

La responsabilidad del Estado por la falta de efectividad del proceso de integración andino

David Padilla Moreno*

RESUMEN

Aunque ha existido un notable crecimiento del comercio en la Comunidad Andina, la integración se encuentra en una fase imperfecta de unión aduanera. No existe una verdadera solidaridad subregional, ya que cada Estado mantiene su posición en cuanto a la política exterior. Esta visión estatalista se contrapone a la integracionista. La falta de voluntad política es también la causa de una ausencia de efectividad de la Comunidad, cuya consecuencia es la responsabilidad de los países sobre la base de la protección de los derechos de los particulares que se encuentren vulnerados, por cuanto ellos son los principales destinatarios del proyecto integracionista. Por ello, cabe derivar un *derecho de reparación* por los daños que provoque el incumplimiento de las disposiciones comunitarias.

PALABRAS CLAVE: indecisión política, compromisos jurídicos de la Comunidad Andina, derecho de reparación, incumplimiento de disposiciones comunitarias.

ABSTRACT

Although commerce has grown significantly within the Andean Community, the integration process is still at an imperfect phase: a customs unity. There is no real solidarity between the countries of the Subregion, as each State holds an individual position regarding foreign policies. This state-focused vision opposes to integration. Lack of politic willingness is also a cause for the ineffectiveness of the Community. The direct consequence is the responsibility of countries, founded over the ground of their obligation of protecting the rights of individuals, who are the principal addressees of the integration project. It is necessary to consider reparation for the damages caused by the inobservance of communitarian provisions.

KEY WORDS: political indecision, juridical commitments of the Andean Community, reparation rights, inobservance of communitarian provisions.

FORO

* Profesor de Derecho de la propiedad intelectual, Universidad Alfredo Pérez Guerrero (UNAP), y de Comercio Exterior en el Diplomado de Tributación de la Universidad Técnica Particular de Loja (UTPL). Fundador del Estudio Jurídico PH Asociados. Ex Asistente de Magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de Integración Subregional Andino suscrito en Cartagena de Indias el 26 de mayo de 1969, ha sido modificado en cinco ocasiones por los Protocolos de Lima (1976), de Arequipa (1978), de Quito (1987), de Trujillo (1996) y de Sucre (1997), y tiene una vigencia de más de 37 años. Conocido como el Acuerdo de Cartagena, es el instrumento jurídico que fija el nacimiento del proceso de integración de los ahora cuatro países Andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Sin embargo, es una realidad que la ahora Comunidad Andina no ha alcanzado el grado de integración que previeron sus creadores y visionarios. Por ello, consideramos de suma importancia referirnos al papel que han tenido los Estados suscriptores del Acuerdo en la consecución o no de sus fines.

La Comunidad Andina se muestra actualmente desconocida por los habitantes de los cuatro países, y refleja un proceso de integración económico que ha avanzado a pasos sumamente lentos, en comparación con otros que se han dado en el mundo, lo que ha provocado una escasa credibilidad en la institucionalidad de la integración andina y en el propio proyecto de unidad de los pueblos. Por ello, y dado que el Ecuador, junto a otros países del continente, plantean seguir comprometiéndose en diversos acuerdos de tipo económico-comercial, es imperioso referirse a la responsabilidad que adquieren los Estados cuando alegremente negocian y concuerdan proyectos integracionistas, pero en la práctica no los ejecutan ni concluyen.

En el desarrollo de este ambicioso ideal integrador de la Región Andina, son múltiples las obligaciones que se han ido asumiendo y, ciertamente, no son pocas las que han dejado de ser acatadas por los Estados y por sus respectivos organismos. Este desconocimiento claro de los compromisos adoptados en el marco de un ordenamiento normativo que difiere del propio de cada Estado, así como del proveniente de cualquier otro Tratado internacional, lleva a que sin duda alguna exista la responsabilidad por todo agravio y perjuicio que haya provocado ese incumplimiento de las obligaciones comunitarias. Para fijar la responsabilidad del Estado por esa verdadera y objetiva falta de credibilidad en la Comunidad Andina, corresponde examinar los principales instrumentos normativos que sustentan este proceso,¹ ya que de ellos únicamente se pueden destacar los propósitos de la integración y verificar su falta de concreción.

Según el tipo de integración que se pretende alcanzar se puede confirmar en qué medida se han cumplido los objetivos que se encuentran establecidos en la normativa fundamental de la Comunidad Andina, lo que justifica el análisis de la ausencia

1. Principalmente, el Acuerdo de Cartagena en sus distintas codificaciones, y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus protocolos modificatorios.

de voluntad política de todos los Gobiernos de los países andinos, que viene a ser la principal causa para deslegitimar cualquier proyecto, y que también incide en la falta de políticas integracionistas claras y permanentes. Todo lo anterior sustenta la tesis respecto a la responsabilidad que han tenido los Estados en desanimar cualquier avance y desarrollo del proceso de integración andino.² La responsabilidad lleva implícita el resarcimiento de los daños causados a los perjudicados por el incumplimiento de los compromisos y obligaciones asumidos; por lo que se vuelve imprescindible analizar el modo cómo los perjudicados pueden exigir ese resarcimiento por parte del Estado responsable, en cuyo caso cabe cuestionarse si es realmente necesario que concurra, en lo esencial, la violación de derechos conferidos y expresamente definidos por el propio ordenamiento comunitario, y si existe en la actualidad el procedimiento que se debe seguir para obtener dicha reparación.

FALTA DE EFECTIVIDAD DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO

La Comunidad Andina se conformó hasta el 21 de abril del año 2006 por el territorio de cinco países, y en la actualidad se compone por los cuatro que hemos aludido anteriormente. Esto implica que la subregión (sin Venezuela) tiene una superficie de 3.806.270 kilómetros cuadrados, con una población estimada de 97 millones de habitantes, y un Producto Interno Bruto que para el año 2002 ascendió a 205 mil millones de dólares para los cuatro países. La Comunidad funciona como una Zona de Libre Comercio desde 1993 entre Bolivia, Colombia y Ecuador, a la que se ha sumado plenamente el Perú a partir de enero de 2006. Se han ido liberalizando paulatinamente los servicios de transporte en sus diferentes modalidades; ha habido un incremento, en más de 80 veces, de las exportaciones intracomunitarias, al pasar de 111 millones de dólares en 1970, a 9.072 millones de dólares en 2005 (valores FOB). El incremento del componente manufacturero de los productos que comercializan los andinos entre sí, pasó del 48 por ciento en 1970 al 90 por ciento en el 2001. Ha aumentado en más de 4 veces la inversión extranjera acumulada, al pasar de 3.400 millones de dólares en 1970, a 14.344 en 2005.³

-
2. Por ejemplo, se puede aludir al conocido tema del Arancel Externo Común (AEC), cuya adopción fue decidida por los presidentes andinos conforme a lo acordado en el Acta de Barahona, en fecha 5 de diciembre de 1991; sin embargo, a pesar de haberse emitido una normativa expresa en el año de 1994 (Decisión 370), hasta ahora no se concreta este compromiso asumido y, sin duda, existen muchos perjuicios y daños que han sido causados, además de la falta de credibilidad en el proceso que ello acarrea.
 3. Referencias estadísticas elaboradas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicadas en la página web <http://www.comunidadandina.org/>

Cabe destacar que el aspecto esencial que ha permitido alcanzar estas realidades que hoy constituyen la carta de presentación a nivel internacional de la CAN, ha sido la creación –a partir de la suscripción del propio Acuerdo de Cartagena– de una Organización supranacional sustentada en un Derecho propio y especial, que se desarrolla y fortalece según los requerimientos y urgencias del proceso de integración, que goza de características y principios particulares, y que se denomina Derecho comunitario. Así mismo, la Comunidad “es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional”,⁴ que goza de los privilegios e inmunidades propios de toda Organización Internacional. Además, el ordenamiento comunitario ha establecido órganos autónomos que cumplen las funciones esenciales de un *Supra Estado*, y que gozan de facultades necesarias para seguir alimentándolo.

Volviendo a las estadísticas, ellas nos reflejan que, sin lugar a dudas, los Estados Miembros han logrado crear beneficios del proceso de integración establecido desde 1969. Además, es cierto que unidos en un bloque de integración, cada uno de los países tiene una mejor situación que de encontrarse separados, o incluso enfrentados, en los aspectos económicos y comerciales. Lamentablemente, si bien es justo reconocer los grandes avances que ha tenido el proceso de integración, sobre todo en la década de los años 90, todos esos beneficios solo han sido útiles para un pequeño margen de los habitantes de la subregión, ya que la mayoría de la población no se ha visto favorecida con esos logros. Prueba de la escasa utilidad que representa la Comunidad Andina para una gran parte de sus habitantes, es el desconocimiento mayoritario que se tiene de la misma, y más aún, de las propias instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración.

Si bien es cierto que todo proyecto ambicioso de cualquier orden no nace con los problemas ya resueltos, ni con ningún tipo de altibajo, y que, el ir creando una institucionalidad sólida no es tarea fácil, con el transcurso del tiempo y el logro de los objetivos planteados permiten que aquel proyecto se convierta en una realidad. Sin embargo, la CAN, a sus 37 años de haberse ideado, no tiene una verdadera consolidación que la haga ser reconocida y apreciada por una buena parte de la propia población andina. Esta realidad refleja una falta de efectividad de la Comunidad y, aunque es certero reconocer los grandes beneficios y mejoras que reflejan las citadas estadísticas económicas, también es necesario levantar una crítica a la posición de los *países miembros* frente a sus obligaciones, expresamente asumidas en los tratados que dieron nacimiento a este proceso de integración. Por tanto, procede analizar cuáles son los principales compromisos que han debido llevar a cabo los Estados andi-

4. Art. 48 del Acuerdo de Cartagena.

nos, en qué medida se ha dado cumplimiento a los mismos, y a base de ello des- prender las causas que justificarían, actualmente, esa falta de credibilidad en la Comunidad Andina.

