

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

**“EFECTOS JURÍDICOS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL FRENTE
A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES, CASOS DE LA
UNIÓN EUROPEA Y LA COMUNIDAD ANDINA”**

DIEGO JAVIER ZUMÁRRAGA RUALES

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Dr. Diego Zumárraga Ruales

11 de marzo de 2009

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

**“EFECTOS JURÍDICOS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL FRENTE
A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES, CASOS DE LA
UNIÓN EUROPEA Y LA COMUNIDAD ANDINA”**

DIEGO JAVIER ZUMÁRRAGA RUALES

TUTOR: DR. CÉSAR MONTAÑO

2009

RESUMEN

La presente tesis tiene por objeto el análisis de la interpretación prejudicial en base a los ordenamientos jurídicos comunitarios con énfasis en la correlación existente con el derecho de los Estados miembros. El estudio principal, se basa en la estructura jurídica de la figura legal, y entiende sus relaciones, puesto que el derecho interno no puede abstraerse de la realidad jurídica comunitaria y, conforme esta perspectiva, le interesa incorporarse a la dinámica que presenta el desarrollo de la normativa supranacional. Para alcanzar este paradigma, los países han sabido crear comunidades políticas que los representen y busquen una sincronización de su colectivo social, ubicando mecanismos que les permita armonizar su desarrollo conjunto, siendo una de las herramientas para este propósito, las disposiciones legales comunes. Este ordenamiento normativo común, que se encuentra interrelacionado con un proceso de aproximación entre legislaciones, conlleva a que el derecho interno necesariamente se vea influenciado y advierta directrices respecto de ámbito y de acción.

Los aspectos referidos se ven desarrollados en tres capítulos, el primero, por el cual se introduce a un estudio, que partiendo de una generalidad, enmarca su realidad jurídica dentro de los ámbitos previstos para su desarrollo, el segundo, que agrupa los principios básicos para el ejercicio del derecho comunitario y desarrolla sus implicaciones normativas y un tercero que sustenta los efectos de la aplicación de la interpretación, sin desconocer la vasta experiencia que ha desarrollado a partir de su vigencia.

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO I

LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

1. Generalidades
2. Diversas formas de interpretación
3. Ámbito jurídico de la interpretación prejudicial
4. La interpretación prejudicial obligatoria y facultativa
5. Cierre del capítulo

CAPÍTULO II

LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA COMUNIDAD ANDINA Y EN LA UNIÓN EUROPEA

- 2.1. Principios del Derecho Comunitario
 - 2.1.1 Preeminencia
 - 2.1.2 Aplicación directa
 - 2.1.3 Efecto directo
- 2.2. El recurso de interpretación prejudicial en la Unión Europea
- 2.3. La consulta prejudicial en la Comunidad Andina
- 2.4. Los Órganos Jurisdiccionales Comunitarios
 - 2.4.1. Límites de competencia de los tribunales de justicia comunitaria y jueces nacionales en materia de interpretación prejudicial
- 2.5. Relaciones de cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario
- 2.6. Similitudes y diferencias de la interpretación prejudicial entre la Comunidad Andina y la Unión Europea
- 2.7. Cierre de capítulo.

CAPÍTULO III

EFFECTOS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

- 3.1. La discrecionalidad
 - 3.2. El acto claro.
 - 3.3. Incumplimiento.
 - 3.4. Análisis de casos.
 - 3.4.1. TJCE. Proceso sobre libre circulación de personas. Consulta prejudicial.
 - 3.4.2. TJCA. Proceso sobre derechos de patente (pipeline versus novedad absoluta). Principio de preeminencia.
 - 3.5. Cierre de capítulo.
- Conclusiones.
- Bibliografía.

LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL FRENTE A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES, CASOS DE LA UNIÓN EUROPA Y LA COMUNIDAD ANDINA

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centra en el estudio del derecho comunitario europeo y andino a través de la figura legal denominada interpretación o consulta prejudicial, que por su intermedio incorpora un necesario enlace entre el derecho interno de los Estados miembros de la comunidad y el derecho emanado por sus órganos competentes, de manera directa y organizada.

El proceso de análisis se adentró en la institución jurídica interpretación judicial, en sus aspectos doctrinario, normativo y comparativo, con la finalidad de establecer los mecanismos por los cuales aquella incide en la normativa interna de los países inmersos dentro de un sistema comunitario regulado.

La pregunta central que sirvió de base para la ejecución del presente trabajo se relacionó con el ámbito de aplicación y los efectos de interpretación prejudicial, y la reacción de los ordenamientos nacionales y comunitarios en su aplicación. El objetivo se concentró en analizar la naturaleza y los principios normativos de la interpretación prejudicial y su incidencia en el derecho comunitario e interno y evaluar ciertas carencias en su aplicabilidad.

La investigación escrutó en aspectos descriptivos, desde perspectivas de tipo teórica metodológica, y de tipo investigativa, que permitió obtener precisión y profundidad requeridas para los temas abordados.

Las fuentes de investigación fueron procesadas prudentemente de acuerdo a su importancia, relativa y congruente al marco conceptual de la

investigación propuesta, y clasificada en orden temático para el desarrollo de la tabla de contenidos. Para dicha investigación se accedió al sistema normativo comunitario e interno aplicable, autores especialistas, sentencias de los Tribunales de Justicia Europeo y Andino, así como entrevistas a docentes y expertos en materia de derecho comunitario, entre ellos a Magistrados de Órganos Jurisdiccionales, además de información obtenida en instituciones, en bibliotecas, y en medios complementarios como internet.

La tabla de contenidos ilustra la división del trabajo investigativo en tres capítulos: el primero relativo a las generalidades, ámbito jurídico y clases de la interpretación prejudicial, así como las formas más utilizadas en interpretación; el segundo, se adentra en los principios básicos del derecho comunitario y analiza comparativamente, los sistemas jurisdiccionales comunitarios, andino y europeo, puntualizando sus atribuciones, coincidencias, diferencias y límites, en el marco de la interpretación prejudicial; y el tercero abarca sus efectos, y efectúa un análisis de casos jurisprudenciales aplicables al tema investigado.

CAPITULO I

LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

1. Generalidades.

La interpretación prejudicial (en adelante IP) fue incorporada originalmente en el capítulo cuarto del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, (CECA), firmado en París en 1951. Este tratado insta en la región el mercado común, la libre circulación de productos, la liberación de aranceles y prohíbe cualquier práctica discriminatoria, restrictiva o mecanismo de subvención entre los países miembros en Europa¹.

La CECA fue la primera organización comunitaria en constituirse después de la segunda guerra mundial, teniendo únicamente como antecedente la denominada Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) creada el 16 de abril de 1948 para la reconstrucción de Europa, dentro del plan Marshall que implementó las denominadas políticas liberales o *laissez faire*.

El involucramiento acordado de terceros países en el marco regulatorio comunitario de la CECA², por el cual los países ceden una parte de su soberanía para buscar un mecanismo de cooperación, advirtió la necesidad de prever mecanismos de protección a la normativa común naciente, con la finalidad de estandarizar el criterio para su aplicación, ya que como es obvio los

¹ En: http://europa.eu/scadplus/treaties/ecsc_es.htm.

² El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el 18 de abril de 1951, fue modificado entre otras por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1996 y por el Tratado de Niza firmado el 26 de febrero de 2001, Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Niza.

ordenamientos internos prevén figuras legales disímiles que llegan en determinado momento a contrariar las normas supranacionales. La figura regulatoria apropiada, fue producto de una iniciativa de carácter económico que perseguía la defensa de un bloque progresista en miras a un mercado común que permitiera la libre circulación de los bienes en la comunidad.

El artículo 41 de la CECA disponía lo siguiente: “Sólo el Tribunal será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez de los acuerdos de la Comisión y del Consejo, en caso de que se cuestione tal validez en un litigio ante un Tribunal nacional”. Esta creación jurídica con variaciones propias del desarrollo técnico – jurídico y del efecto procesal se mantiene hasta la actualidad en su estructura básica original.

Posteriormente se incluyó este mecanismo “a las cuestiones de interpretación de los Tratados fundamentales, a las de validez e interpretación del derecho derivado, y a las de interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo”³.

La Comunidad Económica Europea (CEE) fue constituida el 25 de marzo de 1957 con la firma del Tratado de Roma⁴ con miras a la unificación definitiva del mercado común europeo y la consecución de dos objetivos fundamentales: “El primero consiste en la transformación de las condiciones económicas de los intercambios y de la producción en el territorio de la Comunidad. El segundo, de carácter más político, ve en la CEE una contribución a la construcción funcional de la Europa política y un paso hacia una unificación más amplia de Europa”⁵. Así, los tres grandes pilares en los cuales se fundó la CEE fueron la

³ Fernando Uribe Restrepo, *La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993, p. 22.

⁴ En este Tratado se incorporó adicionalmente la creación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, denominada EURATOM.

⁵ En: http://europa.eu/scadplus/treaties/eec_es.htm.

libertad de circulación de trabajadores, la política social – económica y la creación de un fondo social para Europa.

El artículo 177 del Tratado de creación de la CEE⁶ faculta al Tribunal de Justicia a pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Tratado, sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo (BCE), y sobre la interpretación de los Estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos Estatutos así lo prevean.

Para la CEE la interpretación prejudicial es considerada como: “la figura procesal básica del derecho comunitario” y por ello, “no es casual, que haya sido en ejercicio de la misma, (de la jurisprudencia) que se hayan extraído las doctrinas centrales de toda la construcción técnica del Derecho Comunitario, así como su perfeccionamiento y progreso”⁷. Para la Comunidad Europea resulta muy importante el mecanismo jurídico de la interpretación prejudicial puesto que dicha construcción jurídica ha consolidado las bases para el progreso de la normativa comunitaria y ha incidido positivamente en el derecho comunitario.

Posteriormente, el Tratado de la Unión Europea de 29 de julio de 1992 que modifica el tratado constitutivo de la CEE con el fin de constituir la Comunidad Europea conserva las disposiciones relativas a la interpretación prejudicial con algunas innovaciones.

⁶ Art. 177: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a. sobre la interpretación del presente Tratado; b. sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE; c. sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

⁷ Sentencia de asuntos acumulados T-49/02 a T-51/02, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades, 2005.

Por otra parte, en América del Sur, la codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena de 1978)⁷ constante en la Decisión 563, norma en la sección E, artículos 40 y 41 la constitución del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) como órgano jurisdiccional de aquel, el cual se rige por el Tratado de su Creación, sus protocolos modificatorios y lo constante en la Decisión 563. Tiene su sede en la ciudad de Quito, Ecuador.

El Tratado de Creación del TJCA dentro de las competencias asignadas dispone a partir del artículo 32 al 36 el mecanismo de interpretación prejudicial. El Estatuto del TJC expedido en la Decisión 500 el 22 de junio de 2001, prevé en el artículo 4 que: “El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros”; y el artículo 5 respecto de la Jurisdicción del Tribunal, dispone: “El Tribunal ejerce su jurisdicción sobre la Comunidad Andina dentro del marco de competencias establecido en el ordenamiento jurídico comunitario”.

El capítulo tercero del Estatuto referido norma el procedimiento para la interposición de la solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal y establece tanto el marco jurídico facultativo como el obligatorio, para el adecuado y eficaz ejercicio de esta institución jurídica.

En la Gaceta Oficial No. 694 de 03 de agosto de 2001 del TJCA se publicó la “Nota Informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales” con la

⁸ El 26 de mayo de 1969, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú firmaron el Acuerdo de Cartagena que dio origen al Grupo Andino. El 13 de febrero de 1973 se adhirió Venezuela. El 30 de octubre de 1976, Chile se retiró del Acuerdo y el 19 de abril de 2006 la República Bolivariana de Venezuela denunció el Acuerdo.

finalidad de “facilitar el planteamiento de las soluciones de interpretación”, conforme así lo determina.

El Tribunal de Justicia cuenta con un Reglamento Interno con la finalidad de desarrollar las normas del Tratado de Creación del TJCA, así como su Estatuto con relación a su organización y funcionamiento internos.

La interpretación prejudicial es para este análisis entendida como el criterio jurídico de un organismo que, en el marco de su competencia y al amparo de una regulación adecuada, tiene la facultad exclusiva de dilucidar el verdadero alcance y funcionalidad de una norma comunitaria, incorporando en su análisis aspectos relacionados con su origen, sentido y amplitud de la norma, para su debida aplicación en un caso determinado.

En efecto, la normativa comunitaria, que nace de los criterios de integración y cooperación entre Estados, a través de la interpretación prejudicial, persigue, a partir de su creación, el establecimiento, unificación y aplicación uniforme del derecho.

La implicancia del derecho comunitario en asuntos económicos, comerciales, laborales y sociales conlleva a que sea esencial que se encuentre un mecanismo como la interpretación prejudicial destinado a integrar el criterio de aplicación para que sea uniforme en todos los países miembros.

Los principios inherentes al derecho comunitario son: aplicación inmediata, efecto directo, y supremacía.

Estos principios, que serán profundizados en el capítulo segundo del presente trabajo, están directamente incorporados en virtud de que la norma comunitaria no requiere de ningún acto de recepción por parte de los Estados miembros, es decir, no necesita de pronunciamiento posterior alguno para su plena y efectiva vigencia; y, su supremacía, está vinculada con el carácter

jerárquico de la normativa comunitaria sobre el derecho estatal, emanada de las facultades otorgadas por los Estados miembros a través de sus representantes en base a los tratados fundacionales, por los cuales se configuran “un conjunto de instituciones nuevas, comunes y diferentes de los Estados miembros, con personalidad jurídica propia, a las cuales, por transferencias de poderes soberanos de estos, se les encomienda una serie de facultades (de actuación) para velar por el cumplimiento de las obligaciones concretas de los miembros y para desarrollar los objetivos conducentes a la implantación y la posterior gestión del mercado común”⁹.

Así, en la sentencia del Tribunal Andino de Justicia, dictada dentro del proceso 2-N-86, seguido por la República de Colombia contra la Resolución 253 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, consta:

[...] Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de modo alguno obstaculice su aplicación.

De lo transcrito se puede claramente evidenciar que el espíritu del ordenamiento comunitario radica en salvaguardar su vigencia y el cumplimiento irrestricto que deben observar los Países Miembros en su conducta, tanto en su derecho interno como en sus tratados o convenios con terceros países puesto que ninguno de aquellos puede exacerbar lo previsto en la normativa creada por la Comunidad, ya que los países deben armonizar sus legislaciones internas para no contrariar ni transgredir la normativa común. Los motivos por los cuales un País Miembro incurre en transgresión *ex tunc* en su actuación y

⁹ En: <http://www.scielo.cl/scielo>.

que según la normativa comunitaria puede dar lugar a acciones de incumplimiento¹⁰, son:

- a) Expedición de normas internas contrarias al ordenamiento comunitario;
- b) No expedición de normas que den cumplimiento a dicho ordenamiento; y,
- c) Realización de cualquier acto u omisión que dificulte u obstaculice su aplicación.

Las normas comunitarias, producto de la integración entre los Estados, persiguen a partir de su creación, la aplicación uniforme entre los Países Miembros y la armonización de sus legislaciones internas.

En consecuencia, existen a escala regional dos estructuras jurídicas vinculantes entre sí que subsisten para la plena y efectiva validez del ordenamiento legal. (i) El derecho comunitario que se conforma de la integración de varios países con aproximación geográfica pero con sensibles diferencias en idiosincrasia, historia, tradiciones, cultura, religión, organización política y administrativa y (ii) el derecho interno de cada País Miembro nutrido íntimamente por la unificación de los elementos descritos. Partiendo de esta realidad resulta indispensable que exista una verdadera unificación de criterio aplicativo del ordenamiento comunitario ya que “el derecho comunitario debe tener la misma significación en todos los Estados Miembros”¹¹.

¹⁰ La acción de incumplimiento será analizada dentro del tercer capítulo de este trabajo, titulado, Efectos de la Interpretación Prejudicial.

¹¹ Leontin Contantinesco, en *La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino*, Fernando Uribe Restrepo. Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993, p. 20.

2. Diversas formas de interpretación.

Es un hecho que no admite discusión que el empleo de la interpretación cualesquiera sea su finalidad se restringe en principio a dilucidar la obscuridad de una formulación normativa o cuando de cierto modo ésta es discutible o controvertida. No admitiría ningún ejercicio de interpretación o discusión una norma clara que no ha causado controversia en su significación. En consecuencia, "se debe distinguir entre dos tipos de formulaciones normativas. De un lado, existen formulaciones normativas cuyo significado es claro y no controvertido. De otro lado, existen formulaciones normativas cuyo significado es equivoco y despiertan perplejidad. Las formulaciones del segundo tipo, y solo esas, requieren de interpretación"¹².

El acto de interpretar una norma que en principio no requiere la aplicación de criterio subjetivo alguno ya que puede ser aplicada de forma directa, dificulta su propósito cuando aquella ha sido reiteradamente interpretada. Esta situación tiende a deformar su esencia y significación inicial puesto que en su reformulación se encuentran inmersos tantos criterios como cuantos interpretes intervinieron en ellos.

