derecho.

Otro aspecto a considerar son los ámbitos de validez de las normas jurídicas internacionales y, en este sentido, debemos hablar de un ámbito de validez espacial (espacio específico determinado); ámbito de validez personal (que indica los sujetos respecto a los cuales la norma es válida); ámbito de validez material (el objeto que reglamenta la norma o la referencia a una conducta humana que aparece como permitida, prohibida u obligatoria); y el ámbito de validez temporal (que marca desde cuándo empieza a regir la norma y el momento en que termina). Desde esta perspectiva las normas pueden tener ámbitos de validez personal y espacial universales o restringidos, tanto se originen en tratados, costumbres o resoluciones de las organizaciones internacionales. Sin embargo, algunas fuentes del derecho son solamente generales o particulares, ya sea por el ámbito de validez personal o espacial. En efecto, por ejemplo, los principios generales del derecho son siempre generales (es difícil de imaginar a tales principios como regionales), mientras que los actos unilaterales tienen un ámbito de validez personal generalmente restringido y mucho más las sentencias de tribunales internacionales judiciales o arbitrales, que sólo obligan a las partes en la controversia y para el caso concreto resuelto. En consecuencia, sólo se puede hablar de normas jurídicas regionales en cuanto esas normas tengan un ámbito de validez material, espacial o personal limitado, acotado, y, que además, ofrezcan “*una diferencia de cierta importancia respecto de las normas del derecho internacional universal*”³⁰. “Desde el punto de vista del derecho de gentes, hay una re-

³⁰ J. BARBERIS, op. cit.

gión en la medida de que existan normas jurídicas cuyos ámbitos de validez personal y espacial están limitados y cuyo ámbito de validez material es diferente del de las normas del derecho internacional universal”. Cuando las normas regionales pierden estos caracteres, dejan de ser regionales ya sea porque se “generalizan” y pasan a ser normas del derecho internacional general, o bien porque aparece una norma de este último carácter que engloba la norma regional.

EL MEDIO AMBIENTE EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN SUDAMERICANOS

Graciela R. Salas *

Sumario: Introducción. La etapa económica. La etapa política. La etapa social. Otras cuestiones conexas. Conclusiones.

Introducción

Ya en anteriores trabajos nos hemos ocupado del medio ambiente en los procesos de integración de América Latina ¹.

Siguiendo la misma línea, en esta ocasión optamos por intentar un análisis centrado en algunas de las relaciones que fueron surgiendo entre el medio ambiente y los procesos de integración de nuestro subcontinente, particularmente Mercosur y CAN.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Blas Pascal. Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ “Medio ambiente e integración de América Latina”, en *Política internacional, el derecho y el territorio nacional, Homenaje al Dr. Enrique Ferrer Vieyra*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Segundo Curso de Post Grado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, Ediciones El Copista, 1998. También “El medio ambiente en la integración latinoamericana”, en *Jornada de Reflexión sobre Derecho Ambiental. 2004*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, págs. 91 a 105.

Los distintos autores han dividido la evolución de la integración regional ambiental en etapas, divisiones siempre opinables desde luego. Sin embargo, respecto de algunas de las cuales no existe discusión es la que permite establecer una primera, puramente economicista de los primeros intentos de integración y que podríamos ubicar entre los años 1960 y 1980, la segunda que estimamos aún abierta ² mostró una tímida aparición al menos de la mención ambiental en una concepción política en la que lentamente y con posterioridad se fue abriendo paso la tercera y última, orientada ya a lo social ³, desde la Conferencia de Río de Janeiro de 1992. De esta forma podemos apreciar que la preocupación ambiental fue abriéndose paso lentamente sobre finales de la primera etapa, en consonancia con los avances a nivel internacional general y con especial dinámica a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972.

De los dos procesos que analizamos en esta oportunidad fue en el andino en el que la cuestión ambiental propiamente dicha se manifestó con caracteres más concretos, especialmente a partir de la firma del Protocolo de Trujillo que introdujo profundas modificaciones en el Pacto Andino, hoy Comunidad Andina de Naciones.

En el caso del Mercosur, fruto de negociaciones llevadas adelante ya en las postrimerías del siglo XX, la preocupación ambiental aparece desde los instrumentos constitutivos, pasando por desarrollos posteriores como el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur (CMC/Dec. N° 02/01), o su incorporación a un sistema internacional en el que la subregión debe insertarse, como en el caso de la Organización Mundial del Comercio (Acta N° 3/97 Mercosur SGT N° 6 “Medio ambiente”).

En consecuencia, ha sido posible observar el tránsito de un intento de integración puramente económico pasando por una concepción política aún no cerrada, que se va abriendo a lo social, sin que sea posible afirmar que, por el contrario, ninguna de ellas se encuentre definitivamente clausurada.

² Ello así en la medida que creemos que la integración ha sido y sigue siendo eminentemente política, ya que aún las más importantes decisiones económicas parten de la decisión política, de manera que esta concepción tiñe a todo proceso de integración.

³ Se advierte, por ejemplo, con la creación del Sistema de Integración Centroamericano (SICA) en 1993 entre El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

Es en esta última etapa en que nos encontramos en este momento.

De todos modos debemos recordar que el surgimiento del primer proceso de integración como fue el europeo con la creación de la CECA⁴ tuvo objetivos económicos, pero también de mantenimiento de la paz, al colocar en el centro de la atención aquello que había enfrentado a Francia y Alemania en tres guerras en menos de un siglo.

Producido el nacimiento de las Naciones Unidas, y dentro de ésta nuestra Organización de los Estados Americanos como cristalización del Sistema Interamericano creado a partir de 1889, tanto una organización como la otra compartieron los mismos objetivos, es decir el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, objetivos que si bien se mantienen actualmente, tanto en el sistema universal cuanto en el continental americano el mantenimiento de la paz ha llevado a nuevos enfoques. Es en base a ello que la OEA ha avanzado en sus sucesivas reformas hacia un concepto más profundo del desarrollo, en el sentido del desarrollo integral⁵, enfoque éste que fue completado en materia ambiental con el afianzamiento del concepto de desarrollo sustentable, a partir de la ECO '92.

La etapa económica

Las corrientes imperantes a mediados del siglo pasado, impulsaron a América Latina en un camino hacia la integración sobre la base de estudios de la CEPAL y de los rápidos avances del proceso europeo. Sin embargo, a poco de andar esta tendencia demostró ser insuficiente para la subregión. Así, la dinámica de los primeros años de la ALALC se fue perdiendo, sin alcanzar a cumplir los objetivos y etapas previstos originalmente, a lo que deben agregarse las circunstancias políticas de la subregión⁶ que contribuyeron a esa pérdida.

⁴ A partir del Tratado de París de 1951.

⁵ La Carta de la OEA dedica el Capítulo VII al desarrollo integral, con los alcances que éste implica.

⁶ La sucesión de gobiernos democráticos y gobiernos de facto para los que las hipótesis de conflicto constituían la base de las relaciones con la región. Cronológicamente

Por otra parte, durante el período que nos ocupa coexistieron los intentos integracionistas con el sistema general del GATT sin que pudiera observarse demasiada correlación entre ambos y con el que compartieron la limitación en sus logros.

Esta situación se prolongaría hasta el advenimiento de la siguiente etapa.

Sin embargo, al tratarse de una etapa aún abierta, podríamos decir que se imbrica en las siguientes, atento el carácter de auténtica punta de lanza de la integración económica en todo proceso de integración.

En efecto, producida la creación de la OMC como consecuencia de la Ronda Uruguay, el comercio internacional comenzaría a establecer vías de comunicación entre unos y otra. Así, la creación de la Organización Mundial del Comercio, colocó a los esquemas de integración de la subregión ante la necesidad de coordinar ambos sistemas, más allá de las diferencias en los respectivos objetivos.

En efecto, si es entendible que tanto ALADI, como CAN o Mercosur se inserten dentro de los sistemas instaurados por la ONU y la OEA, la creación de la OMC enfrentó a ésta a la disyuntiva de incorporar o no a los procesos de integración en el esquema de comercio internacional que intenta, de la mano de los llamados acuerdos comerciales regionales⁷.

Pero antes de avanzar en el análisis de este punto, es necesario efectuar una distinción entre lo establecido en la Carta de la ONU respecto de los acuerdos regionales en el sentido de sus arts. 52 a 54, de los acuerdos

ubicamos esta etapa entre los años 1960 y 1980, es decir entre ambos tratados de Montevideo y durante la existencia de la ALALC.

⁷ Según la OMC en los últimos años, los acuerdos comerciales regionales (ACR) se han convertido en un elemento muy destacado del sistema multilateral de comercio. Su número ha sido creciente desde 1990, y hasta diciembre de 2008, se habían notificado unos 421 ACR al GATT/OMC. De éstos, 324 fueron notificados de conformidad con el artículo XXIV del GATT de 1947 o el GATT de 1994; 29 de conformidad con la Cláusula de Habilitación; y 68 de conformidad con el artículo V del AGCS. En esa misma fecha, estaban en vigor 230 acuerdos. Si se tienen en cuenta los ACR en vigor aunque no hayan sido notificados, aquellos que aún no están en vigor, los que se están negociando, etc., el número de ACR cuya aplicación está prevista hasta 2010 asciende a cerca de 400. De éstos, los acuerdos de libre comercio (ALC) y los acuerdos de alcance parcial representan más del 90 por ciento y las uniones aduaneras menos del 10 por ciento. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm

comerciales regionales identificados por la OMC. Los primeros, en su generalidad, han provocado serios planteamientos con vistas a precisar sus alcances, mientras que la denominación impuesta por la organización comercial restringe y precisa los alcances de los acuerdos incluidos en esta categoría ⁸.

En este punto cabe hacer referencia, aunque más no sea incidentalmente, a que “... *el desarrollo, la paz, la seguridad y los derechos humanos se refuerzan mutuamente...*” ⁹, en consecuencia, las consideraciones que pudiéramos hacer en cada uno de los ámbitos analizados en este trabajo, en manera alguna excluyen otros que de alguna manera pudieran contribuir al mantenimiento de la paz, entre ellos la protección del medio ambiente.

Por otra parte, la liberalización del comercio internacional propugnada por la OMC planteó un cuestionamiento de fondo al enfrentar el principio de no discriminación con las áreas de preferencias propios de los procesos de integración. Salomónicamente la organización mundial debió reconocer que, compartiendo ambos como objetivo la liberalización del comercio, no se advierten mayores contradicciones entre uno y otro.

Al mismo tiempo se comenzó a trabajar respecto de las relaciones entre comercio y medio ambiente, en la medida que el primero se constituye en auténtico motor de todo proceso de integración, a pesar de que la integración supera largamente los límites del comercio internacional y particularmente del comercio intra-zona.

La relación entre ambos resulta evidente desde que el medio ambiente ha resultado afectado por el comercio desde tiempos inmemoriales ¹⁰, y en ocasiones la protección ambiental enmascara restricciones al comercio internacional. Encontramos un claro ejemplo en la lucha en materia de cambio climático y de protección de la diversidad biológica que exige una

⁸ Ver también nuestro trabajo “El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los organismos regionales”, en *Anuario XI* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

⁹ A/RES/60/1, punto 72.

¹⁰ Ver una síntesis en *Geo Mercosur, Integración, comercio y ambiente en el Mercosur*, PNUMA, MERCOSUR, CLAES. <http://www.pnuma.org/raiz/GeoMercosurFinal.pdf>

articulación entre comercio y ambiente. Se incorpora también la relación entre comercio y desarrollo sustentable ¹¹.

Constatamos así la existencia de dos niveles en los que se evidencian las contradicciones entre comercio y ambiente: el primero de ellos se dio cuando en aras del comercio internacional se produjeron modificaciones ambientales, como la destrucción del bosque atlántico o “mata atlántica” ¹² con vista a la extensión de los espacios productivos, sobre la creencia de la inagotabilidad de los recursos naturales. El segundo, por la tecnificación, la incorporación de especies no autóctonas, fertilizantes o pesticidas antes inexistentes y que a la larga en aras de uno afectaría al otro.

En este ámbito, con la creación de Mercosur, uno de cuyos objetivos es el de lograr la ampliación de los mercados nacionales a través de la integración de los Estados Parte y de elevar su nivel de intercambio de bienes y servicios ¹³, la visión ambiental ha merecido un especial enfoque, fruto del cual es el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur ¹⁴. Éste, conforme a su carácter de acuerdo marco, establece pautas generales, programáticas, a partir de las cuales la implementación de las medidas ambientales prohijadas por el acuerdo subregional queda bajo la responsabilidad de los Estados Parte, de ahí la importancia que adquiere la estrategia ambiental del Mercosur que en ocasiones aparece como agenda ambiental.

Otro tanto ocurre con la CAN para la que la agenda ambiental ¹⁵ gira sobre cuatro ejes fundamentales: biodiversidad, cambio climático, prevención y atención de desastres y recursos hídricos. Como puede observarse, estos cuatro ejes actualmente guardan una profunda relación con un enfoque económico.

En consecuencia, no podríamos afirmar que la etapa económica haya concluido, sino que se sumerge debajo de la siguiente.

¹¹ Ver la Agenda del Mercosur para el Desarrollo Sostenible, III Reunión de Ministros de Medio Ambiente del Mercosur, Anexo III, Asunción, 2005.

¹² *Geo Mercosur*, pág. 27.

¹³ Alicia MORENO y otra, “Creación de normativa en el Mercosur. El caso ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, Lexis Nexis Argentina, 2006, N° 5, pág. 1.

¹⁴ www.medioambiente.gov.ar/?idseccion=31

¹⁵ http://www.comunidadandina.org/agenda_ambiental.htm

La etapa política

La nueva etapa implicó un tránsito hacia lo político.

En efecto, las transformaciones de la vida institucional de América Latina a partir de la década de los años '80 con el regreso a la democracia de la mayoría de los países de la subregión, implicaron por sí mismas la apertura y la visión política de los estados de la región, claramente influenciados por la desaparición de un mundo bipolar, la extensión de la globalización y la profundización de los proyectos nacionales que comenzaron a acicatear a los respectivos gobiernos, en la búsqueda lisa y llana de la propia supervivencia en un mundo multipolar altamente competitivo.

En el ámbito estrictamente integracionista, se produjo una modificación de fondo, transitando de un regionalismo cerrado como el europeo de los primeros años, a un regionalismo abierto ¹⁶, y más aún a un birregionalismo con características singulares, particularmente en la materia que nos ocupa. Cronológicamente, nos ubicamos en las dos últimas décadas del siglo precedente y la primera del nuevo siglo.

Uno de los elementos coadyuvantes a los cambios apuntados ha sido con toda seguridad el tránsito de los estados de América del Sur hacia procesos democráticos que se constituyeron en verdaderos motores y reaseguro en el camino a la integración. Lo apuntado no se trata de un detalle menor, en la medida de la superación de las hipótesis de conflicto entre los integrantes de la región, unida a la aparición de conflictos en ciernes antes desconocidos, como podrían ser la recomposición de los bloques económicos internacionales o la defensa de los recursos naturales de la región ¹⁷.

Por otra parte, la pertenencia a un mismo sistema económico de la mayoría de los estados latinoamericanos, agrega una nueva condición

¹⁶ Invocado con precisión ya en el Consenso de Guayaquil sobre Integración, Seguridad e Infraestructura para el Desarrollo, Guayaquil, 2002, punto 6.

¹⁷ En efecto, América del Sur es poseedora de fundamentales recursos como: a) energéticos, sean o no renovables; b) reservas minerales; c) agua dulce; d) producción de alimentos; e) biodiversidad. Agregamos su potencial industrial, científico y cultural, que influyen positivamente sobre aquellos. Esta situación es inédita en relación con otras regiones en las que no se presenta esta conjunción de elementos positivos.

que podría derivar en mayor coherencia para insertarse en un sistema internacional de comercio, actualmente encabezado por la Organización Mundial del Comercio.

No puede escapar a estas breves consideraciones el hecho de la conformación del “triángulo del Atlántico” en el que Mercosur debió mantener un delicado equilibrio ¹⁸.

Por otra parte, la tendencia a la bilateralidad entre los dos grandes Estados Parte del bloque mercosureño (Argentina y Brasil) y de integrantes del Mercosur con Estados y organizaciones extra zona, ha venido provocando algunos roces con los socios menores a lo que se agrega la sostenida intergubernamentalidad de este esquema ¹⁹.

En el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones, la década de los años ‘90 alumbró al Protocolo de Trujillo que introdujo una renovada dinámica al esquema y provocó el tránsito hacia la hoy Comunidad Andina de Naciones.

Ambos esquemas comparten, sin embargo, algunos aspectos negativos como la pobreza y el subdesarrollo que constituyen auténticos motores políticos en esta materia. Se agregan también las cuestiones ambientales que vienen avanzando sobre lo social, lo étnico y lo cultural y abriendo la etapa siguiente, es decir la social ²⁰.

Fue en esta etapa, aún inconclusa, que se firmaron la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992) ²¹ y el Protocolo de Kioto sobre el Cambio Climático (1997) ²².

¹⁸ Llamado así por la presión del sistema europeo y los EE.UU. por mantener vínculos preferenciales con Mercosur.

¹⁹ Eduardo GUDYNAS, “Los fantasmas de la integración regional”, Revista del Sur N° 166, julio-agosto de 2006, pág. 13. En esta línea se inscribe el intento brasileño de conformar una comunidad defensiva sudamericana con vistas a una futura defensa de los recursos naturales.

²⁰ La cuestión ambiental muestra su desarrollo en el Consenso de Guayaquil de 2002, o la Declaración de Cusco de 2004.

²¹ Argentina ratificó esta Convención con fecha 11 de marzo de 1994, luego de su aprobación por medio de la ley 24.295. Son partes de esta convención todos los integrantes de la CAN y de Mercosur.

²² Aprobado por la ley 25.438, con fecha de ratificación el 28/9/01 y del que son partes todos los Estados integrantes de ambos esquemas de integración.

La etapa social

Decíamos en anteriores trabajos que es en la última década donde podemos detectar la iniciación de la etapa social en el proceso de integración latinoamericano, en el que el componente de la sustentabilidad muestra la relación entre el medio ambiente y las comunidades que en él se asientan. Mencionamos también la integración física y la integración energética como actuales retos con marcada influencia ambiental. Es en este orden que se vienen produciendo notables avances, tanto en el ámbito de la CAN como de Mercosur y particularmente en acuerdos bilaterales como el firmado recientemente entre Argentina y Chile.