OBJETIVOS Y FINES DE LA INTEGRACIÓN SEGÚN EL ORDENAMIENTO FUNDAMENTAL: GRADO DE OBSERVANCIA DE LOS MISMOS

El Acuerdo de Cartagena fue publicado en el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo No. 1932, de 24 de octubre de 1969, y ha sido objeto de modificaciones, la última de las cuales fue realizada mediante el Protocolo de Sucre de 1997, que entró en vigor el 14 de abril de 2003.⁵ Con su suscripción, conforme lo ha manifestado el Tribunal Andino,

(...) los países firmantes adquirieron un compromiso de carácter internacional que trasciende los principios y características del derecho internacional tradicional, puesto que a más de respetar y cumplir las cláusulas establecidas en el referido Acuerdo se obligaron, dentro del marco, los principios y características propios del derecho comunitario, a cumplir con el ordenamiento jurídico que se establecía a partir del Tratado Constitutivo y que se estructuraba además, sobre la base de las normas jurídicas supranacionales que se iban generando por los distintos organismos comunitarios.⁶

En definitiva, este nuevo ordenamiento llamado Derecho comunitario, viene a limitar el campo de acción de los *países miembros* en determinadas materias, y establece “una coordinación de competencias nacionales y comunitarias”, ya que con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, determinadas competencias antes ejercidas solo por cada Estado, hoy se ejecutan “ ‘en común’ por los cinco *países miembros* en el marco de un ordenamiento jurídico y de una estructura institucional, ahora comunitaria”.⁷

Adicionalmente, con la suscripción, el 28 de mayo de 1979 en Cartagena, del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena –actualmente modificado por el Protocolo de Cochabamba de 28 de mayo de 1996, con el que se da vigencia al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad

5. Codificado mediante Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 940, del 1 de julio de 2003.

6. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitida en el Proceso 07-AI-98, del 21 de julio de 1999, publicada en la G.O.A.C. No. 490 del 4 de octubre de 1999.

7. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 02-AN-98, de 2 de junio de 2000, publicada en la G.O.A.C. No. 588 de 2 de agosto de 2000.

Andina—,⁸ se prevé de modo expreso la estructura de este nuevo ordenamiento de tipo comunitario, puesto que en su art. 1 se fijan las normas que lo conforman,⁹ y también se desprenden las siguientes características: obligatoriedad, vigencia inmediata, efecto directo y supremacía.

La obligatoriedad se detalla en el art. 2 *ibíd.*, al señalar que “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”; la vigencia o aplicabilidad inmediata de sus disposiciones se expresa en su art. 3, en que se indica que, en principio, el Derecho comunitario no requiere ser adoptado por la legislación interna de cada País Miembro, ya que entra a regir a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (G.O.A.C.), salvo que en la propia norma conste la fecha de entrada en vigor, o cualquier otra disposición expresa. Adicionalmente, cabe indicar respecto de esta característica, que las providencias del Tribunal emitidas en asuntos particulares, también son exigibles inmediatamente conforme lo dispone el art. 41 *eiusdem*.¹⁰ En cuanto al efecto directo de las disposiciones comunitarias, se ha señalado que “constituyen fuente de derechos y obligaciones y, por consiguiente, pueden ser invocadas ante los jueces nacionales por los particulares de los *países miembros* de la comunidad supranacional, en defensa de sus intereses”.¹¹ Finalmente, la supremacía del Derecho comunitario se desprende del art. 4, por cuanto es imperativo y prima “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 acudirse al ordenamiento jurídico comunitario, con prevalencia sobre el derecho interno”.¹²

-
8. Codificado mediante Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la G.O.A.C. No. 483, del 17 de septiembre de 1999.
 9. “Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:
 - 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 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 andina”.
 10. “Artículo 41.- Para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros”.
 11. Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Bogotá, Editorial Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2002, p. 211.
 12. Mauricio Alfredo Vega Plazas, *Derecho Tributario Comunitario. La Armonización Tributaria en el Sistema Andino de Integración*, Bogotá, Legis, 2001, p. 144.

Al hallarse provista la normativa que conforma el Derecho comunitario andino de fuerza vinculante, al tiempo de atribuir derechos impone también obligaciones de hacer y de no hacer a los *países miembros*. En efecto, el referido art. 4 del Tratado declara que los Estados están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad, y se encuentran comprometidos a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Para que el proceso de integración andino pueda alcanzar el fin para el cual fue estructurado, a través del establecimiento y consecución de los objetivos expresamente establecidos, la Comisión de la Comunidad Andina o el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, aprueban las distintas Decisiones relativas a las materias correspondientes, y la Secretaría General emite las Resoluciones que, comúnmente, vienen a reglamentar o desarrollar con mayor especificidad aquellas Decisiones.¹³

Cabe referirse brevemente al Tratado constitutivo del Parlamento Andino, suscrito el 25 de octubre de 1979, que crea al Órgano deliberante del proceso de integración (art. 1), y que tiene como principales propósitos: coadyuvar a la promoción y orientación del proceso de integración (art. 12, literal a); sustentar el imperio de la democracia en su más amplio ejercicio participativo (literal b); velar por el respeto de los derechos humanos (literal c); promover la participación de los pueblos como actores del proceso de integración (literal d); y desarrollar una conciencia comunitaria andina (literal e).

Volviendo a la norma constitutiva de la Comunidad, en su art. 1 se expresan los objetivos asumidos por los Estados Miembros, referidos a promover su desarrollo equilibrado y armónico en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; a acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; a facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano; a disminuir la vulnerabilidad externa y a mejorar su posición en el contexto económico internacional; a fortalecer la solidaridad subregional y a reducir sus diferencias de desarrollo. Como fin propio e interés fundamental de la Comunidad, los *países miembros* establecen el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de este espacio Subregional. Por lo que, el cumplimiento de los objetivos de desarrollo de los países, viene a ser el medio para procu-

13. En la actualidad, la Comisión de la Comunidad Andina ha emitido 634 Decisiones, y la Secretaría General (junto con el trabajo realizado por la anterior Junta del Acuerdo de Cartagena) ha producido algo más de 1.550 Resoluciones.

rar el fin último de satisfacción de las necesidades fundamentales de los habitantes. Al respecto, el Supremo Órgano Jurisdiccional comunitario ha manifestado que:

En lo que concierne al mejoramiento del nivel de vida, es decir, de las condiciones económicas, sociales y culturales de los habitantes de los Países Miembros, su procuración, en tanto que finalidad del desarrollo y de la integración, pasa por el aumento de los niveles de renta real per cápita y por la evolución de una serie de indicadores económicos, tales como los señalados en el art. 2 del Acuerdo, es decir, la expansión de las exportaciones globales de cada País Miembro, de la balanza comercial, del producto interno bruto, del empleo y del capital, pero también por la satisfacción progresiva de necesidades fundamentales como la alimentación, la salud, la educación, el trabajo y la seguridad social.¹⁴

Para la consecución de los objetivos antes referidos, el art. 3 del Acuerdo establece los mecanismos y las medidas que deberán emplear los *países miembros*, que vienen a ser las políticas que de modo imprescindible deben irse cumpliendo para que la integración anhelada se vaya alcanzando, de los cuales podemos destacar los siguientes:

1. El relacionamiento con esquemas extrarregionales en los ámbitos político, social y económico-comercial (literal a), a través del establecimiento de una “Política Exterior Común” encargada de fortalecer y coordinar las posiciones de los *países miembros* de modo conjunto (capítulo III).
2. La armonización gradual de políticas económicas y sociales (literal b), con miras a lograr el desarrollo integrado del área andina, mediante programas de Desarrollo Industrial, programas de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial, programas de Desarrollo de la Infraestructura Física, programas de Liberación de los Servicios, la armonización de las políticas cambiaria, monetaria, financiera y fiscal, una política comercial común frente a terceros, y la armonización de métodos y técnicas de planificación (capítulo IV).
3. El Programa de Liberación (literal d), cuyo objeto es eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro (capítulo VI).
4. El establecimiento de un Arancel Externo Común (literal e) como medio para alcanzar la armonización gradual de las diversas políticas económicas, y contemplado en niveles adecuados de protección en favor de la producción subregional (capítulo VIII).

14. Sentencia dictada en el Proceso No. 137-IP-2003, del 10 de marzo de 2004, publicada en la G.O.A.C. No. 1054, del 15 de abril de 2004, caso “Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 4 de la Ley 822 del 10 de julio de 2003”.

5. Los Programas de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial (literal f), cuyos objetivos son, entre otros, el mejoramiento del nivel de vida de la población rural y el incremento de la producción de los alimentos básicos y de los niveles de productividad (capítulo IX).
6. La integración física (literal i), principalmente en los campos de la energía, los transportes y las comunicaciones, implementando las medidas necesarias para facilitar el tráfico fronterizo (capítulo XIII).
7. El adelanto de programas y acciones de cooperación en materias económicas y sociales (segundo párrafo), tales como el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, la eliminación de la pobreza de sectores marginales, la “participación plena del habitante de la subregión en el proceso de integración”, el mejoramiento de la calidad de la educación básica, o el fomento y participación de las pequeñas y medianas industrias (capítulo XVI).

En definitiva, podemos concluir que el fin último de la Comunidad Andina es el mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes, que se lograría alcanzar con el cumplimiento de los objetivos referidos principalmente a factores económicos, pero que también abarcan lo social y cultural, todo lo cual se concretaría mediante el establecimiento necesario de políticas –o mecanismos y medidas– para ser adoptadas por la Comunidad, y acatadas por los *países miembros*. Aunque solo con potestades deliberantes, el Parlamento Andino puede brindar un gran apoyo al proceso si, en este marco, cumple sus propósitos referidos *ut supra*, relativos a orientar el proceso de integración, defender el imperio de la democracia, vigilar que se respeten los derechos humanos (que, en el marco de aquellos que pertenecen a los sociales, económicos y culturales, perfectamente caben todas las obligaciones asumidas por los Estados y que son objeto del presente análisis), y promover la participación de los ciudadanos en el desarrollo de la Comunidad.

Sin embargo, los objetivos y sus respectivas políticas que, en virtud del propio Acuerdo de Cartagena, competen a los Estados, se refieren fundamentalmente a: i) El desarrollo equilibrado de los Estados en el ámbito económico, que se conseguiría con una balanza comercial favorable, el aumento del producto interno bruto y de la renta real per cápita, el incremento de la producción de alimentos (teniendo en cuenta que se trata de países fundamentalmente agrícolas) y de la productividad de los principales bienes de exportación, generando ocupación, ahorro y consumo, lo que llevaría a una satisfacción progresiva de las necesidades fundamentales (alimentación, salud, empleo, vivienda). ii) La cooperación social, mediante la participación del habitante de la subregión en el proceso de integración. iii) El fomento de la solidaridad subregional, que se lograría con la adopción de una “Política Exterior

Común”, o de posiciones andinas conjuntas frente a terceros en lo económico-social. iv) El establecimiento de un mercado común latinoamericano, para lo cual debe estar en funcionamiento pleno y efectivo una zona de libre comercio (con un Programa de Liberación, y una integración física verdadera), y una unión aduanera (con un Arancel Externo Común) a nivel de la Comunidad Andina.