Según Riccardo Guastini¹³, en la interpretación coexisten dos fuentes claras, que para adoptarlas, es necesario un criterio subjetivo, la primera tiene que ver con el sentido claro de la norma y la otra con un sentido oscuro, controversial o dudoso. La diferencia fundamental entre estas dos radica que en la primera consiste en averiguar su sentido en un texto anteriormente concebido y, no decidir qué significado, de entre muchos posibles, pueda convenir a ese texto determinado, incorporando valoraciones, elecciones y

¹² Riccardo Guastini, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Editorial Fontamara, 1998, p. 22.

¹³ Riccardo Guastini, "La interpretación: objeto, conceptos y teorías", en Rodolfo Vázquez, comp., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Editorial Fontamara, 2006, pp. 19-24.

sobre todo decisiones, como es el caso de la segunda variante. Bajo esta perspectiva su significación es mutable y tiene directa relación con el intérprete, puesto que para alguien puede resultar claro y para otro oscuro.

El Art. 121 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CA (TJCA) establece que corresponde a ese tribunal “interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países miembros”, y en el caso del Tribunal de Justicia de la CE (TJCE) según lo dispone el art. 234 del Tratado, de igual forma establece que el Tribunal es: “competente para pronunciarse con carácter prejudicial: i) sobre la interpretación de Tratado CE, y ii) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad”.

La finalidad de la interpretación prejudicial es asegurar la aplicación uniforme de la normativa comunitaria dentro de los Países miembros. Su interpretación debe necesariamente estar vinculada a un caso concreto, pues caso contrario se estaría de plano desvirtuando la propia naturaleza de la interpretación prejudicial, ya que como se encuentra anteriormente planteado su formulación parecería ser oscura a los ojos del mismo Tribunal al necesitarse de una permanente *-interpretación-* para su aplicación uniforme. Dicho de otra manera, la normativa comunitaria *per se* no necesitaría para su aplicación ser objeto de interpretación, esta actividad vendría a adoptarse exclusivamente por excepción y no por regla, en casos específicos. La norma que configura la actividad real, ámbito y significación clara de la intención del legislador comunitario está consagrada en el art. 34 del Tratado de Creación del TJCA que prescribe lo siguiente: “El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del

proceso, no obstante lo cual podrá referirse a estos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada”.

La virtud de esta disposición es que otorga el verdadero enfoque al que debe ser dirigida la interpretación, no solamente para efectos de aplicación uniforme como de forma general se anuncia, sino inmersa dentro de un proceso en el cual fue invocada la norma comunitaria en relación con la controversia o disputa originada en los tribunales nacionales, sin que esté facultado el Tribunal de interpretar o pronunciarse respecto del derecho interno.

Ciertos matices en criterios interpretativos, hacen que la hermenéutica jurídica ubique diversos elementos que conllevan a establecer el verdadero sentido de la norma. Es importante mencionar que encontrar una regla adecuada de interpretación es el primer paso para el proceso de búsqueda de su significación, sentido y aplicación. Entre las técnicas de interpretación se puede mencionar las siguientes: declarativa, doctrinal, extensiva, subjetiva, gramatical, histórica, comparativa, literal, restrictiva, sistemática y usual entre las más puras y aplicadas, existiendo otras duales que hacen referencia a conexiones interpretativas, como son: literal-gramatical, lógico-dogmático, teleológico, psicológico-voluntarista. La ciencia jurídica alemana resume la interpretación al usar la palabra “*Rechtsfindung*, que significa búsqueda e invención de la regla pertinente – entendiendo aquí el término invención en toda su amplitud, como proceso no sólo heurístico¹⁴, sino también creativo”.¹⁵ Todos aquellos métodos pretender descifrar el sentido estricto de la disposición legal con el objeto de establecer cuál es la finalidad de aquélla, escrutando su significación.

¹⁴ Heurístico, según lo define la Real Academia de la Lengua, es la técnica de la indagación y del descubrimiento. Diccionario de la Real Academia, en <http://www.rae.es/rae.html>.

¹⁵ Wiarda, Zwolle, *Drie typen van rechtsvinding*, en Revista de Instituciones Europeas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, p. 8.

En el caso de la interpretación del derecho comunitario, específicamente en la interpretación prejudicial, encontramos la presencia de estos mismos elementos interpretativos, que son empleados por el juez comunitario en busca del sentido de la norma. Así, por ejemplo, dentro del Proceso 1- IP-87, el TJCA establece lo siguiente:

En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el aporte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, Tribunal único de las Comunidades Europeas en la aplicación de este derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, sin perder de vista el fin permanente de la norma. Por estas consideraciones corresponde el empleo preferente de los métodos de interpretación llamados ‘funcionales’, como los métodos sistemáticos y de interpretación teleológica, sin dejar de utilizar, si fuese el caso, los demás universalmente admitidos, con la advertencia de que el método teleológico, que adquiere connotación especial en el derecho comunitario como normativa de un proceso de realizaciones conjuntas para el logro de un objetivo común, es el que mejor se adapta a la naturaleza propia de la decisión prejudicial en cuanto tiene en cuenta el ‘objeto y fin’ de la norma, o sea, en último término, el proceso de integración de la Subregión Andina que es el propósito que inspira la suscripción del Acuerdo de Cartagena.¹⁶

Como puede observarse el TJCA en la motivación de la sentencia transcrita hace hincapié en el método teleológico como procedimiento idóneo para la decisión prejudicial.

La teleología es “la ciencia o teoría de la finalidad superior” y la teleología jurídica es “la ciencia, estudio o doctrina que se propone establecer los fines trascendentes del Derecho en la vida social y para la comunidad humana”¹⁷.

La solicitud de interpretación prejudicial planteada por el Juez nacional, según lo dispone el literal b) del artículo 124 de Estatuto del TJCA, debe contener las normas que requieren ser interpretadas, sin embargo el TJCA tiene la facultad para interpretar de oficio el ordenamiento jurídico comunitario que considere aplicable. Puede extender la interpretación a otros artículos o

¹⁶ Jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad Andina. op.cit, Tomo I, p. 106.

¹⁷ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1998, p. 27.

limitarse a los solicitados, o menos, con la finalidad de completar debidamente el criterio comunitario a ser incorporado en la sentencia.

En sentencia del 11 de octubre de 1994, dictada en el expediente 01-IP-94, caso "MC POLLO SU POLLO RICO", publicada en la Gaceta Oficial No. 164, del 2 de noviembre de 1994, respecto al criterio amplio de interpretación el TJCA establece:

Requerida la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la determinación de las normas pertinentes a interpretar. En consecuencia, el Tribunal podrá establecer si interpreta la totalidad de las normas consultadas, o si, según su pertinencia en el caso concreto, suprime la interpretación de unas o agrega la de otras. Además, podrá absolver las consultas en el orden de prelación que estime conducente.¹⁸

En este mismo sentido, a manera de ejemplo, en el Proceso No. 59-IP-2005 el Tribunal, acerca de la interpretación de oficio de la normativa comunitaria como su facultad indica qué normas serán interpretadas a solicitud de la instancia nacional consultante y de oficio.

Interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos 83, literal b, y 113, literal a, de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, e interpretación de oficio de los artículos 81, 93, 96 y 128 eiusdem, así como de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Parte actora: sociedad ANHIDRIDOS Y DERIVADOS DE COLOMBIA S. A. ANDERCOL. Caso: marca "ANDERCOL S. A. y figura" Expediente: No. 1175-2004¹⁹.

3. Ámbito jurídico de la interpretación prejudicial.

Los Países fundadores de las Comunidades UE y CAN como partícipes del derecho positivo, implementaron en sus Tratados la técnica legislativa, más no la técnica jurisprudencial vigente en el *common law*. En el derecho codificado, las normas hipotéticas prevén todos los supuestos posibles, a *contrario sensu*, "si, *prima vista*, no hay regla pertinente, el sistema contiene

¹⁸ <http://www.tribunalandino.org.ec/>

¹⁹ <http://www.tribunalandino.org.ec/>

siempre, por lo menos, métodos para crearla *ad hoc*. En tal perspectiva hay que recordar un pasaje del *Discurso Preliminar* del Código Civil francés en el cual Portalís²⁰ opone el oficio del legislador y el oficio del juez: «La ley tiene por finalidad establecer, con una visión global, las máximas generales del Derecho; sentar principios fecundos en consecuencias, y no entrar en el detalle de las cuestiones que pueden surgir en cada materia. Corresponde al Magistrado y al Jurisconsulto, imbuidos del espíritu general de las leyes, dirigir su aplicación».²¹

Son objeto de interpretación prejudicial las normas preestablecidas en los ordenamientos jurídicos comunitarios, conforme las regulaciones que rigen el procedimiento de la materia, pero adicionalmente, como fuente formal del derecho, constituye herramienta *sine qua non* para la construcción del envío, sustanciación y pronunciamiento de la interpretación prejudicial, la jurisprudencia comunitaria y su posibilidad de su incorporación directa en el pronunciamiento del Juez nacional. Por ende, “no es posible concebir a la jurisprudencia, en tanto norma general, como un fenómeno aislado, sin atender el cúmulo de sus relaciones en el ámbito de lo jurídico”²².

En el caso de la CAN el artículo 32 del Tratado de creación del TJCA establece: “corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países miembros”.

²⁰ Jean Marie Portalis fue el encargado de la redacción del Discurso preliminar francés conjuntamente con Tronchet, Maleville y Bigot-Préameneu, en cumplimiento al Decreto de los Cónsules del 12 de agosto de 1800. En: <http://www.uv.es/mariaj/textos/portalis.pdf>.

²¹ Pierre Pescatore, *La interpretación del derecho comunitario por el Juez Nacional*, Revista Instituciones Europeas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 16.

²² Carlos de Silva, *La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho*, México. Editorial Fontamara. 1998, p. 137.

Las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN según lo que dispone el artículo 1 del Tratado referido son:

[...] a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) el Tratado de creación del TJCA; c) las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; d) las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andinas.

La UE por su parte, sin perjuicio de la aplicación de las normas comunitarias tradicionales, incorpora ciertas variantes procedimentales en cuanto a las cuestiones de IP, en la Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los Órganos Jurisdiccionales nacionales²³, como por ejemplo, el hecho de permitir al Juez *a quo*, que a modo subjetivo, establezca cual es la interpretación correcta del derecho comunitario y su aplicación a los hechos que considere probados. Su planteamiento, aparte que refuerza un criterio de responsabilidad inicial, por parte del consultante, en la formulación de la interpretación prejudicial, ofrece una opción de validación intrínseca del órgano jurisdiccional²⁴:

Nota Informativa, numeral 13: [...] un órgano jurisdiccional cuyas decisiones puedan ser objeto de recurso puede decidir por sí mismo cuál es la interpretación correcta del derecho comunitario y su aplicación a los hechos que considere probados, en especial cuando estime que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia proporciona indicaciones suficientes. Ahora bien, una remisión prejudicial puede resultar especialmente útil, en la fase adecuada del procedimiento, cuando se suscite una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del derecho comunitario en toda la Unión, o cuando la jurisprudencia existente no parezca aplicable a un supuesto de hecho inédito.

²³ “En 1996 se remitió a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, a través de las autoridades nacionales competentes, una nota informativa relativa al procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Visto que esa nota resultó de gran utilidad en la práctica, el Tribunal de Justicia ha decidido actualizarla teniendo en cuenta la experiencia adquirida y ha considerado conveniente divulgarla mediante su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea”. Comunicaciones ES. *Diario Oficial de la Unión Europea* 11.6.2005. C143/1.

²⁴ “Art. 11.- Cualquier órgano jurisdiccional **está facultado** para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación de una norma de derecho comunitario, si lo considera necesario para resolver un litigio del que esté conociendo. Art. 12.- No obstante, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno **están obligados**, en principio, a someter al Tribunal de Justicia tales cuestiones, salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia (y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar la jurisprudencia existente) o cuando la manera correcta de interpretar la norma comunitaria sea de todo punto evidente”.

Aparte de ser menester y finalidad del derecho comunitario que sus normas sean uniformes, resulta importante que dicha norma sea “interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros”²⁵.

La solicitud de interpretación prejudicial promovida por un órgano jurisdiccional conduce a un proceso no contencioso de pleno conocimiento y competencia del Juez Comunitario y su pronunciamiento es de carácter vinculante, dentro del proceso que la dio origen.

La finalidad de la interpretación prejudicial, aparte de lo que se ha indicado anteriormente, esto es que la normativa tenga una misma significación en los Estados Miembros, es “netamente funcional y tiene por lo tanto una finalidad práctica, concreta y específica: se trata de que el Juez nacional pueda resolver un proceso mediante la aplicación de una norma común, contando previamente con la única interpretación autorizada de dicha norma: ésta, como se ha visto, debe provenir necesariamente del Tribunal comunitario”²⁶.

4. La interpretación prejudicial obligatoria y facultativa.

La norma y la jurisprudencia comunitarias han creado y consolidado un sincretismo entre el Juez comunitario y el Juez nacional, configurado en torno a la cooperación entre estos órganos de administración de justicia. En la sentencia dictada en el proceso 6-IP-93, caso “LOUIS VUITTON, el TJCA, concluyó: “La interpretación prejudicial es el mecanismo de cooperación entre el Juez nacional y el comunitario, en la que este último, representando por el Tribunal de Justicia (TJCA), interpreta de forma objetiva la norma comunitaria y

²⁵ Robert Lecourt, autor de *Le juge devant le Marché commun*, fue Juez del Tribunal de Justicia UE de 1962 a 1967 y Presidente del Tribunal de Justicia de 1967 a 1976. Fallecido el 9 de agosto de 2004. En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>.

²⁶ (F. Uribe, *La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino*, 119).

al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno”²⁷.

La búsqueda de aplicación uniforme del derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece dos mecanismos para que dicha interpretación pueda efectuarse; (i) con carácter facultativo y (ii) con carácter obligatorio, según lo que dispone el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en concordancia con lo dispuesto en los artículos 122 y 123 del Estatuto del TJCA²⁸.

1. La interpretación es facultativa cuando el proceso es susceptible de algún tipo de recurso o instancia en el derecho interno, en este caso el Juez nacional según su criterio puede o no solicitar el pronunciamiento del TJCA y en el caso de hacerlo no es impedido de dictar sentencia aún sin la recepción del pronunciamiento del TJCA, si de conformidad con la legislación interna de cada país miembro se encuentra obligado a resolver.
2. La interpretación es obligatoria cuando de conformidad con la legislación interna de cada País Miembro la sentencia no es susceptible de recurso alguno o es de única instancia. Dicho procedimiento activa el proceso suspensivo y el Juez nacional deberá esperar el pronunciamiento del TJCA y una vez obtenido tendrá la obligación de adoptarlo en su sentencia.

²⁷ Sentencia de 25 de febrero de 1994, dictada en el proceso 6-IP-93, caso “Louis Vuitton” publicada en el Tomo III de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, p. 101.

²⁸ En cuanto a la consulta facultativa el Art. 122 dispone: “Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. En lo atinente a la consulta obligatoria el Art. 123 dispone: “De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.

Las dos modalidades de consulta pueden ser requeridas de oficio o a petición de parte. Únicamente la existencia de un recurso en el derecho interno convierte en facultativa la consulta, la que en principio resulta obligatoria.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de la sentencia dictada en el Proceso No. 59-IP-2005 en el caso: marca "ANDERCOL S. A. y figura" Expediente: No. 1175-2004, hace constar respecto de la interpretación prejudicial lo siguiente:

Cualquier juez de un Estado Miembro puede, de oficio o a petición de parte, solicitar de este Tribunal de Justicia la interpretación de los principios y normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina -contenidas en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; en el Tratado de Creación del Tribunal y sus Protocolos Modificatorios; en las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión; en las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad; y en los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros en el marco del proceso de integración andina-, en todos aquellos casos en que el citado ordenamiento deba ser aplicado o sea controvertido por las partes en un proceso interno²⁹.

5. Cierre del capítulo.

En esta primera parte, se pone de relieve la progresión de la IP, a partir de su incorporación en las Comunidades europeas, su proceso evolutivo, hasta su adaptación en otro ordenamiento comunitario como el caso de la CAN. Para comprender la figura de la IP se han introducido los principales mecanismos de interpretación utilizados para este propósito y se ha buscado los mecanismos de enlace entre las clases de interpretación existentes dentro del derecho comunitario.

²⁹En: <http://www.tribunalandino.org.ec/>

CAPITULO II

LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA COMUNIDAD ANDINA Y EN LA UNION EUROPEA

2.1. Principios del Derecho Comunitario.-

El derecho comunitario constituye el resultado normativo de los Estados integrados políticamente. Su vigencia y efectividad dependen en gran medida de los mecanismos legales, que éste disponga, para el fiel cumplimiento de su propósito.

A diferencia de la comunidad política – jurídica que surge de la globalización económica, la integración no necesariamente tiene características comunitarias, ya que pueden existir integraciones de Estados con carácter temporal y no con finalidades a largo plazo, originadas por relaciones de causalidad, como convenios de desarrollo; o de fuerza mayor, tales como: desastres naturales, conflictos armados internacionales³⁰, que luego de ser superados, retornan a la individualidad de cada soberanía. Esto no sucede en el ámbito comunitario, ya que si bien la unión surge de una integración inicial, ésta traslada su dimensión a la realidad comunitaria, regida por sus propios principios y funcionalidades.