A todo ello debemos agregar la visión ambiental de la producción que se va colocando en la base del desarrollo sustentable que se viene desarrollando desde la Conferencia de Río de Janeiro de 1992²³. Aquí podemos constatar la apuntada interrelación con los sistemas universal, regional y subregional, que aparece mencionada con precisión ya a partir del Preámbulo del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur. A modo de ejemplo podríamos citar también la preocupación por la producción limpia²⁴ o la responsabilidad pre y post consumo en el ámbito del Mercosur, entre otras.

Sin embargo, en los procesos específicos que analizamos en esta oportunidad (CAN y Mercosur) las áreas temáticas de interés ambiental difieren notablemente. En efecto, mientras en la primera el acento parece estar en la integración energética y la protección de los derechos de los pueblos originarios respecto del desarrollo de los conocimientos tradicionales en una clara expresión cultural junto a la protección de la diversidad biológica, en el Mercosur encontramos la gestión sustentable de los recursos naturales, la calidad de vida y planeamiento ambiental, instrumentos de política ambiental, actividades productivas ambientalmente sustentables. Como puede apreciarse, una misma problemática exige vías de acceso totalmente diferentes conforme a la región de que se trate.

²³ La relación surge con claridad desde el preámbulo del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur.

²⁴ Ver la Declaración de Principios de Producción Limpia del 9/10/03. www.ambiente.gov.ar/?idarticulo=1145

En el caso de la CAN es notorio el desarrollo de políticas regionales en diversas áreas tales como el bio-comercio o la lucha contra la eco-erosión²⁵ o la erosión genética²⁶, la deforestación, la erosión, la sedimentación, la contaminación y la urbanización acelerada, entre otros²⁷. En todas se encuentran implicadas las políticas oficiales y andinas junto a la lucha contra la pobreza y la agricultura de subsistencia. Por otra parte, el objetivo andino de proteger su medio ambiente se enfrenta a la existencia de un comercio internacional que actualmente está priorizando los productos provenientes de aquellas regiones en las que la producción sea ecológicamente sustentable, lo que agrega valor a las prácticas tradicionales.

Esta posición genera a su vez un nuevo cuestionamiento de la relación existente entre medio ambiente, comercio, propiedad intelectual, volviendo a religar el tema que nos ocupa con los aspectos económicos de la primera hora de la integración. Sin embargo, no escapa a esta interrelación la necesaria coordinación entre los Lineamientos para la Gestión Ambiental y el Desarrollo Sostenible en la Comunidad Andina y las políticas nacionales²⁸.

Con base en las precedentes consideraciones y en especial rescatando el bi-regionalismo apuntado más arriba entre la Unión Europea-América Latina y el Caribe, la Declaración de Lima emanada de la Quinta Cumbre celebrada en esa ciudad, en mayo de 2008, centró sus deliberaciones precisamente en la confluencia de “*dos desafíos claves relacionados entre sí: la pobreza, la desigualdad y la necesidad de sociedades más inclusivas; y el desarrollo sostenible, el medio ambiente, el cambio climático y la energía*”²⁹, poniendo de relieve así la profunda relación entre lo social y lo ambiental que veníamos señalando. También encontramos referencias en la Declaración de Salvador de Ba-

²⁵ Ver *Geo Andino*, pág. 79. http://www.comunidadandina.org/public/libro_27.htm y en: http://www.unep.org/geo/pdfs/D_GEO%20ANDINO.pdf

²⁶ Definida como “*pérdida o disminución de diversidad genética*” por la decisión 391 sobre régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos. 68º Período Ordinario de Sesiones de la Comisión Andina, del 2 de julio de 1996, Caracas-Venezuela.

²⁷ <http://www.comunidadandina.org/desarrollo/politica.htm>.

²⁸ Comité Andino de Autoridades Ambientales (CAAAM), Quito, 3 de julio de 2001. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/desarrollo/politica.htm>

²⁹ Declaración de Lima, puntos 10, 30 a 37.

hía de la Cumbre de América Latina y el Caribe sobre Integración y Desarrollo (2008)³⁰.

Es en este punto en que no debemos dejar de citar aunque más no sea brevemente al concepto de etnobioprospección a la que podríamos sintetizar como el estudio de especies que han sido modificadas por la cultura del hombre y que pueden servir a determinados fines, en ocasiones con alto valor económico. No se trata nada más ni nada menos que de estudiar el comportamiento de esas especies, esa contribución humana y su proyección a futuro con una visión comercial a la vez que social y sustentable. En esta materia es de destacar la importancia de los trabajos llevados adelante por los estados andinos.

Siempre dentro de esta etapa nos detenemos brevemente en la Declaración de Salvador de Bahía de la Cumbre de América Latina y el Caribe sobre Integración y Desarrollo (2008), en la que el desarrollo sostenible está indisolublemente ligado al medio ambiente, como así también al enfoque social a que nos venimos refiriendo, tal como surge particularmente del punto 5 de la parte resolutive de dicha Declaración. En este documento es destacable, además, la referencia a diferentes componentes de la problemática ambiental como la energía, los recursos genéticos, la infraestructura física, el cambio climático y aun las apuntadas relaciones con la OMC.

Otras cuestiones conexas

Hechas las precedentes consideraciones ya nos encontramos en condiciones de avanzar sobre otras relaciones que quedaron mencionadas superficialmente.

Se trata de las relaciones del medio ambiente con acuerdos regionales, los acuerdos comerciales y los acuerdos ambientales y, particularmente, las organizaciones regionales de integración.

³⁰ Declaración de Salvador de Bahía de la Cumbre de América Latina y el Caribe sobre Integración y Desarrollo, del 17 de diciembre de 2008, punto 12 de la parte resolutive.

En efecto, a nadie escapa que el sistema interamericano, señero en la creación de acuerdos regionales a nivel mundial, ha ido modificando sus objetivos en la medida en que las circunstancias que motivaron la creación de la Organización de los Estados Americanos (1948) fueron cambiando, de manera que la necesidad del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales como objetivo general del esquema de las Naciones Unidas en el que se inserta, actualmente se orienta hacia el desarrollo y especialmente el desarrollo sustentable ³¹.

Particularmente en cuanto hace a las organizaciones regionales de integración es de remarcar que en diversos documentos se abre la posibilidad de su incorporación en la medida de sus competencias en materia ambiental ³². Esta cuestión no es menor, ya que en la materia que nos ocupa en este trabajo nos enfrentamos a las características de la CAN cuyo grado de avance en el proceso de integración la despega del Mercosur, en la medida que aquella podría encontrarse habilitada para incorporarse como parte no ocurriendo lo mismo con el Mercosur.

Asimismo, es de destacar que en el ámbito de las organizaciones subregionales que nos ocupan, la cuestión ambiental ha motivado la instrumentación de estrategias ambientales que, al parecer, van concretándose particularmente en el ámbito interno de los estados que las integran.

Así, en el caso del Mercosur, se firmó el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente ³³, en el que la mayoría de las normas son programáticas; sin embargo, ese acuerdo fue generando protocolos adicionales referidos a áreas específicas, como las emergencias ambientales, el proyectado sobre recursos hídricos ³⁴, sobre conservación y uso sostenible de la

³¹ Encontramos esta referencia en innumerables documentos, entre los más recientes están la Declaración de Salvador de Bahía de la Cumbre de América Latina y el Caribe sobre Integración y Desarrollo, del 17 de diciembre de 2008, punto 6, y el punto 7 de la parte resolutive.

³² Protocolo de Kyoto sobre el Cambio climático, arts. 4, 22, 24 y ss.

³³ Aprobado por DEC. CMC N° 14/04. www.medioambiente.gov.ar/?idseccion=31

³⁴ Un caso remarcable lo constituye la gestión integrada de los recursos hídricos en el Mercosur y particularmente el del acuífero Guaraní, desde la primera Reunión de Ministros de Medio Ambiente del Mercosur, Bolivia y Chile, Buenos Aires, 2004. Tam-

biodiversidad³⁵, en ocasiones la formulación de programas como el de la Política Mercosur de Gestión Ambiental de Residuos Especiales de Generación Universal y Responsabilidad Post Consumo, sobre Producción Sustentable, proyectos como el de Competitividad y Medio Ambiente. En este último tipo de actividades se concretó finalmente el Proyecto GeoMercosur comentado más arriba, como así también la Declaración de Principios de Producción Limpia (2003)³⁶. Esta Declaración se inscribe en lo establecido en la Iniciativa Latinoamericana y Caribeña sobre Desarrollo Sostenible luego de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sustentable de Johannesburgo.

También podemos citar a los Lineamientos para una Estrategia Mercosur sobre Conservación y Manejo Sostenible de la biodiversidad, cuyos principales lineamientos se establecieron en: a) conocimiento de la biodiversidad; b) conservación de la biodiversidad; c) uso sostenible de los componentes de la biodiversidad; d) evaluación, prevención y mitigación de impactos sobre la biodiversidad; e) acceso a los recursos genéticos, conocimiento tradicional asociado y participación en los beneficios, y finalmente f) educación, sensibilización pública, socialización y divulgación en biodiversidad (art. 2°).

De este tipo de acciones van surgiendo las interacciones a que hicimos referencia más arriba, especialmente en materia de producción, competitividad, comercio internacional, incorporando la dimensión social al tomar en consideración la distribución entre los sectores más vulnerables de beneficios derivados del desarrollo.

En este punto cabe hacer referencia también a las acciones adoptadas en la CAN respecto, p. ej. a la instrumentación de programas de turismo ecológico del que participan los pueblos aborígenes en sus respectivas regiones.

bién la creación del Grupo Ad Hoc sobre Recursos Hídricos como foro auxiliar de la Reunión de Ministros de Medio Ambiente del Mercosur, en la IV Reunión de Ministros de Medio Ambiente, Montevideo 2005.

³⁵ Mercosur/IV RMMA/Acuerdo N° 3/05, Acuerdo de los Ministros de Medio Ambiente del Mercosur sobre Lineamientos para una Estrategia Mercosur sobre Conservación y Manejo Sostenible de la Biodiversidad. Montevideo, 2005.

³⁶ Disponible en www.ambiente.gov.ar/?idarticulo=1145

En el caso del Mercosur, las acciones en materia ambiental están encabezadas por las Reuniones de Ministros de Medio Ambiente del Mercosur desde el año 2004, de cuyos resultados se advierte una permanente llamada de atención sobre la necesidad de que las acciones acordadas se vean reflejadas en las políticas, acciones y normativa interna de los Estados que conforman la organización subregional, no sólo en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por cada uno de ellos, sino también respondiendo a la propia dinámica de la integración³⁷.

De todos modos, creemos que con la Declaración Ministerial de Doha, en el ámbito de la OMC, se está tratando de tender un puente entre las políticas comerciales, las ambientales y el desarrollo sustentable y nos está permitiendo entender la profunda relación existente entre esos tres elementos, que aun podrían afectar positivamente la aplicación práctica de la normativa ambiental a nivel interno de los Estados, fundamentando inclusive excepciones a la libre circulación de bienes y servicios³⁸.

Por otra parte, la Iniciativa Biocomercio de la UNCTAD (2007)³⁹, vuelve la mirada sobre las relaciones que venimos apuntando, precisando los alcances del biocomercio que *“incluye actividades de recolección, producción, transformación y recolección de bienes y servicios derivados de la biodiversidad nativa (recursos genéticos, especies y ecosistemas) que involucran prácticas de conservación y uso sostenibles y son generados con criterios de sostenibilidad ambiental, social y económica”*⁴⁰. Esta definición viene siendo complementada por principios y criterios que fueron surgiendo de los instrumentos firmados en la materia.

Asimismo y siempre rescatando la necesaria interrelación entre la normativa internacional, y las normas y políticas nacionales, perfila algunos enfoques cuyo desarrollo merecería mayor extensión que la pretendi-

³⁷ Propuesta de “Agenda del Mercosur para el Desarrollo Sostenible”, en el Anexo III de la III Reunión de Ministros de Medio Ambiente del Mercosur, Asunción, 2005.

³⁸ Mercosur, IV RMMAM/Acuerdo N° 02/05.

³⁹ UNCTAD/DITC/TED/2007/4.

Disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs/ditcted20074_sp.pdf

⁴⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. UNCTAD. Iniciativa Biocomercio, Principios y criterios de biocomercio, Ginebra, pág. 7.

da para este trabajo. Cita tres enfoques principales como el enfoque de cadena de valor, basado en el comercio ambientalmente sustentable, el enfoque de manejo adaptativo (gestión adaptable) y el enfoque ecosistémico que a la adaptabilidad de los dos primeros agrega la visión integrada de los aspectos sociales y ecológico, a las interacciones y procesos que los sistemas productivos involucran.

Como es fácilmente observable, es permanente y profunda la interrelación entre los factores que hemos tratado de delinear, a los que no son ajenos los dos procesos de integración que nos ocupan.

Conclusiones

Sostenemos que los instrumentos constitutivos de los procesos de integración que nos han ocupado en esta oportunidad no son sino la parte visible del témpano⁴¹ y que lo más importante es lo que no se ve, lo que está oculto bajo la superficie. En síntesis, que un proceso de integración supera largamente el mero contenido económico, comercial y aun político, para profundizarse en los pequeños pasos en otras áreas que van dando fundamento y desarrollo a las diferentes etapas que va cumpliendo. Es en este orden que pudimos apreciar la aparición de la preocupación ambiental, tan marcada por su relación con el desarrollo sustentable.

Por otra parte, es de observar con palmaria claridad la rápida, profunda y compleja evolución de la problemática ambiental en los procesos de integración que nos ocuparon, y de éstos en su relacionamiento externo, particularmente con la OMC. De esta última relación es posible rescatar la importancia de los trabajos encarados por la organización mundial, lo que nos permite estudiar las relaciones de nuestros procesos de integración desde una visión muy marcada por el comercio mundial, que no por insuficiente deja de ser interesante a la hora de abordar los temas que nos han ocupado.

⁴¹ Utilizando un término del idioma castellano, que corresponde a la expresión inglesa *iceberg*. Se estima que los témpanos muestran solamente una tercera parte de su volumen total.

Asimismo, constatamos que los senderos seguidos por la CAN y Mercosur, difieren profundamente y de alguna forma se complementan, al identificarse problemas y objetivos comunes, aunque con diferente grado de desarrollo en cuanto a las vías de solución.

Finalmente, cabe dejar abierto un profundo interrogante acerca de si realmente el mundo podrá apreciar la magnitud de la problemática ambiental en nuestras subregiones, y de la contribución de éstos al medio ambiente general.

INSTANCIAS JURISDICCIONALES EN DISTINTOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA LATINA Y CARIBE

*Marta Susana Sartori **

Sumario: Introducción. Integración en el Caribe: CARICOM. Corte Caribeña de Justicia. Sistema de Integración Centroamericana (SICA). Comunidad Andina de Naciones (CAN). Mercado Común del Sur -Mercosur-. Relación de los órganos jurisdiccionales con los esquemas de integración. Hacia un espacio de integración común. Hacia una corte de justicia latinoamericana. Realidad actual. Reflexiones finales.

Introducción

Distintos procesos de integración se desarrollan en el Caribe, Centroamérica y Latinoamérica cada uno de ellos con particularidades propias y objetivos acorde a la naturaleza del propio proceso. El objetivo de este análisis es destacar en cada uno de ellos el órgano jurisdiccional creado como mecanismo de solución de controversias, de interpretación del tratado constitutivo, de garante de aplicabilidad y respeto de la norma comunitaria, señalando que de los cuatro esquemas de integración abarcados tres de ellos son de carácter supranacional y a los cuales se los ha dotado de competencia y funciones ampliadas actuando en algunos casos como tribunal de apelación, inclusive como tribunal de arbitraje, de

* Magister en Derecho Internacional Público. Profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

consulta prejudicial, de legitimación procesal extendida a órganos y personas naturales y físicas, todo ello tendiente a la consecución del objetivo de cada proceso.

Integración en el Caribe: CARICOM

El proceso de integración en el Caribe está representado por la llamada CARICOM ¹.

Su nombre originario fue “Comunidad y Mercado Común del Caribe”, de acuerdo al tratado de Chaguaramas que le dio nacimiento el 4 de julio de 1973, suscrito por los primeros ministros de Barbados, Guyana, Jamaica y Trinidad y Tobago.

Casi 20 años después se modifica el tratado en febrero de 1992 con el objeto de redefinir sus objetivos. Allí se cambia el nombre al actual ².

Resulta conveniente destacar que su objetivo principal, su propósito básico consagrado en el Tratado de Chaguaramas suscrito en 1973 era la creación de una Unión Aduanera y resulta una nota distintiva en su evolución y que lo diferencia de otros procesos que este esquema trasciende la esfera comercial para considerar componentes políticos económicos y sociales no dados usualmente en otros esquemas.

Esa evolución conlleva el proyecto del establecimiento de un Mercado y Economía Unicos el que se fue implementando mediante la suscripción de 9 protocolos ³ referidos a:

Protocolo I: Reorganización administrativa

Protocolo II: Comercio de servicios, libre circulación de personas y de movimiento de los capitales.

¹ Comunidad del Caribe: en inglés Caribbean Community.

² Actualmente miembros plenos: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, República Dominicana, Grenada, Guyana, Haití, Jamaica, San Kitts y Nevis, Monserrat, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago ; Miembros Asociados: Anguila, Bermudas, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas.

³ Firmados entre 1997 y 2000, contienen los artículos que sustituyen en el tratado o en su anexo. En el 2001 tuvo lugar la aprobación del texto Revisado del Tratado.

Protocolo III: Política industrial.

Protocolo IV: Política comercial.

Protocolo V: Política agrícola.

Protocolo VI: Política de transporte

Protocolo VII: Países, regiones y sectores en desventaja.

Protocolo VIII: Políticas de competencia, defensa del consumidor y comercio desleal.

Protocolo IX: Solución de controversias.

La vigencia de esta normativa se ha dado provisionalmente a partir de julio de 2000 para unos protocolos y en julio de 2001 para los restantes⁴. Desde febrero de 2002 rige también provisionalmente el Tratado de Chaguaramas modificado.

Todo ello tendiente a lograr los objetivos de CARICOM en especial:

- integración económica;
- coordinación de políticas externas, y
- cooperación cultural, educacional, industrial, en las comunicaciones, y social.

En este proceso de integración, los órganos políticos: Conferencia de Jefes de Gobierno, el Consejo Comunitario de Ministros, los Consejos Ministeriales y la Corte Caribeña de Justicia son los impulsores y dinamizadores del esquema, resultando los tres primeros de carácter intergubernamental y la incipiente corte de naturaleza supranacional.