En el contexto estudiado, podemos entonces afirmar que en materia económica –que es el área a donde más se dirige el proceso de integración–, ha existido un ligero desarrollo de los países que forman parte de la Comunidad Andina, en comparación con su situación en los años 70 (se han incrementado las exportaciones, ha crecido el PIB, y ha aumentado la inversión extranjera, plasmada en cierta industrialización de la economía) y, sin lugar a dudas, ha existido un notable crecimiento del comercio intrasubregional en distintas áreas que antes ni siquiera se podía prever, lo cual ha tenido como principal motor de apoyo toda la normativa de liberalización del comercio que se han ido emitiendo y acatando de modo paulatino. Sin embargo, ese ligero desarrollo –que no implica que se haya dejado el subdesarrollo– no ha sido equilibrado,¹⁵ por cuanto cada Estado ha crecido a su ritmo, y no han existido realmente proyectos de desarrollo conjunto, o que, por ejemplo, se encaminen a especializar la productividad económica de cada Estado, en el sentido de promover la ventaja comparativa junto con el intercambio y complementariedad de la producción de cada País. A esto se suma el elevado nivel de asimetrías que existen incluso dentro de cada País.

En los aspectos económico-sociales, si bien se ha concretado la apertura de fronteras y la libre circulación de personas, lo que ha llevado a una mayor interrelación de los pueblos en los aspectos culturales, fundamentalmente en las zonas fronterizas, así como a un aumento considerable del turismo a nivel subregional, todavía queda mucho por hacer en cuanto a una auténtica participación del habitante en el proceso de integración, lo que consideramos se alcanzaría desde el fomento de la identidad andina a ser enraizado a partir de la educación primaria, que perfectamente corresponde a las funciones del Parlamento Andino, hasta la libre circulación de trabajadores a nivel subregional.¹⁶

15. Tal desequilibrio en el crecimiento económico podemos ver, por ejemplo, en un notable aumento de las exportaciones en importantes áreas de la economía nacional que ha vivido Colombia; un mejoramiento en la administración financiera, con un fuerte apoyo a la productividad nacional y a la colocación de estos bienes exportables en el mercado mundial que ha sabido demostrar el Perú; una estabilidad en su economía mono productiva que vive Venezuela; una diversificación de sus exportaciones que ha alcanzado el Ecuador; y una contracción de la economía que vive Bolivia.

16. Pasa por el mejoramiento conjunto de la educación básica, estudios superiores a nivel andino, validación de títulos en la subregión, apoyo a la micro y mediana empresa, creación de empleo, etc. Todo lo cual debe ser fomentado tanto por los Estados Miembros como por los propios Órganos del Sistema Andino de Integración.

Así mismo, a pesar de haberse consolidado un bloque de negociación andino en ciertos foros internacionales,¹⁷ de existir un capítulo expreso en el Acuerdo de Cartagena que regula lo relativo a las Relaciones Externas, en que se asigna al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la potestad de formular la Política Exterior Común “para los asuntos que sean de interés subregional. A tal efecto, concertará posiciones políticas conjuntas que permitan una participación comunitaria efectiva en foros y organizaciones políticas internacionales” (art. 50), y a pesar de que la propia Decisión 458¹⁸ contempla los “Lineamientos de la Política Exterior Común” cuyo objetivo es “El incremento de la capacidad de negociación internacional de los países miembros y de la Comunidad Andina”, no existe una verdadera “solidaridad subregional”, ya que cada Estado continúa manteniendo su posición en cuanto a la política exterior, e incluso llevan a cabo negociaciones con terceros a espaldas de los otros países, o en contra de los compromisos ya asumidos a nivel andino.

Es una realidad que la zona de libre comercio está muy avanzada, por lo que hay muchos más bienes liberalizados que aquellos pocos pero importantes que aún no se negocian (lo que crea trabas, o todo tipo de restricciones al comercio, que es normal que ocurra, hasta cierto punto, en un libre mercado), pero es cierto que no se ha llegado ni a la décima parte que se exige para alcanzar una unión aduanera,¹⁹ lo que destruye cualquier discurso integracionista, y más aún el objetivo de alcanzar un “mercado común latinoamericano”.

¿SE HAN ALCANZADO LOS PRESUPUESTOS QUE SE DEBEN DAR PARA LA CONFORMACIÓN DEL MERCADO COMÚN ANDINO?

En tanto que la conformación del mercado común latinoamericano constituye uno de los objetivos del proceso de integración andino con miras a alcanzar el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de la subregión, y que para alcanzar tal

17. En 1998, la CAN se constituyó como observadora en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuya representación la asume la Secretaría General (Decisión 431). En 1992 y 2003, se suscribieron Acuerdos de Cooperación entre la CEE y la CAN, existiendo otros acuerdos de cooperación y desarrollo de los que emanan derechos y obligaciones para la Organización Andina. Actualmente se negocia en bloque el Acuerdo de Asociación CAN-UE.

18. Decisión 458 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la G.O.A.C., No. 444 del 1 de junio de 1999.

19. Al respecto, resulta interesante analizar cronológicamente la situación del Arancel Externo Común en la Comunidad Andina, ya que ello refleja la falta de seriedad de los *países miembros* en llevar a cabo este importante y necesario paso en la conformación del Mercado Común Andino.

objetivo es necesario que se cumplan de modo previo y efectivo los presupuestos de una zona de libre comercio y de una unión aduanera, podemos concluir que para llegar a tal mercado común a nivel Latinoamericano, es necesario alcanzar primero el mercado común de la Comunidad Andina.

Todo proceso de integración de Estados soberanos que avizora un mejoramiento de sus economías –que también acarrea de modo mediato un mayor progreso en los aspectos sociales–, puede ir adquiriendo determinadas características que vienen a constituir una escala ascendente de etapas en que lo más simple representa el mínimo grado de integración, mientras que lo más complejo conlleva un nivel de integración muy avanzado.²⁰ Ello implica que ningún proceso puede alcanzar una determinada etapa sin antes haber culminado de modo satisfactorio otra anterior. Así, tenemos que los procesos de integración de Estados soberanos pueden pasar por una *zona de libre comercio* como primera escala de la integración, lo que una vez satisfecho permite estructurar de modo adecuado una *unión aduanera*, que al ser debidamente conformada y puesta en marcha facilita la adopción de un *mercado común* que, finalmente, habiendo sido alcanzado de modo efectivo, admite establecer una verdadera *unión económica*.

Como ha sido referido, la Comunidad Andina prevé como mecanismo para alcanzar sus objetivos, el establecimiento de un Programa de Liberación, que se traduce en las políticas que deben emplearse para alcanzar una zona de libre comercio, donde cada uno de los *países miembros* abre sus fronteras para permitir el libre intercambio de bienes provenientes de los demás socios en condiciones de igualdad, sin ningún tipo de restricción o traba comercial.²¹ Tras un análisis de lo ocurrido en este campo a nivel Andino, es justo reconocer que los países han sabido, con cierta parsimonia y diferencias –comunes a todo proceso de liberalización–, obtener beneficios compartidos y por ende conseguir este primer paso de la integración. Esto se desprende de la creación de una codificación propia que identifica (interna y mundialmente) los productos de los *países miembros* de la Comunidad (nomenclatura NANDINA y sus constantes actualizaciones); el establecimiento de Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías, que permite identificar cada producto como proveniente de algún País Miembro, y por tanto beneficiario de

20. Este tipo de modelos o formas que pueden ir adoptando los procesos de integración entre los Estados ha sido ampliamente desarrollado por los especialistas en la materia, tales como Richard Lipsey G. (*Integración internacional: uniones económicas*), Alberto Zelada Castedo (*Derecho de la Integración Económica Regional*), Marcel Tangarife Torres (*Derecho de la integración en la Comunidad Andina*), y distintos textos y normativa de la Organización Mundial del Comercio.

21. Lo que incluye la eliminación de todo tipo de arancel, la unificación de reglamentaciones y medidas de seguridad para la importación de productos, y la supresión de políticas gubernamentales que favorezcan injustamente a sectores de la economía nacional.

la liberalización comercial; un Régimen Andino sobre control aduanero, que establece los mismos parámetros básicos para ser exigidos en cada Aduana para el comercio intrasubregional, lo cual se apoya en el establecimiento de un sistema de Sanidad Agropecuaria Andina (las mismas reglas en materia fito y zoo-sanitaria para todo los productos), la conformación de un inventario subregional de plagas (imprescindible actualizarlo para exigir nuevos requisitos de importación), normas para el registro, control, comercialización y uso de productos veterinarios, y una gran cantidad de normativa relativa a la liberalización de bienes específicos, tales como: la armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos, la norma sobre las medidas para el comercio de productos de la cadena de oleaginosas, la estrategia para la consolidación del mercado ampliado subregional y el mejoramiento de la competitividad de la cadena del arroz, entre otros.

Cabe recordar que el Perú ha tenido un norma propia (Decisión 414), que regula el “Perfeccionamiento de la Integración Andina” para dicho País, y que, a pesar de no constituir un régimen armonizado ni solidario con los demás Estados, se ha ido cumpliendo con suficiente responsabilidad, ya que existen en la actualidad grandes beneficios del Perú hacia la Comunidad y viceversa. Así mismo, existen importantes convenios bilaterales suscritos entre los distintos países y que han corroborado en gran medida para facilitar la liberalización del comercio a nivel comunitario.²²

Adicionalmente, se han emitido importantes regulaciones que facilitan que esa liberalización sea beneficiosa para los comerciantes y para el consumidor, tales como las múltiples normas para la protección y promoción de la libre competencia, las relativas a la eliminación de subsidios y armonización de incentivos a las exportaciones intrasubregionales, y la creación del Comité Andino de Autoridades de Promoción de Exportaciones, entre otras.