Dentro de la esfera jerárquica, la normativa supranacional, regida desde los Tratados fundacionales, que “son de corte pragmático y fijan los objetivos de los estados miembros de la Comunidad”³¹, obliga a que dichos mecanismos superen en todo momento el alcance de la legislación interna de los Estados

³⁰ Cabe recalcar que los miembros de la comunidad europea no han tenido conflictos internacionales armados entre sus miembros, durante los últimos sesenta años.

³¹ Alberto Zelada Castedo, “*La integración en América, sus principales tratados*”, en *La Integración, el Derecho Comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Universidad Andina Simón Bolívar, 1997, p. 65.

miembros, y permiten por otra vía la interrelación normativa, dentro de un marco armónico de convivencia, entendiéndose para el caso de la IP, en alcance a los términos jurídicos comunitarios, como una cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario.

El TJCA en sentencia dictada en el Proceso 34-AI-2001 de 21 de agosto de 2002, declara:

“ (...) el ordenamiento jurídico andino es autónomo y la aplicación de las normas comunitarias que lo conforman no depende de las de otros ordenamientos internacionales, ni debe sujetarse a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas, cosa bien diferente es la de que, para que este ordenamiento se acompase con el de otras esferas u organizaciones internacionales o mundiales, el legislador andino expida normas que acojan dentro de su ordenamiento principios y regulaciones idénticos o semejantes a las de aquellas. (...) además, el derecho comunitario andino, fuera de constituir un ordenamiento jurídico autónomo, independiente, con su propio sistema de producción, ejecución y aplicación normativa, posee los atributos, derivados de su propia naturaleza, conocidos como de aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía”.

El derecho comunitario, se integra de pleno derecho en el ordenamiento interno, no requiere de validación o ratificación por parte del órgano legislativo del país, ni está sometido a ningún acto de recepción o acto especial de incorporación a la normativa del Estado miembro, puesto que la delegación o mandato está otorgada al órgano comunitario al momento del sometimiento del país a la normativa comunitaria, para que aquel expida las normas que considere pertinente de acuerdo a las regulaciones prescritas por el tratado de creación del órgano supranacional, es decir, un marco jurídico propio, que genera en todo juez nacional la obligación de aplicarlo.

El ordenamiento jurídico comunitario es “el conjunto de disposiciones contenidas en los tratados, convenios, acuerdos, protocolos, etc., de integración suscritos por países, y aquellas propias emanadas por los órganos e instituciones de la comunidad, encaminadas a reforzar la cooperación e

integración entre estados, y eventualmente a concretar la unificación económica, social y política, de un área geográfica determinada”³².

El proceso comunitario, se caracteriza por la existencia de un ordenamiento supranacional, con fuerza vinculante, para los Estados miembros; el cual para su existencia necesita de los siguientes atributos o principios básicos: (i) la atribución del ejercicio de competencias a organismos supranacionales, (ii) la aplicación inmediata y el efecto directo de las normas que emanan de dichos organismos y (iii) la preeminencia de dichas normas sobre el ordenamiento jurídico interno de cada uno de los estados conformados bajo este esquema.

Tres grandes principios rigen a una norma supranacional comunitaria, estos son: el de aplicación inmediata, efecto directo y preeminencia. Estos principios alteran la teoría del Estado y para muchos autores el concepto de soberanía, “unas veces ligada estrechamente a la noción de estado independiente y autárquico (Aristóteles); a su capacidad para determinarse a sí mismo desde el punto de vista jurídico (Jellinek); al poder superior que dirige y decide (Bodin)”³³.

2.1.1 Preeminencia.

Del término preeminencia deviene, privilegio. Para mejor comprensión de su razón de ser, es de esta manera que la norma comunitaria debe ser apreciada dentro de la normativa jurídica de los Estados, ya que prevalece sobre las normas internas nacionales, independientemente de su jerarquía o fecha de expedición, o de que sea anterior o posterior a la vigencia de la norma comunitaria, el efecto de la primacía de la norma “se manifiesta como la

³² Cesar Montaña Galarza, “Comentarios y reflexiones sobre derecho comunitario”, en *Derecho de la Competencia, Revista de Derecho FORO*, Quito, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, p. 211.

³³ Roberto Salazar Manrique, “El derecho y la globalización de la economía: supranacionalidad y tribunales comunitarios”, en *Integración Regional*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1998, p. 193.

cualidad del ordenamiento comunitario que le permite subordinar al derecho interno e incluso desplazarlo en caso de presentarse alguna antinomia jurídica. Salvo de esta apreciación a la Constitución nacional que es la norma fundamental del ordenamiento interno”³⁴.

La dinámica requerida en el desarrollo del derecho comunitario³⁵ impide que tanto su competencia, como sus facultades, puedan de alguna forma encontrarse limitadas. La primacía del derecho comunitario supone la subordinación, a aquél, de cualquier legislación interna, con exclusión a la norma suprema constitucional. “Pablo Pérez Tremps (referencia directa) hace notar que el *poder de integración* es un poder constituido, por lo tanto, infraconstitucional; es debido a ello que la Constitución puede fijar límites a la integración en la idea de soberanía como caracterización última de la existencia del Estado y cuidando los principios básicos de la estructura constitucional”³⁶. En este mismo sentido, Calogero Pizzolo, acota, “es impensable, pues, que cualquier norma internacional originada en algún tratado pueda tener como fin disputar la *titularidad* de la soberanía. Quién actúa por delegación no puede celebrar actos que originen, o sirvan para originar actos que restrinjan o destruyan derechos de quien o quienes delegan”³⁷.

³⁴ César Montaña Galarza, “La interpretación en el derecho comunitario andino de la tributación”, en *Memorias de las IV Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario*, Cuenca, Universidad de Cuenca, 2005, p. 86.

³⁵ El ordenamiento jurídico de la CAN, comprende según lo dispone el Art. 1 del Tratado de creación del TJCA: a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios; c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y al Comisión de la Comunidad Andina; d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y, e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina. Según Jorge Arreaza Motserrat, en *Derecho de la Unión Europea*, la fuente primaria del Derecho Comunitario surge de los Tratados Constitutivos de la Unión Europea y sus consecuentes modificaciones (Tratados de Roma, Acta Única Europea, Maastricht, Ámsterdam, Niza). Como complemento, el Derecho Comunitario secundario o derivado es el producto de las disposiciones y normativas emanadas de las instituciones de la Unión Europea, desarrollando los principios establecidos en los Tratados. En su conjunto ambas fuentes constituyen el Derecho de la UE, cuya característica principal es que prevalece o prima sobre los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, incluso sobre las Constituciones nacionales.

³⁶ Cesar Montaña Galarza, “Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2004, p. 956.

³⁷ Calogero Pizzolo, *Globalización e Integración*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002, p.211.

Es amplia la jurisprudencia comunitaria que invoca la preeminencia de las normas comunitarias:

“La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino”³⁸.

“... al derecho nacido del Tratado en razón de su naturaleza específica original no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad”³⁹.

“...el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista...”⁴⁰.

Para reforzar esta categoría, la normativa comunitaria ha consagrado el denominado “principio del complemento indispensable”, el cual, otorga a los Países Miembros la potestad de fortalecer o complementar, por medio de normas internas o de acuerdos internacionales, los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario andino, sin embargo, tal potestad no los autoriza para establecer nuevos derechos o modificar los ya existentes y previstos en la normativa vigente, puesto que a la legislación nacional no le compete regular sobre asuntos previstos en la normativa comunitaria. Esto es objeto de criterios opuestos dentro de un mismo Tribunal, como se evidencia a continuación:

“Los asuntos no comprendidos en la norma comunitaria (...), pueden ser regulados por la legislación interna de cada País Miembro, observándose que la legislación nacional no podrá modificar, agregar o suprimir normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria a la luz de los principios de preeminencia, aplicación directa y efecto inmediato”.

El mismo Tribunal dentro del proceso No. 83-IP-2003, de 08 de diciembre de 2003, contrariamente, concluye:

³⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, sentencia del 24 de marzo de 1997, proceso No 03-AI-96, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 261 de 29 de abril de 1997.

³⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Luxemburgo, sentencia Costa vs. E.N.E.L. (National Electricity Board), caso 6/4, 1964.

⁴⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, sentencia Aktiebolaget Volvo vs. Superintendencia de Industria y Comercio, 1987.

“que los principios de primacía y aplicación directa del ordenamiento jurídico de la Comunidad (...) no dejan espacio para que cada uno de los países emita disposiciones de derecho interno, so pretexto de que éstas viabilizan la aplicación en su territorio de las normas comunitarias. Si tal facultad llegara a existir y cada País Miembro pudiera, de manera general y obligatoria plasmar en normas jurídicas de derecho interno sus criterios y particulares concepciones sobre la forma de aplicar las normas comunitarias y sobre el entendimiento que debe dársele a su contenido, no podríamos hablar de un ordenamiento jurídico común, sino de tantos ordenamientos cuantos Países Miembros existieran. El punto ha sido prolijamente tratado por el Tribunal en su jurisprudencia al abordar el tema del complemento mínimo indispensable para el desarrollo interno de la norma comunitaria”⁴¹.

La preeminencia de la norma comunitaria, sugiere afectación en cuanto a la autonomía del derecho nacional, ya que si bien ambos constituyen dos ordenamientos jurídicos distintos, que mantienen sus propias individualidades y procedimientos, esto es, la creación, aplicación y extinción del derecho; la norma comunitaria desplaza al derecho interno, en caso de que existan ambivalencias o contradicciones que no permiten la plena vigencia y aplicación del mismo.

La garantía de los Estados hacia la comunidad radica en su obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario y facilitar su adopción, de tal forma que su ordenamiento interno no obstaculice su aplicación, conforme lo dispone el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Por esto, el sentido y amplitud del criterio de excepción normativa, radica en que el Juez nacional, de existir una o varias normas que controvierten el sistema jurídico comunitario, tiene la capacidad legal de inaplicar el derecho interno, si éste controvierte o vuelve inaplicable las normas comunitarias o se contraponen, debiéndose observar adicionalmente que “la adopción de una norma comunitaria produce un efecto futuro, esto es, que se impide la

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, Sentencia dictada en el expediente No. 07-AI-99, del 12 de noviembre de 1999, publicada en la G.O.A.C. No. 520, del 20 de diciembre del mismo año.

producción de nuevas normas internas incompatibles con aquella”⁴², lo cual amerita especial vigilancia y cuidado por parte de quienes tienen a su cargo la administración de justicia.

Es responsabilidad de los Estados miembros, frente al derecho comunitario, la de ejercer su potestad estatal bajo dos obligaciones básicas, una de “hacer”, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, y otra de “no hacer” dirigida a no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.

El TJCA ha establecido que: “La preeminencia que se deriva de la aplicación directa conlleva la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de ser imperativo y de primar sobre una norma de derecho interno, de manera que allí donde se trate de aplicar normas legales en actos jurídicos contemplados en el derecho de integración deberá acudir al ordenamiento jurídico comunitario, con prevalencia sobre el derecho interno”⁴³.

La supremacía de la norma comunitaria frente al ordenamiento constitucional ha sido materia de intensos debates en los Tribunales constitucionales de algunos países miembros de las comunidades y de plano rechazada como el caso de la República de Colombia⁴⁴.

2.1.2 Aplicación directa.-

El ordenamiento jurídico comunitario, pese a ser independiente de la normativa interna de los países miembros, al igual que del derecho

⁴² Alejandro Figueroa Vejar, *Los principios de supremacía y operatividad en el derecho comunitario como fundamento de la integración*, Santiago de Chile, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998, p. 390.

⁴³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, Sentencia dictada en el expediente 06-IP-93, de 17 de febrero de 1994, publicada en la G.O.A.C. No. 150, del 25 de marzo del mismo año.

⁴⁴ Sobre la supremacía del Derecho Comunitario frente al ordenamiento constitucional de los Países Miembros, basándose en un fallo de la Corte Constitucional de la República de Colombia, el TJCA sostiene: ‘... que no existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía’. (Proceso No. 115-IP-2005, TJCA).

internacional, posee aplicación directa e incorporación inmediata dentro del derecho interno de los mismos⁴⁵, ya que se inserta en él, sin que requiera de ningún formalismo de carácter legal para su entrada en vigencia⁴⁶. Cabe mencionar que, los tratados internacionales bilaterales o multilaterales, entre estos, los Tratados de creación de órganos comunitarios, requieren, de un proceso de aprobación por parte del órgano legislativo nacional y envío mutuo de conformidad, previamente a causar el efecto jurídico entre sus suscriptores.

La cesión de competencias de un Estado hacia la comunidad, faculta a esta última la capacidad de crear, interpretar uniformemente y aplicar el derecho. Por ende, esta delegación soberana de competencias regulatorias, ha hecho que el derecho comunitario sea considerado “como fenómeno jurídico asimilándose a un esquema de organización federalista”⁴⁷⁴⁸.

De las facultades otorgadas al órgano comunitario en la ratificación del Tratado de creación, el cual es ejercitado por sus mandatarios, emana la entrada en vigencia directa de los actos normativos posteriores, existiendo un encargo entregado al órgano comunitario para el desarrollo de su gestión, con las reservas legales propias de un sistema de derecho.

La normativa comunitaria puede ser ejercitada ante los jueces nacionales de forma directa, pero limitado a que no puedan ser invocadas normas internas anteriores o posteriores en el tiempo, sin importar su escala

⁴⁵ A diferencia de las normas comunitarias, el principio de aplicación directa en derecho internacional es aplicado previa ratificación del país suscriptor conforme su derecho interno. La Constitución española en su Art. 95 dispone: Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. || Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

⁴⁶ El artículo 3 del Tratado de creación del TJCA establece que las Decisiones obligan a los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas Decisiones señalen una fecha posterior; y, el Art. 5 obliga a los Países Miembros a adoptar las medidas que crean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN.

⁴⁷ “Otras veces se le identifica como parte del derecho internacional. También se lo enmarca dentro de la teoría funcionalista para estudiarlo con la óptica de una organización a la cual se han cedido una serie de atribuciones”. (R. Manrique, *El derecho y la globalización de la economía: supranacionalidad y tribunales comunitarios*, p. 186.

⁴⁸ Esto se incluye en forma ilustrativa, puesto que un sistema federalista constituye un único contexto global, a diferencia del comunitario, en el cual el ordenamiento judicial de los Estados miembros sigue siendo completamente distinto del comunitario, los jueces nacionales no vienen a insertarse en él, como podría tener lugar si se estuviese en presencia de un fenómeno de tipo federal.

normativa, que sean contrarias a las normas comunitarias, cualquiera que sea su rango jerárquico.

El TJCA en absolución a la consulta prejudicial dictada dentro del proceso No. 29-IP-2007 de 28 de marzo de 2007, expone:

“El principio de aplicación directa y preferente del Derecho Comunitario deriva tanto del derecho positivo como de la creación Jurisprudencial que ha venido realizando este Tribunal. Tales elementos, la ley y la jurisprudencia, son, a su vez, base fundamental para entender el principio de preeminencia de la ley comunitaria sobre la nacional”.

En efecto, según lo determinan los artículos 2 y 3 del Tratado de Creación del TJCA:

“Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina” y que: “Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior”. A esto, “no es necesario ni conveniente, que cada uno de los Países incorpore la norma comunitaria mediatizándola en un instrumento jurídico interno”⁴⁹.

2.1.3 Efecto Directo.-

El principio de efecto directo de la normativa comunitaria radica en el hecho que los particulares (personas naturales y jurídicas) posean derechos y obligaciones y puedan éstos ser exigidos judicialmente. En otras palabras, sus efectos generan derechos y obligaciones, al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales.

Conforme lo indica César Montaña Galarza: “El efecto directo se expresa en la capacidad de la norma comunitaria de crear derechos y obligaciones para las personas de los estados miembros, y al mismo tiempo, se relaciona con la

⁴⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, sentencia dictada en el Proceso 7-AI-99 de 12 de noviembre de 1999, publicada en la G.O.A.C. No. 520 de 20 de diciembre de 1999, Secretaría General c/ República del Perú.

posibilidad de que estas personas ejerzan acciones ante sus propios tribunales para garantizar la observancia del ordenamiento comunitario”⁵⁰.

Este principio, fue introducido en la normativa común europea, mediante la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 1963, Asunto *Van Gend en Loos*, sentencia N° 26-62, que dictaminó, lo siguiente:

“[...] la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos..., un orden jurídico en el que no sólo los Estados, sino también las personas individuales son sujetos de Derecho. El Derecho comunitario, independientemente de la legislación de los Estados miembros, de la misma manera que le impone a los particulares deberes, también le otorga derechos. Tales derechos se constituyen no sólo cuando el Tratado lo prevé expresamente sino sobre la base de obligaciones claras que el Tratado establece en los individuos, en los Estados y en los órganos de la Comunidad [...]. Que el Tratado otorgue a la Comisión y a los Estados miembros el derecho de acudir al Tribunal en el caso de que un Estado no cumpla con sus obligaciones, no significa que sea imposible para el particular apelar en el caso concreto a tales obligaciones ante los tribunales internos”.