Corte Caribeña de Justicia

En este contexto brevemente conceptualizado interesa desarrollar el Protocolo IX relacionado con la solución de diferencias que prevé el establecimiento de la Corte Caribeña de Justicia con jurisdicción obligatoria y exclusiva para conocer de controversias relacionadas con la interpretación del Tratado Revisado y a la adopción de decisiones. Representa

⁴ Protocolos I, II, IV y VII en julio 2000 y Protocolos III, V, VI, VIII y IX en julio 2001.

entonces la instancia judicial de este esquema de integración, siendo su órgano jurisdiccional ⁵. Ello es un logro importante desde el punto de vista institucional por cuanto significa el avance más determinante hacia la profundización del proceso como garantía de la aplicabilidad de la norma comunitaria. Esta Corte tiene en algunos aspectos, diferencias particulares con relación a tribunales de otros esquemas de integración.

Cabe señalar el fomento de utilización de los otros medios alternativos de solución de controversias; para el arreglo de controversias comerciales privadas, para llegar a la última opción que es iniciar el proceso ante la Corte Caribeña.

Resulta conveniente destacar -entre otras funciones- una primordial en el sentido de asegurar los mecanismos legales necesarios tendientes al establecimiento del CSME ⁶.

Se mantiene el reconocimiento de legitimación procesal sólo a los estados para comparecer ante la Corte.

La Corte ha sido instituida con potestad para ejercer jurisdicción original y para ejercer atribuciones de apelación. En este último caso actuará considerando y determinando en apelaciones de tribunales civiles como penales con jurisdicción en los Estados Miembros de la comunidad que son parte del Acuerdo de Establecimiento de esta Corte. Está concebida para convertirse en la máxima corte de apelaciones de la subregión ⁷.

Como Tribunal Original tiene jurisdicción originaria para la interpretación y aplicación del tratado de integración, y en este sentido actuará como instancia internacional con jurisdicción obligatoria y compulsiva relacionado con aplicación del Tratado de la Comunidad y resolverá conflictos entre los miembros del CARICOM, entre ellos, y la Comunidad y bajo ciertas condiciones, las controversias en que sean parte los particulares.

La independencia de la Corte se trata de asegurar mediante un Fondo Fiduciario para afrontar los gastos de funcionamiento de la Corte, re-

⁵ El art. XXVIII del Protocolo, art. 211 del Tratado Revisado permite la utilización de seis medios voluntarios de solución de controversias, a saber: Buenos Oficios, Mediación, Consultas, Conciliación, Arbitraje y solución judicial.

⁶ “Mercado y Economía Únicos”.

⁷ También se la ha considerado fundamental debido al aumento de índices de violencia y vulnerabilidad de la región como zona de tránsito de drogas y armas.

cibirá financiamiento del Banco Caribeño de Desarrollo, y su sede permanente es en Trinidad y Tobago instalada en ella finalmente el 16 de abril de 2005, si bien mantiene una característica de itinerante.

La Corte tiene entonces una doble competencia: las que requieren ser aceptadas por los Estados Parte ⁸:

- *de apelación* (tanto en materia civil como penal)

Esta competencia de la Corte radica en la jurisdicción de apelación, como tribunal de última instancia respecto de los tribunales nacionales de los países caribeños de tradición inglesa. En este aspecto, la Corte atenderá recursos, tanto en materia civil como penal, de los tribunales de *common law* dentro de la jurisdicción de algunos países miembros de la CARICOM, reemplazando al Comité Judicial del Consejo Asesor que funciona en Londres y al cual se recurría en apelación por casos juzgados en las primeras instancias de los países caribeños; actúa como tribunal de última instancia atendiendo recursos de los tribunales de *common law* dentro de la jurisdicción de algunos países miembros de la CARICOM.

- *competencia original obligatoria y exclusiva*

Esta competencia es para cuestiones de integración que significa la interpretación del Tratado Revisado y para la adopción de decisiones ya señalada.

Algunos aspectos destacables de la solución judicial

La jurisdicción exclusiva para emitir dictámenes relativos a la interpretación y aplicación del tratado revisado ⁹.

⁸ Viene a reemplazar al Comité Judicial del Consejo Asesor, Consejo Privado de Londres (Judicial Comité of The Private Council) con sede en Londres al que los estados caribeños recurren en apelación por casos juzgados por tribunales naciones de los países miembros caribeños de tradición inglesa..

⁹ Art. XXX del Protocolo IX - art. 212 Tratado Revisado.

Si bien sólo los Estados pueden presentar una demanda en procedimientos ante la Corte Caribeña de Justicia con un permiso especial de la propia Corte, las personas físicas o jurídicas de una parte contratante podrán comparecer como partes en el proceso en determinadas situaciones especiales ¹⁰.

Una Corte o tribunal nacional de un Estado miembro entiende en un asunto cuya resolución supone una cuestión relativa a la interpretación o aplicación del Tratado Revisado y considera necesario contar con una decisión de la Corte para luego emitir su fallo, puede remitir la cuestión a la Corte para que ella determine previo a emitir el fallo ¹¹.

Permite la presentación de solicitud para la revisión de un fallo de la Corte en ejercicio de su jurisdicción original sólo en casos que se conocieran antecedentes decisivos desconocidos para la Corte y para la parte que solicita la revisión al momento en que el fallo fue emitido y que ese desconocimiento no implique negligencia por parte del solicitante ¹².

Destacable es también la obligatoriedad del precedente propia de las jurisdicciones del *commom law* establecida para la Corte con la finalidad de garantizar la certeza en las normas aplicables.

Esta doctrina del *stare decisis* conlleva la exigencia que la Corte se pronuncie de la misma manera siempre que las circunstancias del caso fueren semejantes. Ello implica el carácter de precedente de los fallos de la Corte con carácter vinculante para las partes en proceso ante ella ¹³.

El acuerdo por el que se instituye la Corte Caribeña de Justicia está formalmente en vigor desde el 23 de julio de 2002 habiendo depositado sus instrumentos de ratificación tres países, mínimo de ratificaciones requeridas por el propio Acuerdo para su entrada en vigencia ¹⁴.

¹⁰ Art. XLI del Protocolo IX - art. 222 del Tratado Revisado.

¹¹ Art. XXXII del Protocolo IX - art. 214 del Tratado Revisado.

¹² Art. XXXVIII del Protocolo IX - art. 219 del Tratado Revisado.

¹³ Art. XL del Protocolo IX - art. 221 del Tratado Revisado.

¹⁴ Belice, Barbados y Guyana son los únicos tres Estados de la CARICOM que integran como miembros plenos el mecanismo. Jamaica, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago aún no han podido aprobarla; República Dominicana tiene algunos impedimentos constitucionales, Santa Lucía iniciará las tratativas a fin de año para su ingreso.

Sistema de Integración Centroamericana (SICA)

Hablar del SICA es referir el marco institucional de la Integración Regional de Centroamérica.

Los Estados que lo constituyeron son: la República de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá adhiriéndose posteriormente Belice como miembro pleno ¹⁵, con el objetivo fundamental de la realización de la integración de Centroamérica para “constituirla como región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo”.

Mediante el Protocolo de Tegucigalpa que reformó la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos: ODECA suscripta en Panamá el 12 de diciembre de 1962 se constituyó este sistema de Integración Centroamericana el 13 de diciembre de 1991 que entró normalmente en funcionamiento el 1 de febrero de 1993.

La Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) es el órgano judicial principal y permanente del Sistema instituido por el Protocolo de Tegucigalpa y que inició sus funciones el 12 de octubre de 1994 en la ciudad de Managua, su sede permanente actual ¹⁶.

La jurisdicción y competencia regional de la Corte son obligatorias para los Estados, con potestad para juzgar y resolver con autoridad de cosa juzgada, su doctrina tendrá efectos vinculantes para los Estados y

¹⁵ Participan la República Dominicana como Estado Asociado, los Estados Unidos Mexicanos, República Argentina, Federativa de Brasil y Chile como observadores regionales, la República de China, el Reino de España, República Federativa de Alemania e Italia como observadores extrarregionales.

¹⁶ Con anterioridad funcionó la Corte de Justicia Centroamericana o Corte de Cartago que funcionó entre 1908 y 1918 y que fue el primer tribunal permanente de derecho internacional en la historia que consideró a los participantes como sujeto de derecho internacional y el primer Tribunal Internacional de Derechos Humanos. En el marco del “primer sistema Washington” fue establecida esta Corte por convención suscrita el 20 de diciembre de 1907 en Washington por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, con vigencia por diez años a partir de la última ratificación que fue la de Guatemala en marzo de 1908 quedando extinguida jurídica en marzo de 1918 al no prosperar intentos de prorrogar su vigor por problemas exógenos tales como terremotos producidos en Guatemala en la oportunidad que impidieron concretar las reuniones convocadas a tales efectos, entre otros motivos.

para los órganos y organismos del sistema y para los particulares. Su finalidad principal es la salvaguarda de los propósitos y principios del Sistema de Integración Centroamericana, la objetividad de los derechos, la igualdad de las partes y la garantía del debido proceso. Su normativa jurídica forma parte del derecho comunitario centroamericano.

Inspirada en la normativa del Estatuto de la Corte de Justicia Centroamericana de 1907 la disposición del art. 6º del Estatuto de la Corte declara a la Corte Centroamericana de Justicia representante de la conciencia nacional de Centroamérica y depositaria y custodia de los valores que constituyen la nacionalidad centroamericana.

El Protocolo de Tegucigalpa la crea en su art. 12 con remisión a su Estatuto para regular la integración, funcionamiento y atribuciones de ese órgano judicial de carácter supranacional, los presidentes de las cortes supremas de Justicia de Latinoamérica concordaron en la importancia de establecer un vínculo permanente entre esas cortes para buscar soluciones a problemas comunes, desarrollar cada una de las legislaciones y propiciar reformas tendientes a la unificación del Código de Leyes¹⁷.

Ya entonces Guatemala presentó un proyecto de convenio creador de la Corte Centroamericana de Justicia, proyecto que se concretó en diciembre de 1991 al suscribirse el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) - Protocolo de Tegucigalpa y se presentó el Proyecto de Estatuto de la Corte que está en vigencia para El Salvador, Honduras y Nicaragua desde febrero de 1994.

El Convenio de Estatuto amplía sus facultades convirtiéndola en Tribunal Internacional, en Tribunal de Arbitraje, Tribunal de Consulta y Tribunal Constitucional¹⁸. A la fecha queda pendiente solamente Costa Rica, los demás Estados son parte del convenio constitutivo de la Corte Centroamericana de Justicia.

¹⁷ Rafael CHAMORRO, "Procedimientos judiciales en la Corte Centroamericana de Justicia" http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=414&Itemid=100

¹⁸ El art. 1º del convenio establece que su constitución y funcionamiento lo es conforme las disposiciones de dicho estatuto, ordenanza, reglamentos y resoluciones emitidas por ella misma.

Es amplia y completa la jurisdicción y competencia de la Corte.

Tribunal Internacional: única instancia para resolver controversias sometidas por los Estados con la solicitud de cualquiera de ellos. La excepción está referida a las controversias fronterizas, territoriales y marítimas que requiere la solicitud de todas las partes en el conflicto.

Tribunal de Integración: en este ámbito resuelve controversias surgidas entre personas naturales o jurídicas y un Estado; o con alguno de los órganos u organismos del sistema.

Entre otras cuestiones atiende acciones de nulidad o incumplimiento de los acuerdos de los organismos, disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o de otra clase dictadas por un estado cuando afecten convenios, tratados y cualquier normativa del derecho de la integración y de los acuerdos o resoluciones de sus órganos u organismos, asuntos sometidos directa e individualmente por cualquier afectado por los acuerdos del órgano u organismo del sistema.

En última instancia, en apelación, las resoluciones administrativas dictadas por los órganos u organismos del sistema cuando afecten directamente a un miembro de su personal y cuya reposición ha sido denegada.

Desempeña funciones de tribunal de consulta permanente con carácter ilustrativo al responder a las cortes supremas de Justicia de Centroamérica igualmente a los Estados sobre consultas referidas a interpretación de cualquier tratado o convención vigente o conflictos de los tratados entre sí o con el derecho interno de cada Estado.

Es tribunal de consulta prejudicial con facultad para resolver toda consulta requerida por juez o tribunal judicial en caso pendiente de fallo tendiente a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del sistema.

Es Tribunal de consulta de los órganos u organismos del sistema, de la interpretación y aplicación del Protocolo de Tegucigalpa y de los instrumentos complementarios y actos derivados de ellos, de carácter obligatorio las consultas evacuadas.

Funciona como Tribunal de Arbitraje cuando las partes lo soliciten o cuando lo solicitaren también para conocer en una controversia entre un Estado centroamericano y otro que no lo sea.

Función a destacar en el ámbito de la integración jurídica es la de realizar estudios comparativos de las legislaciones de Centroamérica para lograr su armonización y elaborar proyectos de leyes uniformes que la consoliden.

La facultad de la Corte es determinar su propia competencia en cada caso concreto que se le somete, interpretar los tratados o convenciones correspondientes al asunto en litigio y aplicar los principios del derecho de integración y del derecho internacional.

Se excluye de su competencia la materia de derechos humanos la que corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como aspectos destacables de la normativa de esta Corte entre otros:

- Legitimación de personas particulares como sujetos procesales activos con igual capacidad que los Estados, órganos u organismos del Sistema de Integración Centroamericana para comparecer ante la Corte,

- Los magistrados son electos por las cortes supremas de los países miembros permitiéndoles así actuar con total independencia en sus funciones.

- Fundamentalmente la facultad de emitir su propia normativa de procedimiento y de ejercicio de sus funciones que le ha dado la característica de ser el primer órgano supranacional del Sistema de la Integración Centroamericana que se da sus propias normas sin intervención de ningún otro órgano del Estado y ser sus resoluciones vinculantes y de obligatorio cumplimiento, para los estados, órganos y organismos del sistema y particulares.

La competencia de la Corte se establece con exclusión de cualquier otro tribunal, resuelve con autoridad de cosa juzgada y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos, y organizaciones del SICA y para sujetos de derecho privado. Se la ha señalado como el Tribunal de Justicia que mejor garantiza el *ius standi* de los particulares o su derecho de acceso a la Corte.

Comunidad Andina de Naciones (CAN)

El proceso andino parte de un acuerdo marco similar a las constituciones nacionales donde se establecen normas generales para ser desarrolladas a través de las instituciones creadas a tales efectos. Consagración de un ordenamiento jurídico andino que implica la existencia de jerarquía de normas y permite garantizar el principio de legalidad, determinando que la integración sea un proceso jurídico.

El Acuerdo de Cartagena que da nacimiento al Pacto Andino se ha podido adecuar desde el punto de vista jurídico a los cambios que implican pasar de un modelo cerrado de integración económica a un modelo abierto al tratarse de un acuerdo marco; continúan siendo válidos los objetivos para alcanzar la integración de América Latina, facilitando un cambio en los instrumentos, con flexibilidad jurídica.

En breve referencia a sus antecedentes, surge como Pacto Andino por el Acuerdo de Cartagena ya mencionado el 26 de mayo de 1969 suscrito por Bolivia., Ecuador, Perú y Venezuela con el propósito de establecer una Unión Aduanera en el término de diez años.

A lo largo de 30 años, el proceso de integración andino ha atravesado por distintas etapas: desde una concepción básicamente cerrada de integración hacia adentro, luego se reorientó hacia un esquema de regionalismo abierto.

El Acuerdo de Cartagena ha sido modificado por distintos protocolos, el último de ellos conocido como Protocolo de Trujillo suscrito en 1996 introdujo profundas modificaciones institucionales que implican la creación de lo que hoy se llama “Sistema Andino de Integración”.

La Comunidad Andina de Naciones es una organización subregional con personalidad jurídica internacional que inició sus funciones en agosto de 1997 formada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú ¹⁹.

Sus objetivos son:

- promover el desarrollo equilibrado y armónico de sus países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social y fundamentalmente,
- impulsar su participación en el proceso de integración regional con miras a la formación gradual de un Mercado Común Latinoamericano,
- mejorar la posición de los países miembros en el contexto económico internacional,
- procurar el mejoramiento persistente en el nivel de vida de sus habitantes.

¹⁹ Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay son asociados; México y Panamá tienen la condición de países observadores.

El Acuerdo de Cartagena establece el órgano jurisdiccional de la Integración, señala las normas que forman parte del ordenamiento jurídico de la integración y consagra el principio de aplicabilidad directo y carácter vinculante de las decisiones.

Cuenta también con otras normas que emanan de los órganos del Sistema Andino de Integración que es el conjunto de órganos e instituciones que tiene como finalidad permitir una coordinación efectiva entre sí para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración: Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y el Consejo Andino de Ministros.

En la estructura de este sistema interesa destacar como órgano deliberante al Parlamento Andino²⁰ de naturaleza comunitaria y representa a los pueblos; hasta ahora son electos por los congresos nacionales.

El Parlamento participa en la generación normativa del proceso mediante sugerencias a los órganos del sistema, de proyectos de normas de interés común y se encarga de promover la armonización de las legislaciones de los países miembros y las relaciones de cooperación y coordinación con los parlamentos de los países andinos y de terceros países.

El órgano jurisdiccional es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación en interpretación uniforme de todos los países miembros, actúa salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los países miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino.

Tiene competencia territorial en los cuatro países, con sede permanente en Quito, Ecuador.

Función primordial:

- controlar la legalidad de la norma comunitaria mediante la acción de nulidad, interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina para asegurar la aplicación uniforme de las normas en el territorio de los países miembros, y

²⁰ Se ha comenzado con el proceso de elección de sus miembros por votación directa y universal en los países miembros.

- dirimir las controversias.

El objeto de los procedimientos judiciales es asegurar la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción, la salvaguardia del espíritu de la integración, el respeto de la igualdad jurídica de las partes y la garantía del debido proceso.

A su vez, nuevas competencias le asignó el Protocolo de Trujillo, entre ellas, el Recurso por Omisión o Inactividad, la Función Arbitral, la de Jurisdicción Laboral, en vigencia desde 2001 ²¹.

Los jefes de Estado que suscribieron el tratado de su creación recomendaron su pronta entrada en vigencia y destacaron que ello constituía la primera experiencia latinoamericana que dotaba al derecho de integración de una instancia jurisdiccional e interpretativa.

Dicho Tribunal inició sus actividades en enero de 1984 ²².

Integrado por un magistrado ciudadano nacional de cada país miembro, actúa y aplica el ordenamiento comunitario andino, actúa como instancia única y sus sentencias tienen fuerza obligatoria, autoridad de cosa juzgada y se aplican directamente en la Comunidad Andina de Naciones al día siguiente de su notificación, sin necesidad de homologación.