En cuanto a la libre circulación de personas, que no corresponde propiamente a una Zona de Libre Comercio, pero que es necesario llevar a cabo con alcances mínimos para facilitar aquella liberación comercial, se ha previsto la Tarjeta Andina de Migración (TAM, Decisión 397), y el reconocimiento de documentos nacionales de identificación (Decisión 503). En materia de servicios –que más bien corresponde a otra de las etapas más avanzadas de un proceso de integración– se han dado importantes liberalizaciones del transporte aéreo, marítimo y multimodal para carga y pasajeros; la liberalización del Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera (Decisión 567), la Utilización Comercial del Recurso Órbita-Espectro de los *países*

22. V. gr. el Acuerdo Comercial entre la República del Perú y la República de Bolivia, del 12 de noviembre de 1992, suscrito en el marco de la Decisión 321 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el cual dispone que “los países signatarios desgravarán el universo de productos en su comercio recíproco” (art. 2), y que “El Programa de Liberación del presente Acuerdo no incluirá ninguna Lista de Excepciones” (art. 3).

miembros (Operación y Explotación de Sistemas Satelitales); las normas que regulan el proceso de integración y liberalización de las telecomunicaciones (Decisión 462); el régimen para el desarrollo e integración del turismo (Decisión 463); y el marco general para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad (Decisión 536).

Por último, conforme se ha señalado anteriormente, existe un sinnúmero de decisiones y resoluciones que regulan la adopción del Arancel Externo Común por parte de cuatro *países miembros*, paso indispensable para alcanzar la unión aduanera, y que permitiría que la Comunidad Andina sea efectivamente reconocida a nivel mundial, como un mercado que no solo intercambia libremente sus bienes, sino que también tiene una posición uniforme y conjunta en sus relaciones comerciales con el resto de países. Este mecanismo previsto en el Acuerdo de Cartagena para la consecución de los objetivos de la integración,²³ ha sido propuesto por las *países miembros* como compromiso en favor de la producción Subregional, aunque su cumplimiento se ha dilatado sin que exista en la actualidad una verdadera estructuración y consecución de un arancel externo común, con lo que se impide que la Comunidad avance hacia sus objetivos y fin específicos.

Sin embargo, es necesario reconocer los avances que también se han logrado conseguir en el ámbito de la Unión Aduanera –que es el estado en que se encuentra la Comunidad Andina desde hace varios años–, como el novedoso y práctico “Sistema Andino de Franjas de Precios” (Decisión 371), que constituye un mecanismo que permite gravar las mercancías que se importan a la subregión según el precio del mercado internacional, por lo que al dejar que el arancel fluctúe se ven beneficiados los productos de la Comunidad, que en su mayoría son agrícolas.²⁴ Este sistema ha permitido incluso que los países andinos se enfrenten a terceros con un arma que constituye un fuerte peso en las negociaciones. Esto también ha llevado a que existan lineamientos para la negociación multilateral sobre la agricultura en el seno de la Organización Mundial del Comercio, y la armonización de derechos consolidados y contingentes arancelarios.

23. Art. 3, literal e, y capítulo VIII, arts. 81 a 86.

24. Ya que este tipo de productos son los que más se ven afectados por la variación constante de precios en el mercado. Al Respecto el Tribunal Andino ha señalado que la Decisión 371 “tiene por objetivo establecer el Sistema Andino de Franjas de Precios Agropecuarios, a fin de estabilizar el costo de importación de un grupo de productos agropecuarios caracterizados por una marcada inestabilidad de sus precios internacionales, o por graves distorsiones de los mismos. A este fin, la norma precisa que los *países miembros* han de aplicar, a las importaciones de esos productos procedentes de terceros países, derechos variables adicionales al Arancel Externo Común, cuando los precios internacionales de referencia de dichos productos sean inferiores a determinados niveles piso, y rebajas al Arancel Externo Común cuando tales precios de referencia sean superiores a determinados niveles techo”. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 25-AI-2001, del 4 de junio de 2003, publicada en la G.O.A.C., No. 945 de 14 de julio de 2003.

AUSENCIA DE VOLUNTAD POLÍTICA DE LOS ESTADOS PARA LA CONSECUCCIÓN DE LOS FINES DE LA INTEGRACIÓN

Cabe entonces preguntarnos por qué la Comunidad Andina no es lo que se ha previsto que sea tras 37 años de existencia, o por qué no se concluye lo que los propios tratados constitutivos de la misma expresamente lo prevén. Como respuesta principal a estos cuestionamientos, que no son más que el reflejo de la falta de efectividad del proceso de integración andino, está la ausencia de voluntad política de cada uno de los Estados en cumplir con los objetivos y fines de la integración, y en hacerlos realidad a través de la adopción de medidas, mecanismos o políticas –tanto conjuntas como nacionales– que permitan crear en la Comunidad y percibir sus beneficios.

Siendo aquella falta de voluntad política de los Estados la causa principal de la situación en la que se encuentra la Comunidad Andina, cabe hacer una breve referencia a los principales motivos internos que han llevado a que los países carezcan de una verdadera actitud que favorezca la concreción de un proceso de integración serio y del cual emanen mayores resultados beneficiosos para el habitante de la subregión; sin perjuicio de no profundizar en el análisis de la política exterior de dependencia que, por esos motivos internos, caracteriza a los países de la región, lo que en alguna medida justifica el hecho de que el principal mercado de exportación de los Estados andinos –como el de la gran mayoría de países del mundo– sea los Estados Unidos de Norteamérica, relegando al mercado andino a un segundo plano.

Así, tenemos que en Bolivia, hasta comienzos de los años ochenta, se ha vivido una inestabilidad política debido a las dictaduras vigentes, por lo que el movimiento indígena empezó a crear una fuerte oposición frente a los partidos políticos clásicos que también fueron perdiendo credibilidad. Esto llevó a que se presentara una gran crisis económica y política a finales de la década, pero permitió que en los noventa se diera un fuerte y efectivo proceso de institucionalización democrática, encabezada por Gobiernos de las élites que unidos a través de coaliciones, pudieron incentivar el desarrollo del país. En efecto, “las reformas, por más parciales y calculadas que hayan sido, han tenido efectos sustantivos en la ampliación y democratización del sistema. Los problemas de legitimidad sin embargo persisten...”.²⁵ Estas coaliciones no se mantuvieron y la oposición indígena –que se fundamenta en discursos de extrema izquierda– ha venido ganando mayor protagonismo, lo que ha llevado al País, desde comienzos del nuevo milenio, a una nueva situación de inestabilidad y a una

25. Martín Tanaka, *La situación de la democracia en Bolivia, Chile y Ecuador a inicios de siglo*, Lima, Comisión Andina de Juristas, Serie Democracia, No. 7, 2003, p. 62.

falta de legitimación muy elevada del sistema de Gobierno.²⁶ Con la ascensión del presidente Morales al poder, se están percibiendo cambios en distintos aspectos socioeconómicos y políticos, aunque todavía se espera que estos sean acordes con las necesidades urgentes de la población mayoritaria, que sigue siendo la más necesitada de las que constituyen el proceso andino de integración.

En Ecuador, un desarraigado sistema de partidos políticos provocada por un fuerte regionalismo en la constitución y estructura de los mismos, ha llevado a que el País, desde su regreso a la democracia en 1979, no goce de estabilidad política ni de credibilidad en sus instituciones de Gobierno. Ello también ha permitido que nuevos actores irruman en el escenario político (*outsiders*), solo con discursos populistas que van en contra del orden establecido (*stablishment*), para que se consoliden como líderes relámpagos que no tienen preparación alguna.²⁷ Adicionalmente a ello, la organización y crecimiento del movimiento indígena se ha ido convirtiendo en un fuerte núcleo de oposición que, unido al descontento y poca credibilidad ciudadana de las autoridades, ha llevado a que en la última década el País esté inmerso en una desestabilidad y fragilidad del orden democrático sumamente grave, que pone incluso en riesgo la consolidación del Estado.

En Colombia, a diferencia de los demás países de la región, no fue tan aguda la crisis económica en los años ochenta, y más bien la situación conflictiva interna que llevó a la desaparición de fuertes líderes políticos (magnicidios), provocó que, en lugar de un descontento de los partidos, se cree un bipartidismo sólido (liberales y conservadores). El trabajo más destacable de concertación se hizo al establecer la Asamblea Constituyente de 1991 –en que incluso alcanzó la segunda votación el grupo guerrillero M-19–, lo que permitió que se fijaran bases institucionales sólidas para la década de los noventa. A parte de la terrible situación conflictiva interna en que vive el País, sumado a otras inestabilidades propias de la política, el bipartidismo ha sabido gobernar con eficacia y mayor credibilidad.

En el Perú, a partir del golpe de Estado de 1993 que buscó poner fin al sistema caduco de partidos políticos, se percibió una momentánea recuperación en lo econó-

26. El estudio de Tanaka explica incluso que: “La persistencia de los problemas sociales hizo que la política de pactos fuera percibida por muchos como acuerdos entre élites excluyentes, dentro de una ‘partidocracia’ alejada de los intereses de los sectores populares. A esto hay que sumar por supuesto la reiterada denuncia de prácticas corruptas y clientelísticas en los sucesivos gobiernos. Todo esto hace que Bolivia muestre junto con Ecuador los niveles más bajos de confianza en sus instituciones políticas...”, *ibíd.*, p. 53.

27. Según Tanaka, en el Ecuador no existen partidos políticos con carácter nacional sino regional, lo que “no es tanto problema del sistema de partidos o del sistema electoral, sino expresión de un país efectivamente regionalizado”. Esto impide construir coaliciones estables y que los gobiernos desarrollen “políticas eficaces... esta situación explicaría el relativo atraso de Ecuador en la aplicación de políticas de reforma estructural, por lo que seguiría atrapado en una suerte de limbo, entre un modelo agotado y un nuevo modelo no implementado”, *ibíd.*, pp. 68 a 70.

mico y político, aunque el propio Gobierno cayó en el mismo manejo sucio e incorrecto del poder. Lo anterior, sumado a que durante aquella época no hubo una oposición fuerte puesto que ésta se mantenía dividida (lo cual explica que el movimiento indígena nunca haya representado mayor poder, dado que los partidos clásicos han sabido canalizar ideologías de izquierda que no han hecho necesario crear movimientos distintos), ha llevado a que a la caída de este particular régimen de Fujimori, los antiguos grupos desorganizados de un sistema de partidos colapsado, vuelvan a tomar las riendas del sistema, lo que impide la existencia de una verdadera estabilidad y política a largo plazo.