Sin embargo, de ser la primera sentencia que de forma original y revolucionaria amplía la cobertura en el reconocimiento de derechos comunitarios, y, sienta las bases, para que no únicamente los Estados, sean considerados como sujetos de derecho, sino también los particulares, deja además la vía expedita, para que sean invocados estos derechos, ante los Tribunales Nacionales, sin ninguna otra fundamentación que el derecho comunitario. La sentencia *Costa vs E.N.E.L. (National Electricity Board)*, caso 6/4⁵¹, el TJCE “ya no se refiere más a un «nuevo ordenamiento jurídico» sino, decididamente, a un «ordenamiento jurídico propio», que «ha sido incorporado a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y aplicados por sus

⁵⁰ Cesar Montaña Galarza, “*La interpretación en el Derecho Comunitario Andino de la Tributación*”, en VI Jornadas ecuatorianas de Derecho Tributario, Cuenca, Editorial Cuenca, 2005, p. 83.

⁵¹ Sentencia completa en: http://iom.fi/learning/files/european_law/case_law/european_union/CASE.pdf

Tribunales»⁵². Por ende, “el efecto directo de las normas comunitarias no es, (...) una mera técnica de inserción en el ordenamiento interno”⁵³.

Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.

El TJCA en el proceso No. 0003-AI-1996, en el cual se exhortó a la República de Venezuela al cumplimiento de los artículos 5 del Tratado de Creación del Tribunal; 41 y 42 del Acuerdo de Cartagena; 13 de la Decisión 328, y de la Resolución 398, declaró lo siguiente:

“En conclusión, las Resoluciones de la Junta de acuerdo a las normas comunitarias, a la doctrina y Jurisprudencia de este Tribunal, al pasar a formar parte del ordenamiento jurídico andino, son de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los órganos del Acuerdo y los particulares”.

2.2. El recurso de interpretación prejudicial en la Unión Europea.

El modelo integracionista y posterior estructura comunitaria europeo⁵⁴, así como su sistema jurídico común son, en conjunto, pioneros en la

⁵² Theo Öhlinger, *La influencia del derecho comunitario sobre la legislación y la Judicatura, Notas a un proceso de «Americanización» del derecho europeo*, en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_008_361.pdf

⁵³ Kurt Riechenberg, “*El proceso prejudicial en la Unión Europea*”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Editora Konrad Adenauer Stiftung, 2004, p. 1011.

⁵⁴ “Europa no se hará de una vez ni en una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho (...). La puesta en común de las producciones de carbón y acero asegurará inmediatamente el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea (...). Por la puesta en común de una producción de base y al institución de una alta autoridad nueva, las decisiones de la cual se vincularán a Francia, Alemania y a los otros países que se adhieran a esta propuesta crearán las primeras bases de una federación europea indispensable para el mantenimiento de la paz (...) Frases contenidas en la célebre declaración del ministro francés Robert Schuman hecha en el Salón del Reloj del Quai d’Orsay el 09 de mayo de 1950 e inspirada principalmente por Jean Monnet, en aquel momento comisario del Plan de Modernización de Francia, constituyó el punto de partida de la Europa Comunitaria”. Alejandro A. Figueroa Véjar. Los principios de supremacía y operatividad en el derecho comunitario como fundamentos de la integración. En: Alejandro Figueroa Véjar. *Revista Chilena de Derecho*, número especial, p. 389-393 (1998).

implantación y avance de la IP y han servido como modelo genuino para adaptarlo en el mundo comunitario occidental.

La IP en la UE⁵⁵ también llamada consulta – prejudicial es competencia de TJCE, según lo que dispone el artículo 234⁵⁶ del Tratado UE. Este organismo, conforme el artículo 1, se constituye y ejerce sus funciones con sujeción con las disposiciones del Tratado de la UE, del Tratado de la CE, del Tratado de la CEEA y de dicho Estatuto.

La función del Tribunal consiste en interpretar el derecho comunitario o pronunciarse sobre su validez en forma separada a los hechos materia del litigio principal, así como las que tengan relación con la legislación nacional aplicable al caso consultado. Según la Nota Informativa sobre el Planteamiento de Cuestiones Prejudiciales por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales del TJCE, “el objetivo del Tribunal de Justicia cuando se pronuncia sobre la interpretación o la validez del derecho comunitario es proporcionar una respuesta útil para la solución del litigio, pero es el órgano jurisdiccional nacional quien tendrá que deducir las consecuencias que corresponda y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional”.

A raíz de la sentencia Foto-Frost⁵⁷ todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE están obligados a plantear una cuestión

⁵⁵ La UE está actualmente constituida por los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía y Suecia; y cuenta con los siguientes países candidatos para integrarla: Antigua República Yugoslava de Macedonia, Croacia y Turquía. En: http://europa.eu/abc/european_countries.

⁵⁶ Art. 234 del Tratado de Constitución de la UE: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) Sobre la interpretación del presente Tratado; b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE; c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

⁵⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Luxemburgo, sentencia de 22 de octubre de 1987.

prejudicial al Tribunal de Justicia antes de declarar la invalidez de un acto comunitario.

A esto, el TJCE dentro de las conclusiones del Abogado general, Dámaso Ruíz-Jarabo, dentro del asunto C-461/03, sobre la petición de decisión prejudicial planteada por el College van Beroep voor het bedrijfsleven (Países Bajos) en virtud de la carga que aquello representa para el juez nacional, expone:

“En la mitología griega Sísifo fue condenado al duro trabajo de levantar una pesada piedra hasta lo alto de una montaña para, una vez en la cima, dejarla rodar hasta un barranco, bajar a buscarla y reiniciar el alzamiento indefinidamente, sin ninguna concesión a su evidente fatiga. Las razones del terrible castigo permanecen en la penumbra del misterio, pero apuntan a ciertos comportamientos audaces del héroe, que los dioses entendieron como un desafío a su superioridad. Al igual que Sísifo, fundador y rey de Corinto, el juez nacional se ve constreñido a realizar una constante remisión prejudicial sobre la invalidez de los actos comunitarios”.

La interpretación en la UE, únicamente puede ser interpuesta por los órganos judiciales previstos en el artículo 2 del “Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio”, de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵⁸.

La interpretación prejudicial puede ser planteada por cualquier órgano jurisdiccional facultado de un Estado Miembro, a excepción de los actos planteados en virtud de lo establecido en el Título IV (Arts. 61 al 69) del Tratado constitutivo de la CE que se refiere a Visados, Asilo, Inmigración y otras Políticas Relacionadas con la Libre Circulación de Personas, en materia de competencia judicial y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, según lo que establece el numeral 7 de la nota informativa referida

⁵⁸ El Art. 2 dispone: Podrán solicitar al Tribunal de Justicia que decida a título prejudicial sobre cuestiones de interpretación los siguientes órganos jurisdiccionales: en Bélgica: “la Cour de cassation” (“het Hof van Cassatie”) y “le Conseil d’État” (“de Raad van State”), en Dinamarca: “højesteret”, en la República Federal de Alemania: “die obersten Gerichtshöfe des Bundes”, en España: El Tribunal Supremo, en Francia: “la Cour de cassation” y “le Conseil d’État”. Entre otros.

anteriormente. En este caso, únicamente se permite la remisión prejudicial a los Órganos Judiciales que se pronuncien en última instancia de conformidad con el artículo 68 de Tratado CE⁵⁹.

Es importante que la IP conforme lo dispone el artículo 19 de la nota informativa, sea planteada en una fase del procedimiento nacional en la que el juez remitente esté en condiciones de definir el marco fáctico y jurídico del problema, para que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, que el derecho comunitario es aplicable al litigio principal. Aclara además que, puede resultar útil para la recta administración de la justicia que la cuestión prejudicial sea planteada después de un debate contradictorio.

Respecto de la formalidad en la petición de decisión prejudicial, ésta puede ser propuesta en cualquiera de las formas admitidas en el derecho interno para el caso de incidentes procesales. Conforme el artículo 22 de la nota, se aconseja que la redacción sea de fácil lectura, sencilla, clara y precisa, sin elementos superfluos y con una extensión aproximada de una docena de páginas. Se debe adicionalmente, reproducir el tenor de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables e indicar, de ser el caso, la jurisprudencia nacional pertinente, proporcionando las referencias precisas (por ejemplo, la página del diario oficial o recopilación correspondiente; eventualmente, acompañada de una referencia de Internet). Sin dejar de lado que el Tribunal

⁵⁹ Art. 68.- 1. “El artículo 234 será de aplicación al presente título en las siguientes circunstancias y condiciones: cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. 2. El Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 62 relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior. 3. El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título. El fallo emitido por el Tribunal de Justicia en respuesta a tal petición no se aplicará a sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan fuerza de cosa juzgada”.

puede indicar de modo sucinto su punto de vista sobre la respuesta que deben recibir las cuestiones planteadas con carácter prejudicial.

La remisión de la consulta conlleva la suspensión del proceso hasta que el TJCE se pronuncie, sin embargo el Juez Nacional sigue siendo competente para adoptar medidas cautelares dentro del proceso.

Finalmente, el TJCE transmitirá su decisión al órgano jurisdiccional remitente, encareciéndole que le informe acerca de la aplicación que haga de ella en el litigio principal y que le envíe, llegado el caso, su decisión definitiva.

El Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia,⁶⁰ por el cual se introdujeron nuevos instrumentos jurídicos, establece un procedimiento acelerado o simplificado para la resolución de ciertos asuntos, entre estos los relacionados con la IP⁶¹, conforme el artículo 104: “cuando las circunstancias que invoque dicho órgano jurisdiccional acrediten que existe una urgencia extraordinaria en que se dé respuesta a la cuestión planteada con carácter prejudicial”.

Este procedimiento, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, puede generarse adicionalmente, cuando existe una IP idéntica al caso consultado y no exista duda, que: “la cuestión no suscita duda razonable” y es perfectamente aplicable al caso consultado. El procedimiento simplificado puede ser solicitado por el órgano jurisdiccional cuando las circunstancias que invoque “acrediten que existe una urgencia extraordinaria en que se dé respuesta a la cuestión planteada con carácter prejudicial”. Y agrega, la sección cuarta del artículo referido, que “en casos de extrema urgencia, la Sala

⁶⁰ Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 19 de junio de 1991 (DO L 176, de 4.7. 1991, p.7 y DO L 383, de 29.12.1992, p. 117-rectificación.

⁶¹ Estas modificaciones entraron en vigencia el 01 de julio de 2000 y el 01 de febrero de 2001.

podrá decidir omitir la fase escrita del procedimiento (...)"'. El TJCE ha dictado un Complemento a la Nota Informativa para regular este procedimiento⁶².

La razón fundamental de este principio es acortar, (en los casos que así lo determine el TJCE) por razones de excepción, los casos en los cuales la demora en el pronunciamiento del Tribunal pueda ocasionar graves e irreversibles afectaciones en los derechos invocados que requieren tutela efectiva por parte de la administración de justicia.

Resulta interesante conocer que si bien existen normas claras en cuanto al ejercicio de la IP, algunos jueces nacionales, en varios procesos, han planteado IP refiriéndose únicamente a su legislación nacional, siendo inadmitidas a trámite, ya que la competencia del Tribunal se limita únicamente al examen de las disposiciones del Derecho Comunitario.

El Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y que entrará en vigencia el 1 de enero de 2009 (conforme lo establecido en el numeral 2 del artículo 6), previo el cumplimiento de la condición suspensiva que hayan sido depositados todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad; mantiene en la inserción del artículo 9 F, numeral 3, la facultad del TJCE de pronunciarse con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones.

⁶² El procedimiento prejudicial de urgencia sólo puede aplicarse en los ámbitos a que se refiere el título VI (artículos 29 a 42) del Tratado de la Unión Europea, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal, y el título IV (artículos 61 a 69) de la tercera parte del Tratado CE, relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, incluida la cooperación judicial en materia civil.

2.3. La consulta prejudicial en la Comunidad Andina.

El proceso evolutivo comunitario andino inicia en 1969 con la suscripción del Acuerdo de Cartagena y previo el retiro de la República de Chile, con la creación de la CAN⁶³ en 1996. Esta unión surge como medida proteccionista subregional al margen del funcionamiento de la ALADI⁶⁴.

En Europa, el proceso de integración que se inicia años atrás, se remonta a 1950. Esta referencia es necesaria, puesto que los procesos integradores comunitarios en Latinoamérica han sido posteriores a las políticas regionales en el continente europeo, y por ende las experiencias y el desarrollo en la ejecución de este han servido a los países latinoamericanos para adoptarlos en sus políticas y normativas, debido a la buena ejecución de algunas técnicas jurídicas en la praxis legal, que benefician al acervo comunitario, ya que “una de las tantas particularidades del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (CAN) es privilegiar el uso de ciertos métodos de interpretación que, según valiosas reflexiones de estudiosos de la materia y sobre todo del desarrollo jurisprudencial observado en los tribunales comunitarios europeo y andino, se los considera propios de la disciplina”⁶⁵.

Una de estas herramientas jurídicas adoptadas por la CAN es la IP, la cual se enmarca dentro de un espíritu de cooperación horizontal entre el Juez Nacional y el Juez comunitario. La IP se consagra en la Sección Tercera (artículos 32 al 36) del Tratado de Creación del TJCA con la finalidad de asegurar la aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN y su procedimiento está previsto en el capítulo III del Estatuto del TJCA (artículos 121 al 128).

Únicamente los jueces nacionales pueden interponer la IP y ésta a su vez, debe ser motivada “de manera sucinta, pero suficientemente completa, de modo que permita al Tribunal lograr una comprensión global del caso consultado”⁶⁶.

⁶³ Según Oswaldo Salgado Espinoza, Presidente y Magistrado del TJCA, el término CAN que usualmente es utilizado para denominar a la Comunidad Andina, no procede de ningún texto legal, sino únicamente es una forma distintiva de reconocer a esta entidad. Por lo tanto, haciendo referencia a su origen debería únicamente denominársela CA.

⁶⁴ Asociación Latinoamericana de Integración, constituida mediante el Tratado de Montevideo en 1980. La ALADI es una Organización de carácter regional que promueve la creación de un área de preferencias económicas, a fin de formar un mercado común latinoamericano. Países miembros: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁶⁵ César Montaña Galarza, “La interpretación en el derecho comunitario andino de la tributación”, en: *Memorias de las IV Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario*, Cuenca, Universidad de Cuenca, 2005, p. 83.

⁶⁶ Art. 6 de la Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales. Esta Nota conforme lo establece en su Art. 1, tienen el carácter estrictamente informativo, elaboradas, en la medida de lo posible, sobre la base de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal.

El artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA y el 123 de su Estatuto facultan expresamente a los Jueces nacionales para interponer la consulta, dejando por fuera muchos otros procesos en los cuales se controvierten normas comunitarias, en conexión con el derecho interno, como el caso de la resolución alternativa de conflictos. Este sistema procedimental no se encuentra contemplado, para efectos de la IP, dentro del TJCA, pese a que el TJCA según lo dispone en el artículo 38 del Estatuto de creación, si posee competencia para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden o entre particulares conforme las disposiciones del Tratado de creación del TJCA.

Bajo esta consideración, los Árbitros en los procesos sometidos a su consideración, que sean resueltos en derecho, bajo la normativa de un Estado miembro, no tienen legitimación activa para consultar con carácter prejudicial al TJCA, en ningún momento, a diferencia de los Jueces nacionales, ya que únicamente “la consulta prejudicial puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar sentencia⁶⁷”; pero nada se dice respecto de los laudos en los cuales se han controvertido normas comunitarias y no se ha previsto la intervención del Tribunal para el tiempo de resolver.

En el marco de la UE, esta dificultad ha sido materia de controversia en distintos fallos del TJCE. Así, dentro de la sentencia de 30 de junio de 1966, *VaassenGoebbles/Beaambtenfonds Voor Het Mijnbedrijf*; asunto 61/65, se resuelve:

⁶⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Luxemburgo, sentencia de 3 de diciembre de 1987, emitida en el proceso 1-IP-87, caso "Aktiebolaget VOLVO", publicada en el Tomo I de la Jurisprudencia del Tribunal, p. 103.

“No serán únicamente las jurisdicciones nacionales que determinan la posición de las diferentes organizaciones judiciales nacionales las que se consideren como jurisdicciones en el sentido del Art. 177 del Tratado, sino igualmente las organizaciones que presenten, en cada caso, las características de una jurisdicción⁶⁸. (...) en el asunto citado (...) el árbitro estima que la cuestión litigiosa dependía de determinar si “con respecto a los principios generales aplicables en los diversos Estados miembros en materia de organización jurisdiccional”, el Tribunal arbitral “presenta las características fundamentales de los organismos encargados de resolver los litigios”.

En dicho sentido la Cámara de Comercio de Brême, posteriormente, se ha pronunciado en el siguiente sentido, en la formulación de una consulta prejudicial al TJCE:

- a) No corresponde al Tribunal arbitral resolver en equidad, sino según la ley y según el derecho, es decir, que en virtud del orden jurídico nacional, la ley le fuerza a tener en cuenta igualmente el Derecho originario y el Derecho derivado de las Comunidades Europeas.
- b) Es cierto que el Tribunal arbitral es designado por las partes, pero no llegando tales partes a un acuerdo, es designado, por la Cámara de Comercio de Brême, independiente de las partes.
- c) El procedimiento reviste un carácter jurisdiccional.
- d) En virtud del art. 1040 del Código alemán de Procedimiento, la sentencia arbitral tiene entre las partes los efectos de una sentencia con fuerza juzgada. La cláusula compromisoria pactada en 1983 preveía igualmente que el árbitro resolvía de forma definitiva, con exclusión de toda vía de recurso”.