Destacable entonces que este Sistema de Solución de Controversias adoptado por la Comunidad Andina de Naciones radica en la delegación estatal en favor de un órgano jurisdiccional, se aplica en el territorio de los países miembros que tienen capacidad para acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina empleando los distintos mecanismos procesales regulados en su tratado y estatuto ²³.

El Tribunal administra el sistema con autonomía e independencia jurisdiccional en virtud de la competencia conferida por su tratado constitutivo y en su calidad de órgano jurisdiccional de este acuerdo de integración subregional.

²¹ La estructura inicial institucional del pacto no contemplaba este órgano, así diez años después se completa el sistema con la creación de este tribunal que evidentemente perfecciona y completa la estructura y sistema de este proceso.

²² Fue modificado nuevamente por el Protocolo de Cochabamba en 1996 en vigor desde 1999.

²³ Los países miembros, los órganos e instituciones que forman parte del Sistema Andino de Integración y bajo determinadas condiciones los particulares, sean éstos personas físicas (naturales) o jurídicas.

Acciones como la de nulidad, de incumplimiento pueden ser interpuestas también por los particulares; en esta última brinda la posibilidad para que directamente ante sus propios ordenamientos jurídicos nacionales o previo paso por el tribunal andino obtengan la indemnización que les corresponda, estando establecida como una innovación del derecho andino.

La interpretación prejudicial: es un mecanismo reservado a los jueces nacionales, pieza clave que asegura la aplicación uniforme de las normas del ordenamiento y convierte automáticamente en jueces comunitarios a los jueces nacionales estableciendo cooperación horizontal con los órganos judiciales nacionales.

El recurso por omisión o inactividad se interpone ante inactividad de órganos obligados expresamente a ello por la normativa de la CAN, y puede ser solicitado por los países miembros y las personas naturales o jurídicas.

La función arbitral también le compete resultando curioso que un órgano de su naturaleza pueda ejercer ese tipo de competencias, la que aún no ha sido desarrollada reglamentariamente ni requerida para actuar arbitralmente.

Como última competencia de este Tribunal puede conocer en controversias laborales al suscitarse conflictos entre órganos e instituciones del sistema y los funcionarios empleados o trabajadores que cumplen sus tareas en ellos.

Así estructurada esta Comunidad Andina supone responder a los desafíos del siglo XXI.

Desde el 2005 ha incorporado a la Integración Latinoamericana como un objetivo prioritario dentro de la Agenda Andina, intentando hacer de la Comunidad Andina un espacio que articule Sudamérica, Centroamérica y Caribe.

Mercado Común del Sur -Mercosur-

Nace con el tratado de Asunción de 1991, integrado por Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay ²⁴.

²⁴ Países asociados: Chile, Bolivia, Perú, Colombia, Ecuador y Venezuela.

Es considerado el principal de los acuerdos subregionales de integración ²⁵.

El derecho que regula el Mercosur está comprendido por el derecho originario o primario contenido en el tratado fundacional, Tratado de Asunción de 1991, el Protocolo de Brasilia de 1993, el de Ouro Preto de 1995 ²⁶ y el Protocolo de Olivos de febrero de 2004. En las decisiones, resoluciones y directivas emanadas de los distintos órganos de este proceso encontramos el llamado derecho secundario o derivado.

El sistema de solución de controversias del Mercosur se inició en un sistema originario de arbitraje, teniendo en cuenta la soberanía del Estado, sin generar jurisprudencia hasta la adopción del Protocolo de Olivos que creó el Tribunal Permanente de Revisión ²⁷.

Este Tribunal Permanente tiene competencia sobre las controversias entre los Estados Parte sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, los otros protocolos como así también de los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y de las decisiones del Mercado Común ²⁸.

La creación de un Tribunal de Justicia con competencia supranacional y funcionamiento permanente sería la respuesta a la disposición del punto 3 del Anexo III del Tratado de Asunción que dispone la adopción de un “Sistema Permanente de Solución de Controversias”.

Esta función en principio está cumplida por el Tribunal Permanente de Revisión que tiene competencia para:

- Dictar medidas provisionales;
- Actuar como Tribunal de Revisión;
- Actuar como instancia única, por acuerdo de partes;
- Evacuar opiniones consultivas.

²⁵ El esquema que parece haberse consolidado de manera más sólida es el Mercosur.

²⁶ Este Protocolo establece la estructura institucional del Mercosur.

²⁷ El 18 de marzo de 2002 entró en vigor el 13 de agosto de 2004.

²⁸ “Para garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo, de forma consistente y sistemática”.

Relación de los órganos jurisdiccionales con los esquemas de integración

En estos esquemas de integración analizados surgen las diferencias de los órganos jurisdiccionales de cada uno de ellos en cuanto a su naturaleza jurídica, su competencia y funciones.

El informe del SELA ²⁹ ha señalado que hay insuficiencia institucional en estos procesos a nivel “del funcionamiento interno de los países de la región en cuanto a la aplicación eficaz de los compromisos de integración adquiridos, problemas presentes en las actuales estructuras de cada uno de los esquemas y en los grados muy dispares que entre ellos existen de consolidación de dichas estructuras e insuficiencias relacionadas con las dificultades que habría que enfrentar para adecuar esas estructuras a los fines de un proceso de articulación y convergencia de la integración regional”.

Como la propia estructura institucional difiere, difiere también la eficacia y efectividad de estos órganos jurisdiccionales señalados que aún y a pesar de las acabadas funciones y competencias que tienen algunos de ellos, se diluye la verdadera esencia de la integración al no poder tener aplicabilidad fehaciente la propia normativa tendiente a su concreción.

Las diferencias institucionales demuestran que en varios países miembros de estos distintos esquemas subsisten aún impedimentos constitucionales para la aplicabilidad directa de la norma, que aún cuando se diera esa aplicabilidad, la interpretación puede ser diferente para cada Estado, y justamente lo señalado es otro importante impedimento para avanzar hacia un grado de integración regional dado los distintos niveles de desarrollo que tiene este llamado “derecho comunitario” y distinta ubicación en los textos constitucionales.

Justamente una de las características a señalar en estos procesos es que en algunos de ellos falta un orden de jerarquía entre norma comunitaria y legislación interna, y por ende, la no aplicabilidad directa y obligatoria en los Estados miembros de la normativa emanada del órgano comunitario en tanto no se dé el reconocimiento o aceptación del carácter de supranacional de alguno de ellos.

²⁹ Informe del 3 y 4 de julio/2007 - SP/RR/IIALC/DT N° 07.

En este espacio de Latinoamérica y el Caribe conviven tribunales de los procesos de integración como los ya señalados y otros mecanismos de solución de controversias³⁰ más específicamente en el ámbito comercial³¹ y de las inversiones sin dejar de lado a la Organización Mundial del Comercio.

Hacia un espacio de integración común

La tendencia de intentar una integración regional requiere como paso previo un replanteo de todo el proceso de integración y una valoración jurídica de toda la normativa que ha dado lugar a los actuales procesos traducida en todos los tratados, acuerdos y protocolos para lograr un marco adecuado común.

En ese sentido cabe destacar ciertos interrogantes surgidos a la luz de los últimos acontecimientos que cuestionan la integración señalando que esta trama de procesos y de diferencias muestran una tendencia más hacia la dispersión y diversos niveles de cohesión en vez de orientarse hacia la conformación de una comunidad regional que ha determinado la proliferación de acuerdos bilaterales, trilaterales y subregionales en vez de uno solo con sus propias regulaciones.

El rumbo de la integración latinoamericana parece entonces algo incierto frente a la fragmentación de los procesos y las dificultades que enfrenta cada bloque regional para profundizarla.

Hacia una Corte de Justicia latinoamericana³²

Si bien el Mercosur es señalado como el proceso de integración más consolidado aun careciendo de un órgano jurisdiccional de las características

³⁰ Arbitraje en el Mercosur hasta la adopción del Protocolo de Olivos y luego el Tribunal Permanente de Revisión.

³¹ CIADI, Banco Mundial.

³² I Foro de Resolución de conflictos en los Procesos de Integración Regional de América Latina, que tuvo lugar en el Salón Azul de la Facultad de Derecho de la UBA el

de la Corte Centroamericana de Justicia, de la Corte de Justicia del Caribe y del Tribunal de Justicia Andino, un proceso de integración regional requiere, en consecuencia, una Corte de Justicia que asuma de manera permanente la máxima responsabilidad judicial en América Latina y el Caribe.

Ello significaría previamente una verdadera transferencia del poder estatal hacia entes distintos de los ámbitos internos de cada Estado que generen instituciones supranacionales con primacía del derecho comunitario sobre los derechos internos.

La creación de este tribunal y la interpretación jurisprudencial que elabore al integrarse con el derecho interno de cada Estado Parte que evidentemente debe estar armonizado, es un eficaz recurso para lograr la seguridad jurídica y para generar una única y particular tutela jurisdiccional en este proceso de integración común.

Realidad actual

Diversos factores entre ellos la posible falta de voluntad política de la mayor parte de los Estados y gobiernos de América Latina y el Caribe pueden explicar los actuales déficits institucionales, económicos, sociales, democráticos y funcionales que exhiben actualmente los procesos de integración comentados tales como el SICA, la CARICOM, la CAM, el

12 de noviembre de 2009; el magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Dr. Ricardo Vigil Toledo examinó el rol del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y propuso una Corte Suprema para Indoamérica -en lugar de Iberoamérica- para resaltar lo autóctono. Señaló que la organización, creación y competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina resultan de una consolidación del bloque regional y aseveró que el proceso andino difiere sustancialmente de los otros procesos regionales. Postuló además que la consulta prejudicial ha sido la constructora de la Comunidad Europea por la importancia que tiene porque se ha convertido en el elemento fundamental de la integración debido a que “las características fundamentales del Tribunal Europeo no están en el Tratado sino en la jurisprudencia del Tribunal, allí se sentaron las bases que luego se tomaron para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Al respecto opinó que las consultas prejudiciales deben ser vinculantes y obligatorias, ya que en caso contrario no habría la posibilidad de hacer un acercamiento más profundo. Señaló que *“la integración consiste en una norma común interpretada de manera uniforme”*.”

Mercosur además de otras organizaciones y organismos de concertación política y cooperación económica que han intentado e intentan la integración regional ³³.

En los esquemas actuales quizás se haya debilitado también la esencia de la integración tal como fuera concebida en su momento la actual Unión Europea y los primeros proyectos en América Latina ³⁴ porque al superponerse los intereses de los diferentes esquemas no es posible llevar a cabo los propósitos planteados en sus cartas constitutivas ³⁵.

Reflexiones finales

De acuerdo con la Declaración de Salamanca ³⁶, “(e)l arreglo pacífico de controversias constituye uno de los principios fundamentales y un elemento irrenunciable del derecho internacional contemporáneo, que contribuye al mantenimiento de relaciones internacionales pacíficas y al respeto efectivo de la legalidad internacional”.

“La irrupción de los tribunales internacionales en el derecho internacional contemporáneo ha introducido un notable dinamismo en el sistema de arreglo de controversias, pero al mismo tiempo nos sitúa ante la problemática de la fragmentación del sistema jurisdiccional internacional y las consecuencias que ello puede tener a mediano plazo en el ordenamiento jurídico internacional y nos obliga a redefinir el modelo de relación entre el derecho internacional y los derechos estatales...”.

La conveniencia de una Corte de Justicia Latinoamericana coadyuvaría a la aplicación del marco conceptual de solución de controversias acorde a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tra-

³³ ALADI, SELA, Grupo de Río, AEC: Asociación de Estados del Caribe, entre otros.

³⁴ Sociologías, Porto Alegre, año 7, N° 14, jul/dic. 2005, págs.62-109

³⁵ María Elena PRADO SIFONTES, “El proceso de integración en América Latina y el Caribe”, Revista Ambito Jurídico, Río Grande, 31/5/05.

³⁶ Declaración de Salamanca, Iberoamérica ante los retos del Derecho Internacional en el Siglo XXI, Salamanca, 10 y 11 de octubre de 2005.

tados de 1969 y las técnicas jurídicas tradicionales relativas a las relaciones entre derecho especial y general, anterior y posterior, entre diferentes niveles jerárquicos y con las relaciones entre el “derecho y su medio ambiente normativo” porque uno de los principales problemas derivados de la fragmentación deviene que los tribunales de los distintos sistemas no apliquen el derecho internacional o su interpretación y aplicación sea de distintas maneras que al ser inclusive antagónicas afectan la seguridad jurídica ³⁷.

La Dra. Zlata Drnas ³⁸ ha expresado: *“Indudablemente, que un sistema de integración regional posea un órgano jurisdiccional de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho del sistema regional integrador y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Estados Miembros, constituye un importantísimo y decisivo aporte a una dinámica eficiente del sistema...”*.

Trasladando lo señalado a un espacio ampliado común que permita alcanzar el estadio de integración regional latinoamericana y Caribe común con la instauración de un órgano jurisdiccional único debe implicar sin lugar a dudas y tal como lo señalara Raymundo Barros Charlín ³⁹ intentar un esquema de integración abordado con criterio absolutamente regional y atendiendo temas que por su naturaleza son de interés común para la región y comprendida en un todo su dimensión regional para no copiar modelos novedosos y/o promisorios pero carentes a todas luces de realismo.

³⁷ Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, “La proliferación de tribunales internacionales en el espacio iberoamericano”, Revista Electrónica Iberoamericana, vol. 2, N° 2, 2008.

³⁸ Zlata DRNAS DE CLÉMENT, “Un análisis comparativo de distintos sistemas de solución de controversias en zonas latinoamericanas de integración: Sistema de Integración Centroamericano (SICA), Comunidad Andina (CAN) y Mercosur (MS)”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), <http://www.acader.org.ar>

³⁹ Raymundo BARROS CHARLÍN, “Parámetros jurídico-institucionales de la integración latinoamericana”, Estudios de Integración Latinoamericana, setiembre de 1993, págs. 29-32.

LA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO: ALCANCES DEL ARTÍCULO 260 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA ¹

Christian G. Sommer *

Sumario: I. Introducción. 1. El control de cumplimiento del derecho comunitario europeo. II. La aplicación del art. 260 por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Las infracciones generales y estructurales o persistentes como incumplimiento del derecho comunitario. 2. La evolución en la aplicación del art. 260 del TFUE. 3. La postura del TJUE sobre los alcances interpretativos del art. 260.2 (3). 4. Sobre los cálculos de los montos en las multas pecuniarias del art. 260.2. III. Conclusiones.

I. Introducción

La correcta aplicación del derecho comunitario, es sin duda uno de los elementos esenciales que hacen al adecuado funcionamiento de las

* Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y del Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba y Universidad Nacional de Córdoba.

¹ El presente escrito es parte de una investigación realizada en el marco de una beca de investigación en el Instituto de Derecho Comunitario Europeo y Derecho Internacional Público de la Universidad de Innsbruck (Austria), perteneciente a la Red EULATIN II, del Programa Europeo ALFA II, financiado por la Comisión Europea. Co-Directores: Univ. Prof. DDr. Waldemar Hummer (Universidad de Innsbruck) y Prof. Dra. Zlata Drnas de Clément (Universidad de Córdoba).

instituciones en un Sistema de Integración Regional. Es que una vez que los Estados Miembros deciden la creación y aplicación de un derecho comunitario, por encima de sus derechos nacionales, el velar por que tales normas se apliquen correctamente, es una tarea primordial para que el sistema de la Comunidad no se vea vulnerado frente a los actos que los mismos Estados Miembros o sus instituciones suelen producir, en desmedro de otros Estados Miembros, o más aún de sus propios ciudadanos, ahora ya ciudadanos de una Comunidad que trasciende sus fronteras nacionales.

El actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), prevé en sus arts. 258 al 260, el procedimiento por el cual se llevarán a cabo el control e imposición de multas por el incumplimiento de la aplicación del derecho comunitario en los Estados Miembros de la Unión.

En este acotado trabajo mencionaremos, por una parte, los mecanismos que hacen al funcionamiento del sistema de control e imposición de multas por el incumplimiento del derecho comunitario y, en particular, profundizar lo atinente a los alcances del art. 260 del Tratado, a través de las disposiciones emanadas tanto por la Comisión Europea como por las sentencias que ha dictado el Tribunal de Justicia la Comunidad (hoy Unión Europea).

1. El control de cumplimiento del derecho comunitario europeo

La búsqueda de un mejor control sobre la aplicación del derecho comunitario, ha constituido entre los Estados de la (en su momento, Comunidad Europea) actual Unión Europea, uno de sus objetivos primordiales, para así procurar fortalecer el sistema comunitario ². Por ello, los

² Sobre un análisis del sistema jurídico de la Unión Europea ver: Carlos JIMÉNEZ PIERNAS, "El incumplimiento del derecho comunitario por los Estados Miembros cuando median actos de particulares. Una aportación al debate sobre la interdependencia del derecho comunitario y derecho internacional", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año N° 4, N° 7, 2000, pág. 15 y ss.; Rafael CHAMORRO MORA - Carlos F. MOLINA DEL POZO (coords.), *Derecho Comunitario Comparado. Unión Europea- Centroamérica*. Managua, Edit. Corte Centroamericana de Justicia - Fundación Konrad Adenauer, 2003;

Estados ya habían plasmado en la normas de los tratados constitutivos de 1951 y 1957, referencias a la importancia de cumplir y controlar la aplicación del derecho por ellos instituido³⁴.

El actual art. 258 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), firmado en Lisboa en el 2007, establece el procedimiento que ejecuta la Comisión Europea (en adelante, la Comisión), cuando se recibe una denuncia por la cual un Estado Miembro habría vulnerado las normas comunitarias, no aplicando la normativa suprallegal o haciendo un uso erróneo de ésta. Cabe recordar que esta disposición, se incorporó como art. 169 en la versión consolidada del Tratado de Maastricht de 1992⁵. *A posteriori*, esta disposición

Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Marid, Thomson-Civitas, 2007; Alejandro PEROTTI, *Habilitación Constitucional para la integración comunitaria*, Curitiba, Juruá, 2007; SCHWEITZER-HUMMER-OBWEXER, *Europarecht. Das Recht der Europäischen Union*, Viena, Ed. Manz, 2007; Damian CHALMERS, y otros, *European Union Law*, Cambridge, University Press, USA, 2008.

³ Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el 18 de abril de 1951. Expiró el 23 de julio de 2002. Artículo 5º. (...) *adoptará las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas establecidas en el presente Tratado. Artículo 8: La Comisión estará encargada de asegurar la consecución de los objetivos fijados en el presente Tratado en las condiciones previstas en éste. Artículo 31. El Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia garantizarán, en el marco de sus respectivas competencias, el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado.*

⁴ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 25 de marzo de 1957 (modificado por los tratados de Maastricht (1992), Amsterdam (1997), Niza (2001)). Con el nuevo Tratado de Lisboa, se dejan sin efecto las anteriores denominaciones de Comunidad Europea. Artículo 3 B.- *La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. Artículo 5. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultante de los actos de las Instituciones de la Comunidad (...). Artículo 10. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.*

⁵ Artículo 169 (actual art. 258 del TFUE). *Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente*

se plasmó en el art. 226 de la consolidación del TCE por las modificaciones del Tratado de Niza. Hasta el Tratado de Maastricht, el control y las disposiciones que la Comisión establecía sobre una infracción al derecho comunitario, sólo tenían un mero valor declarativo, exhortándose al Estado involucrado a modificar los hechos o actos que vulneraban la normativa regional. A partir del Tratado anteriormente aludido, la Comisión pudo solicitar al Tribunal, que éste se abocara a conocer por el incumplimiento del derecho de comunitario y, en su caso, solicitar la imposición de multas económicas al Estado Miembro que no haya ejecutado una sentencia por incumplimiento, en la cual el Tribunal había ordenado se adoptaran las medidas necesarias para poner fin a los hechos o actos que vulneraban las normas comunitarias. Fruto de esto último, surgió lo establecido en el art. 171 del TCE ⁶. Con las modificaciones del Tratado de Niza, estas prescripciones se enunciaron en el art. 228. A su vez, y como una nueva incorporación de potestades de la Comisión y el Tribunal comunitario, al art. 260 del TFUE (Tratado de Lisboa), se le ha introducido un tercer párrafo, el que reza:

(3). Cuando la Comisión presente un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del art. 258 por considerar que el

Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia.

⁶ Artículo 171 (actual art. 260 del TUE). *1. Si el Tribunal de Justicia declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. 2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia. Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia. La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado. Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.*

Estado miembro afectado ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias.

Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado Miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia.

Esta última incorporación al art. 260 del TFUE, ha venido a plasmarse como consecuencia de los diversos casos en los cuales los Estados no llevan adelante en forma efectiva sus obligaciones comunitarias de “transponer” adecuadamente las normas comunitarias (particularmente las Directivas) en sus ordenamientos jurídicos. Así basta citar algunos casos anteriores a la entrada en vigor del actual TFUE por el cual el Tribunal multó a Estados Miembros por ese motivo. A raíz del establecimiento de la Directiva 2005/36/CE referida al reconocimiento de cualificaciones profesionales, tanto Austria (C-477/08), como Francia (C-468/08) fueron multadas por el Tribunal por no haber respetado el plazo de transposición de la normativa comunitaria establecida para octubre de 2007^{7 8}.

Este rol de la Comisión, de velar por la aplicación del derecho comunitario, se encuentra expresamente plasmado en el actual art. 17 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) como una de las funciones principales de la Comisión⁹. A ésta le corresponde (a la par de otros órganos) ser el guardián de la correcta aplicación del *acquis communautaire* y es concordante con la obligación general que los Estados Miembros tienen de adoptar todas las medidas generales

⁷ Comisión c/ Austria. Asunto C-477/08. Sent. del 24/9/09.

⁸ Comisión c/ Francia. Asunto C-468/08. Sent. del 1/10/09.

⁹ Artículo 17. (...) *La Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de éstos. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...).*

o particulares para asegurar el cumplimiento del Tratado, tal lo prescripto principalmente en los arts. 3º y 4º del TUE.

A su vez, el actual art. 259 del TFUE, prevé la posibilidad de que los propios Estados Miembros lleven ante el Tribunal comunitario, una presentación por incumplimiento del derecho europeo ¹⁰. Este procedimiento ha sido aplicado en forma esporádica por los Estados. Es comprensible que los Estados eviten acudir a un tribunal comunitario procurando, o bien subsanar los incumplimientos acaecidos con otras medidas compensatorias o, evitando dar conocimiento de tales hechos a la Comisión. Como señala Alonso García, la escasa utilización de esta acción se debe “*al temor de provocar una suerte de ‘bola de nieve’, en el sentido de que cuando un Estado miembro comienza una batalla contra otro, los demás pueden imitarle, y así sucesivamente, hasta provocar una cadena que agrandaría la conflictividad entre los socios*” ¹¹. Sin embargo existen algunos casos en los cuales, los Estados Miembros ejercieron ese derecho ¹².

El proceso por incumplimiento del derecho comunitario llevado adelante por la Comisión, en lo que respecta al art. 258 del TFUE, suele constituirse en la práctica, en un proceso demasiado prolongado en algunos casos, llegando a transcurrir uno o dos años, hasta que la Comisión

¹⁰ Artículo 259. *Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado. Antes de que un Estado miembro interponga, contra otro Estado miembro, un recurso fundado en un supuesto incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, deberá someter el asunto a la Comisión. La Comisión emitirá un dictamen motivado, una vez que los Estados interesados hayan tenido la posibilidad de formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio. Si la Comisión no hubiere emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, la falta de dictamen no será obstáculo para poder recurrir al Tribunal de Justicia.*

¹¹ Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pág. 173.

¹² Francia c/ Irlanda. Caso 58/77 -1978- (archivado por desistimiento). Francia c/ Reino Unido. Caso 141/78 - Sentencia del 4 de octubre de 1979. España c/ Reino Unido. Caso C-349-92. (archivado por desistimiento). Bélgica c/ España. Caso C- 388/95. (sentencia del 18 de mayo de 2000). España c/ Reino Unido C- 145/04 (desestimado por sentencia del 12 de septiembre de 2006).

eleva el caso al TJUE ¹³. Ello es así porque, una vez que la Comisión considera que la denuncia presentada ante ella por un ciudadano o una institución de un Estado Miembro, es viable de ser considerada, ésta pone en conocimiento al Estado del asunto en cuestión para su respectivo descargo. Si en un determinado plazo, el Estado no da “solución al caso planteado” o no responde las solicitudes de la Comisión, recién allí, la Comisión elaborará el dictamen a que hace alusión el art. 258 ¹⁴.

Es decir, antes de que se dé inicio al procedimiento del art. 258, la Comisión procura por todos los medios que el caso denunciado se solucione a través de acuerdos entre el/los denunciantes y el Estado, intentando evitar que se empleen los medios legales para demandar a un Estado por incumplimiento del derecho comunitario. El art. 258 del Tratado faculta a la Comisión el iniciar una acción legal contra un Estado Miembro que esté incumpliendo con sus obligaciones.

Tal como señalamos anteriormente, si considera que pudo haber una infracción de la normativa comunitaria que legitime la apertura de un procedimiento de infracción, la Comisión dirige al Estado Miembro implicado una *carta de emplazamiento* (primer escrito de apercibimiento) invitándole a presentar sus observaciones dentro de un determinado plazo, por lo general de dos meses.

A la vista de la respuesta o de la ausencia de respuesta del Estado Miembro, la Comisión puede decidir enviarle un “dictamen motivado” (segundo y último escrito de apercibimiento) en el que, tras exponer de forma clara y definitiva los motivos por los que considere que ha habido una infracción de la normativa comunitaria, insta al Estado Miembro para que cumpla con sus obligaciones dentro de un plazo, que normalmente es también de dos meses. Si, pese a ello, el Estado Miembro no se atiene a lo

¹³ Según informes de la Comisión, se suele tardar 19 meses en archivar una denuncia antes del envío de un requerimiento y unos 238 meses cuando un caso se archiva entre el envío del requerimiento y el momento en que se emite el dictamen motivado. A su vez, suele demorarse unos 50 meses cuando se archiva un caso después de emitirse el dictamen motivado y antes que se envíe el asunto al Tribunal (COM 2007) 502, del 5/9/2007. “Una Europa de resultados”. La aplicación del derecho comunitario).

¹⁴ Incluso en algunos casos, aunque podría haber causales de inicio del procedimiento, la Comisión tiene la potestad de no hacerlo.

dispuesto en el dictamen motivado, la Comisión puede decidir llevar el caso al TJUE (art. 258) y, si este último considera que se ha infringido el derecho comunitario, se exige al Estado Miembro que tome las medidas necesarias para corregir su infracción (art. 260.1).

En caso de que no se cumpla adecuadamente la sentencia por parte del Estado, la Comisión podrá solicitar nuevamente al Estado, por medio de otra “carta de emplazamiento” toda la información necesaria para corroborar el estado de aplicación de las obligaciones impuestas por el Tribunal. Son numerosos los casos por los cuales la Comisión efectiviza el procedimiento de emplazamiento para que los Estados cumplan las sentencias del Tribunal ¹⁵.

En caso de que ésta no se cumplimentara, la Comisión podrá solicitar la aplicación de las multas previstas en los arts. 260.2 y 260.3, como una medida tendiente a que el Estado cumpla con el respeto al derecho comunitario.

Por último, entre las nuevas potestades de la Comisión (con las reformas del Tratado de Lisboa), ésta podrá iniciar acciones por incumplimiento de las obligaciones estatales en relación con las medidas relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, incluso, las adoptadas antes del Tratado de Lisboa. Esta posibilidad se materializaría una vez transcurridos cinco años de la vigencia del Tratado de Lisboa y sería acorde con lo establecido en el art. 10.1 del Protocolo N° 36 del Tratado aludido.

II. La aplicación del art. 260 por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Desde su constitución, el TJUE ha recorrido un largo camino en pos de garantizar el respeto del derecho comunitario, la interpretación y aplicación uniforme del derecho suprallegal de la Comunidad (hoy Unión)

¹⁵ Comisión c/ Bélgica. Caso C-471/98. Sentencia del 5 de noviembre de 2002; Comisión c/ Alemania. Caso C-20/01 y C-28/01. Sentencia del 10 de abril de 2003; Comisión c/ República Checa. Caso C-115/07. Sentencia del 28 de abril de 2007; Comisión C/ Polonia. Caso C-227/07. Sentencia del 13 de noviembre de 2008; Comisión c/ Reino Unido. Caso C-346/08. Sentencia del 22 de abril de 2010, entre otros casos.

Europea, ya sea devenida del derecho originario como del derivado ¹⁶. Parte de ese objetivo se busca asegurar a través de la aplicación de los arts. 258 a 260 del TFUE.

Así, sus sentencias en temas relativos al mercado interior, a la proporcionalidad en las restricciones a las libertades de libre circulación de mercaderías, trabajadores y servicios, a la defensa del consumidor y temas sobre la protección del ambiente y la supremacía del derecho comunitario; han consolidado la labor del Tribunal y de la propia institucionalidad comunitaria ¹⁷. Sin embargo, no siempre los Estados que fueron multados por incumplimiento del derecho comunitario acataron lo resuelto por el Tribunal comunitario y revirtieron o subsanaron los hechos o actos por los cuales fueron sancionados en una primera instancia. De allí que la Comisión suele procurar nuevas formas de compeler a los Estados Miembros al cumplimiento de las disposiciones del Tribunal.

En 1996, la Comisión publicó una primera comunicación relativa a la aplicación de la disposición del art. 260.2 ¹⁸. Esta postura asumida por la Comisión no estuvo exenta de críticas, siendo las primeras emanadas por los abogados generales del Tribunal ¹⁹. El abogado general Giuseppe

¹⁶ Cabe recordar el valor de normas self-executing que poseen estas normas comunitarias europeas, desde el momento de su publicación, y por ende la obligación de todo Estado Parte de adecuar la normativa local.

¹⁷ *Sobre el Principio de Proporcionalidad*: Caso Internationale Handelsgesellschaft (C- 11/70 ECR 1125); *Sobre el libre movimiento de mercaderías y las restricciones cuantitativas*: Caso Rewe-Zentral AG –“Cassis de Dijon” (C- 120/78 ECR 649); *Sobre la Doctrina del Efecto Directo de las normas del Derecho Comunitario*: Caso Van Gend & Loos (C- 26/62 ECR 1); *Sobre el Principio de Supremacía del derecho Comunitario*: Caso Costa v. ENEL (C- 6-64 ECR 585); *Sobre la adaptación del derecho interno a una Directiva Comunitaria*: Caso Francovich (C- 6/90 y 9/90); *Sobre libre circulación de trabajadores y las restricciones locales*: Caso Van Duyn (C- 41/74 ECR 1337); *Sobre la aplicación de medidas directas o indirectas equivalentes a restricciones cuantitativas*: Caso Dasonville (8-74 ECR 837).

¹⁸ DOC/ 242 de 21.8.1996.

¹⁹ Cabe aquí un breve comentario sobre la figura del Abogado General en el proceso judicial comunitario. La figura aparece en 1951 con el Tratado del Carbón y el Acero, para luego plasmarse también en los Tratados de Roma de 1957. El rol del Abogado General se desarrolla en diversos momentos del proceso judicial, ya sea en recepción de los autos de jurisdicciones nacionales para interpretaciones prejudiciales o la emisión de los dictámenes o conclusiones generales en los procesos de incumplimiento. La fun-

Tesauro juzgaba la sanción pecuniaria alejada de la lógica de las vías de derecho contra un Estado, considerando que (...) *la vía contra la ilegalidad de un comportamiento de una administración puede consistir en la anulación de un acto o en la reparación de un posible perjuicio, jamás en una sanción pecuniaria* ²⁰. Sin embargo, no todos compartieron esa postura. El abogado general, Dámaso Ruiz-Jarabo, sostenía que en el régimen instaurado por el anterior art. 228 no se buscaba castigar al Estado incumplidor sino (...) *incitarlo a cumplir, de modo que la sanción económica debería encuadrarse en el procedimiento de ejecución de sentencias*. A su juicio, otra razón para no considerar este procedimiento como una acción de naturaleza penal, era que (...) *hay algo de aberrante en otorgar al Estado incumplidor las garantías que se reconocen al inculpaado penalmente, muchas de las cuales*

ción del Abogado General es presentar ante el Tribunal de Justicia, sus motivaciones fundadas en forma oral, con imparcialidad de las partes e independencia de los Estados, a fin de ayudar al Tribunal en el cumplimiento de sus funciones. Estas motivaciones se realizan con independencia de la presentación que efectúa el “Juez Ponente”, (recordemos brevemente que cada Sala del Tribunal General cuenta con jueces ponentes que redactan sus posiciones en procura de buscar que otros jueces apoyen su postura, a fin de lograr una mayor unanimidad en las sentencias). Actualmente el TJUE cuenta con 8 abogados generales. La figura del Abogado General ha sido de suma importancia en lo referente a la interpretación sobre los alcances del actual art. 260. 2, tal como se comentará mas adelante. Para mayor precisión sobre esta figura ver: Antonio CARRILLO SALCEDO, “La figura del Abogado General en las Comunidades supranacionales europeas: naturaleza jurídica y función”, Revista Española de Derecho Internacional. Vol. XII, Madrid, 1959, pág. 119; Armando TOLEDANO LAREDO, “El Abogado General en el Tribunal de Justicia Andino y en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Revista de Instituciones Europeas, vol. 11, N° 3, septiembre-diciembre. Madrid, 1984, pág. 809. Toledano Laredo sostiene que la figura del Abogado General, y en particular sus conclusiones, (...) *constituyen para el Tribunal de Justicia un aporte determinante que permite disponer de un cuadro completo, competente y desapasionado de los verdaderos intereses que están en juego, de las múltiples facetas de los problemas planteados y -para concluir- de una solución sugerida en interés de la legalidad*.

²⁰ Comentado por Luis ORTÚZAR ANDECHAGA, “El control del cumplimiento de las obligaciones comunitarias de los Estados miembros”. Disponible en: (http://www.mma.es/secciones/biblioteca_publicacion/publicaciones/revista_ambienta/n67/pdf/54union europea.pdf). Sobre este punto ver también: Alberto J. GIL IBÁÑEZ, “The “standard” administrative procedure for supervising and enforcing EC law: EC Treaty articles 226 and 228”. Disponible en: (<http://law.duke.edu/journals/lcp>).

tienen su origen en el principio fundamental de la presunción de inocencia. Por eso, añadía que, este procedimiento (...) no es asimilable a un proceso penal, asemejándose, más bien, a un peculiar trámite judicial de ejecución de sentencias, lo que no quiere decir que el Estado encausado no goce de garantía procesal alguna, sino que la amplitud de los derechos de defensa que haya que reconocerle se adapten al objetivo perseguido ²¹.

En 1997, la Comisión publicó una segunda comunicación en la que se trataba especialmente el método de cálculo de la multa coercitiva y en el 2001, aprobó una decisión interna relativa a la definición del coeficiente de duración de la infracción para el cálculo de la multa coercitiva ^{22 23}. Por último en el 2005, la Comisión ha publicado, a solicitud del Tribunal de la Comunidad Europea, otra comunicación -que aclara y profundiza lo manifestado en las anteriores comunicaciones-, sobre la imposición diaria de una multa coercitiva por el incumplimiento de las sentencias emanadas del Tribunal y de una “suma a tanto alzado” si tal actitud persiste luego de la segunda sentencia, teniendo en cuenta las últimas sentencias el Tribunal, temas que aludiremos más adelante ²⁴.

Según las razones, informados por la Comisión, los criterios a tener en cuenta al momento de que se pondere cuáles serán los montos de las sanciones solicitadas contra el Estado, estarán circunscritas a ²⁵:

- la gravedad de la infracción;
- la duración de la infracción;
- la necesidad de garantizar el efecto disuasorio de la multa para evitar la reincidencia.

Así, la Comisión ha expresado que las sanciones propuestas por ésta al Tribunal de Justicia, deben ser previsibles para los Estados

²¹ Idem, p. 21.

²² DO C 63 de 28/2/1997, pág. 2.

²³ Véase Doc. PV (2001) 1517/2, de 2 de abril de 2001. Punto 17 de la Comunicación.

²⁴ EC. Memo/05/482. (SEC – 2005- 1658) *Financial Penalties for Member Status who fail to comply with Judgments of the European Court of Justice: European Commission clarifies rules*, Brussels, 14 december 2005.

²⁵ Comunicado de la Comisión. SEC(2005) 1658

Miembros y deben calcularse según un método que respete tanto el principio de proporcionalidad como el principio de igualdad de trato a los Estados Miembros. A su vez, ha sostenido que es importante también disponer de un método claro y uniforme, puesto que la Comisión deberá justificar ante el Tribunal de Justicia su determinación de la cuantía propuesta en cada caso.

Por ello es que desde el punto de vista de la eficacia de las multas impuestas, es importante fijar cuantías apropiadas para garantizar su carácter disuasorio. Consideramos que la imposición de multas puramente simbólicas privaría a este instrumento, complementario del procedimiento de infracción, de cualquier efecto útil e iría contra el objetivo último de este procedimiento, que consiste en garantizar la plena aplicación del derecho comunitario.

