



MAESTRÍA INTERNACIONAL EN DERECHO

MENCIÓN “DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO”

**“SISTEMAS DE SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO EN MATERIA
ECONÓMICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y PERSPECTIVAS PARA
LA COMUNIDAD ANDINA”**

ALUMNA:

María Ángela SasakiOtani.

2011

Quito – Ecuador

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad. Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial. Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

María Ángela SasakiOtani.

09.02.2011.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

MAESTRÍA INTERNACIONAL EN DERECHO

MENCIÓN “DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO”

**“SISTEMAS DE SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO EN MATERIA
ECONÓMICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y PERSPECTIVAS PARA
LA COMUNIDAD ANDINA”**

Alumna:

María Ángela SasakiOtani.

Tutor:

Dr. César Montaña Galarza.

Lugar donde se escribió la tesis: Quito, Ecuador.

2011

RESUMEN

La presente tesis abordará el tema de los sistemas de sanciones por incumplimiento en materia económica en el ámbito internacional, mediante un estudio comparado de los sistemas de la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Unión Europea, para finalmente dilucidar un sistema de sanciones adecuado para la Comunidad Andina (CAN).

En ese sentido, en el Capítulo I se analizarán los dos modelos teóricos que rigen los sistemas de sanciones por incumplimiento en materia económica en el ámbito internacional: la intergubernamentalidad y la supranacionalidad, todo ello tomando en cuenta la soberanía del Estado nación en el ámbito de los procesos de integración regional. Así, existe la conocida clasificación del proceso de integración según sus grados, que va desde la intergubernamentalidad a la supranacionalidad: a) Áreas de intercambios preferenciales o preferencias arancelarias (intergubernamental); b) Zona de Libre Comercio (intergubernamental); c) Unión Aduanera (intergubernamental o supranacional limitada); d) Mercado Común (supranacional plena o integral); e) Unión Económica (supranacional plena o integral); y, f) Integración total o completa. Dentro de las características de la supranacionalidad se observan dos tipos de supranacionalidad: i) La supranacionalidad plena o integral; y, ii) La supranacionalidad limitada o restringida que puede ser, además, orgánica y normativa.

En el Capítulo II se realiza un estudio comparado de los sistemas de sanciones por incumplimiento en materia económica en el ámbito internacional de los siguientes organismos internacionales: a) La Organización Mundial de Comercio (OMC); b) El Mercado Común del Sur (MERCOSUR); c) La Unión Europea (UE); y, d) La Comunidad Andina (CAN). Al respecto, se analizan los órganos que componen cada uno de dichos organismos internacionales, a fin de vislumbrar si son intergubernamentales o supranacionales; para desembocar, posteriormente, en sus sistemas de sanciones.

Finalmente, en el Capítulo III se analizan los defectos del sistema actual de sanciones de la CAN y las posibles propuestas de reforma, a fin de avizorar en la CAN un sistema de sanciones verdaderamente supranacional. Se desarrollará el tema del procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento para concluir que en el sistema sancionatorio actual, cuando la aplicación de las sanciones se deja a la discrecionalidad de los países miembros y ellos no aplican las sanciones autorizadas por el Tribunal (incumpliendo así la sentencia del Tribunal), se

deja entrever características que distan de lo supranacional, acercándose más bien a lo que sería una integración poco profunda parecida más al sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en donde los países miembros tienen una gran reticencia a reconocer competencias sancionadoras a la institución comunitaria.

ÍNDICE

“SISTEMAS DE SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO EN MATERIA ECONÓMICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y PERSPECTIVAS PARA LA COMUNIDAD ANDINA”

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I: Los dos modelos teóricos que rigen los sistemas de sanciones por incumplimiento en materia económica en el ámbito internacional: la intergubernamentalidad y la supranacionalidad.

1. La soberanía del Estado nación en el ámbito de los procesos de integración regional.
2. Aspectos generales de la expresión “supranacionalidad”.
3. Clasificación del proceso de integración según sus grados.
4. Las características de la supranacionalidad: dos tipos de supranacionalidad
 - 4.1. La supranacionalidad plena o integral.
 - 4.2. La supremacía limitada o restringida:
 - 4.2.1. Supranacionalidad “limitada” orgánica.
 - 4.2.2. Supranacionalidad “limitada” normativa.

CAPÍTULO II: Los sistemas de sanciones por incumplimiento en materia económica en el ámbito internacional: un estudio comparado.