En este mismo sentido, en la IP solicitada en 1992 por el *Gerechtshof te Arnhem*⁶⁹ al TJCE, consta que debe calificarse de órgano jurisdiccional

⁶⁸ Según Castillo Larrañaga y Rafael de Pina en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Porrúa S. A., 1950, p. 54: “El ejercicio de la función jurisdiccional, como hemos expuesto, corresponde, en general, a órganos específicos constituidos para este efecto por el Estado; pero esto no es obstáculo para que, en determinadas condiciones, éste conceda a las partes la facultad de constituir, accidentalmente, un órgano especial para el ejercicio de la jurisdicción, limitando su actividad a la resolución de un caso concreto. El arbitraje es considerado por algunos procesalistas como una institución de carácter privado en atención al origen (compromiso), que es la voluntad de las partes. Este error depende de la falta de distinción entre el impulso que lo determina y el fin. Las partes renuncian, en el compromiso, al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial; pero no a la resolución justa del conflicto de intereses que ella supone. Lo que hacen es sustituir un órgano por otro. Chiovenda ha negado que los árbitros ejerzan una función jurisdiccional. Fúndase entre otras razones, en que su decisión, en el Derecho italiano, no es ejecutiva. Reconoce, no obstante, que el laudo provisto de fuerza ejecutiva mediante la homologación, es equiparado al acto jurisdiccional. Lo que los árbitros hacen -dicen Chiovenda es preparar la materia lógica de la sentencia. Para nosotros -dicen Castillo Larrañaga y de Pina- la naturaleza jurisdiccional de la función se deduce de la finalidad que se les atribuye. Lo que (hace la ley) es autorizar la sustitución del juez profesional que en otro caso sería competente, por jueces no profesionales, designados por las mismas. Pero los árbitros no hacen en el caso que se les somete cosa distinta de lo que haría el juez profesional que hubiese intervenido de no existir el compromiso de someter la cuestión al juicio arbitral. Los árbitros constituyen un órgano jurisdiccional accidental, integrado por los jueces no profesionales, encargados de administrar justicia en un caso concreto. Arbitrar, en su significación gramatical, significa juzgar. El árbitro es el titular ocasional de una función pública (la jurisdiccional), y en el cumplimiento de ella, no ejerce actividad de distinta naturaleza de la que corresponde, en sus casos, al jurado, al vocal, patrono u obrero, de un Tribunal de Trabajo, al de un Consejo de Guerra o al de un Tribunal Tutelar de Menores, aunque la materia sobre que recae sea diferente”.

⁶⁹ El Tribunal se ocupa de los casos en apelación. Hay cinco tribunales de los Países Bajos. Zij zijn gevestigd in Amsterdam, Arnhem, Den Bosch, Den Haag en Leeuwarden. Están ubicados en Amsterdam, Arnhem, Den Bosch, Den Haag y Leeuwarden.

nacional, a efectos del Art. 177 del Tratado CEE⁷⁰ que, en un caso previsto por la Ley conoce un recurso contra un laudo arbitral.

Este probable vacío legal, ha dejado hasta el momento en el caso de la CAN, a libre albedrío de resolución a los procesos que no se ventilan dentro de la jurisdicción ordinaria⁷¹, puesto que no existe ningún registro en el cual conste que se haya elevado en consulta al TJCA una IP, dentro de un procedimiento arbitral.

La IP puede ser planteada de oficio o a petición de parte interesada, y ésta a su vez, opcional u obligatoria. En el caso de la consulta obligatoria, según lo dispone el artículo 123 del Estatuto del TJCA, *debe ser planteada cuando la sentencia no fuere susceptible de recursos en el derecho interno*. Esta forma legal, podría dejar al arbitrio de las partes o al Juez Nacional, para que a modo subjetivo, puedan o no, interponer la consulta, ya que no existe ningún mecanismo legal que pueda predecir si la parte recurrente interpondrá alguna clase de recurso en sede judicial. En el caso ecuatoriano, a manera de ejemplo, en un proceso civil en el cual se invoquen normas comunitarias, éste debe primeramente ser sentenciado por el Juez de Primera Instancia, luego por interposición de recurso de apelación, ante el superior, pasa a conocimiento de la Corte Superior de Justicia y en esta etapa procesal se ratifica o se desecha en todo o en parte la sentencia venida en grado. Esta última vendría a constituirse en la “última instancia del proceso”, salvo el caso en que una de las partes o ambas, interpongan recurso de casación o de hecho a dicha

⁷⁰ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Art. 177. “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad; c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”.

⁷¹ El Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador, dispone: “El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes puede someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”

sentencia, para ante la Corte Suprema de Justicia. Por ende, un Juez de la Corte Superior de Justicia, en caso de haberse ejecutoriado la sentencia, sin la incorporación del criterio prejudicial del TJCA, tendría la oportunidad de ampararse, oponiendo el criterio que dicho proceso judicial aún era susceptible de recursos, como queda dicho, el recurso de casación⁷² y el recurso de hecho⁷³, con lo cual, se enervaría el sentido de la disposición comunitaria.

Respecto a esta consideración legal, la CAN, en Resolución No. 171 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, emite el Dictamen 51-98 por el cual se declara un incumplimiento por parte del Ecuador, a través de la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil, de los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena, y de los artículos 5, 28, 29 y 31 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en el cual se analiza suficientemente la relación jurídica – conceptual del tipo de recurso en el cual procede plantear la IP.

La Sala de la Corte referida manifestó que la normativa que conforma el ordenamiento jurídico andino, concretamente el artículo 29 del TJCA, no constituye un imperativo para los jueces nacionales, sino que su aplicación es discrecional u optativa, y resolvió no acceder a la petición de solicitar la interpretación prejudicial del TJCA. Lo cual fue puesto en conocimiento de la Secretaría de la CAN de forma fundamentada por la parte recurrente.

La Secretaría por su parte emitió una Nota de Observaciones en la cual manifestó que el Estado Ecuatoriano a través de la Sala referida, “al no tramitar la solicitud de interpretación prejudicial (...) y al manifestar que el cumplimiento

⁷² Ley de Casación. “Art. 2.- Procedencia. El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo. Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado”.

⁷³ Ley de Casación. “Art. 9.- Si se denegare el trámite del recurso, podrá la parte recurrente, en el término de tres días, interponer el recurso de hecho. Interpuesto ante el juez u órgano judicial respectivo, éste sin calificarlo elevará todo el expediente a la Corte Suprema de Justicia. La denegación del trámite del recurso deberá ser fundamentada. (...)”.

de la normatividad que conforma el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena “es discrecional u optativo” estaría incurriendo en un incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” y fundamentó su pedido aduciendo entre otros, que el único recurso viable en el derecho interno ecuatoriano sería el recurso extraordinario de Casación ante la Corte Suprema de Justicia. Dicha Nota debió ser presentada por el gobierno del Ecuador a través del órgano responsable en un plazo máximo de dos meses.

La Corte en su motivación cita al tratadista Rafael de Pino, quién define en su Diccionario de Derecho, la siguiente diferencia:

"Recurso. Medio de impugnación de los actos administrativos o judiciales establecidos expresamente al efecto por disposición legal. Medio de impugnación de ‘las resoluciones judiciales que permite a quien se halle legitimado para interponerlo someter la cuestión resuelta en éstas, o determinados aspectos de ella, al mismo órgano jurisdiccional en grado dentro de la jerarquía judicial, para que enmiende, si existe, el error o agravio que lo motiva’." **"Recurso extraordinario.** Medio de impugnación que sólo puede ser utilizado en casos concretos y determinados y que requiere ser fundado en motivos taxativamente predeterminados, derivados del error de derecho o de hecho que el recurrente considere que el órgano jurisdiccional ha cometido en la resolución que constituye su objeto";

Y, que el Tratado del Tribunal habla de procesos susceptibles de recurso, y por ello, debe entenderse de recursos ordinarios mediante los cuales el superior conoce, en todo caso, de la sentencia o providencia inferior. Los recursos extraordinarios no están amparados por la norma del Tribunal de Justicia, ya que la vialidad del recurso es incierta y su concesión depende de variadas circunstancias. Adicionalmente el artículo 13 de la Ley de Casación dispone que: “Durante el trámite del recurso de casación no se podrá solicitar ni ordenar la práctica de ninguna prueba, ni se aceptará incidente alguno”.

Por estas consideraciones, la Secretaría de la CAN, en atención a que el gobierno del Ecuador no ha dado respuesta a la Nota de Observaciones dentro del término legal correspondiente y que se ha evidenciado un incumplimiento

de las normas referidas ut supra, concedió un plazo de 20 días calendario para que la República del Ecuador ponga fin al incumplimiento dictaminado.

La República del Perú por su parte en la misma línea de procedimiento, ha sido recurrente en la inaplicación de la IP en los recursos judiciales en los cuales se aplica o controvierte normas comunitarias, siendo observada por la CAN con la finalidad que responda debidamente respecto a dicho procedimiento. Concretamente los jueces en algunas ocasiones han rechazado de plano la IP, como el caso de la sentencia de 8 de agosto de 2002 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente 1642-01, en la cual, en lo pertinente, se señala:

“Tercero: Que, en el presente caso la empresa actora solicita la interpretación prejudicial para que el citado Tribunal se pronuncie también sobre el grado de confusión entre las marcas sujetas a litigio; situación que constituye una cuestión de hecho que solamente puede ser apreciada por los Tribunales nacionales, y no es de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; por lo que en tal sentido debe rechazarse la solicitud formulada por la actora al encontrarse comprendida dentro de la limitación prevista en el artículo treinta del Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (...)

En tal razón la Secretaría de la CAN en Resolución 771, resolvió que la República del Perú y en particular la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, al no haber suspendido los procedimientos judiciales con el fin de solicitar la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en todos los procesos en los que debía aplicarse o se controvertía alguna de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, ha incurrido en incumplimiento de los artículos 4, 33 y 36 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina así como 123, 124 y 128 de su Estatuto, por tanto se le concedió 30 días de plazo para que el Gobierno del Perú informe de las medidas dirigidas a asegurar que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema del Perú ponga fin al incumplimiento.

El no haberse incorporado la IP en una sentencia de última instancia, dista mucho a que no existan recursos ulteriores que puedan interponerse en el derecho interno. La Corte Suprema de Justicia del Ecuador se ha pronunciado en varias oportunidades respecto de la falta de incorporación del criterio del TJCA en los casos sentenciados en segunda y definitiva instancia.

A este respecto, la Corte de Casación en Resolución No. 84-2006 de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil⁷⁴ analiza los elementos de finalidad, requisitos y aplicación de la interpretación prejudicial y oportunidad de la consulta, dentro de un juicio verbal sumario de oposición de marca de fábrica.

El recurrente manifestó en su exposición, (sic) que en el fallo impugnado “se ha incurrido en la falta de aplicación de la causal segunda del artículo 3 de la ley de la materia⁷⁵, por inaplicación del Art. 29⁷⁶, inciso segundo del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, viciando el proceso de nulidad”.

La Corte por su parte expone que el recuso de casación es un recurso extraordinario, (sic) que únicamente puede ser utilizado en los casos concretos y predeterminados por la ley, derivados de *errores in iudicando o in procedendo* y que por su propia característica no son accesibles a todos los procesos o circunstancias, resultando por tanto eventuales por cuanto su conocimiento está sujeto a la calificación del Tribunal de Casación. Adicionalmente la Corte señala que:

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Quito, sentencia del 20 de marzo de 2006, publicada en el Registro Oficial 347, de 01 de septiembre de 2006.

⁷⁵ Art. 3.- “Causales.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: (...) 3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”.

⁷⁶ Art. 33, inciso segundo. “En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en el derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”.

“los recursos de que trata el Art. 33 de la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina publicado en el Registro Oficial No. 363 de 18 de enero del 2000 (anterior artículo 29 del mismo Tratado), son los accesibles ipso jure en todos los procesos civiles y contenciosos; en tanto que los recursos extraordinarios -como el de casación- no están sujetos a la normativa del Tribunal de Justicia, pues su procedibilidad es incierta⁷⁷ y su concesión depende de muchas circunstancias”.

La Corte de Casación para decidir en este proceso, se fundamenta en tres pilares:

1. Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno -o si sólo fueran procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria-, están obligados a solicitar la interpretación prejudicial, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal, sobre la misma materia debatida o sobre casos similares o análogos. Por lo tanto, el recurso de casación no permite revisar la norma sustantiva comunitaria.
2. En los casos en los que la consulta de interpretación prejudicial es obligatoria -jueces nacionales de única o de última instancia-, el planteamiento de la solicitud lleva consigo la suspensión del proceso interno hasta que el Tribunal comunitario se pronuncie, constituyéndose en un presupuesto procesal de la sentencia y en una solemnidad inexcusable e indispensable que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo, cuya inobservancia puede derivar en acciones de incumplimiento y vicios procesales de consecuencias impredecibles.
3. La Constitución Política de la República, en su artículo 24, dispone: ‘Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia [...]’.

⁷⁷ La Corte hábilmente declara que la procedibilidad de la apelación es “incierta”, pero en ningún momento reconoce que al momento de plantear la cuestión prejudicial ante dicho Tribunal y haberla admitido a trámite se transforma de incierta a concreta, facultándolo, sin ningún tipo de discusión, para elevar la consulta al TCJA.

Por estas consideraciones la Corte de Casación declaró la nulidad de la sentencia⁷⁸.

El artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, dispone:

“La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en las decisión de la causa, observando en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los artículos 364, 365 y 366”.

El artículo 33 de la Codificación del Tratado de creación del TJCA, no diferencia en forma alguna la clase de recursos en los cuales puede radicar la IP según el derecho interno⁷⁹. Esta indiferencia conlleva a que se realicen interpretaciones extensivas de la normativa comunitaria, al no existir ningún pronunciamiento del TJCA en este sentido; y por tanto, un vacío legal que produce innumerables criterios subjetivos, que podrían ser solventados mediante una reforma al Estatuto, en la que se establezcan de forma definitiva, a qué clase de recursos se restringe la IP.

A diferencia de lo resuelto por la Corte de Casación de la República del Ecuador, en el caso citado, por el cual se nulizó la sentencia del juez *a-quo*, al considerar que la IP sólo procede en recursos ordinarios; la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia⁸⁰, solicitó mediante exhorto al TJCA tramitar la IP respecto de una controversia que fuera resuelta en primera instancia por el Juzgado Tercero de lo Civil del Circuito de Cúcuta con sentencia desestimatoria, la misma que fue apelada por la parte actora y confirmada por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito

⁷⁸ Esta conducta de la Corte de Casación de la República del Ecuador podría ser causal para que la parte afectada por dicha Resolución pueda iniciar una acción de incumplimiento ante el TJCA.

⁷⁹ El tratadista Rafael de Pino, en su Diccionario de Derecho, define la diferencia entre un recurso y un recurso extraordinario: "**Recurso**. Medio de impugnación de los actos administrativos o judiciales establecidos expresamente al efecto por disposición legal. Medio de impugnación de 'las resoluciones judiciales que permite a quien se halle legitimado para interponerlo someter la cuestión resuelta en éstas, o determinados aspectos de ella, al mismo órgano jurisdiccional en grado dentro de la jerarquía judicial, para que enmiende, si existe, el error o agravio que lo motiva'." "**Recurso extraordinario**. Medio de impugnación que sólo puede ser utilizado en casos concretos y determinados y que requiere ser fundado en motivos taxativamente predeterminados, derivados del error de derecho o de hecho que el recurrente considere que el órgano jurisdiccional ha cometido en la resolución que constituye su objeto".

⁸⁰ TJCA, proceso No. 133-IP-2007, tramite (sic) Recurso Extraordinario de Casación promovido por Transportes Rutas de América Cia. Ltda. contra Aseguradora Colseguros S.A. con radicación 54001-31-03-003-2000-00235-01.

Judicial de Cúcuta en sentencia de 2003. El TJCA admitió a trámite la demanda el 10 de octubre de 2007 y apegado a derecho, concluye la IP disponiendo que:

“El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial al momento de dictar sentencia dentro del expediente interno N° 2003-00111, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 127 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (...)”.

El artículo 127 del Estatuto del TJCA, dispone lo siguiente: “Obligación especial del juez consultante.- El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

Como se puede claramente evidenciar, en los casos precedentes, existen dos criterios legales totalmente opuestos de las Cortes de Casación de Colombia y Ecuador, en un caso similar, uno del cual deja en completa indefensión a una de las partes al negar contundentemente la posibilidad de IP, siendo para el caso colombiano totalmente aplicable. Ésta sin duda alguna es una deficiencia en lo que a la IP se refiere, pues como queda dicho, da lugar a ambigüedades y no deja claro cuál es el momento oportuno para proponer la IP, con el inminente riesgo de que el juez que conoce la pretensión desestime la misma, y no se cuente con el criterio del Tribunal en la sentencia.