Por último, como Estado que hace poco ha dejado de ser miembro de la CAN, tenemos que en Venezuela, desde finales de los años ochenta, la crisis económica llevó a una inestabilidad política y a un debilitamiento de los partidos. Tras un golpe de estado fallido, el Presidente no pudo culminar su período, lo cual aventajó a la oposición para llegar al poder y demostró ese debilitamiento de las instituciones y de los actores políticos. En ese período de mitad de los noventa, a pesar de que hubo cambios en los regímenes seccionales, no se vislumbraron líderes que retomaran el orden, lo que explica que un *outsider* con discursos *anti establishment* llegara con gran apoyo al gobierno. Tras una crítica situación política interna, finalmente esta nueva fuerza logró casi eliminar por completo a los partidos clásicos e instaurarse como fuerza única. Lamentablemente, similar a la del Perú, este nuevo Gobierno cayó en el mismo sistema sucio y no transparente de hacer política. A pesar de que se ha buscado no destruir la poca institucionalización que quedaba, y sin que exista en la actualidad alternativa alguna distinta al régimen, se ha llegado a estabilizar la economía mono productiva del País, sin que esto signifique que el sistema autoritario y de manipulación haya permitido alcanzar una efectiva estabilidad y desarrollo.²⁸

En consecuencia, tras este breve recuento de la situación política interna en la que se han venido desarrollando los gobiernos de los cinco países estudiados, se puede afirmar que, sin lugar a dudas, la política exterior dirigida a impulsar el avance y crecimiento de la Comunidad Andina no ha representado, desde hace varios años, la

28. Respecto de estos tres últimos países comentados, Tanaka señala que la debilidad del Estado colombiano “se hace patente en las dificultades o imposibilidad de imponer la autoridad frente a los muchos actores *extrasistémicos*: guerrilleros, paramilitares, narcotraficantes”. Por su parte, la debilidad del Estado en Perú y Venezuela “se manifiesta en las dificultades para implementar políticas públicas eficaces en medio de la crisis económica y de los actores sociales y políticos. Las nuevas fuerzas que aparecen y asumen la conducción del Estado no poseen la fuerza o capacidad para lidiar con las demandas y expectativas de una población sin confianza en el sistema”. En definitiva, concluye el autor que estos tres países “no están solos en su problemática y desafíos, que, con mayor o menor intensidad, están presentes en toda la región. Esto pone sobre la agenda la necesidad de enfrentar colectivamente nuestros problemas. Para esto, un primer paso es conocernos mejor...”. Martín Tanaka, *La situación de la democracia en Colombia, Perú y Venezuela a inicios de siglo*, Lima, Comisión Andina de Juristas, Serie Democracia, No. 4, 2002, pp. 118 y 119.

principal preocupación a nivel gubernamental. Por tanto, si bien el sistema de integración de tipo comunitario, que ha sido establecido a nivel andino, ha permitido que sean sus Instituciones las que en mayor medida trabajen por el desarrollo del proceso, es la difícil y triste realidad política de los Estados la que impide que ese desarrollo cobre un verdadero impulso y muestre más claramente sus resultados.

De todos modos, creemos que existe un País que tiene la capacidad para llevar a cabo el liderazgo que el proceso de integración andino requiere –que debe siempre surgir para que el proyecto avance–,²⁹ aunque no se distingue su verdadera voluntad en hacer realidad los objetivos y fin por el cual se creó la Comunidad Andina, en cuyo caso el ideal bolivariano tardará en alcanzar verdaderos frutos para su población que lo sustenta.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LA FALTA DE EFECTIVIDAD DE LA COMUNIDAD ANDINA

Una vez analizada la situación actual de la Comunidad Andina a la luz del fin último y de los objetivos previstos en las disposiciones normativas que conforman el Derecho comunitario, que reflejan la falta de efectividad del proceso de integración, procede ahora señalar la principal consecuencia que necesariamente acarrea esa realidad andina para los Estados suscriptores del Acuerdo de Cartagena, que es su responsabilidad frente a las obligaciones asumidas. Para ello compartimos plenamente la opinión de que “la responsabilidad del Estado se genera, en principio, siempre que el Derecho Comunitario impone al Estado la obligación de alcanzar un resultado concreto”.³⁰

Así, tenemos que el incumplimiento del ordenamiento positivo, que prevé el establecimiento de derechos y obligaciones para todos los sujetos a quienes va dirigido, acarrea determinada responsabilidad; sin embargo, estimamos que la infracción de los compromisos asumidos en las distintas disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, lleva a que los individuos –principales destinatarios del proceso de integración– se sientan desalentados y no confíen en la conquista de

29. Nos referimos a Colombia, que ha sido el País que más ha trabajado por alcanzar los logros de que ahora se beneficia la Comunidad Andina. Eso mismo sucede en otros importantes procesos de integración, destacándose Alemania en el ámbito comunitario europeo, Brasil en el MERCOSUR, y Estados Unidos en el NAFTA. En todo caso, es cierto que quien lidera el proceso es comúnmente quien saca mayores ventajas de los demás; aunque también, si el objetivo es realmente la integración económica con matices sociales, sirve de apoyo para equiparar a los demás países que requieren de mayores privilegios.

30. Ricardo Alonso García, *La responsabilidad de los estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Madrid, Civitas, 1997, p. 76.

los objetivos integracionistas, lo que trae como resultado aquella falta de credibilidad en el proceso como tal, por lo que el incumplimiento del deber consagrado en la norma positiva viene a ser una de las causas de esa ausencia de efectividad, ya que ésta también deriva de otras razones como la ya aludida carencia de voluntad política, el desconocimiento ciudadano en la Comunidad, los beneficios reducidos y sectorizados de la integración, entre otros, que en definitiva constituyen un debilitamiento del proyecto Comunidad Andina desde los aspectos no solo jurídicos, sino también económicos y sociales.

De todos modos, la principal consecuencia que esa falta de efectividad acarrea, causada por los distintos factores políticos, económicos, jurídicos y sociales, es la responsabilidad que deben asumir y se les debe exigir a los *países miembros*, que se fundamenta en el reconocimiento necesario de que al pertenecer a una comunidad de estados, no solo existe la obligación de aplicar de manera íntegra y uniforme el Derecho comunitario, “sino un deber más amplio de solidaridad política y económica”.³¹ Por ello se tiene que en Europa, a partir de la Declaración Schuman de 1950, se habló de una “solidaridad de hecho” con una visión funcionalista de la integración, ya que “La puesta en común de la producción del carbón y del acero bajo una autoridad autónoma sería un primer paso de un destino en adelante compartido”.³²

Es necesario entonces partir del presupuesto según el cual, la suscripción del Tratado Internacional denominado Acuerdo de Cartagena viene a crear una Comunidad Supranacional de Estados, en que ciertas parcelas de soberanía correspondientes a determinadas materias que antes eran reguladas en exclusiva por cada Estado, han sido constitucionalmente entregadas a dicha Comunidad, para que, a través de una simultánea participación de todos los sujetos que conforman este nuevo espacio de integración (Estados en su acepción más amplia, Órganos del Sistema de Integración, y todo tipo de personas naturales y jurídicas con verdadero interés en la región), sean reguladas de modo uniforme, a fin de alcanzar objetivos directamente relacionados con aquellas materias, y referidos principalmente a aspectos económico-comerciales con trascendencia en el campo social, por cuanto benefician a los Estados todos, así como al proyecto integracionista que se constituye en un ideal compartido de los mencionados actores.

De lo contrario, al no tener claro cuál es la única y necesaria actitud que se debe tener frente a un ambicioso y tan importante proceso de integración como es el comunitario andino, los Estados continuarán actuando en el marco del Derecho Internacional clásico, o más bien del Derecho Internacional del Comercio, que fun-

31. Javier Laso Pérez, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Madrid, Editorial COLEX, 2000, p. 32.

32. *Ibíd.*, pp. 33-34.

damentalmente regula una comunidad en que cada participante solo se ocupa de relacionarse con los demás en salvaguarda de sus propios intereses. Esta visión estatista, que se contrapone a la integracionista, vela exclusivamente por los intereses del Estado, e incluso dentro de éste, por los intereses de ciertos sectores privilegiados, pero se aleja sobremanera del concepto de interés general ya sentado por Rousseau y que fundamenta la idea de interés comunitario explícitamente definido por Jean Monnet como “*une fusion des intérêts particuliers des Etats*”.

En un proceso comunitario de integración, y en toda actividad económica de una Sociedad determinada, defender los intereses propios o nacionales no viene a constituir un acto contrario al principio de colaboración, que permite que se rechacen decisiones comunitarias o conjuntas a pesar de ser beneficiosas para la Comunidad, con fundamento en el propio sistema democrático, que también exige, y de modo fundamental, que los Estados adopten una actitud de “participación efectiva” en las Instancias de decisión comunitarias, contraria a la falta de presencia así como a una estrategia de oposición sistemática y a la paralización del proceso de decisión (...). El concepto de interés comunitario es quizá de difícil concreción pero no está separado de los intereses de los Estados”.³³

De este modo, si los *países andinos* adoptaren como guía en la política exterior a los principios de solidaridad y de cooperación leal, se dejaría de concebir en el ordenamiento comunitario al principio de reciprocidad, que constituye una sanción en el Derecho Internacional Público, especialmente en los acuerdos de carácter económico, y también recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en su art. 60,³⁴ puesto que permite a una parte desvincularse de sus obligaciones respecto de un Estado que no haya cumplido sus compromisos, lo que en un proceso de integración como la Comunidad Andina lleva simplemente a que no exista progreso. Sin embargo, tal principio, incompatible con un proyecto comunitario, uniforme y compartido de integración, ha sido utilizado de modo reiterado por los propios *países miembros* en casos concretos conocidos en la jurisdicción andina.

Así se tiene que en el Proceso 02-AI-97,³⁵ seguido por la Secretaría General contra la República del Ecuador, a causa del incumplimiento del ordenamiento comunitario al exigir una licencia previa para la importación de licores, el Gobierno alegó que tal incumplimiento “tiene su origen en el grave incumplimiento de la República de Colombia”.³⁶ Al respecto, el Tribunal Andino señaló que si bien

33. Javier Laso Pérez, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, pp. 470-474.

34. Que versa sobre la “Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación”.

35. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 02-AI-97, del 24 de septiembre de 1998, publicada en la G.O.A.C., No. 391 del 11 de diciembre de 1998.

36. E incluso en la etapa prejudicial había indicado expresamente el Gobierno ecuatoriano su “positiva disposición

la República del Ecuador, admite el incumplimiento de la Resolución de la Junta del Acuerdo de Cartagena, amparando su incumplimiento en una previa actitud que pueda tomar la República de Colombia frente a su política de comercialización de los licores a nivel Subregional ... el país infractor no ha adoptado las medidas necesarias para que cese el incumplimiento. La infracción denunciada será la contradicción que exista entre la conducta reiterada del país infractor con lo ordenado por la Junta en el dictamen.