- 1. La Organización Mundial de Comercio (OMC):**
 - 1.1. La intergubernamentalidad en la OMC.
 - 1.1.1. El Órgano de Solución de Diferencias (OSD).
 - 1.1.2. Los grupos especiales.
 - 1.1.3. El Órgano de Apelación.
 - 1.1.4. Los árbitros.
 - 1.2. El sistema de sanciones en la OMC.
 - 1.3. Algunas consideraciones.
- 2. El Mercado Común del Sur (MERCOSUR):**
 - 2.1. La supranacionalidad (o la intergubernamentalidad) en la perspectiva del MERCOSUR.
 - 2.1.1. El Consejo del Mercado Común.
 - 2.1.2. El Grupo del Mercado Común.
 - 2.1.3. La Comisión de Comercio.
 - 2.1.4. La Comisión Parlamentaria Conjunta.
 - 2.1.5. El Foro Consultivo Económico Social.

- 2.1.6. La Secretaría Administrativa.
- 2.1.7. El Tribunal Permanente de Revisión (TPR).
- 2.2. El sistema de sanciones en el MERCOSUR.
- 2.3. Algunas consideraciones.

3. La Unión Europea (UE):

- 3.1. La supranacionalidad en la Unión Europea:
 - 3.1.1. El Consejo de Ministros.
 - 3.1.2. La Comisión.
 - 3.1.3. El Parlamento Europeo.
 - 3.1.4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE):
- 3.2. El sistema de sanciones en la Unión Europea:
 - 3.2.1. La República Helénica.
 - 3.2.2. El Reino de España:
- 3.3. Algunas consideraciones:

4. La Comunidad Andina (CAN):

- 4.1. La supranacionalidad en la Comunidad Andina:
 - 4.1.1. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.
 - 4.1.2. La Comisión de la CAN.
 - 4.1.3. La Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA).
 - 4.1.4. El Parlamento Andino.
 - 4.1.5. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

CAPÍTULO III: Los defectos del sistema actual de sanciones de la CAN y propuestas de reforma: en busca de un sistema verdaderamente supranacional.

- 1. Generalidades sobre el TJCA.
- 2. Sobre las eventuales fortalezas y debilidades del TJCA.
- 3. El procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento.
- 4. Sobre el actual sistema de sanciones en la CAN.
- 5. Problemas del actual sistema de sanciones.
- 6. Propuestas de reforma al Estatuto del TJCA.
- 7. Dictamen del TJCA con referencia al “Proyecto de Reformas al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.
- 8. Algunas consideraciones finales.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

ANEXOS.

INTRODUCCIÓN

El sistema de sanciones por incumplimiento en la Comunidad Andina (CAN) ha devenido en ineficiente, ya que no existe, en varios casos, interés del país beneficiado en aplicar las sanciones al país infractor, dando lugar a un “doble incumplimiento”, tanto del país demandado como del país demandante que decide no aplicar las sanciones autorizadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Las sanciones se han referido sólo a dos aspectos: **i)** la autorización a los países miembros para gravar adicionalmente en un 5% las importaciones de cinco (05) productos del país incumplidor; o, **ii)** las limitaciones respecto a las normas de origen (suspensión de la emisión de Certificados de Origen perdiendo el país miembro la ventaja del Programa de Liberación pagando el arancel de terceros países).

En este sentido, ambas sanciones –el gravamen adicional del 5% y la suspensión de “Certificados de Origen”- buscan de alguna manera “compensar” a los países miembros afectados por el incumplimiento en materia económica, por lo cual más que una condena al país infractor resultan ser una medida de equidad,¹ que se refiere a la llamada jurisdicción *ex aequo et bono*, característica de los sistemas de corte intergubernamental.

De esta manera, el incumplimiento de la sentencia del TJCA por parte del país demandado, así como, del demandante determina un “círculo vicioso” que, a medida que más numerosas son las inejecuciones de sentencias del TJCA, menor es la credibilidad del órgano cuyos mandatos son así desatendidos; a medida que más débiles devienen tales mandatos, menos resistible es la tentación de no obedecerlos.

El Programa de Liberación del intercambio comercial de la CAN tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro. Sin embargo, lo que resulta contradictorio es que se imponen sanciones en la forma de “restricciones a las ventajas brindadas por el Acuerdo de Cartagena”, constituyendo dicha sanción una “infracción autorizada” del Programa de Liberación -tal como sucede en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC)- siendo el efecto real del mismo, el de restringir el comercio comunitario (al igual que lo hizo la infracción).

¹Fabián Novak Talavera, “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”, en *Derecho comunitario andino*, Lima, Fondo Editorial del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 90.

De esta manera, el país beneficiado sanciona al país demandado con una infracción al libre comercio, implicando ello un claro retroceso del Programa de Liberación en general y una contravención de las normas comunitarias andinas. Es así que, el sistema de sanciones no está exento de críticas y falencias, debido a que además puede afectar a operadores económicos no involucrados en la conducta objeto del incumplimiento, así como, a uno de los principales objetivos de la Comunidad Andina, el libre comercio.