Como queda evidenciado la IP depende en mayor o menor grado de la subjetividad del juez que tiene a su cargo la decisión del envío de la consulta: pese a la jurisprudencia comunitaria, en ciertos casos ha delimitado los recursos en ordinarios y extraordinarios, no deja lugar a la interpretación, ya que “los recursos que se deben tener en cuenta para determinar si la solicitud de interpretación es o no obligatoria, son únicamente aquellos verdaderos recursos, “ordinarios” o “extraordinarios”, que permitan una revisión del fallo recurrido en cuanto a la interpretación de las normas que se hayan aplicado.

[...] No debe tenerse en cuenta, en cambio, para este efecto, la existencia de otros posibles recursos especiales que no permitirían dicha revisión”⁸¹.

Para evidenciar lo transcrito, en la jurisdicción penal ecuatoriana existe el recurso de revisión previsto en el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal⁸², que faculta su interposición en cualquier tiempo, después de ejecutoriada la sentencia.

El criterio de interpretación en este sentido es mucho más amplio puesto que puede ser planteado dentro de la ejecución de la sentencia, aunque no existe limitación jurídica, es poco probable que el TCJA conozca de procesos penales ya que la materia normativa de la CAN tiene otro tipo de horizontes normativos.

Según lo dispuesto en el artículo 125 de Estatuto del TJCA, la solicitud de interpretación, deberá contener:

- a) El nombre e instancia del juez o tribunal nacional consultante;
- b) La relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere;
- c) La identificación de la causa que origine la solicitud;
- d) El informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación; y,
- e) El lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta”.

Conforme el artículo 126 del Estatuto referido, para la tramitación, el Tribunal deberá ceñirse para efectos de atender la consulta a la interpretación únicamente con los aspectos relativos al contenido y alcance de las normas

⁸¹ (F. Uribe, *La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino*, 123).

⁸² Código de Procedimiento Penal del Ecuador Art. 360.- “Causas.- Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes casos:

1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta; 2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas está errada; 3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; 4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó; 5. Cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna; y, 6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia”. Excepto el último caso la revisión sólo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada.

que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referidas al caso concreto y no intervendrá o adoptará para su interpretación el derecho interno del país consultante o los hechos materia del proceso, pero podrá referirse a ellos cuando sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

Si la solicitud no cumpliera con todos los requisitos previstos, el TJCA puede pedir la regularización de la consulta. Es importante que el juez nacional envíe una copia del expediente judicial para que el TJCA tenga más elementos a efectos de rendir la interpretación prejudicial.

El TJCA dispone del término de 30 días contados a partir de la admisión de la solicitud para dictar sentencia. Este pronunciamiento según el artículo 127 es vinculante y debe ser adoptado en la sentencia del órgano consultante.

Del incumplimiento a la obligación del Juez de incorporar en la sentencia la interpretación emitida por el TJCA, podrá interponerse la acción de incumplimiento⁸³ y de subsistir, derivará el procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento.

La interpretación del Tribunal según lo que dispone el referido artículo 126 debe limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas de la CAN, referidas al caso concreto. El Tribunal no está autorizado para interpretar el derecho nacional ni su alcance y no puede calificar los hechos del proceso, únicamente, los puede referir en su pronunciamiento.

En caso de incumplimiento del juez nacional en elevar a consulta, cuando esté obligado, los Países Miembros y los particulares tienen derecho al ejercicio de la acción de incumplimiento, así también cuando hecha la consulta

⁸³ Art. 108 Estatuto del TJCA: Son titulares de la acción de incumplimiento: La Secretaría General, Los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.

se aplique de forma diferente a la dictada por el Tribunal, según lo dispuesto en el artículo 128 del Estatuto referido.

Consecuentemente, la interpretación prejudicial estrictamente obligatoria es solemnidad sustancial y garantía básica dentro del debido proceso y su omisión vicia de nulidad el proceso.

2.4. Los Órganos Jurisdiccionales Comunitarios.

Existen varios mecanismos legales que tienden a precautelar la vigencia y efectividad de las políticas integradoras de los Estados, las cuales son cristalizadas a través de los tratados fundacionales de las comunidades y sus normas consecuentes. Las comunidades están representadas por mandatarios, quienes con su aporte de creación jurídica, vigilan y se interesan por el cumplimiento y la uniformidad del derecho comunitario.

Una de las características fundamentales de la normativa jurídica comunitaria es la de ser un ordenamiento jurídico independiente, “dotado de sus propias fuentes e instituciones, y que en el control último del respeto de sus normas corresponde a los órganos jurisdiccionales⁸⁴”.

Un órgano judicial de una comunidad política, jurídicamente integrada, es una institución cuya misión es la de ser garante del proceso de construcción comunitaria, y que con su aporte vigila el cumplimiento y la uniformidad del derecho común y se encuentra integrado por jueces o magistrados, que a diferencia de sus símiles en el derecho interno, excluyen de su competencia las normas que emanan de sus legislaciones internas en sus dictámenes, no así los jueces nacionales que ejercen las funciones de jueces comunitarios, al

⁸⁴ Silvia Ortiz Herrera, “La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, en Revista de Derecho Procesal, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1986, p. 650.

tener la facultad de aplicar disposiciones de Derecho comunitario, previo pronunciamiento del Tribunal comunitario, y “están obligados a asegurar el pleno efecto de éstas, pudiendo para ello en razón de su propia autoridad, dejar inaplicado el derecho nacional, sin necesidad de esperar a su derogación por la vía correspondiente establecida en la legislación de cada Estado”⁸⁵.

En la cumbre del sistema judicial específico del ordenamiento jurídico comunitario – como indica Villagómez Cebrián- “se ha situado al Tribunal [...] «órgano judicial especializado e independiente, cuyas funciones básicas son, por un lado, garantizar el principio de legalidad comunitaria, controlando el ajuste de la normativa (institucional y estatal) con el Tratado que constituye la norma suprema de la Comunidad y, por otro lado, lograr la cohesión o uniformidad de este Derecho en su interpretación y aplicación por los Jueces nacionales»”⁸⁶.

Sin perjuicio del principio de jerarquía, los órganos jurisdiccionales comunitarios al tener el control de la legalidad de las normas jurídicas comunitarias -en su interpretación y aplicación- (como lo señala Ruíz-Jarabo Colomer⁸⁷) “ ha hecho necesario implantar un mecanismo de colaboración técnica innovadora que vincula al Tribunal con los órganos judiciales internos, en una suerte de simbiosis en la que, si bien se revela el monopolio que la normativa específica otorga a este Tribunal para apreciar la validez de los actos comunitarios y para interpretar las normas del Ordenamiento jurídico comunitario, configura el Juez nacional como el Juez de Derecho común de dicho Ordenamiento y en el máximo garante de los principios estructurales básicos del Derecho comunitario”.

⁸⁵ (S. Herrera, “La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, 649).

⁸⁶ (S. Ortiz, *Revista de Derecho Procesal*, 650).

⁸⁷ Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer, “El Juez Nacional como Juez Comunitario, Valoración de la práctica española”, en: *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Civitas, 1993, p. 653.

El Tribunal de Justicia como un órgano judicial comunitario tiene características intrínsecas o elementos únicos en su ámbito, como son: “el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas por parte del órgano, así como su independencia”⁸⁸.

El TJCA se crea por el artículo 40 del Tratado Constitutivo de la CAN que establece que: “El Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina”.

Según lo que establece el artículo 6 del tratado referido, el TJCA está integrado por cinco magistrados⁸⁹, de nacionalidad de cada país miembro, quienes deberán reunir los mismos requisitos exigidos para los magistrados de su país de origen, gozan de independencia en el ejercicio de sus funciones y no pueden desempeñar otra actividad profesional que las de naturaleza docente y deberán abstenerse de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo.

El artículo 35 del Tratado constitutivo de la Unión Europea dispone: “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas será competente, con arreglo a las condiciones que establece el presente artículo, para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, sobre la interpretación de convenios celebrados de conformidad con el presente título y sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación”.

⁸⁸ Kurt Riechenberg, *El Proceso Prejudicial en la Unión Europea*, Montevideo, Konrad –Adenauer-Stiftung, 2004, p. 1013.

⁸⁹ Actualmente el TCJA está conformado por cuatro miembros a raíz del retiro de la República de Venezuela de la CAN. Según la facultad otorgada por el artículo 6 del Tratado de Creación de la CAN, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en consulta con el Tribunal, puede modificar el número de magistrados, en el número y con las atribuciones que para el efecto se establezcan en el Estatuto.

2.4.1 Límites de competencia de los tribunales de justicia comunitarios y jueces nacionales en materia de interpretación prejudicial.

La obligación principal de los tribunales comunitarios en materia de IP es garantizar el respeto del derecho en la aplicación e interpretación de la normativa comunitaria, en el marco del control jurisdiccional y con el auxilio de la cooperación de los jueces nacionales. Dentro de este marco conceptual, la interpretación tiene por objeto establecer el contenido y el alcance de una norma. En la cuestión prejudicial, para que haya lugar a la interpretación basta que el juez tenga dudas en cuanto al significado comunitario exacto cuando el sentido y el objetivo de una disposición no están claros. Sin embargo, la labor interpretativa tiene una serie de límites:

- El TJCE solo puede interpretar el derecho comunitario, el derecho nacional nunca puede ser objeto del recurso prejudicial.
- El TJCE no puede aplicar el derecho comunitario a un caso determinado: El Tribunal no es competente para resolver el litigio principal. Por ello, el TJCE insiste en la necesidad de que las jurisdicciones nacionales le planteen las preguntas de la forma más abstracta y en su obligación de dar una respuesta también abstracta.
- El TJCE no puede declarar la incompatibilidad de una norma nacional con el derecho comunitario; esto sólo puede hacerlo en el marco del recurso por incumplimiento.
- El TJCE no puede pronunciarse sobre cuestiones de hecho. No puede entrar a conocer los hechos del litigio principal y aún menos comprobar su exactitud.

- El TJCE no es competente para examinar los motivos que ha tenido el órgano nacional para plantear la cuestión”⁹⁰.

Evidentemente que no es tarea fácil para los Estados miembros, el “descentralizar” su jurisdicción legal interna hacia los predios de la Comunidad, ya que implica un potencial riesgo en la uniformidad de la interpretación de normas comunes, puesto que, “debe insertarse en un tejido normativo que engloba [...] tradiciones jurídicas diferentes”⁹¹. Tampoco lo es para los jueces nacionales, puesto que en cierta forma la formulación de la consulta al Tribunal comunitario comprometería la autonomía e independencia del juez nacional. Es por esto que mayoritariamente no se habla de jerarquía entre los órganos internos y comunitarios sino más bien de cooperación, sin que esto deje completamente de lado una subordinación del juez nacional al juez comunitario, debido a la especialidad de éste último en razón del grado y de la materia.

El juez nacional es el directamente encargado de la aplicación del derecho comunitario con relación a la IP, en su respectivo ámbito de competencia, en razón del territorio y la materia. Caso difícil, puesto que como queda dicho, las tradiciones jurídicas, el lenguaje técnico, los procedimientos, etc., pueden ser tan diversos, como diversos pueden llegar a ser los miembros de la Comunidad. Términos jurídicos que son muy utilizados en un país miembro, no tiene el mismo significado jurídico en otros⁹².

⁹⁰ Paz Andrés Sáenz de Santa María, et al. “*Introducción al Derecho de la Unión Europea*”, Editorial Eurolex,S.L. Madrid, 1999, p. 536.

⁹¹ (K. Riechenberg, *El Proceso Prejudicial en la Unión Europea*, 1017).

⁹² A manera de ejemplo, en la República de Colombia es muy frecuente el uso del término “Otro Sí” para referirse a un documento que modifica parcialmente al instrumento original. Este término no tiene la misma significación jurídica en la República del Ecuador, puesto que para referirse a un documento adicional utilizamos el término “addendum” o “contrato modificatorio”. Igualmente en Colombia es muy utilizada la expresión jurídica “a paz y salvo” lo cual en el Ecuador no tiene casi ningún efecto legal aplicativo, siendo su significación aplicable al evento de solución de obligaciones pendientes.

El tema no resuelto del todo, las razones entre las circunstancias concretas que motivan que se dicten las normas (*occasio legis*) y el criterio de solución del conflicto que contiene la norma (*ratio legis*), conlleva eventualmente, a que no siempre exista uniformidad en la interpretación de las normas comunes y por ende su aplicación.

El TJCE en múltiples oportunidades se ha pronunciado respecto de este asunto, así ha considerado:

“Esencial para la salvaguarda del carácter comunitario del Derecho establecido por el Tratado es el artículo 234⁹³ que tiene por fin asegurar a ese Derecho, en todas las circunstancias, el mismo efecto en todos los Estados de la Comunidad. Dicho precepto trata de prevenir divergencias de interpretación del Derecho comunitario que han de aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales, otorgando al juez nacional un medio de eliminar las dificultades que podrían surgir de la exigencia de dar al Derecho comunitario su pleno efecto, en el marco de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros”.

El juez comunitario se encuentra expresamente prohibido de pronunciarse de forma directa sobre el derecho nacional de los Estados miembros, pero se encuentra ampliamente facultado para interpretar o restringir la interpretación de derecho comunitario. El juez nacional, por su parte, tiene competencia para aplicar el derecho comunitario, previa interpretación subida en consulta e inaplicar el derecho nacional con el fin de asegurar el pleno efecto del primero.

El juez nacional deberá, conforme el procedimiento previsto, contar con la asistencia del criterio jurídico del Tribunal, debido a que “el sistema se basa en una estricta separación de funciones entre el juez nacional, encargado de juzgar el litigio entre las partes y de aplicar el derecho comunitario al caso

⁹³ Artículo 234. El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a. Sobre la interpretación del presente Tratado; b. Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE; c. Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

concreto, y el Tribunal de justicia, cuya función se limita a interpretar el derecho comunitario o, en su caso, a examinar la validez de un acto”⁹⁴.

2.5. Relaciones de cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario.

La ciencia del derecho, en su desenvolvimiento, abarca no solo a los comportamientos individuales, sino a los colectivos y en el marco de esta última referencia las relaciones entre Estados, es decir, partimos de un derecho interno que posibilite el acceso al derecho internacional o al comunitario y viceversa. Éstos últimos no pueden entorpecer al primero, ya que resulta indispensable que entre éstos ordenamientos – interno y externo - no existan inconvenientes en cuanto a competencias y que proceda una verdadera armonía para su aplicación, pues como indica Calogero Pizzolo en su obra *Globalización e Integración*: “ningún órgano o institución puede llevar su actividad más allá de las competencias estipuladas en o los instrumentos que los han instituido”⁹⁵.

El derecho comunitario no pretende ser autosuficiente ni menos aún regular materias completamente nuevas. Su desempeño se basa en regular las normas de manera autónoma y dictarlas para que prevalezcan al derecho interno de los Estados miembros, pero apoyándose, buscando su asistencia, en fin su cooperación, “es por tanto en primer lugar un procedimiento destinado a armonizar la jurisprudencia de las jurisdicciones nacionales en el ámbito del derecho comunitario”⁹⁶.

El TJCA en el proceso No. 28-IP-2002 de 31 de julio de 2002, respecto a los principios de cooperación y colaboración, declara:

⁹⁴ (K. Riechenberg, *El Proceso Prejudicial en la Unión Europea*, 1018).

⁹⁵ (Calogero Pizzolo, *Globalización e Integración*, p.221).

⁹⁶ (Paz Andrés Sáenz de Santa María, et al., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 535).

‘Queda en consecuencia claro, que la interpretación prejudicial no es, ni puede equipararse a una prueba, sino que constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, la que deberá, por otra parte, adoptar dicha interpretación. Esto consolida el principio de cooperación y colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario en la administración de justicia, ya que ambos con jurisdicción y competencia propias efectúan su aporte a la vigencia del derecho de integración’.

2.6. Similitudes y diferencias de la interpretación prejudicial entre la Comunidad Andina y la Unión Europea.

Establecer similitudes y diferencias entre dos ordenamientos jurídicos comunitarios resultaría un ejercicio poco pragmático, pero en el caso del europeo y el andino, resulta necesario puesto que como ya se ha manifestado, el origen de la institución IP tal y como es catalogada actualmente fue concebida desde el modelo europeo.

Precisamente, del hecho que la UE se encuentre integrada por veintisiete países miembros y la CAN con únicamente cuatro, y variantes como el multilingüismo⁹⁷, se desprenden diferencias en cuanto a la IP. Oswaldo Salgado Espinoza, Presidente y Magistrado del Tribunal Andino de Justicia, en entrevista concedida en la realización de este trabajo el 15 de agosto de 2008, en el TJCA ubicado en la ciudad de Quito, indica, que la IP en el caso de Europa es resuelta en aproximadamente dos años desde que el TJCE la ingresa a trámite; contrariamente, en el sistema andino, este plazo se reduce a dos meses. Evidentemente, esto tiene una razón de ser, debido a que el sistema procesal comunitario es mucho más denso que el sistema andino, al ser superior el volumen de consultas y estar directamente relacionado con: el tiempo de permanencia de la institución IP, el número mayor de consultantes, la mayor diversidad de temas planteados, la necesaria traducción de los textos,

⁹⁷ Según lo que dispone el Reglamento No. 1 por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea, los idiomas oficiales son alemán, el francés, el italiano y el neerlandés, debiendo en caso de asuntos remitidos a un estado miembro redactarlas en la lengua de dicho Estado.

entre otras. Esto es inversamente proporcional en el caso de la CAN y el resultado es la celeridad de evacuación de procesos, esto sin dejar de reconocer el mérito a su eficaz desempeño.