En el Proceso 03-AI-97,³⁷ que correspondió a la denuncia de la Secretaría General contra la República de Colombia por su restricción al comercio de licores provenientes del Ecuador, la parte demandada hizo referencia a las “retorsiones del Ecuador”, por las cuales los “licores colombianos, no han podido ni pueden ingresar sino muy ocasionalmente al Ecuador, originándose así una balanza comercial inmensamente desfavorable para Colombia, en el comercio de productos del sector”. En su fallo, el Tribunal desestimó tales argumentos y ordenó al país infractor poner su normativa acorde al Derecho comunitario.

Dentro del Proceso 26-AI-2001,³⁸ la defensa del País Miembro denunciado expresaba que “la situación de incumplimiento acusada es generalizada en los tres países obligados por la Decisión 370”, que el desacato del art. 2 de la Decisión 466, “es resultado de la no ejecución de los compromisos mutuos adquiridos, originada en la omisión del cumplimiento por parte de uno de ellos”, por lo que a su juicio “y a la luz del derecho internacional, le exime... de cumplir con el compromiso que por voluntad de las partes se asumió de manera recíproca y voluntaria por medio de las Decisiones 370 y 466”. En respuesta a tales argumentos que tienen como sustento el principio de reciprocidad, el Tribunal sostuvo que

La República de Colombia tenía la obligación de dar cumplimiento a la Decisión 466 de la Comisión, y no condicionar su obligación al cumplimiento de otros Países Miembros [...] (no constituye) causa eximente para el Gobierno colombiano que otro país incumpla. [...] el derecho comunitario es impositivo, de aplicación directa y de obligatorio cumplimiento. El principio de morosidad se aplica en los tratados bilaterales, no en los acuerdos comunitarios, porque el incumplimiento de uno no implica el de los demás, así el sistema de integración no se desarrollaría como tal, en cambio en un acuerdo donde solo existen

a dejar de inmediato sin efecto las Disposiciones administrativas de licencia previa para la importación de licores procedentes de Colombia, una vez que, sobre la base del contenido y del espíritu del Acuerdo de Cartagena, Colombia, por su parte, cumpla con adherir a sus normas en forma incondicionada, en tanto derogue la legislación que instituye el arbitrio rentístico departamental que le impide abrir en los mismos términos de igualdad, equidad y reciprocidad, el comercio bilateral de licores entre nuestros países”.

37. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 03-AI-97, del 8 de diciembre de 1998, publicada en la G.O.A.C., No. 410 del 24 de febrero de 1999.

38. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 26-AI-2001, del 24 de octubre de 2001, publicada en la G.O.A.C., No. 736 de 27 de noviembre de 2001.

dos partes, el cumplimiento o no de una de esas partes justifica que la otra parte también proceda con la misma conducta, ya que tan solo son sus intereses, y su cumplimiento o no, será siempre recíproco. [...] el incumplimiento que alega Colombia de sus obligaciones no debe estar vinculado al cumplimiento o no de otros Países Miembros, pues el efecto directo de las normas comunitarias no está condicionado a determinada conducta de otros miembros, sino a su compromiso contraído como Estado frente a la Comunidad Andina. [...] el incumplimiento de otro miembro no genera efectos justificatorios o evasivos para evitar el cumplimiento de sus obligaciones como País Miembro de la Comunidad Andina.

Además de la imposibilidad de aplicar el indicado principio de reciprocidad, por cuanto trastoca la solidaridad y cooperación que fundamentan la integración, tampoco es dable a los Estados invocar razones de orden interno para justificar el incumplimiento del ordenamiento comunitario, lo cual ha sido reiteradamente manifestado por el Tribunal Andino. Igualmente, es importante tener en cuenta que al responsabilizar al Estado por la falta de credibilidad que acarrea ese desacato jurídico, aquel no solo abarca al Gobierno en su Función Ejecutiva, sino a todas las funciones e instituciones que con sus actos u omisiones provocan la ausencia de efectividad reflejada en una falta de concreción de los compromisos comunitarios. De igual manera, toda medida de carácter discriminatorio y proteccionista, que adoptan los Gobiernos con exceso de patriotismo y más bien en defensa de intereses económicos particulares, es inconsistente –conforme irónicamente indican los propios especialistas de países desarrollados– con la sola idea de una unión política, incluso de una unión federal limitada, ya que tal proteccionismo en Derecho es el equivalente económico a guerra, pues en esencia es hostil.³⁹

Así mismo, es importante tener en claro que la responsabilidad de estos principales actores del proceso de integración que son los Estados, viene dada por la obligación de respetar los compromisos que ellos mismo –y previo rigurosos estudios y negociaciones– han plasmado de modo unánime en las normas comunitarias, por lo que todo argumento proveniente de un Estado que busque manifestar su posición contraria al momento de haber sido adoptada la norma como defensa de su desacato, no puede ser acogido, por cuanto carece de valor jurídico dado que tales posiciones u observaciones no quedaron plasmadas en la misma. El Tribunal europeo ha sido enfático al respecto, sobre la base de que son las disposiciones normativas las que se

39. En efecto, D.H. Regan, en *The Supreme Court and State protectionism: making sense of the dormant commerce clause*, Mich.L.Rev, 1986, vol. 84, p. 1094, señala que: “[Protectionism] is inconsistent with the very idea of a political union, even a limited federal union. Protectionism in legislation is the economic equivalent of war. It is hostile in essence”.

encuentran “destinadas a los justiciables, quienes han de poder confiar en su contenido, con arreglo a las exigencias del principio de seguridad jurídica”.⁴⁰

En definitiva, son los *países miembros* quienes se encuentran obligados, de conformidad con el art. 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, a adoptar toda medida necesaria para dar fiel cumplimiento a las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad, ya que un Estado que en beneficio de sus propios intereses, o por causa de cualquiera otra medida de las referidas en este capítulo, desconoce en forma unilateral sus obligaciones comunitarias, en desmedro de los intereses de los demás Estados, de los objetivos y fin de la integración, y por ende de los ciudadanos de la Comunidad, está afectando gravemente la confianza que debe presidir las relaciones entre los países miembros y, conforme lo ha expresado recientemente nuestro Tribunal comunitario en un reciente e importante fallo:

(...) tiene la obligación de reparar las consecuencias que sobrevengan del mismo, ya que si los Países Miembros o particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos fueran lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable a un País Miembro, la plena eficacia de las normas comunitarias se vería seriamente cuestionada, y menoscabada la protección de los derechos que ellas consagran. (...) el incumplimiento grave, por parte de un Estado Miembro de sus obligaciones y compromisos comunitarios... no solo infringe la norma correspondiente, sino que atenta contra las bases del Acuerdo de Cartagena y del proceso de integración.⁴¹

Con la falta de efectividad del proceso de integración andino, dado el desconocimiento de los objetivos y obligaciones que el proceso de integración exige, y que se encuentran fundamentados en el propio ordenamiento comunitario, viene acompañada la responsabilidad de los Estados que necesariamente debe alcanzar el resarcimiento patrimonial a que están obligados, sobre la base de la protección de los derechos de los particulares que se encuentren vulnerados, por cuanto ellos son los principales destinatarios del proyecto integracionista. En tal virtud, y de modo histórico, el Tribunal Andino reconoció en su fallo último citado, que el País Miembro incumplidor se encontraba compelido a adoptar toda medida necesaria a fin de cesar el incumplimiento declarado, debiendo abstenerse de emitir nuevas medidas restrictivas, “sin perjuicio del derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en esta sentencia para que puedan perseguir, en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieran corresponder”.

40. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, caso Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV y Voormeer BV vs. Bundesamt für Finanzen, párrafo 29.

41. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 118-AI-2003, del 14 de abril de 2005, publicada en la G.O.A.C., No. 1206 del 13 de junio de 2005.

RESARCIMIENTO POR LOS DAÑOS CAUSADOS

La responsabilidad de los Estados se debe reflejar en el resarcimiento de los daños causados a las personas naturales y jurídicas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones comunitarias. De todos modos, es necesario reconocer que son las características o principios del Derecho comunitario los que vienen a constituir el principal fundamento de la tutela de derechos de los particulares, ya que las razones políticas, económicas e incluso sociales antes vistas, que conducen a la situación de escasa efectividad en que se encuentra el proceso de integración, si bien hacen responsables de la misma a los *países miembros*, no pueden recaer en derechos a favor de los afectados sino solo cuando tales acciones u omisiones de los Estados sean exigibles, en virtud de una norma del ordenamiento comunitario, en cuyo caso los derechos sí pueden ser tutelados por los encargados de administrar justicia.

Por ello, consideramos aplicable lo manifestado por los especialistas europeos respecto a que “El Derecho comunitario se configura como un ordenamiento que genera un conjunto de derechos autónomos a favor de los particulares que se integran en su patrimonio jurídico y que se sitúan al margen de aquellos derechos que se pueden derivar de los respectivos ordenamientos nacionales”.⁴² Esta característica de autonomía del Derecho comunitario, sumada a las ya referidas obligatoriedad, aplicación inmediata, efecto directo y supremacía de sus disposiciones, hace que —como lo ha manifestado reiteradamente el Tribunal andino— existan derechos y obligaciones “para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario...”⁴³

Sobre esa base, consideramos que es aplicable al Derecho Comunitario andino lo sentenciado por el Tribunal Europeo en el conocido caso *Francovich*, en el cual, tras recordar la particularidad del Derecho comunitario de engendrar derechos a favor de los particulares, indicó que el mismo “impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables”.⁴⁴ Posteriormente, el Tribunal estableció que “el derecho a reparación constituye el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al

42. Joan David Janer Torrens, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 38.

43. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 03-AI-96, del 24 de marzo de 1997, publicada en la G.O.A.C. No. 261 del 29 de abril de 1997.

44. TJCE. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, casos *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros vs. República italiana*, párrafo 37.

daño causado”.⁴⁵ Así, no solo existen las características mencionadas del ordenamiento comunitario que lo hacen especial y distinto del Derecho Internacional Público y de las normas nacionales de los *países miembros*, sino que también cabe derivar un “derecho de reparación” por los daños que provoque el incumplimiento de sus disposiciones.