Hasta hace algunos años, los Estados Miembros de la Comunidad Europea que no cumplimentaban las decisiones del Tribunal en una primera etapa, eran condenados al pago de una multa coercitiva. Sin embargo, en muchos casos, tales medidas se tornaban ineficaces como verdaderas medidas de “disuasión” a los Estados. Ello era así porque muchas veces, la única disposición consistía en el pago de la multa por parte del Estado y ante ello, algunos Estados no daban solución a los reales conflictos que suscitaban el caso ante el Tribunal. Sólo se disponían a pagar la multa luego de la sentencia, retrasando las modificaciones en las prácticas o las normas contrarias al derecho comunitario, las cuales eran los motivos por lo que la Comisión había llevado el caso ante el Tribunal de la Comunidad. En otros casos, pasaron años hasta que el asunto llegara al Tribunal y hasta podía el Estado evadir de ser condenado al pago de sumas de dinero en compensación por los daños ocasionados. Por ejemplo, hasta el 22 de diciembre de 1994, la Comisión no presentó recurso contra Francia solicitando del Tribunal que declarase que había violado las obligaciones que le incumben en virtud del entonces art. 228 (actual 260) al no adoptar las medidas adecuadas para el cumplimiento de una sentencia dictada el 4 de abril de 1974. Tardó casi 20 años ²⁶.

²⁶ Luis ORTÚZAR ANDECHAGA, “El control del cumplimiento de las obligaciones comunitarias de los Estados Miembros (I)”. Disponible en: http://www.mma.es/secciones/biblioteca_publicacion/publicaciones/revista_ambienta/n67/pdf/54union europea.pdf

1. Las infracciones generales y estructurales o persistentes como incumplimiento del derecho comunitario

Otra punto importante a destacar, -en lo referente a una mejor interpretación sobre los alcances del incumplimiento por parte de los Estados-, se puede encontrar en la denominada doctrina de las infracciones “generales y estructurales o persistentes”, también conocida como GAP. Esta postura fue desarrollada por quien fuera Abogado General del Tribunal, L.A. Geelhoed. Esta posición también fue tomada por el Tribunal comunitario en el caso de la Comisión c/ Irlanda en el 2005, en el que se denunciaba a Irlanda por el incumplimiento de las directivas concernientes a temas de disposición de residuos ²⁷. Entre 1997 y 2000 la Comisión recibió denuncias sobre la disposición de basurales no autorizados en 18 lugares de Irlanda. La Comisión solicitó reiteradamente al Estado el cumplimiento de las Directivas 75/442/EEC sobre residuos y su norma modificatoria (Directiva 91/156/EEC) sin resultados positivos, por lo que inició el procedimiento de elevar el caso ante el Tribunal de las Comunidades.

En la opinión del Abogado General Geelhoed sobre el caso aludido, para determinar los casos de incumplimiento y la responsabilidad del Estado en el cumplimiento del derecho comunitario, es (...) *importante analizar tres dimensiones en orden a determinar cuando un Estado Miembro es responsable de un general y estructural incumplimiento del derecho comunitario: una dimensión relativa al número de incumplimientos, una dimensión del tiempo transcurrido y una dimensión de la gravedad del incumplimiento* ²⁸.

En lo referente a la primera dimensión, consideraba que aunque existieran casos aislados, podría ser suficiente para demostrar una infracción, que hubiera un plano más general de esa práctica de incumplimiento. Un factor importante en el caso aludido, fue que las infracciones no se limitaban a una determinada localidad. En este sentido, el Abogado General

²⁷ Comisión c/ Irlanda. Caso C-494/01, sentencia del 26 de abril de 2005.

²⁸ Comisión c/ Irlanda. Caso C-494/01. Opinión del Abogado general Geelhoed del 23 de septiembre de 2004.

señaló que la Comisión había establecido las infracciones en relación a 12 incidentes, y que estos no se limitan a ciertas localidades, sino que se produjeron en todo el territorio irlandés ²⁹.

Sobre la segunda dimensión acotaba que para determinar si el hecho vulneratorio de las normas comunitarias se ha convertido en una práctica persistente, ha de examinarse caso por caso. Así sostenía que (...) *razonables demoras podrían ser pertinentes a este respecto, a pesar que esos factores normalmente no son pertinentes para el establecimiento de una infracción con arreglo al art. 226 CE. En el caso de la Comisión contra Francia (C-265/95 Comisión c/ Francia [1997] ECR – I-6959 -Fresas Españolas) se determinó una línea de base. En este caso, las autoridades francesas no habían tomado medidas adecuadas para que sus agricultores no bloquearan las importaciones de fresas por un período de diez años. En el caso de Irlanda, no es necesario fijar criterios más precisos en este sentido, ya que el hecho de no poner en marcha un sistema de licencias plenamente operativo había existido durante unos 24 años* ³⁰.

Por último, sobre la tercera dimensión, relativa a la gravedad del incumplimiento, esta se refiere a la discrepancia entre la situación real existente en un Estado Miembro y el resultado exigido por el derecho comunitario. Una infracción general y persistente es susceptible de tener efectos negativos sobre los intereses protegidos por las disposiciones pertinentes, así como el objetivo promovido por una Directiva. Más concretamente respecto de la Directiva sobre residuos en el caso mencionado, el Abogado General señaló también que (...) *existe un riesgo inherente para la salud humana y de los daños ambientales, así como la distorsión de la competencia entre operadores de residuos. Sin embargo, (...) no basta que el incumplimiento general y estructural que plantea la infracción de forma inmediata y probable riesgo se presume. (...) La Comisión tiene la obligación de demostrar que el daño había ocurrido en realidad* ³¹.

²⁹ Idem 28, párrafos 21 y 22.

³⁰ Idem 28, párrafos 26, 27, 28 y 29

³¹ Idem 28, párrafo 22.

A su vez, si bien el Abogado General, ha utilizado los términos “general y estructural” tendiente a coadyuvar en el esclarecimiento de los criterios a considerar sobre el incumplimiento del derecho comunitario, el Tribunal ha decidido utilizar en algunos casos, el término “persistente” en reemplazo de este último.

Se ha sostenido que al utilizar el Tribunal - en el caso contra Irlanda- la palabra “persistente”, esta última parece presentar un obstáculo menor para la Comisión que el término “estructural”, ya que esencialmente gira en torno a criterios objetivos de frecuencia, de duración y de amplia expansión en la naturaleza de las infracciones. Los términos “general y estructural”, por el contrario, implican un requisito adicional a la Comisión para probar el incumplimiento³². Por ello el Tribunal ha expresado que (...) *el remedio no radica simplemente en la adopción de medidas para resolver una serie de casos individuales que no cumplan con la obligación comunitaria de que se trata, sino que esta situación de incumplimiento sólo puede corregirse mediante una revisión de la política general y la práctica administrativa del Estado miembro en relación con el tema regulado por la medida comunitaria que se trate*³³.

2. La evolución en la aplicación del art. 260 del TFUE

Si se analizara cronológicamente el desarrollo de la aplicación de las multas por incumplimiento del derecho comunitario, podríamos dividirlo en dos períodos.

a. Entre 1996 y 2005

Es a partir de 1996, que el Tribunal de Justicia comienza a recibir en forma más asidua, por parte de la Comisión, solicitudes para la aplicación

³² Pal WENNERAS, “A New Dawn for Commission Enforcement under articles 226 and 228 EC: General And Persistent (GAP) Infringements, lump sums and penalty payments”, *Common Market Law Review*, London, Ed. Kluwer Law International, January, 2006. También disponible en <http://www.jur.uva.nl/cvm/publicaties.cfm>

³³ Comisión c/ España. Caso C-121/03 del 26 de mayo de 2005.

de sanciones por el incumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad. Pero es recién hacía el año 2000 en donde se producen las primeras sentencias en las cuales se aplica el art. 260.2 (3), por el cual los Estados son compelidos a pagar una multa coercitiva.

Así, la Comisión aplicó tal procedimiento en dos resonantes casos: uno contra Grecia y otro contra España, ambos referidos sobre aspectos ambientales, en las cuales remarcó los postulados establecidos en las comunicaciones que había emitido en 1996 y 1997 ^{34 35}.

En estos procesos ante el Tribunal, la Comisión solicitó solamente la imposición de una multa coercitiva, sin mencionar el pago de una suma a tanto alzado. Según algunos analistas, esta situación se produjo en particular porque la Comisión solo había especificado hasta esa fecha, las pautas para los cálculos de los montos de la multa coercitiva, pero no para la suma a tanto alzado ³⁶.

En el caso de la Comisión c/ Grecia, ésta había interpuesto en 1997, una acción con el fin de que se declarase que la República Helénica había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del entonces art. 228 del TCE al no haber adoptado las medidas indispensables para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de abril de 1992, (Comisión c/ Grecia C-45/91, Rec. p. I-2509) y en particular al no haber establecido ni aplicado aún los planes y programas necesarios para la eliminación de los residuos -en especial- de los residuos tóxicos y peligrosos de la región de La Canea, sin poner en peligro la salud humana y perjudicar al medio ambiente y que se la condenara a abonar a la Comisión, una multa coercitiva por un importe de 24.600 euros por cada día de retraso en la ejecución de las medidas necesarias para cumplir la sentencia mencionada.

La Comisión consideró que, cuatro años después de la sentencia Comisión contra Grecia antes citada, las autoridades helénicas todavía no habían adoptado las medidas para su ejecución; que la adopción de las

³⁴ Comisión c/ Grecia. Caso C-387/97, [2000] ECR I-5047; y Comisión/España, Caso C-278/01, [2003] ECR I-14141.

³⁵ Véase, en particular, la sentencia en el asunto C-387/97, Comisión/Grecia, puntos 84 a 92.

³⁶ Idem 33

medidas de ejecución se encontraba en una fase preliminar y que los planes o los programas de eliminación de residuos aún no podían aplicarse. Así, según la Comisión, los residuos seguían depositándose en el vertedero del Kouroupitos, poniendo en peligro la salud pública y perjudicando al medio ambiente ³⁷.

A raíz de ello el Tribunal sostuvo, respecto al tiempo del incumplimiento de la primera sentencia contra Grecia, que “[E]l artículo 171 del Tratado no precisa el plazo para la ejecución de una sentencia. No obstante, según jurisprudencia reiterada, la importancia atribuida a la aplicación inmediata y uniforme del derecho comunitario exige que dicha ejecución se inicie inmediatamente y concluya en el plazo más breve posible (sentencias de 6 de noviembre de 1985, Comisión/Italia, 131/84, Rec. p. 3531, apartado 7; de 13 de julio de 1988, Comisión/Francia, 169/87, Rec. p. 4093, apartado 14, y de 7 de marzo de 1996, Comisión/Francia, antes citada, apartado 31)” ³⁸.

Por su parte en lo atinente a la imposición de una multa por ese incumplimiento, el Tribunal marcó su posición al manifestar que: (...) *A este respecto, la comunicación 96/C (24/2/07), antes citada, prevé, en particular, que la determinación del importe de la multa o de la multa coercitiva debe estar guiada por el objetivo mismo de dicho instrumento, a saber, asegurar la aplicación efectiva del derecho comunitario. La Comisión estima, por tanto, que el importe debe calcularse en función de tres criterios fundamentales, a saber, la gravedad de la infracción, su duración y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia*” ^{39 40}. A ello agregó que (...) *los criterios de base que deben tomarse en consideración para garantizar la naturaleza coercitiva de la multa con vistas a la aplicación uniforme y efectiva del Derecho comunitario son, en principio, la duración de la infracción, su gravedad y la*

³⁷ Idem 36. párrafo 25.

³⁸ Idem 36. párrafo 82.

³⁹ La Comunicación citada por el Tribunal se refería a la comunicación de la Comisión por la que se identifican las variables matemáticas utilizadas para calcular el importe de una multa coercitiva.

⁴⁰ Idem 36, párrafo 85.

capacidad de pago del Estado miembro de que se trate. Para aplicar estos criterios, deben tenerse en cuenta, en particular, las consecuencias de la falta de ejecución sobre los intereses privados y públicos y la urgencia que exista de que el Estado miembro de que se trate cumpla sus obligaciones ⁴¹.

En el procedimiento contra España anteriormente citado, la Comisión solicitó que se declare que el Reino de España no había ejecutado la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1998 (Comisión c/ España - C-92/96, Rec. p. I-505). Sostuvo que el Estado había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 228 CE (actual 260), al no haber cumplimentado las obligaciones impuestas por el art. 4º de la Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño (DO L 31, p. 1; EE 15/01, p. 133); como así también, las medidas necesarias para que la calidad de las aguas de baños interiores en el territorio español se ajusten a los valores límite fijados en el art. 3º de dicha Directiva 42. Por otra parte, también sostuvo que se ordene al Reino de España pagar a la Comisión, una multa coercitiva de 45.600 euros por cada día de retraso en la adopción de las medidas necesarias para cumplir la primera sentencia Comisión contra España antes citada.

El Tribunal determinó que en lo referente a las solicitudes sobre los montos de la multa que realiza la Comisión, “se ha de recordar que las propuestas de la Comisión no pueden vincular al Tribunal de Justicia y que sólo constituyen una referencia útil. Corresponde a éste, en el ejercicio de su facultad de apreciación, fijar la suma a tanto alzado o la multa coercitiva de tal manera que, por una parte, sea adecuada a las circunstancias y, por otra, proporcionada respecto del incumplimiento declarado, así como de la capacidad de pago del Estado miembro de que se trate

⁴¹ Idem 36, párrafo 92

⁴² La Directiva sobre calidad de las aguas de baño reviste gran importancia para la protección de la salud pública, ya que su objetivo es garantizar el cumplimiento de una serie de criterios mínimos de calidad, para lo cual establece un conjunto de normas de la UE obligatorias y más estrictas respecto de una serie de parámetros esenciales (como la presencia de bacterias fecales) e impone a los Estados miembros la obligación de supervisar periódicamente la calidad de las aguas y de enviar informes anuales a la Comisión en los que se describa en detalle la calidad del agua.

(véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Grecia, antes citada, apartados 89 y 90)”⁴³. Esta postura ha sido reiterada también por los Abogados Generales en diversos casos. Es dable mencionar lo aludido en el caso de la Comisión c/ Alemania (C-503/04), en donde se expresara que: (...) *Aunque la Comisión ha retirado sin reservas su solicitud original de que se impusiera una multa coercitiva y no ha solicitado la condena al pago de una suma a tanto alzado, la decisión definitiva al respecto queda reservada al Tribunal de Justicia, puesto que éste no queda vinculado por las propuestas que la Comisión haga sobre las consecuencias económicas de la declaración de que un Estado miembro ha incumplido una sentencia anterior del Tribunal de Justicia. Estas propuestas sólo constituyen un punto de referencia útil para el Tribunal de Justicia en el ejercicio de su facultad de apreciación con arreglo al art. 228 CE, apartado 2.(57). En otras palabras, en la aplicación de esta norma, el Tribunal de Justicia dispone de poder discrecional pleno*⁴⁴.

Y en lo referente a las multas solicitadas, el Tribunal consideró que (...) *Resulta manifiesto que una multa coercitiva puede inducir al Estado miembro infractor a poner fin, con la mayor brevedad, al incumplimiento declarado. Para imponer la multa coercitiva en el caso de autos es preciso examinar, en primer lugar, la periodicidad de la multa coercitiva propuesta; en segundo lugar, el carácter constante o decreciente del importe de dicha multa coercitiva, y, en tercer lugar, el cálculo exacto de su importe*⁴⁵.

Sin embargo, y en virtud de lo solicitado por la Comisión, el Tribunal manifestó que: “Para que la multa coercitiva sea adecuada a las circunstancias particulares del caso de autos y sea proporcionada al incumplimiento declarado, su importe debe tener en cuenta el progreso realizado por el Estado miembro demandado en la ejecución de la sentencia Comi-

⁴³ Comisión/España. Caso C-278/01., [2003] ECR I-14141. Párrafo 41

⁴⁴ Comisión C/ Alemania. Caso C-503/04. Conclusiones de la Abogada General. 28 de marzo de 2007. Al respecto, véanse las conclusiones del Abogado General Geelhoed de 29 de abril de 2004, presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 12 de julio de 2005, Comisión/Francia (citada en la nota 46, punto 84).

⁴⁵ Idem 44. Párrafo 42

sión c/ España, antes citada. Con esta finalidad, procede imponer a dicho Estado el pago anual de una cantidad calculada en función del porcentaje de zonas de baño en las aguas interiores españolas que todavía no se ajuste a los valores imperativos fijados en virtud de la Directiva”⁴⁶.

b) Desde 2005 a la actualidad

La aplicación de las prescripciones del actual art. 260.2, ha tenido desde el año 2005, variaciones en cuanto a las interpretaciones que ha realizado el Tribunal. En 2005, por primera vez, el máximo tribunal de la Comunidad Europea, efectuó lo que llamó “la interpretación armónica del artículo 228.2” (actual 260.2), la que quedó plasmada en una sentencia contra Francia en la cual el Tribunal aplicó simultáneamente una multa coercitiva más el pago de una suma a tanto alzado, por el incumplimiento de la primera decisión del Tribunal⁴⁷. Este caso contó con un amplio dictamen del Abogado General Geelhoed, quien había manifestado la necesidad que a partir del caso en cuestión, se aplicaran ambas sanciones previstas por el entonces art. 228.2⁴⁸.

El proceso contra Francia fue elevado al Tribunal por la Comisión en respuesta a la falta de aplicación por parte del Estado de las medidas ordenadas en referencia a las industrias pesqueras francesas, sobre las cuales, en la sentencia 1991 (Pesqueras Francesas I) el Tribunal estableció que las autoridades francesas habían infringido una serie de reglamentaciones de la Comunidad^{49 50}. De allí que el Tribunal consideró en el

⁴⁶ Idem 44. Párrafo. 50

⁴⁷ Caso C-304/02, Comisión/Francia, sentencia del 12 Julio de 2005, con Opinión del Abogado General Geelhoed del 29 de Abril de 2004, y una segunda Opinión del 18 de Noviembre de 2004,

⁴⁸ Opinión del 29 de abril de 2004 (Primera Opinión), párrafo 95

⁴⁹ Comisión/Francia (C-64/88, Rec. p. I-2727). Sentencia del 11 de junio de 1991.