Otro de los aspectos que requieren ser incorporados en este análisis tiene que ver con la especialidad europea de quienes tienen a su cargo el procedimiento prejudicial, así como los consumidores de este recurso, con respecto al alto índice porcentual de recurrentes por concepto de incorporación de consulta prejudicial. Esto ha hecho necesaria la instrumentación del denominado acto claro, por el cual se busca descongestionar este mecanismo de consulta, incorporando criterios jurisprudenciales previos y adoptándolos en nuevos casos de interpretación, siempre y cuando se adapten de manera eficaz e indiscutible al proceso en el cual se apliquen o se contraríen normas de carácter comunitario.

Esta innovación deviene a consecuencia del gran número de procesos que ingresan a consulta y que ha motivado la creación del Tribunal de Justicia de Primera Instancia en el marco de la UE, el cual en el caso de la CAN no ha sido aún necesario ya que únicamente se encuentra creado un Tribunal de única instancia.

El gran progreso doctrinal y jurisprudencial comunitario europeo ha derivado en múltiples avances en la figura de la IP, dado su carácter de especialidad y esencia fundamental en la innovación del derecho comunitario. Asuntos como la ampliación del espectro de quiénes pueden consultar, incluidos los árbitros y ciertas entidades administrativas de última instancia, coadyuvan al mejoramiento de esta institución.

La difícil eliminación de barreras en Europa tales como las diferencias existentes en el lenguaje entre sus miembros, como queda expresado ut supra,

no ha sido impedimento para el desarrollo de la IP, cuestión que debe ser resaltada ya que en el caso subregional andino dichas barreras no son tan marcadas y deberían ser aprovechadas de mejor manera.

2.7 Cierre del capítulo.

La característica fundamental del presente capítulo se ha centrado en el análisis de los principios básicos que deben necesariamente contener las normas comunitarias para su debida ejecución, así como las implicaciones que tiene la IP dentro de los ordenamientos comunes, europeo y andino, manejadas desde una perspectiva comparativa, a través de las experiencias de los tribunales jurisdiccionales y las relaciones entre el juez comunitario y el juez nacional, en aras de una debida coordinación metodológica y práctica.

CAPITULO III

EFFECTOS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.

3.1. La discrecionalidad.

El hecho que los instrumentos jurídicos, sean ineludiblemente, objeto de interpretación por parte de quienes tienen a su cargo la aplicación del derecho (es decir los jueces), conlleva que, en su momento, existan diversas alternativas o espacios para “maniobrar”, valiéndose de la técnica adecuada.

El juez no es un mero transcriptor de la voluntad del legislador y tampoco depende de ninguna decisión judicial predeterminada. Cada proceso tiene su particularidad, su propia valoración y siempre depende de criterios subjetivos adaptados a cada realidad, es por esto que no existe, y de hecho no debe existir, una única respuesta jurídica dentro del proceso que conduce a una decisión judicial, puesto que conforme el artículo 2 de la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia⁹⁸: “los jueces, como individuos, deben ser libres, y esto constituirá su deber, es decir, decidir las cuestiones que les correspondan con imparcialidad, de acuerdo con su propio juicio acerca de los hechos y su propio conocimiento del derecho, sin ninguna restricción, influencia, persuasión, presión, amenaza o interferencia, directa o indirecta, de ninguna fuente y por ninguna razón”.

Si bien existen principios generales en el derecho, vinculantes para el juez, aquello no elimina su discrecionalidad, es decir, la responsabilidad de tomar decisiones en materias reguladas previamente por el legislador. Esto supone a más de una actividad declarativa, fruto de la investigación jurídica,

⁹⁸ Declaración adoptada en la ciudad de Montreal en junio de 1983, en la Primera Conferencia sobre la Independencia de la Justicia.

una de carácter innovador, de libre creación del derecho. La finalidad de la discrecionalidad no puede en ningún momento confundirse con arbitrariedad, puesto que como queda dicho, si bien el juez tiene su espacio y la libertad para la toma de decisiones, no es menos cierto que aquellas están marcadas por varios principios que rigen a toda actividad jurídica, más aún si en ésta se encuentran involucrados derechos u obligaciones de terceros; “en todos los campos de la experiencia, no solo en el de las reglas, hay un límite, inherente a la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje puede proporcionar (...). Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas⁹⁹”.

La evolución de la sociedad genera comportamientos o situaciones que no fueron originalmente previstas en los actos normativos emanados por el legislador o por la autoridad pública con potestad regulatoria, siendo indispensable en este escenario, la intervención del juez, ya que este supuesto no admite, bajo ninguna consideración, denegación de justicia, a pretexto de falta o insuficiencia de ley.

El poder otorgado al juez, emanado del Estado, para administrar justicia, lo predispone para actuar como componedor de la ruptura del orden jurídico, en ejercicio de su potestad, como solucionador de controversias. Esta potestad debe necesariamente encontrarse dentro de un marco de legalidad, es decir, el juez debe actuar sobre alternativas posibles; no pueden por tanto, sus decisiones, estar sujetas a arbitrariedades ni excesos, como el caso de no poder aumentar una pena a un reo cuando la ley determina una señalada para ese caso específico o decidir sobre asuntos no exigidos dentro de una

⁹⁹ Hart. H. L.A., en *Iusnaturalismo y positivismo jurídico, una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*, Javier Dorado Porras, Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, 2004. pp. 157-158.

demanda, reconvencción o tercería; pero tiene algunas libertades, por ejemplo, en lo atinente a la valoración de la prueba.

Existen varias fuentes de discrecionalidad, a saber, según Adrián Rentarúa: a) discrecionalidad relativa a la determinación de la validez de la norma aplicable (actividad de valoración judicial); b) discrecionalidad relativa a la decisión interpretativa (cuando el texto no es claro en modo suficiente para la resolución del caso en cuestión); c) discrecionalidad relativa a la evidencia de los hechos de la cuestión jurídica (hechos del proceso) ¹⁰⁰.

3.2. El acto claro.

Hemos visto que la discrecionalidad del juez nacional, conlleva un estadio de maniobra para la toma de decisiones jurídicamente “correctas”. La teoría del acto claro presupone una actividad interpretativa previa que conduce a establecer la claridad de la norma materia de consulta prejudicial, es decir, se encuentra configurado un criterio evidente, cuyo resultado puede ser aplicado en una situación jurídica análoga o que de cuya interpretación resulte una interpretación unívoca. Lo evidente consiste en la “certeza clara y manifiesta de la que no se puede dudar; cierto, claro, patente y sin la menor duda”¹⁰¹.

El acto claro surge de la interpretación del artículo 234 (antiguo 177) del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, que establece: “Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”.

¹⁰⁰ Adrián Rentarúa, *Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad. Doctrina Jurídica Contemporánea*, México, Distribuciones Fontanamara S.A., Universidad Autónoma de Chiguagua, 2002, p. 43.

¹⁰¹ Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, 2001. p.p. 686, 1089.

La teoría del acto claro es la excepción a la regla de remisión prejudicial obligatoria, y, por ende la significativa responsabilidad del juez *a quo* debido a la omisión subjetiva de no obtener un nuevo criterio del Tribunal de Justicia comunitario, quien debe velar porque la activación del acto claro o falta de planteamiento, no se traduzca en ningún momento en lesión de todos o parte de los derechos comunitarios invocados y tutelados, por lo tanto, "Incumbe al juez nacional apreciar la pertinencia de las cuestiones de derecho que suscite el litigio que esté conociendo y la necesidad de una decisión prejudicial para poder emitir su fallo, así como la fase del procedimiento en la que proceda remitir al TJCE una cuestión prejudicial"¹⁰².

La adopción de una sentencia anterior, en aplicación del acto claro, debe ser fidedigna en su contenido y alcance, y mantener el esquema que fuera previsto para la consulta anterior, que sirvió de base para omitir una consulta posterior.

El acto claro no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino, a diferencia del europeo. La teoría del acto claro fue reconocida en Europa en la famosa sentencia del 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit; según la cual, "*la correcta aplicación del Derecho Comunitario pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada*".

El caso Cilfit ha sentado las bases para la incorporación del derecho comunitario directamente desde su jurisprudencia, "y se impone a los jueces nacionales cuando resulte de una «jurisprudencia consolidada»,

¹⁰² José A. Girón Larrucea, *La Comunidad Europea como Organización Internacional: Objetivos, medios de actuación y sistemas de control*. Editorial Ramón Areces. Madrid.1999. p. 365.

independientemente de la naturaleza del procedimiento, la Corte Constitucional italiana, en la sentencia 389/89, ha considerado que «cualquier sentencia que aplique y/o interprete una norma comunitaria tiene indudablemente el carácter de sentencia declarativa del Derecho comunitario, en el sentido de que [...] precisa con autoridad su significado»¹⁰³.

Sin embargo, la teoría del acto claro, según varias sentencias posteriores del TJCE ha derivado en excesos por parte de los jueces *a quo*, conforme se evidencia en los siguientes extractos de sentencias:

“En suma, el test propuesto era inviable en el momento de su formulación, pero en la realidad del año 2005 resulta disparatado, pues no responde a la preocupación histórica con la que se adoptó, la de reconducir los excesos de la teoría del acto claro en que habían incurrido algunos tribunales de última instancia de los Estados miembros”¹⁰⁴.

“Los demandados recurrieron en apelación ante la Court of Appeal y los demandantes se adhirieron a la apelación, impugnando la conclusión formulada en la primera resolución de la High Court, según la cual existía una gran resistencia en amplios sectores ante los embalajes con etiquetas adhesivas superpuestas. La Court of Appeal ratificó dicha apreciación, deduciendo de ella que, si no se permitía que los importadores paralelos sustituyeran el embalaje exterior de los productos, ello supondría un gran obstáculo para sus ventas. En cuanto a la apelación contra la segunda resolución de la High Court, la Court of Appeal, tras expresar enérgicamente sus propias opiniones, llegó sin embargo a la conclusión de que, en varios aspectos, la norma no constituía un «acto claro»”¹⁰⁵.

La nota informativa del TJCE, sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales, indica que los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno están obligados, en principio, a someter al Tribunal de Justicia tales cuestiones, “salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia (y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar la jurisprudencia existente) o cuando la manera correcta de interpretar la norma comunitaria sea de todo punto evidente”.

¹⁰³ Paolo Mengozzi, *Derecho Comunitario y de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000, p. 248.

¹⁰⁴ Asunto C-461/03, Petición de decisión prejudicial planteada por el College van Beroep voor het bedrijfsleven (Países Bajos)], de 30 de junio de 2005.

¹⁰⁵ Asunto C-348/04, Boehringer Ingelheim KG Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG Glaxo Group Ltd contra Swingward Ltd y otros, de 6 de abril de 2006.

La responsabilidad de juez nacional en decidir “o no” el envío de la consulta prejudicial, involucra también el deber de incluir el criterio “adecuado” de aplicación de la consulta previa, adaptada a los hechos del proceso, lo cual reconoce implícitamente la posibilidad de que el juez interprete el derecho comunitario de manera autónoma.

La dispensa al juez nacional de última y definitiva instancia para la consulta prejudicial, se basa en dos hipótesis: 1. Aquella en que exista una jurisprudencia establecida del Tribunal que resuelva el punto controvertido, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que hayan dado lugar a dicha jurisprudencia; y, 2. Se produce cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no da lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión”¹⁰⁶.

3.3. Incumplimiento.

El alcance del derecho comunitario, respecto al incumplimiento de la IP, por parte de los jueces nacionales, mantiene características esenciales que deben ser procesadas, por una parte, respecto a la evidente inobservancia al derecho a consulta que debe necesariamente mantener determinado proceso, y por otra, con respecto a la suspensión de los efectos legales que conlleva la falta de pronunciamiento del Tribunal de consulta.

Es obligación de los Países miembros el adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario. El incumplimiento del juez nacional obligado a consultar, se configura como un incumplimiento por parte del Estado miembro, al ser los jueces funcionarios estatales. En Estado por su parte tiene

¹⁰⁶ Patricio Bueno Martínez. *La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?*. Universidad de la Sabana Colombia. En: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo.

la posibilidad de repetir contra del juez por su acción indebida u omisión, previo el proceso legal correspondiente.

La acción de incumplimiento puede ser planteada tanto por: i) un órgano competente de la comunidad¹⁰⁷; iii) por otro Estado miembro; o, iii) personas naturales y jurídicas, de acuerdo a los términos y procedimientos previstos en los ordenamientos jurídicos comunitarios. “La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación”¹⁰⁸.

La acción de incumplimiento en contra de un País miembro, se encuentra prevista en los artículos 23 al 31 del Tratado de creación del TJCA y el artículo 107 al 120 de su Estatuto.

En caso de que un País miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, los procesos son planteados tanto por iniciativa de la Secretaría General y por su intermedio los países Miembros o personas naturales o jurídicas afectadas. La Secretaría General ejerce una potestad prejudicial administrativa y el Tribunal el poder judicial resolutive. La sentencia del Tribunal, en caso de incumplimiento, estará dirigida, conforme lo dispone el artículo 27 de Tratado de creación del TJCA, a que el País infractor quede obligado “a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación”, sin perjuicio que se haya dictado previamente la suspensión

¹⁰⁷ En el caso de la CAN le corresponde a la Secretaría General, conforme lo establece el Art. 23 del Estatuto del TJCA.

¹⁰⁸ Oswaldo Salgado Espinoza, *Derecho de Integración*, Loja, Universidad Particular de Loja, 2008, p. 96.

provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causare o pudiere causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación.

Los daños y perjuicios pueden ser reclamados en los casos previstos en el artículo 25 del Tratado, esto es, cuando las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por incumplimiento de un País miembro, acudan a la Secretaría General y al Tribunal.

Hasta el momento en el TJCA no se ha proseguido ninguna acción de incumplimiento por inobservancia de la IP.

En el caso comunitario europeo, el procedimiento del recurso de incumplimiento consta, generalmente, de dos fases, la primera que se constriñe a una discusión formal o fase pre-contenciosa y la segunda que se sitúa en el ámbito judicial. En esta última fase, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, establece el recurso de incumplimiento en contra de un Estado, con intervención de la Comisión Europea, la cual tiene competencia, según lo dispone el artículo 226 de la norma citada para emitir dictamen previo el conocimiento del TJCE. El proceso prejudicial establecido en la Comisión es tanto escrito como oral.

La Comisión, que está compuesta por veinte miembros, tiene la obligación de pronunciarse mediante auto motivado en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, la falta de este dictamen no impide el acudir al TJCE. La sentencia del Tribunal obliga al Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia.

3.4. Análisis de casos.

3.4.1. TJCE. Proceso sobre libre circulación de personas. Consulta prejudicial.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia del 10 de julio de 2008¹⁰⁹, dentro del proceso *Ministerul Administrației și Internelor – Direcția Generală de Pașapoarte București y Gheorghe Jipa*, se pronuncia prejudicialmente respecto del siguiente marco legal consultado:

“*Normativa comunitaria*: El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2004/38 establece: «Sin perjuicio de las disposiciones que regulan los documentos de viaje en controles fronterizos nacionales, todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido, tendrán derecho a salir del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro Estado miembro.» A tenor del artículo 27, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38: «1. (...) los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos (...)

Normativa nacional: El artículo 311 del Acuerdo de 1995¹¹⁰ dispone: «1. El ejercicio del derecho de los ciudadanos rumanos a la libre circulación en el extranjero sólo puede limitarse temporalmente, en los casos y con los requisitos previstos en la presente Ley; esta limitación consistirá en una suspensión o, en su caso, una restricción al ejercicio del mencionado derecho (...)

En este caso la cuestión central de análisis prejudicial del TJCE se centra en la siguiente interrogante: ¿Puede un Estado miembro de la Unión Europea (Rumanía en el presente caso) limitar la libre circulación de sus nacionales en el territorio de otro Estado miembro, sin que se encuentren reunidas las condiciones limitativas normadas por la UE?

Como se puede apreciar en las normas legales transcritas ut supra, existe por una parte, la normativa comunitaria que permite el libre tránsito por

¹⁰⁹ Ciudadanía de la Unión – Artículo 18 CE – Directiva 2004/38/CE – Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunalul Dâmbovița (Rumanía), mediante resolución de 17 de enero de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de enero de 2007, en el procedimiento entre Ministerul Administrației și Internelor – Direcția Generală de Pașapoarte București y Gheorghe Jipa. En: <http://eur-lex.europa.eu>.

¹¹⁰ Acuerdo celebrado entre los Gobiernos del Reino de Bélgica, del Gran Ducado de Luxemburgo y del Reino de los Países Bajos, por un lado, y el Gobierno de Rumanía, por otro, sobre la readmisión de las personas que se hallen en situación ilegal, aprobado por el Decreto del Gobierno rumano n° 825/1995 (Monitorul Oficial al României, n° 241, de 20 de octubre de 1995).

los países miembros de la UE siempre que se cumplan con los requisitos de documentos de viaje vigentes en la Comunidad y por otra, la normativa interna de un País Miembro, que prevé limitaciones a la circulación de sus ciudadanos por las causales previstas en su ley interna.