La importante tesis sentada por el Tribunal europeo fue reafirmando cada vez más, con ciertos altibajos propios de un proceso de integración tan trascendental, y ha ido encaminándose, en definitiva, a que sean los propios jueces nacionales quienes garanticen la plena eficacia del Derecho comunitario y la protección de los derechos conferidos a los particulares, ya que de lo contrario la eficacia del proyecto integracionista se vería cuestionada si los particulares no pudieran obtener una reparación cuando sus derechos fueran lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado. En ese sentido, el Tribunal europeo estableció los requisitos mínimos para que haya lugar a la responsabilidad de los Estados, y que son necesarios para engendrar el derecho de indemnización a favor de los particulares:

El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Estos requisitos son suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario.

Con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad.⁴⁶

En definitiva, para que exista responsabilidad Estatal, y para que ésta sea exigible, es necesario que haya una violación claramente identificada del ordenamiento comunitario respecto de normas que gozan de efecto directo –es decir, de normas que confieren derechos a favor de los particulares y que pueden ser invocadas ante los jueces nacionales–, y que exista un nexo causal entre tal infracción y el perjuicio sufrido. En todo caso, se puede señalar que esa clara identificación de la infracción es lo que ha traído no pocos debates en el seno de la Justicia europea, ya que el margen de apreciación de cada Estado al respecto puede variar notablemente. Por ello, opina la doctrina en el sentido que:

45. TJCE. Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, casos Brasserie du Pêcheur S.A. vs. Bundesrepublik Deutschland y The Queen vs. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros, párrafo 22.

46. TJCE. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, ya citados, párrafos 40 a 42.

La exigencia de que para interponer una demanda de indemnización contra los poderes públicos nacionales se produzca una violación suficientemente, caracterizada de una disposición comunitaria que atribuya derechos subjetivos a los particulares y que medie un nexo causal entre la conducta contraria al ordenamiento comunitario y el perjuicio que se ha generado, pone de relieve el carácter restrictivo y poco acorde con la tutela de los derechos subjetivos de los particulares.⁴⁷

Cabe destacar que el derecho de reparación o indemnización que tienen los particulares, en virtud de la responsabilidad del Estado, se hace extensivo a todos los poderes públicos, como ocurre cuando es el Congreso de un País quien no aprueba las leyes necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones comunitarias, en cuyo caso, de demostrarse que esta inactividad del Legislativo ha producido un daño al no poder gozar del derecho conferido por la norma comunitaria, es procedente entablar la acción de responsabilidad. La doctrina, al respecto, señala que “En definitiva, el principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario independientemente de cuál sea el órgano del estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento”.⁴⁸

Un parámetro de apreciación sobre el incumplimiento suficientemente caracterizado o manifiestamente identificado de la norma comunitaria, por parte de cualquier entidad con funciones de Estado, puede entonces desprenderse cuando, por ejemplo, “nos encontramos ante una obligación claramente delimitada de actuar, o de abstenerse de hacerlo, conforme a cláusulas de *stand still*”.⁴⁹ Es evidente que el derecho de los particulares a reclamar cualquier indemnización nace de la existencia de normas que crean derechos subjetivos a su favor, aunque corresponde a una autoridad verificar la existencia de esos derechos, su violación por parte del Estado, y el nexo causal entre tal desacato y el daño sufrido, en cuyo caso se estima que no es necesario una sentencia del Tribunal comunitario que declare cualquier incumplimiento. Al respecto, el Órgano Judicial europeo ha expresado que:

Uno de estos requisitos consiste en que la violación del Derecho comunitario esté suficientemente caracterizada. Pues bien, la existencia de una sentencia anterior del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento es un elemento sin duda alguna determinante, pero no indispensable para comprobar que se cumple dicho requisito (...) supe-

47. Joan David Janer Torrens, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, p. 366.

48. Martín Araceli Mangas y Diego Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 433 y 434.

49. Ricardo Alonso García, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, p. 73. Debe entenderse a la obligación de *stand still* como el deber de los Estados de no aumentar los aranceles existentes, ni crear nuevos aranceles o medidas de efecto equivalente.

ditar la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia, de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro sería contrario al principio de efectividad del Derecho comunitario, puesto que excluiría todo derecho a indemnización mientras el presunto incumplimiento no hubiera sido objeto de un recurso interpuesto por la Comisión en virtud del art. 169 del Tratado y de una condena por parte del Tribunal de Justicia.⁵⁰

Por tanto, para que realmente exista efectividad de la Comunidad Andina, o confianza en el proceso de integración, debe reconocerse la competencia de los jueces nacionales para declarar que la inobservancia o desconocimiento del Estado de una norma comunitaria, que confiere derechos a favor de los particulares, puede o no ser calificada de suficientemente caracterizada para generar responsabilidad del Estado infractor. En ese proceso de indemnización por los daños sufridos, a causa del incumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de un Estado, que conozca el juez nacional, será perfectamente aplicable, al no estar claro el alcance del precepto comunitario presuntamente incumplido, según el grado del juez, “y con independencia de la mayor o menor presencia de elementos reglados o discrecionales... recurrir a la cuestión prejudicial”.⁵¹ De este modo, será el Tribunal comunitario quien conozca de modo indirecto el asunto y establezca una interpretación auténtica y vinculante respecto de la norma andina para el caso concreto, el que velará por la uniformidad en la aplicación de ese precepto comunitario y quien dará el correcto alcance en el contexto integracionista a dicha norma, a fin de que se reconozca o no el derecho del particular para ser indemnizado por el Estado transgresor.

Visto lo anterior, y conforme lo plantea la doctrina europea, cabe analizar en el ámbito comunitario andino si la acción de indemnización “ha de considerarse subsidiaria o alternativa con relación a otras acciones, problema especialmente espinoso si la pretensión de un ejercicio efectivo del derecho sustantivo y la pretensión de un ejercicio efectivo del derecho a indemnización han de ventilarse ante distintos órdenes jurisdiccionales”.⁵² Esto lleva a que se formulen incluso críticas, dado que, si bien el Tribunal europeo ha avanzado de modo sorprendente en el establecimiento del principio de responsabilidad del Estado,

...los problemas reales de los ciudadanos ante una infracción estatal en (*rectius* de) normas directamente aplicables... [Son]: primero, tiene que entablar un juicio reclamando los derechos que le confiere la norma comunitaria (con eventual reenvío prejudicial), después

50. TJCE. Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, casos Brasserie du Pêcheur, ya citados, párrafos 93 y 95.

51. Ricardo Alonso García, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, p. 98.

52. *Ibid.*, p. 33.

tiene que iniciar otro proceso para demostrar la relación de causalidad entre el daño y la falta de transposición de la directiva (con eventual reenvío prejudicial sobre si hay o no violación caracterizada). Necesitará tener un gran patrimonio para soportar tanto juicio, muchísima suerte para tener un buen juzgador...y paciencia para cobrar la reparación del Estado.⁵³

Sobre la base de estas consideraciones, es necesario puntualizar que la acción de indemnización por los daños sufridos, que en el caso del Ecuador puede corresponder a cualquier acción de daños y perjuicios a ser interpuesta contra el Estado,⁵⁴ o contra el Órgano que haya violado la norma comunitaria, no depende de otra acción que busque declarar el incumplimiento del Estado. En efecto, la acción de incumplimiento prevista en el Tratado de Creación del Tribunal Andino es independiente de la acción que el propio Tratado prevé en su art. 31.⁵⁵ En consecuencia, todo particular que se vea perjudicado en sus derechos, sobre la base de una disposición del ordenamiento andino que le confiera tales derechos, podrá entablar:

- i) Bien sea la acción de incumplimiento ante el Tribunal comunitario, previo el agotamiento del procedimiento administrativo a instancias de la Secretaría General de la Comunidad, en cuyo caso, de existir una sentencia favorable del Tribunal, podrá, en virtud del art. 30 del mencionado Tratado,⁵⁶ requerir al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios por parte del Estado; o,
- ii) Entablar directamente ante el juez nacional la acción de daños y perjuicios correspondiente contra el Estado, o contra la autoridad administrativa o de cualquier índole que cumpla las funciones de Estado, para que cese el incumplimiento de la norma jerárquicamente superior, y se le indemnice por los daños sufridos. Dependerá del órgano del Estado por cuya acción u omisión se estén violado los derechos de los particulares, consagrados en una norma del ordenamiento comunitario, para que se interponga la respectiva acción –admi-

53. Martín Araceli Mangas y Diego Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, p. 437.

54. El principal fundamento para ello lo tenemos, para el caso ecuatoriano, en el art. 20 de la Constitución Política de la República. Así mismo, en lo que respecta a la Función Ejecutiva, existen los arts. 209 a 213 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva sobre la responsabilidad de las administraciones públicas. Finalmente, se considera que es de aplicación lo previsto en el art. 63 del Código de Procedimiento Civil, que establece la adopción del trámite ordinario a toda controversia del Derecho Común que no tenga un procedimiento especial.

55. “Artículo 31.- Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

56. “Artículo 30.- La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

nistrativa o contenciosa— según las prescripciones de la legislación nacional.⁵⁷ De este modo, será más bien esta acción que conozcan los jueces nacionales la que hará posible que el Estado cumpla más efectivamente su obligación comunitaria, y haga cierta la vigencia de los derechos consagrados por el ordenamiento de la Comunidad Andina. La actuación del juez nacional en cualquiera de los dos procedimientos, que insistimos son independientes aunque también excluyentes,⁵⁸ debe ser muy cautelosa y apegada a los principios que fundamentan el Derecho comunitario, por cuanto su propio accionar puede causar responsabilidad del Estado. En cuanto a la indemnización que debe ser cubierta por el Estado, el juez debe tener en cuenta para su cálculo los principios de equivalencia y efectividad, que permiten que la reparación no sea menos favorable en relación al daño y perjuicio sufridos, además de que sea verdaderamente exigible y eficaz.

Resta establecer el procedimiento que debe seguirse para que proceda la acción por indemnización y que lo conozcan los jueces nacionales, y para que también sea efectiva, por cuanto todo juez debe primero gozar de competencia para conocer cualquier causa para validar su actuación. Frente a este escenario, el Tribunal europeo señaló que el Derecho nacional puede fijar estándares mínimos, ya que:

(...) a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario. Debe señalarse, además, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por

57. En el caso del Ecuador pueden aplicarse las disposiciones consagradas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, arts. 69, 77, 79, 83 y en el libro II sobre el procedimiento administrativo común de la Función Ejecutiva, cuando sea algún órgano o entidad que integra la Administración Pública Central e Institucional y que dependa de la Función Ejecutiva, al que deba denunciarse por la violación de la norma jerárquicamente superior. También serán aplicables, consecuentemente, las previsiones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o toda disposición en materia tributaria, aduanera, comercial, entre otras, que faculte al órgano competente a exigir del Estado (o de cualquier ente, institución o autoridad administrativa que cumpla las funciones de Estado), una actuación determinada que permita cesar con el desconocimiento de la norma comunitaria en beneficio del habitante de la subregión.

58. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31, por la misma causa”.

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Artículo 49.- Requisitos adicionales de la demanda en acción de incumplimiento. La demanda de incumplimiento deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46: (...) c) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional”.

las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.⁵⁹

Ese criterio ha sido matizado con posterioridad, siendo oportuno en el presente trabajo recoger el precedente sentado en la sentencia *Brasserie du Pêcheur*, en el sentido que

(...) la reparación de los daños causados a particulares por violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de sus derechos (...) para determinar el perjuicio indemnizable, el juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían. (...) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse respecto a las clases de perjuicios indemnizables conforme al Derecho nacional que aplica (...) la reparación, a cargo de los Estados miembros, de los daños que han causado a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio por éstos sufrido. (...) No es conforme al Derecho comunitario una normativa nacional que limite, de manera general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos, excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares. (...) admitir que la obligación de indemnización a cargo del Estado miembro interesado pueda limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento de que se trate equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización reconocido por el ordenamiento jurídico comunitario.⁶⁰

Por tanto, es el ordenamiento jurídico comunitario que fija el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños y perjuicios causados por los Estados al incumplir lo en él previsto, en cuyo caso se debe entender que el fundamento normativo que legitima la actuación de los jueces nacionales que gozan de competencia para conocer de cualquiera de las acciones antes referidas, va más allá de las disposiciones adjetivas nacionales, y se encuentra justamente en aquellas normas de Derecho comunitario que son de obligatorio cumplimiento y que ostentan de preeminencia en relación a cualquier norma nacional que las contradiga.

En todo caso, a pesar de que existe el fundamento en el Derecho comunitario, es cierto que no hay regulación procedimental de las acciones que debe seguirse ante

59. TJCE. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, ya citados, párrafos 42 y 43.

60. TJCE. Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, ya citados, párrafos 82, 84, 88, 89 y 94.

los jueces nacionales; sin embargo, vemos cómo claramente ha sido el Tribunal europeo que, en salvaguarda de los derechos de los particulares y siempre atento a la observancia de requisitos y procedimientos claros y del debido proceso, ha ido brindando la solución más apropiada para que la integración sea efectiva y ofrezca confianza y credibilidad a sus ciudadanos. Si bien lo más adecuado es que exista una norma comunitaria que establezca ese procedimiento y demás aspectos para hacer aún más viable la garantía de los derechos de los particulares, lo cual difícilmente se da a nivel comunitario andino dado que ello simplemente implica que los propios Estados actúen en perjuicio propio, creemos que sí es posible en la actualidad encontrar las vías jurídicas apropiadas para que la responsabilidad de los Estados, por la falta de efectividad del proceso de integración andino, brinde los derechos suficientes a los particulares afectados en beneficio, finalmente, del proyecto integracionista como tal.

CONCLUSIONES

- Debemos ser conscientes de que el pertenecer a una Comunidad de integración con fines muy importantes en lo económico y social, beneficia a todos los Estados, a pesar de que, de modo incidental, algunas disposiciones comunitarias puedan ser vistas como contrarias a ciertos intereses individuales, los mismos que deben ser dejados de lado, por cuanto muchas de las veces responden a pequeños y poderosos grupos de poder. Asimismo, no hay duda de lo favorable para cada uno de los *países miembros* que enfrentemos la globalización de modo unido en un bloque de integración, a pesar de que en la actualidad una buena parte de los beneficios que ha traído este proceso andino han sido útiles para un pequeño margen de los habitantes de la subregión, ya que la mayoría de la población no se ha visto favorecida con esos logros. Queda, por tanto, todavía mucho por hacer en cuanto a una auténtica participación del habitante en el proceso de integración, constituyéndose como clave para que la Comunidad Andina sea alternativa para el desarrollo de los pueblos, que se alcance un equilibrio entre el interés comunitario y los individuales o sectoriales.
- Siendo el fin último de la Comunidad el mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes, éste se lograría alcanzando el cumplimiento de los objetivos referidos principalmente a factores económicos, pero que también abarcan lo social y cultural, todo lo cual se debe ir concretando mediante el establecimiento necesario de políticas –o mecanismos y medidas– para ser adoptadas por la Comunidad, y acatadas por los *países miembros*. Sobre esa base, se tiene que en materia económica, sin lugar a dudas, ha existido un notable creci-

miento del comercio intrasubregional en distintas áreas, lo que ha tenido como principal motor de apoyo la normativa de liberalización del comercio que se ha ido emitiendo y acatando de modo paulatino. En la actualidad, la Comunidad Andina se encuentra desde hace ya varios años en una etapa inicial de Unión Aduanera, a pesar de no existir una verdadera estructuración y consecución de un arancel externo común, lo que impide que se avance hacia los demás objetivos de la integración.

- Se puede afirmar que no existe una verdadera “solidaridad subregional”, ya que cada Estado continúa manteniendo su posición en cuanto a la política exterior, lo que hace que esta visión estatalista –que se contrapone a la integracionista– precautele exclusivamente los intereses del Estado, e incluso dentro de éste los intereses de ciertos sectores privilegiados, pero se aleje sobremanera del concepto de interés comunitario. Por tanto, es necesario que los *países andinos* adopten como guía en la política exterior de cada Estado a los principios de solidaridad y de cooperación leal, dejando de lado al principio de reciprocidad. En definitiva, es la carencia de políticas transparentes en beneficio del anhelo bolivariano, reflejada en la falta de voluntad política de los Estados, lo que constituye la causa principal de la ausencia de efectividad en la que se encuentra la Comunidad Andina. La principal consecuencia que esa falta de efectividad acarrea, es la responsabilidad que deben asumir y se les debe exigir a los *países miembros*, sobre la base de la protección de los derechos de los particulares que se encuentren vulnerados, por cuanto ellos son los principales destinatarios de todo el proyecto integracionista.
- En consecuencia, es razonable que se reconozca al sistema de integración de tipo comunitario establecido a nivel andino, como el mecanismo que permita que sean sus Instituciones las que en mayor medida trabajen por el desarrollo del proceso, además de que son las características o principios del Derecho comunitario los que constituyen el principal fundamento de la tutela de derechos de los particulares. De este modo, el hecho que se desconozcan los compromisos adoptados en el marco de un ordenamiento comunitario, lleva a que sin duda alguna exista la responsabilidad por todo agravio y perjuicio que provoca ese incumplimiento. En efecto, los daños que provoca el incumplimiento de las disposiciones comunitarias, deriva en un derecho de reparación exigible al Estado, derecho de los particulares para ser indemnizados por los daños y perjuicios causados por los Estados al incumplir lo que en él está previsto y que encuentra su fundamento en el propio ordenamiento jurídico comunitario. En todo caso, para que proceda la reparación será necesario que exista una violación claramente identificada del ordenamiento común respecto de

las normas que gozan de efecto directo, y que exista un nexo causal entre tal infracción y el perjuicio sufrido.

- No es imprescindible una sentencia del Tribunal comunitario que declare cualquier incumplimiento para requerir la indemnización del Estado, ya que todo particular que se vea perjudicado en sus derechos, sobre la base de una disposición del ordenamiento andino que le confiera tales derechos, pueda entablar dos acciones autónomas y excluyentes: la acción de incumplimiento ante el Tribunal comunitario, para que con una sentencia favorable pueda requerir al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios; o la acción directa ante el juez nacional por los daños y perjuicios causados por el Estado, para que cese el incumplimiento de la norma jerárquicamente superior, y se le indemnice por los daños sufridos. En cualquiera de las acciones antes referidas para ser interpuestas ante los jueces nacionales, el fundamento que legitima la actuación de los mismos y que les otorga competencia, va más allá de las disposiciones adjetivas nacionales, y se encuentra justamente en las normas de Derecho comunitario.
- Con miras a que exista una verdadera efectividad del proceso de integración andino, es necesario que se reconozca la competencia de los jueces nacionales para declarar que la inobservancia o desconocimiento del Estado de una norma comunitaria que confiere derechos a favor de los particulares, puede o no ser calificada de suficientemente caracterizada para generar responsabilidad del Estado infractor. En efecto, corresponde a los propios jueces nacionales garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario y la protección de los derechos conferidos a los particulares, ya que de lo contrario sería la propia eficacia del proyecto integracionista que se vería cuestionada si los particulares no puedan obtener un resarcimiento cuando sus derechos han sido lesionados. A pesar de que no existe una norma comunitaria que establezca el procedimiento y demás aspectos para hacer aún más viable la garantía de los derechos de los particulares, lo que vuelve adecuada su pronta regulación, sí es posible encontrar actualmente las vías jurídicas apropiadas para que exista la responsabilidad de los estados y el correspondiente derecho de reparación.

BIBLIOGRAFÍA

Araceli Mangas, Martín, y Diego Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2002.

Cobrerros Mendazona, Edorta, “La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario”, en *Revista española de Derecho Europeo*, tomo 10, Madrid, abril-junio 2004.

- García, Ricardo Alonso, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Madrid, Civitas, 1997.
- Janer Torrens, Joan David, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Laso Pérez, Javier, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Madrid, Editorial COLEX, 2000.
- Regan, D.H., *The supreme Court and State protectionism: making sense of the dormant commerce clause*, Mich.L.Rev., vol. 84, 1986.
- Tanaka, Martín, *La situación de la democracia en Colombia, Perú y Venezuela a inicios de siglo*, Lima, Comisión Andina de Juristas, Serie Democracia, No. 4, 2002.
- *La situación de la democracia en Bolivia, Chile y Ecuador a inicios de siglo*, Lima, Comisión Andina de Juristas, Serie Democracia, No. 7, 2003.
- Tangarife Torres, Marcel, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Bogotá, editorial Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2002.
- Vega Plazas, Mauricio Alfredo, *Derecho Tributario Comunitario. La Armonización Tributaria en el Sistema Andino de Integración*, Bogotá, Legis, 2001.

Fecha de recepción: 24 de enero 2008.
Fecha de aceptación: 22 de abril de 2008.