⁵⁰ El Consejo Europeo había establecido determinadas medidas de control de las actividades de pesca ejercidas por los buques de los Estados miembros. Estas medidas se habían definido sucesivamente en el Reglamento (CEE) N° 2057/82 del Consejo, de 29 de junio de 1982, por el que se establecían ciertas medidas de control respecto a las actividades pesqueras ejercidas por los barcos de los Estados miembros (DO L 220, p. 1; EE 04/01 p. 230), derogado y sustituido por el Reglamento (CEE) N° 2241/87 del Consejo,

caso *Pesqueras Francesas II*, que el Estado no había ejercido los controles suficientes, de las medidas que había ordenado en la sentencia de 1991, tales como el incoar procedimientos contra los pescadores o pesqueras que violaran las normativas comunitarias ⁵¹.

Mediante escrito de 8 de noviembre de 1991, la Comisión solicitó a las autoridades francesas que le comunicaran las medidas adoptadas para ejecutar la sentencia Comisión c/ Francia, antes citada. El 22 de enero de 1992, las autoridades francesas respondieron que “[tenían] la intención de hacer todo lo posible para atenerse a las disposiciones comunitarias”. Con ocasión de varias misiones realizadas en puertos franceses, los inspectores de la Comisión comprobaron que la situación había mejorado, pero observaron varias insuficiencias en los controles efectuados por las autoridades francesas.

Tras requerir a la República Francesa que presentara sus observaciones, la Comisión emitió el 17 de abril de 1996 un dictamen motivado en el que afirmaba que la sentencia contra Francia no había sido ejecutada adecuadamente. La Comisión a su vez realizó otras inspecciones en puertos franceses comprobando que las modificaciones ordenadas por el Tribunal no se cumplimentaban en su totalidad. En 2002, al considerar que Francia seguía sin ejecutar la sentencia antes citada, la Comisión interpuso, de acuerdo al art. 228, una segunda petición ante el Tribunal de Justicia Europeo. En esta oportunidad, el Tribunal examinó la viabilidad de la imposición, no sólo de una multa coercitiva, tal como lo había solicitado la

de 23 de julio de 1987 (DO L 207, p. 1), a su vez derogado y sustituido, a partir del 1 de enero de 1994, por el Reglamento (CEE) N° 2847/93 del Consejo, de 12 de octubre de 1993, por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común (DO L 261, p. 1). En términos generales, las normativas establecen ciertas restricciones para las actividades de la pesca por parte de los Estados Miembros. Estas infracciones se relacionan más específicamente con el incumplimiento del Estado en proporcionar controles adecuados con respecto a reglas de la comunidad. En particular, se refieren al tamaño mínimo de las mallas de las redes, a la prohibición de fijar determinados dispositivos en las redes que permitan obstruir las mallas o reducir de manera efectiva sus dimensiones, a la prohibición de ofrecer a la venta peces que no hayan alcanzado un tamaño mínimo (peces de talla inferior a la permitida), excepto cuando sólo representen un porcentaje limitado de la captura.

⁵¹ Comisión c/Francia (C-64/88, Rec. p. I-2727). Sentencia del 11 de junio de 1991. Párrafo 24.

Comisión, sino también la imposición del pago de una suma a tanto alzado, como una medida apropiada en el presente caso, dado el doble incumplimiento por parte del Estado, sentenciándolo con ambas multas, realizando una interpretación amplia del articulado, que especificaremos más adelante.

Sin embargo, dentro de la práctica del Tribunal, esta interpretación aludida no ha sido constante. El Tribunal no siempre ha aplicado multas del procedimiento del actual art. 260.2, tal como lo entendió en el asunto contra Francia. En un fallo contra Italia, declaró que el Estado había violado el derecho comunitario, pero no aplicó ambas multas previstas en el entonces art. 228.2(3)⁵². En dicho caso el Abogado General Poiares Maduro, había solicitado ambas sanciones del ex art. 228.2⁵³.

El Tribunal de Justicia había declarado que Italia estaba en violación de la legislación comunitaria en su sentencia en el asunto C-212/99 (Comisión c/ Italia). Italia había incumplido el art. 39 TCE (referido a la libre circulación de trabajadores sin discriminación entre los Estados Miembros), al no garantizar el reconocimiento de iguales remuneraciones a los asistentes de lenguas extranjeras que realizan sus funciones en universidades italianas, al igual que las equivalencias de títulos universitarios y que son originarios de Estados que se han convertido en asociados de la Comunidad, a pesar de que ese reconocimiento se garantiza a todos los trabajadores nacionales.

La Comisión consideraba que Italia no había adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia y así se inició el procedimiento del art. 228 TCE. Sin embargo sostuvo el Tribunal que (...) *Italia está en condiciones de demostrar que ha tomado medidas para cumplir a pesar de que fueron adoptadas después de que la Comisión emitió su dictamen motivado*⁵⁴.

El Tribunal de Justicia recordó su jurisprudencia anterior según la cual la fecha de referencia para evaluar si la existencia de un incumplimiento de las obligaciones en virtud del art. 228 TCE, es la fecha de espiración del plazo señalado en el dictamen motivado emitido en virtud

⁵² Comisión c/ Italia. Asunto C-119/04 18 de julio de 2006

⁵³ Idem 53. Opinión del Abogado General del 26 de enero de 2006.

⁵⁴ Idem 53. párrafo 47

de esta disposición (véase la sentencia C-304/02 Comisión c/ Francia en el párrafo 30, y sentencia C-177/04 Comisión c/ Francia en el párrafo 20). Sostuvo también que “incumbe a la Comisión el facilitar a la Corte, en el curso de las actuaciones, con la información necesaria para determinar la medida en que un Estado miembro ha cumplido con una sentencia declarando que se encuentra en incumplimiento de sus obligaciones (Asunto C 387/97 Comisión contra Grecia en el párrafo 73). En caso de que la Comisión halla presentado pruebas suficientes para demostrar que el incumplimiento de las obligaciones ha persistido, es la obligación para el Estado miembro acusado, de impugnar en cuanto al fondo, la información producida y de sus consecuencias (Asunto C 304/02 Comisión contra Francia, párrafo 56)”⁵⁵.

En este caso, el Tribunal consideró que Italia había demostrado que había hecho lo necesario para dar cumplimiento a la sentencia en el asunto C-212/99, pero después de la fecha en que la Comisión emitió su dictamen motivado en el procedimiento del art. 228 CE. Así, el Tribunal consideró que no tenía pruebas suficientes que la violación persistía más allá de esa fecha. De allí que no se impuso sanción pecuniaria.

En concordancia con este caso, más recientemente el Tribunal europeo, en un asunto contra Alemania, ha fijado posiciones similares sobre los alcances del incumplimiento luego que la Comisión emite su dictamen por incumplimiento de la sentencia del actual 260.1⁵⁶.

Mediante su presentación ante el Tribunal, la Comisión solicitó al Tribunal de Justicia que declare que Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 228.1 del TCE, al no haber adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de 10 de abril de 2003 (Comisión c/ Alemania (C-20/01 y C-28/01), relativa a la celebración de un contrato para la evacuación de las aguas residuales del municipio de Bockhorn (Alemania) y de un contrato para la eliminación de los residuos de la ciudad de Brunswick (Alemania), así como que condene a dicho Estado miembro a abonar a la Comisión, en la cuenta de recursos propios de la Comunidad Europea, una multa coercitiva de 31.680

⁵⁵ Idem 48., párrafo 41.

⁵⁶ Comisión c/ Alemania. Caso C-503/04. Sentencia del 18 de julio de 2007.

euros por cada día de retraso en la ejecución de las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a la referida sentencia por lo que atañe al contrato relativo al municipio de Bockhorn y por un importe de 126.720 euros por cada día de retraso en la ejecución de las medidas que sean necesarias para cumplir la citada sentencia, en lo que se refiere al contrato correspondiente a la ciudad de Brunswick, y ello a partir de la fecha en que se dicte la sentencia que haya de pronunciarse y hasta la ejecución de las citadas medidas.

El caso se originó por el incumplimiento de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, del 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 de obras.

En su dúplica y apoyada por las posturas de Holanda, Alemania solicitó al Tribunal se dejara sin efecto el caso, ya que [la acción de incumplimiento] había quedado sin objeto al haberse resuelto, con efectos al 10 de julio de 2005, el contrato firmado por la ciudad de Brunswick para la eliminación de los residuos.

A raíz de ello, la Comisión en sus observaciones relativas a los escritos de intervención de Francia, del Reino Holanda y Finlandia, respondió que seguía teniendo interés en lograr que el Tribunal de Justicia se pronunciara sobre el extremo de si, al expirar el plazo señalado en el dictamen motivado, emitido con arreglo al art. 228 TCE, Alemania ya había dado cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia del 10 de abril de 2003, aunque aclaraba que ya no era necesaria la condena al pago de una multa coercitiva y que desistía de la acción.

Frente a este caso, si bien se tuvo en cuenta lo expresado por la Comisión, el Tribunal declaró que Alemania había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 228 CE, al no haber adoptado, cuando expiró el plazo señalado en el dictamen motivado emitido por la Comisión en virtud de este artículo, las medidas necesarias para ejecución de la sentencia de 10 de abril de 2003, relativa a celebración de un contrato para la eliminación de los residuos de la ciudad de Brunswick. Sobre esta postura del Tribunal de igualmente imponer una multa coercitiva al Estado, puede tenerse presente lo expresado por la Abogado General del caso, Sra. Verica Trstenjak, quien expresara en sus conclusiones que (...) *En contra de la postura que cuando un litigio quede sin objeto en el sentido del Derecho procesal [éste no tenga efecto], (...)*

según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse a la vista de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado. De modo que el Tribunal de Justicia no tiene en cuenta una eliminación posterior del incumplimiento, que ya no tiene influencia sobre la admisibilidad del recurso ⁵⁷.

3. La postura del TJUE sobre los alcances interpretativos del art. 260.2 (3)

Tal como recordamos, en el 2004, el Abogado General Geelhoed había elevado su dictamen (caso Pesqueras II) en que expresaba la necesidad de hacer una interpretación armoniosa del ex art. 228.2 y que llevó al Tribunal a la aplicación de dicha postura. En el mencionado fallo, el Tribunal estableció una “interpretación armónica” de la letra del art. 228.2 (3) del Tratado de la Comunidad Europea, llegando a precisar con su nueva posición, que la expresión del último párrafo del art. 228 puede ampliarse a una aplicación más acorde al objeto y fin del Tratado. Sostuvo así que: Si bien cuando el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva (...) *[en determinadas circunstancias, como fue el caso contra Francia] (...) podría modificarse el sentido de la letra “o” que es sinónimo de alternativo, por la letra “y” que es entendida como integradora de ambas sanciones* ⁵⁸.

⁵⁷ Comisión C/ Alemania. asunto C-503/04. Conclusiones de la Abogada General. 28 de marzo de 2007. En el texto, la Abogada General hizo referencias a las sentencias de 18 de julio de 2006, Comisión c/ Italia (C-119/04, Rec. p. I-6885), apartados 27 y 28; de 7 de marzo de 2002, Comisión c/ España (C-29/01, Rec. p. I-2503), apartado 11; de 15 de marzo de 2001, Comisión c/ Francia (C-147/00, Rec. p. I-2387), apartado 26; de 21 de junio de 2001, Comisión c/ Luxemburgo (C-119/00, Rec. p. I-4795), apartado 14; de 30 de noviembre de 2000, Comisión c/ Bélgica (C-384/99, Rec. p. I-10633), apartado 16; de 3 de julio de 1997, Comisión c/ Francia (C-60/96, Rec. p. I-3827), apartado 15; de 17 de septiembre de 1996, Comisión c/ Italia (C-289/94, Rec. p. I-4405), apartado 20, y de 12 de diciembre de 1996, Comisión c/ Italia (C-302/95, Rec. p. I-6765), apartado 13.

⁵⁸ Comisión/Francia. Caso C-304/02, sentencia del 12 julio de 2005.

Recordemos que el último párrafo del entonces art. 228, señalaba:

(...) *Si el Tribunal de Justicia declarar que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, **podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva*** (el resaltado nos pertenece).

Es decir, se podría entender que la utilización de la letra “o”, está señalando que el Tribunal debía elegir entre una de las dos opciones de multas por el incumplimiento. De hecho, así lo entendía en un principio la Comisión cuando en sus primeras comunicaciones sostenía que “teniendo en cuenta el objetivo fundamental del conjunto del procedimiento de infracción que es llegar lo antes posible al cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados Miembros, la multa coercitiva es el instrumento más idóneo”⁵⁹.

En procura de lograr una debida interpretación del articulado del Tratado sobre el incumplimiento de las sentencias del Tribunal europeo, el Tribunal invitó en el caso Comisión c/ Francia antes citado, a los Estados Miembros de la Comunidad a pronunciarse sobre la cuestión de si, en el marco de un procedimiento iniciado en virtud del entonces art. 228.2, del TCE, el Tribunal de Justicia, cuando declare que el Estado Miembro ha incumplido su sentencia, puede imponerle simultáneamente el pago de una suma a tanto alzado y de una multa coercitiva⁶⁰.

Acorde a la solicitud cursada a los Estados Miembros por el Tribunal, los gobiernos danés, neerlandés, finlandés e inglés, respondieron afirmativamente⁶¹. Sus argumentaciones se basaron fundamentalmente en que ambas medidas son complementarias, al perseguir ambas un efecto disuasorio. En la opinión de los Estados, la combinación de estas medidas debía ser considerada como un mismo medio para alcanzar el objetivo establecido en el entonces art. 228, es decir, no sólo inducir al Estado Miembro a cumplir la sentencia inicial, sino también, desde un punto de vista más general, reducir la posibilidad de que se cometan infracciones análogas.

⁵⁹ DO C 242 de 21.8.1996, p. 6.

⁶⁰ Comisión/Francia. Caso C-304/02, sentencia del 12 julio de 2005.

⁶¹ Idem 61 (punto 77 de la Sentencia).

Por su parte, los gobiernos francés, belga, checo, alemán, helénico, español, irlandés, italiano, chipriota, húngaro, austriaco, polaco y portugués abogaron por la tesis contraria⁶². Estos Estados invocaron el alcance del art. 228.2, y el uso de la conjunción “o”, a la que le atribuyeron un sentido disyuntivo, así como la finalidad de esta disposición. Consideraron que la norma no tenía carácter punitivo, ya que el art. 228.2, no persigue castigar al Estado miembro infractor sino únicamente inducirle a ejecutar una sentencia dictada en un procedimiento por incumplimiento. Alegaron que no cabe distinguir varios períodos de incumplimiento y que sólo ha de tomarse en consideración la duración total del incumplimiento. La acumulación de sanciones pecuniarias sería contraria, a su juicio, al principio que prohíbe que un mismo comportamiento sea castigado con una pena doble. Añadieron que los principios de seguridad jurídica y de transparencia resultarían vulnerados si el Tribunal de Justicia impusiera el pago de una suma a tanto alzado cuando no existen directrices de la Comisión sobre los criterios aplicables al cálculo de dicha suma. En su opinión, se vulneraría también la igualdad de trato entre los Estados miembros, ya que dicha medida no se contempló en las sentencias de 4 de julio de 2000, Comisión c/ Grecia (C-387/97, Rec. p. I-5047), y de 25 de noviembre de 2003, Comisión c/ España (C-278/01, Rec. p. I-14141).

Ante tales posturas, el Tribunal expresó oportunamente que (...) *No cabe oponer a esta interpretación el empleo, en el art. 228 CE, apartado 2, de la conjunción “o” para unir las sanciones pecuniarias que pueden imponerse. Como han alegado la Comisión y los Gobiernos danés, neerlandés, finlandés y del Reino Unido, esta conjunción, desde un punto de vista lingüístico, puede tener un significado alternativo o acumulativo y, por tanto, debe interpretarse en el contexto en el que se emplea. Habida cuenta de la finalidad perseguida por el art. 228 CE, el empleo de la disyunción “o” en el apartado 2 de esta disposición debe entenderse en un sentido acumulativo*”⁶³.

Por su parte, a fin de lograr una mayor comprensión sobre los alcances de ambas multas, el propio Tribunal en la sentencia contra Francia

⁶² Idem 61 (punto 79 de la sentencia).

⁶³ Idem 61. Apartado 83 de la sentencia.

(C-304/02), efectuó una clara distinción entre ambas multas. Claramente se puede comprender que la aplicación de una u otra multa será dependiente de la idoneidad y particularidades que cada caso presente. Así, expresó que (...) *si la imposición de una multa coercitiva resulta especialmente adaptada para inducir a un Estado miembro a poner fin lo antes posible a un incumplimiento que, de no existir dicha medida, tendría tendencia a persistir, la imposición del pago de una suma a tanto alzado descansa más bien en la apreciación de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro afectado en los intereses privados y públicos, en especial cuando el incumplimiento se ha mantenido largo tiempo después de la sentencia que inicialmente lo declaró* ⁶⁴.

Este punto en análisis genera un continuo debate sobre los alcances en el ejercicio de las potestades que poseen los Tribunales Internacionales o incluso locales, en lo referente a la interpretación de la letra y espíritu de los Tratados. Cabe recordar que tal temática es abordada principalmente por el art. 31 y subsiguientes de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969 ⁶⁵.

Analizando el presente caso y acorde a las clasificaciones que la doctrina realiza sobre la temática, se puede establecer que el Tribunal Europeo ha realizado una interpretación extensiva de la letra del Tratado o de carácter teleológico ^{66 67}. Es decir, permite al juez, interpretar y sin generar una distorsión del sentido que los Estados le dieron al redactar el Tratado, llegar a conclusiones mucho más armónicas con el resto del texto ⁶⁸.

⁶⁴ Idem 61. Apartados 80 y 81

⁶⁵ Art. 31. Regla general de interpretación. *I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

⁶⁶ Manuel DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

⁶⁷ Conf. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia: Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado a las Naciones Unidas (1950). Asuntos de los Ensayos Nucleares (1974), Sentencia sobre Sahara Occidental (1975).

⁶⁸ Ver Malcom SHAW, *International Law*, fourth edition, United Kingdom, Cambridge University Press, 2006. págs. 656-7; Georg SCHWARZENBERGER – E. A BROWN, *Manual of*

Si bien la doctrina sostiene que al momento de interpretar el sentido de un texto la más idónea es precisamente entender que “dice” el texto, tal como expresa el art. 31.1, es decir, según el sentido ordinario o corriente, dicha interpretación no puede ser aislada ⁶⁹.

Como sostienen algunos internacionalistas, cuando se trata de tratados bilaterales, el determinar lo que las partes querían suele resultar más preciso. Sin embargo en cuanto a tratados multilaterales y de carácter normativo, que se parecen a las leyes del derecho interno, la intención de las partes al redactar el texto suele desvanecerse en algunos aspectos ⁷⁰.