Respecto al litigio principal y cuestiones prejudiciales, los argumentos más significativos del Tribunal, constan a continuación:

“9. el Sr. Jipa salió de Rumanía el 10 de septiembre de 2006 para trasladarse al territorio del Reino de Bélgica. El 26 de noviembre de 2006 fue repatriado a Rumanía con arreglo al Acuerdo de readmisión debido a su «situación ilegal» en el citado Estado miembro.

10. El 11 de enero de 2007, el Ministerio formuló una solicitud al Tribunalul Dâmbovița con objeto de que se adoptara una medida por la que se prohibiera al Sr. Jipa trasladarse a Bélgica durante un período que pudiera llegar hasta tres años, conforme a los artículos 38 y 39 de la Ley nº 248/2005”.

17. (...) el Sr. Jipa, por ser nacional rumano, goza de la condición de ciudadano de la Unión, en virtud del artículo 17 CE, apartado 1, y, por lo tanto, puede invocar, también frente a su Estado de origen, los derechos correspondientes a tal condición, en particular el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros conferido por el artículo 18 CE¹¹¹ (...)

18. (...) el derecho a la libre circulación comprende tanto el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a entrar en un Estado miembro distinto de aquel del que sean originarios como el derecho a salir de este último. (...) las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE quedarían vacías de contenido si el Estado miembro de origen pudiera prohibir a sus propios nacionales, sin una justificación válida, salir de su territorio para entrar en el territorio de otro Estado miembro (...)

19. Por otra parte, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2004/38 establece expresamente que todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o de un pasaporte válidos tendrá derecho a salir del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro Estado miembro.

28. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional de remisión llevar a cabo las comprobaciones necesarias sobre este punto basándose en los elementos de hecho y de Derecho que motivaron, en el asunto principal, la solicitud de limitación del derecho de salida del Sr. Jipa formulada por el Ministerio.

30. Procede, pues, responder a las cuestiones planteadas que los artículos 18 CE y 27 de la Directiva 2004/38 no se oponen a una normativa nacional que permita restringir el derecho de un nacional de un Estado miembro a trasladarse al territorio de otro Estado miembro, en particular por haber sido repatriado anteriormente del mismo debido a que se encontraba en él en «situación ilegal», siempre que, por una parte, *la conducta personal de ese nacional constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y que, por otra parte, la medida restrictiva prevista sea apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si sucede así en el asunto del que conoce”*.

¹¹¹ Art. 18.- 1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. 2. Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción al respecto, el Consejo podrá adoptar disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1. Decidirá de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251. 3. El apartado 2 no se aplicará a las disposiciones referentes a los pasaportes, los documentos de identidad, los permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado, ni a las disposiciones referentes a la seguridad social o la protección social.

Del caso precedente se evidencia que si bien la normativa comunitaria prevé la libre circulación de personas, y en dicho sentido lo ha argumentado el Tribunal, se resalta el hecho del diferenciamiento que se ha hecho entre las legislaciones aplicables y el respeto absoluto a las decisiones que deba adoptar el Juez consultante, en el marco de su competencia.

3.4.2. TJCA. Proceso sobre derechos de patente (pipeline versus Novedad absoluta). Principio de preeminencia.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sentencia del 08 de mayo de 2002, dentro del proceso 25-IP-2002, doctor K.T en contra del Director Nacional de Propiedad Industrial, el señor Presidente del Instituto de Propiedad Intelectual IEPI y el Procurador General del Estado e intervención de A.L.F., como tercero interesado, se pronuncia prejudicialmente respecto del siguiente marco legal consultado:

“Normativa comunitaria: Decisión 344 de la Comisión¹¹²: "Art. 1.- Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones sean de productos o de procedimientos en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial."; Art. 2.- Una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica; "Art. 25.- Dentro del plazo de treinta días hábiles siguientes a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés, podrá presentar, por una sola vez, observaciones fundamentales que puedan desvirtuar la patentabilidad de la invención, de conformidad con el procedimiento que al efecto disponga la legislación nacional del País Miembro. Las observaciones temerarias podrán ser sancionadas si así lo disponen las legislaciones nacionales [...]".

“Normativa nacional: "El tercero interesado fundamentada su oposición debido a que considera que las disposiciones invocadas constituyen parte integrante de la normativa nacional y las únicas autoridades competentes para analizar su alcance y contenido son el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Suprema de Justicia. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, entonces, resulta incompetente para interpretar una norma nacional por salir de la esfera de su competencia, por lo que no hay duda que lo aplicable es lo dispuesto en sentencia por los jueces nacionales de la República del Ecuador”, fundamentado en lo que disponen los artículos 143 y 144 de la Decisión 344, que disponen: “Art. 143: Los Países Miembros, mediante sus legislaciones nacionales o acuerdos internacionales, podrán fortalecer los derechos de Propiedad Industrial conferidos en la presente Decisión. En estos casos, Los Países Miembros se comprometen a informar a la Comisión acerca de estas medidas”; “Art. 144: Los

¹¹² Comisión del Acuerdo de Cartagena. Decisión 344 sobre Régimen Común sobre Propiedad Industrial aplicada en los Países Miembros a partir del 1 de enero de 1994.

asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por la legislación nacional de los Países Miembros".

El análisis prejudicial del TJCA se centra en la siguiente cuestión: ¿Es competente para interpretar prejudicialmente el TJCA el presente caso, pese a las disposiciones establecidas en los Arts. 143 y 144?

La discrecionalidad emanada de los artículos 143 y 144 por los cuales la CAN deja en libertad a los Países miembros para regular las materias sobre Propiedad Intelectual, propicia una interpretación acomodada a los intereses de la parte afectada, por lo cual es necesaria la intervención del TJCA para dirimir un asunto de competencia entre legislaciones.

Respecto al litigio principal y cuestiones prejudiciales, los argumentos más significativos del Tribunal, constan a continuación:

1. “El principio del pipeline no se encuentra contemplado dentro de la legislación andina y es contrario al de "novedad absoluta" la cual debe ser aplicada por las autoridades competentes. Cualquier patente solicitada con base en él, deberá ser denegada o en su caso, la ya concedida, ser anulada.
2. Los Países Miembros de la Comunidad Andina, de conformidad con lo establecido por el artículo 143 de la Decisión 344, pueden fortalecer el régimen común de Propiedad Industrial en ella constituido, mediante disposiciones internas, con la obligación de informar el hecho a la Comisión de esa Comunidad y, siempre que tales normas regulen únicamente lo no comprendido por ese régimen, que no se lo restrinja en sus propósitos, ni se recorte su finalidad de proteger los derechos que consagra.
3. El principio de preeminencia del derecho comunitario comporta la cualidad de ser imperativo, de modo que cuando se trate de aplicar normas legales a actuaciones jurídicas contempladas en el derecho de integración, deberá acudirse a su mandato con preferencia sobre el derecho interno; caso contrario el País que se abstenga de hacerlo incurre en incumplimiento, el cual se mantiene mientras no se subsane la situación que lo originó”.

Por lo tanto en el presente caso el TJCA ha manifestado la inexistencia de la figura y la enmarca contraria al ordenamiento jurídico de la comunidad y por ende prima sobre el derecho nacional, por lo cual se debe dar cumplimiento preferente de la normativa andina que regula dicha materia.

3.5 Cierre del capítulo.

Con la finalidad de completar debidamente los conceptos, incluidos de forma temática, para llevar a cabo la presente investigación, este capítulo se ha centrado en analizar los efectos que conlleva la IP y como estos, en muchos de los casos, dependen cercanamente del criterio de los jueces que tiene a su cargo la administración de justicia. La acción indebida, como es el caso de adoptar un acto claro, cuando éste a criterio del Tribunal comunitario, no reúne las características necesarias; o de omisión, cuando el juez nacional no consultó prejudicialmente, cuando está en la obligación de hacerlo, trasgreden normas específicas que pueden acarrear serios perjuicios tanto a los Estados miembros como a las personas.

CONCLUSIONES

La actual realidad jurídica enfrenta nuevos e indescifrables retos. La globalización en sus diversas formas, deriva en una especie de necesaria convivencia transnacional, que depende de la incorporación de estructuras, que pueden afectar sutilmente, en determinadas esferas, la tradicional forma de soberanía estatal. Una de aquellas, que converge de la alianza de esquemas jurídicos proyectados de génesis diferenciadas, y que se encuentran diseñadas para armonizar la aplicación del derecho, es la vinculación existente entre el derecho comunitario y el derecho interno; denominada, para fines políticos y estratégicos como una cooperación entre el juez comunitario y el juez nacional. Esta estrategia brinda estabilidad y seguridad jurídica a los diversos actores comunitarios que acuden a las instancias correspondientes para el reconocimiento de sus derechos.

Planteado así el esquema, la investigación jurídica llevada a cabo, ratificó la importancia de la interpretación prejudicial para la efectiva vigencia del derecho comunitario, siempre en el marco de una contribución recíproca entre el juez nacional y el juez comunitario. De igual manera se expusieron de forma fundamentada las carencias de su aplicación, así como sus consecuencias.

Se efectuó adicionalmente un análisis comparativo entre legislaciones comunitarias e internas que expuso algunas diferencias conceptuales y procedimentales entre las Comunidades Europea y Andina, derivadas especialmente de la sólida experiencia europea.

Fueron identificados los mecanismos que dispone el ordenamiento jurídico interno para el cumplimiento de los preceptos comunitarios relacionados con el tema investigado y se determinó el verdadero alcance, sentido, y efectos de la interpretación prejudicial en el marco del derecho comunitario frente al derecho interno.

Se detectaron deficiencias en la normativa comunitaria, al no encontrarse plasmadas todas las posibilidades *legales-contenciosas* en las cuales se contradicen normas comunitarias; en primer término, en el caso de los procesos sometidos a resolución alternativa de conflictos, especialmente en lo atinente al arbitraje en derecho, el cual no cuenta con ningún asidero jurídico dentro de la CAN para su real y efectiva vigencia, develándose así una gran deficiencia procesal, que interfiere con la incorporación del derecho comunitario en los Países miembros y restringe una integral administración de justicia, en la cual intervienen dichas normas supranacionales, pues como se evidencia de los casos expuestos en este trabajo, únicamente el sistema europeo ha incorporado por vía jurisprudencial la posibilidad de planteamiento de consulta dentro de sistemas procesales alternativos y no únicamente los provenientes de jueces nacionales como es el caso de la CAN. Efectivamente, resulta preocupante el que se deje por fuera a ciertos casos en los cuales se aplican o se controvierten normas procesales y que no se encuentren considerados en la práctica procesal comunitaria.

Una segunda gran deficiencia detectada en el análisis jurídico precedente, tiene relación con la falta de claridad o inexactitud en lo atinente al tipo de recursos que habilitan la interposición de la consulta prejudicial, ergo, según lo que dispone el artículo 123 del Estatuto del TJCA, la consulta prejudicial “debe ser planteada cuando la sentencia no fuere susceptible de

recursos en el derecho interno”, dejándose al arbitrio del juez o de las partes la discrecionalidad de procedencia o no de un recurso posterior que pretenda suspender la ejecución de la decisión judicial hasta que el Tribunal de Justicia evacúe la consulta prejudicial. La doctrina y la jurisprudencia han expuesto claramente que existen recursos denominados ordinarios y otros señalados como extraordinarios. La Corte de Casación en la República del Ecuador en Resolución No. 84-2006 de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, expuso: “los recursos de que trata el Art. 33 de la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (...), son los accesibles ipso jure en todos los procesos civiles y contenciosos; en tanto que los recursos extraordinarios -como el de casación- no están sujetos a la normativa del Tribunal de Justicia, pues su procedibilidad es incierta y su concesión depende de la discrecionalidad de juez mientras no exista una reforma legal concreta que norme de forma definitiva esta consideración legal.

El Art. 37 del Anexo A de la Resolución No. 932 publicada en Registro Oficial No. 121 de 10 de diciembre de 2005, por la cual se constituye la Organización Andina de Telecomunicaciones por Satélite (OATS), dispone que: “la interpretación prejudicial puede ser solicitada al Tribunal por el Juez nacional de oficio o a petición de parte. (...) Esta petición de la parte suspende el procedimiento **si no existen instancias superiores (...)**” (*lo resaltado es mío*). Evidentemente esta referencia normativa descontrola cualquier intento de solucionar la procedibilidad en cuanto al tiempo de la consulta, pues no hace ninguna distinción al tipo de recurso y sólo se restringe a incorporar su interposición únicamente cuando no existan instancias superiores. Manera peligrosa de normar puesto que no se valoran los avances procedimentales

creados hasta la fecha y se crean nuevas reglas que lo único que logran es crear una verdadera confusión en su implementación.

Una tercera característica que puede ser valorada en un futuro próximo es la relacionada con la incorporación en el marco de la CAN del procedimiento del acto claro, el cual es reconocido por el marco jurídico europeo y muy utilizado para evacuar consultas prejudiciales con el auxilio de criterios jurisprudenciales anteriores al proceso legal decurrente pero que son oportunos para incorporarlos sin necesidad de una nueva interpretación, puesto que dicho criterio se adapta perfectamente al caso a ser consultado y previene tácitamente su incorporación en otros casos análogos. Esto ha descongestionado en muchos casos el tráfico de consultas planteadas al organismo judicial europeo, sin desconocer que han existido ciertos abusos en la adopción de la figura procesal ya sea por comodidad o por conveniencia de quienes tienen a cargo el manejo del proceso nacional. Hago hincapié en la incorporación diferida del acto claro en la CAN, puesto que actualmente es de vital importancia en primer lugar adoptar una cultura en la aplicación de normas comunitarias para luego iniciar un sistema de aplicación jurisprudencial con esas características.

Por estos antecedentes, resulta muy importante que los tribunales comunitarios efectúen reformas legales que habiliten la incorporación de estas importantes fuentes de derecho comunitario, con énfasis el TJCA en el caso de la incorporación del arbitraje en derecho, y ambos, en lo atinente a la especificidad del tipo de recursos dentro de los cuales procede el planteamiento de la IP.

Bibliografía:

- Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1998.
- Castillo Larrañaga y Rafael de Pina en su obra Instituciones de Derecho Procesal Civil, México, Editorial Porrúa S. A., 1950.
- Calogero Pizzolo, Globalización e Integración, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.
- Cisneros, Germán, La interpretación de la ley, México, Editorial Trillas, 2001.
- De Silva, Carlos, *La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho*, México. Editorial Fontamara. 1998.
- Figuroa, Alejandro, Los principios de supremacía y operatividad en el derecho comunitario como fundamento de la integración, Santiago de Chile, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998.
- Girón, José, La Comunidad Europea como Organización Internacional: Objetivos, medios de actuación y sistemas de control, Editorial Ramón Areces, Madrid, 1999.
- Guastini, Riccardo, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Editorial Fontamara, 1998.
- Guastini, Riccardo, “*La interpretación: objeto, conceptos y teorías*”, en Rodolfo Vázquez, comp., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Editorial Fontanamara, 2006.
- Hart. H. L.A., en *Iusnaturalismo y positivismo jurídico, una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*, Javier Dorado Porras, Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, 2004.
- Mangas, Araceli y Liñan, Diego, Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Madrid, Editorial Tecnos, 2004.
- Mengozzi, Paolo, *Derecho Comunitario y de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000.
- Montaño, César, “*Comentarios y reflexiones sobre derecho comunitario*”, en *Derecho de la Competencia*, Revista de Derecho FORO, Quito, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003.

- Montaño, César, “*La interpretación en el derecho comunitario andino de la tributación*”, en *Memorias de las IV Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario*, Cuenca, Universidad de Cuenca, 2005.
- Montaño, César, “*Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado*”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2004.
- Obando, Ana, *Las interpretaciones del derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999.
- Ortiz, Silvia, “*La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1986.
- Pescatore, Pierre, *La interpretación del derecho comunitario por el Juez Nacional*, Revista Instituciones Europeas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Rentería, Adrián, *Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad. Doctrina Jurídica Contemporánea*, México, Distribuciones Fontanamara S.A., Universidad Autónoma de Chiguagua, 2002.
- Riechenberg, Kurt, “*El proceso prejudicial en la Unión Europea*”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Editora Konrad Adenauer Stifing, 2004.
- Ruíz-Jarabo, Dámaso, “*El Juez Nacional como Juez Comunitario, Valoración de la práctica española*”, en: *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Civitas, 1993.
- Sáenz de Santa María, Paz, et al. “*Introducción al Derecho de la Unión Europea*”, Editorial Eurolex,S.L. Madrid, 1999.
- Salazar, Roberto, “*El derecho y la globalización de la economía: supranacionalidad y tribunales comunitarios*”, en *Integración Regional*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1998.
- Salgado, Oswaldo, *Derecho de Integración*, Loja, Universidad Particular de Loja, 2008.
- Uribe, Fernando, *La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993.
- Wiarda, Zwolle, *Drie typen van rechtsvinding*, en *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

Zelada, Alberto, *“La integración en América, sus principales tratados”*, en *La Integración, el Derecho Comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Universidad Andina Simón Bolívar, 1997.

Normativa consultada:

Normas legales aplicables del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Normas legales aplicables del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Páginas web:

http://europa.eu/index_es.htm

<http://www.tribunalandino.org.ec/>

<http://www.uv.es/mariaj/textos/portalis.pdf>.

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>

<http://www.scielo.cl/scielo>.

http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo.

http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_008_361.pdf