De allí que, si se toma en consideración la expresión “objeto y fin” del Tratado a que hace alusión el mismo art. 31.1 de la Convención de Viena, es comprensible que al analizarse el sentido del entonces art. 228.(2) (actual art. 260.2) con el resto de la normativa del Tratado, se aprecie que la decisión del Tribunal sería acorde a manifestar que las prácticas llevadas adelante por los Estados Partes de no respetar las decisiones del Tribunal, van en contra de los fines perseguidos por la Comunidad, y de allí la imposición acumulativa de las multas por un doble incumplimiento.

El análisis sobre lo que la norma establece y el Tribunal Europeo determinó, marcaría un estudio especial en el camino de las Instituciones Comunitarias Europeas en afianzar su suprallegalidad normativa e institucional. Sin embargo, tal medida adoptada por el Tribunal no está exenta de inconvenientes. Por una parte, sobre el modo de cuantificación de la multa de suma a tanto alzado y de la multa coercitiva, y por la otra, que los Estados sancionados cumplieren las penalidades impuestas por el Tribunal Comunitario.

International Law, sixth edition, London, Professional Books Limited, 1976, pág. 134; John O'BRIEN, *International Law*, London, Cavendish Publishing Lt. 2001, pág. 346-7. Alina KACZOROWSKA, *Public International Law*, Great Britain, Old Bailey Press, 2002, págs 243-4; Ernesto DE LA GUARDIA, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1997.

⁶⁹ Antonio REMIRO BROTONS y otros, *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pág. 384.

4. Sobre los cálculos de los montos en las multas pecuniarias del art. 260.2

Una de las principales objeciones que plantean los Estados Miembros ante el Tribunal, es sobre el modo de la cuantificación de las multas solicitadas por la Comisión. En tal sentido, la Comisión ha redactado varios comunicados en los cuales ha ido plasmando los diversos modos por los cuales se deberían cuantificar las multas por el incumplimiento de las medidas ordenadas por el Tribunal en el primer proceso por incumplimiento del actual art. 258, tal como se enunció al inicio de este trabajo, sin perjuicio claro, que el Tribunal adopte tales cálculos o establezca los propios.

En lo que respecta a los criterios de la Comisión sobre la cuantificación de las infracciones llevadas adelante por los Estados, ésta ha hecho hincapié en un principio de proporcionalidad para la cuantificación de las medidas. En su comunicado de 2005, la Comisión, tomando nota de lo resuelto por el Tribunal en los asuntos C-387/97, Comisión/Grecia, y C-278/01, Comisión/España, se explayó en analizar el principio de la proporcionalidad ⁷¹.

En primer lugar, en los casos en que concurren varios incumplimientos y en los que considere que existen bases fácilmente disponibles, claras y objetivas que permiten proceder a una evaluación diferenciada de esos incumplimientos (sin comprometer el objetivo del procedimiento del art. 260), la Comisión propondrá una sanción distinta para cada incumplimiento, sin que tal distinción dé lugar a un aumento del volumen global de sanciones propuestas con respecto a la práctica anterior. Este enfoque significa más bien que el volumen global de sanciones se reducirá a medida que el Estado Miembro vaya ejecutando la sentencia.

También pueden darse situaciones de infracción, como la que caracterizaba al asunto C-278/01, Comisión c/ España, referido a las normas de calidad de las aguas de baño, establecidas en la Directiva 76/160/CEE,

⁷⁰ Julio BARBOSA, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalía, 2006, pág. 124; Max SORENSEN, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, págs. 228/232.

⁷¹ Comunicación de la Comisión - Aplicación del artículo 228 del Tratado CE /* SEC/2005/1658.

en las que, tal como observó el Tribunal de Justicia, (...) *es especialmente difícil que los Estados miembros lleguen a una ejecución completa de la Directiva, (...) y en las que es posible que el Estado miembro demandado llegue a aumentar sustancialmente el grado de ejecución de la Directiva sin llegar a una ejecución completa a corto plazo.* En tales circunstancias, tal como declaró el Tribunal de Justicia, (...) *una sanción que no tuviera en cuenta los progresos eventualmente realizados por el Estado miembro en la ejecución de sus obligaciones ni se adaptara a las circunstancias no sería proporcional al incumplimiento comprobado* ⁷².

Por ello, en ciertas situaciones de infracción comparables a la falta de aplicación de la Directiva 76/160/CEE -que se caracteriza por una obligación puramente “de resultado”- en las que existe una fórmula fácilmente aplicable para proceder al ajuste matemático de las sanciones en función de los progresos realizados en el sentido del cumplimiento, la Comisión propondrá esa fórmula al Tribunal de Justicia. Además examinará caso por caso si puede estar justificado, y, en caso afirmativo, en qué medida, proponer un mecanismo de adaptación similar y fácilmente aplicable en otras situaciones de infracción ⁷³.

⁷² Comisión/España. Caso C-278/01, puntos 47 a 52

⁷³ La multa coercitiva que el Estado miembro debe pagar es el importe, calculado en principio por día de retraso -sin perjuicio de otro período de referencia en casos particulares- que sanciona el incumplimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia, sabiendo que tal multa coercitiva va desde el día en que se comunicó al Estado miembro afectado la segunda sentencia del Tribunal de Justicia hasta que éste ponga fin a la infracción. El importe de la multa coercitiva diaria se calcula del modo siguiente: - *multiplicación de un tanto alzado de base uniforme por un coeficiente de gravedad y un coeficiente de duración;* - *multiplicación del resultado obtenido por un factor fijo por país (el factor “n”) que tiene en cuenta tanto la capacidad de pago del Estado Miembro afectado como el número de votos de que dispone en el Consejo.* En lo que hace a la multa de tanto alzado, se define como el importe fijo de base al que se aplicarán los coeficientes multiplicadores. Sanciona la violación del principio de legalidad y el incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia que se recoge en todos los asuntos relativos al artículo 260. Se ha determinado de modo que: - la Comisión conserve un amplio margen de apreciación en la aplicación del coeficiente de gravedad, - el importe sea razonable para ser soportable por todos los Estados miembros, - el importe, multiplicado por el coeficiente de gravedad, sea suficientemente elevado para man-

Además, en su comunicación de 2005, la Comisión sostuvo que las sentencias C-278/01 (Comisión/España), y C-304/02 (Comisión/Francia), pusieron de manifiesto que puede resultar necesario adaptar a las circunstancias particulares el calendario de referencia para la valoración de la persistencia del incumplimiento después de la segunda sentencia y para determinar cuándo deberá abonarse la multa coercitiva⁷⁴. Cuando el grado de ejecución no puede apreciarse sino a intervalos regulares, conviene evitar una situación en la que las multas coercitivas seguirían acumulándose durante períodos en los que, en realidad, la infracción habría finalizado de hecho, pero en los que no se habría comprobado su cese. Aun cuando continúe normalmente proponiendo multas coercitivas diarias, la Comisión sugerirá pues, en los casos indicados, la aplicación de un calendario de referencia diferente, que prevea, por ejemplo, una periodicidad de seis meses o un año. El calendario de referencia adecuado estará en función del método de comprobación del cumplimiento previsto en la legislación correspondiente.

Para la solicitud de la multa coercitiva, la Comisión parte de una cifra mínima de 600 euros al día y a ella aplica dos multiplicadores, uno de gravedad y otro de duración. Se elabora un “factor n” que tiene en cuenta el PIB del Estado y el valor de su voto en el Consejo, cuando éste decide por mayoría cualificada. Cabe en efecto, constatar que el factor “n” combina la capacidad de pago de cada Estado -representada por su P.I.B.-, con el número de votos de que dispone en el Consejo. La fórmula resultante permite obtener una divergencia razonable de 0,36 a 25,40 entre los distintos Estados miembros.

Este factor “n” es igual a:

tener una presión suficiente sobre el Estado miembro afectado, sea el que sea. A la cuantificación de las multas a su vez se les incorporan otros tipos de cálculos como son el coeficiente por gravedad (por los daños que ocasiona el incumplimiento) y un coeficiente de duración por el tiempo transcurrido.

⁷⁴ Comisión c/ España. Caso C-278/01 Puntos 43 a 46 y Comisión c/ Francia. Caso C-304/02, puntos 111 y 112.

Estado miembro	Factor especial n
Bélgica	5,81
República Checa	3,17
Dinamarca	3,70
Alemania	25,40
Estonia	0,58
Grecia	4,38
España	14,77
Francia	21,83
Irlanda	3,14
Italia	19,84
Chipre	0,70
Letonia	0,64
Lituania	1,09
Luxemburgo	1,00
Hungría	3,01
Malta	0,36
Países Bajos	7,85
Austria	4,84
Polonia	7,22
Portugal	4,04
Eslovenia	1,01
Eslovaquia	1,45
Finlandia	3,24
Suecia	5,28
Reino Unido	21,99

Fuente: Comunicación de la Comisión. SEC (2005) - 1658

Por su parte en lo referente al cálculo de la multa a tanto alzado, la Comisión suele proponer al Tribunal de Justicia un método que consiste:

- por una parte, en la determinación de una suma a tanto alzado mínima fija;

- y, por otra, en un método de cálculo basado en un importe diario multiplicado por el número de días de persistencia de la infracción y, por lo tanto, similar en gran medida al que regula el cálculo de la multa coercitiva; este método de cálculo se aplicará cuando el resultado sea superior a la suma a tanto alzado mínima.

Como parámetro de solicitud sancionatoria, la Comisión suele proponer al Tribunal al momento de aplicar el actual art. 260.2, al menos una suma a tanto alzado fija, determinada para cada Estado miembro en fun-

ción del mencionado factor “n”, independientemente del resultado del cálculo efectuado para la multa coercitiva.

Por otra parte, y en caso de que se sobrepase la suma a tanto alzado mínima, la Comisión suele proponer al Tribunal de Justicia que determine la suma a tanto alzado mediante la multiplicación de un importe diario multiplicado por el número de días de persistencia de la infracción transcurridos entre el día en que se dicte la sentencia en virtud del art. 258 y el día de regularización de la infracción o, a falta de regularización, el día en que se dicte la sentencia en virtud del art. 260.

La suma a tanto alzado mínima queda fijada en:

	(factor n)	(suma a tanto alzado mínima)
Bélgica	5,81	2 905 0001
República Checa	3,70	585 000
Dinamarca	3,70	1 850 000
Alemania	25,40	12700 000
Estonia	0,58	290 000
Grecia	4,38	2 190 000
España	14,77	7 385 000
Francia	21,83	10 915 000
Irlanda	3,14	1 570 000
Italia	19,84	9 920 000
Chipre	0,70	350 000
Letonia	0,64	320 000
Lituania	1,09	545 000
Luxemburgo	1,00	500 000
Hungría	3,01	1 505 000
Malta	0,36	180 000
Países Bajos	7,85	3 925 000
Austria	4,84	2 420 000
Polonia	7,22	3 610 000
Portugal	4,04	2 020 000
Eslovenia	1,01	505 000
Eslovaquia	1,45	725 000
Finlandia	3,24	1 620 000
Suecia	5,28	2 640 000
Reino Unido	21,99	10 995 000

Fuente: Comunicación de la Comisión. SEC (2005) - 165.

A criterio de la Comisión, este umbral mínimo fijo refleja el principio de que cualquier caso de incumplimiento persistente de una sentencia del

Tribunal de Justicia por un Estado Miembro representa en sí, independientemente de cualquier circunstancia agravante, un ataque al principio de legalidad en una comunidad de derecho que requiere una sanción real.

El umbral mínimo fijo evita además la propuesta de importes puramente simbólicos que carecerían del menor carácter disuasorio y que, más que reafirmarla, podrían minar la autoridad de las sentencias del Tribunal de Justicia.

Como punto final es importante señalar las implicancias que las sentencias del art. 260.2 han tenido al momento de ejecutarse. Muchas veces se analiza o comenta sobre el funcionamiento de los diversos procesos dentro de los sistemas de integración o comunitarios, pero poco se habla sobre el real funcionamiento o la aplicación concreta que los órganos suelen decidir y ejecutar.

En el caso del Tribunal de Justicia Europeo, los casos que involucran el art. 260.2 son escasos, teniendo en cuenta la sumatoria de casos que anualmente el Tribunal toma conocimiento y se expide. Según el actual art. 280 del Tratado, las sentencias del Tribunal de Justicia tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el art. 299 del TFUE ⁷⁵. Hasta la actualidad, las multas que el Tribunal dicta contra los Estados, deben ser depositadas a nombre de la Comisión en el ítem de “otros ingresos” en el presupuesto comunitario, con arreglo al actual art. 311 del TFUE y la Decisión 2000/597/CE.

Según el 26° Informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario ⁷⁶, tras la adopción de la Comunica-

⁷⁵ Artículo 299. Los actos del Consejo, de la Comisión o del Banco Central Europeo que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados serán títulos ejecutivos. La ejecución forzosa se regirá por las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo. La orden de ejecución será consignada, sin otro control que el de la comprobación de la autenticidad del título, por la autoridad nacional que el gobierno de cada uno de los Estados miembros habrá de designar al respecto y cuyo nombre deberá comunicar a la Comisión y al Tribunal de Justicia. Cumplidas estas formalidades a instancia del interesado, éste podrá promover la ejecución forzosa conforme al Derecho interno, recurriendo directamente al órgano competente. La ejecución forzosa sólo podrá ser suspendida en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia. No obstante, el control de la conformidad a derecho de las medidas de ejecución será competencia de las jurisdicciones nacionales.

⁷⁶ COM(2009) [675] final. Bruselas, 15/12/2009. La Comisión Europea elabora cada año un informe relativo al control de la aplicación del Derecho comunitario en

ción SEC (2005)1658 de la Comisión de 2005, sobre la aplicación del art. 260 del TFUE, actualmente se están revisando con más frecuencia los casos de infracción por incumplimiento continuado de sentencias del Tribunal. Desde finales de 2006 se observó cierta tendencia al aumento del número de casos sometidos al Tribunal de acuerdo con el art. 260. En catorce casos se decidió recurrir por segunda vez al Tribunal, y en otros casos el recurso se retiró al recibirse las medidas de transposición, muchos de los cuales aún no han tenido resolución por el Tribunal.

En base a los informes de la Comisión, la experiencia muestra que con frecuencia es más eficaz y equitativo intentar resolver los problemas recurrentes o extendidos con un enfoque más sistemático. Así, los ejemplos de infracciones sistemáticas que la Comisión ha tratado, o está tratando, en el ámbito de la protección del medio ambiente, han sido explicados en la Comunicación de la Comisión de 2008 sobre la aplicación de la legislación ambiental comunitaria ⁷⁷. Se trata de infracciones de las normas relativas al agua de baño y el agua potable, de la falta de recogida y tratamiento de aguas residuales urbanas, de la tolerancia de actividades ilegales de eliminación de residuos, o del incumplimiento de la normativa de caza o de las condiciones de suspensión temporal en espacios naturales protegidos.

En septiembre de 2007 la Comisión adoptó una comunicación sobre “Una Europa de resultados: La aplicación del Derecho comunitario” ⁷⁸, en la que declaraba que haría hincapié en su Informe Anual en las cuestiones estratégicas, la evaluación del estado actual del derecho en los distintos sectores, las prioridades y la programación de las acciones futuras, con el fin de contribuir al diálogo interinstitucional estratégico destinado a determinar en qué medida el Derecho comunitario alcanza sus objetivos, los problemas encontrados y las posibles soluciones. Para 2010 está prevista una Comunicación sobre la aplicación del art. 260 del Trata-

respuesta a las solicitudes del Parlamento Europeo (Resolución de 9 de febrero de 1983) y de los Estados miembros (punto 2 de la declaración N° 19 aneja al Tratado firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992). Este informe responde también a las solicitudes del Consejo Europeo o del Consejo en relación con sectores específicos.

⁷⁷ COM(2008) 773.

⁷⁸ COM(2007)502, del 5/9/2007.

do sobre el funcionamiento de la Unión Europea, en relación con la facultad que tiene la Comisión para pedir al Tribunal de Justicia que imponga sanciones financieras a un Estado miembro.

III. Conclusiones

El gran desafío de la eficacia del Tribunal -y de la Comunidad en su conjunto- está puesto en determinar el grado de acatamiento que tienen las sentencias del Tribunal, en particular dado las millonarias sumas de dinero en concepto de multas. Si se analiza el presupuesto de la UE, en el punto 7.1 (períodos 2007, 2008, 2009 y proyecciones de 2010) referido a los ingresos de la Comisión por multas impuestas por el Tribunal a los Estados Miembros por incumplimiento del derecho comunitario, se aprecian los montos que anualmente el organismo comunitario recibe.

Sin embargo, surge el interrogante -y se deja aquí abierto otro punto de indagación-, si una vez dictada la segunda sentencia, ¿todos los Estados pagan o persisten en su incumplimiento? Y si ello es así, ¿qué medios legales e institucionales poseen los órganos involucrados para que el Estado sentenciado cumpla lo ordenado en la segunda sentencia del Tribunal de la Comunidad? ¿Será legítimo el retener por parte de la Comisión el importe de la multa, de aquellas asignaciones destinadas al Estado infractor que surgen en el presupuesto de asignaciones económicas de la comunidad europea?

Como se puede apreciar, la continua evolución en la jurisprudencia del Tribunal, está produciendo mutaciones de trascendencia en lo que hace a la interpretación y aplicación del derecho comunitario. Seguramente con la resolución de los nuevos casos que la Comisión está presentando al Tribunal, éste se enfocará en darle mayor solidez a sus decisiones sobre la aplicación de sanciones por el incumplimiento reiterado del Estado en la aplicación del derecho comunitario. Queda por ver hacia dónde se dirigen tales decisiones.

INDICE

Presentación <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	9
Los procesos de integración en América Latina. Breves reflexiones a modo de introducción <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	11
Procesos de integración latinoamericanos en el contexto de la globalización <i>Zlata Drnas de Clément</i>	19
Juridicidad de los actos de los órganos de integración en los procesos latinoamericanos <i>Luis Ignacio Savid Bas</i>	37
La colisión en el tiempo de la normativa aplicable en los procesos de integración <i>Arturo Santiago Pagliari</i>	47
El medio ambiente en los procesos de integración sudamericanos <i>Graciela R. Salas</i>	81
Instancias jurisdiccionales en distintos procesos de integración en América Latina y Caribe <i>Marta Susana Sartori</i>	97
La aplicación de la acción de incumplimiento en el derecho comunitario europeo: alcances del artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea <i>Christian G. Sommer</i>	117

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de noviembre de 2010