En consecuencia, para poder responder entonces la pregunta central ¿Cuál podría ser el sistema de sanciones más eficiente para la CAN? se debe analizar, en primer lugar, los dos modelos teóricos existentes al respecto: a) La intergubernamentalidad; y, b) La supranacionalidad; para luego aterrizar en el estudio comparado de tres sistemas de sanciones por incumplimiento en materia económica, aplicados en contra de los Estados en el ámbito internacional: 1) La Organización Mundial de Comercio (OMC); 2) El Mercado Común del Sur (MERCOSUR); y, 3) La Unión Europea (UE).

En tal sentido, en el Capítulo I analizaremos los conceptos de la intergubernamentalidad y la supranacionalidad, siguiendo los lineamientos de Cesare P.R. Romano,² los mismos que servirán para dar respuesta a la problemática del presente trabajo de investigación.

Además, tomaremos el aporte académico del catedrático Ricardo Alonso García³ que desarrolla los elementos o rasgos intergubernamentales y supranacionales para así aplicar, en el Capítulo II de la tesis, dicha doctrina a los sistemas de sanciones estudiados, de tal manera que pasaremos a “instrumentalizar” las siguientes cuatro cuestiones que planteara dicho autor:

“También en esencia, la supranacionalidad es un concepto al que subyace el fenómeno de la cesión de soberanía a favor de una organización (con la consiguiente conexión directa entre ésta y el ciudadano) y que gira, creo, en torno a cuatro cuestiones: 1) quién decide (la estructura política propia de la organización); 2) cómo decide (mediante unas reglas de funcionamiento que escapan del control individual, y por tanto soberano, de los Estados miembros de la organización); 3) control sobre lo decidido (en manos de una estructura

²Cesare P.R. Romano, “The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent”, en *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 39, No. 4, New York, 2007, p. 794.

³Ricardo Alonso García, *Derecho comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994, pp. 322-517.

jurisdiccional también propia de la organización); y 4) efectos de lo decidido (obligatorias para los Estados miembros y sus ciudadanos en términos de eficacia directa y primacía derivados del propio ordenamiento de la organización). Como contraposición a la supranacionalidad, la intergubernamentalidad nos situaría en un terreno más próximo a las organizaciones internacionales de corte clásico, en el que la respuesta a las mencionadas cuestiones se encontraría en la voluntad última y soberana de los representantes de las Partes Contratantes, auténticas protagonistas del “pacto interestatal” en detrimento de los ciudadanos”.⁴

Así, en el Capítulo II, se expondrán sistemáticamente los sistemas de sanciones por incumplimiento en materia económica en el ámbito internacional, específicamente, los sistemas de la OMC, del MERCOSUR y de la Unión Europea determinando, asimismo, a cuál de ambos modelos –intergubernamentalidad o supranacionalidad- es que pertenecen dichos sistemas internacionales de sanciones analizados.

Al respecto, se tomará como base del presente trabajo, el libro *Solución de controversias en la integración sudamericana*, de Karen Longaric Rodríguez, ya que en el mismo se desarrolla puntualmente el tema de los sistemas de solución de controversias económicas y comerciales, en los ámbitos de la OMC y de los procesos de integración sudamericanos (tales como, la CAN y el MERCOSUR), concluyendo la autora posteriormente, en “las bases para la elaboración de un instrumento jurídico que regule el sistema de solución de controversias en un nuevo esquema de integración sudamericana de naciones”.⁵

Otro aporte académico relevante al problema de investigación, es el de Heber Arbuet-Vignali, ya que nos ofrece el estado de la cuestión de las claves jurídicas de la integración, justamente, de los sistemas del MERCOSUR y de la Unión Europea,⁶ objeto también del presente trabajo.

En consecuencia, se realizará un estudio comparado, siendo la idea ir aterrizando, posteriormente en el Capítulo III de la tesis, en el sistema de sanciones actual de la Comunidad Andina, dando lugar a una propuesta de reforma al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), a fin de introducir la posibilidad

⁴Ricardo Alonso García, *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, trabajo presentado al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina, p. 03.

⁵Karen Longaric Rodríguez, *Solución de controversias en la integración sudamericana*, La Paz, Fundación PIEB, 2008, p. 91.

⁶Heber Arbuet-Vignali, *Las claves jurídicas de la integración: En los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea*, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

de sancionar a los países miembros mediante *multas coercitivas*, tal como ya sucede en la Unión Europea,⁷ siendo ambos bloques regionales seguidores de la corriente supranacional.

Por lo tanto, ante la búsqueda de un sistema de sanciones más eficiente en el ámbito de la CAN, una de las opciones a fin de solucionar este *impasse*, podría ser la imposición de *multas coercitivas*⁸ a los países miembros que incumplan una sentencia del TJCA para transitar, de esa manera, de un mecanismo de sanciones “intergubernamental” cuales el de la OMC, a uno verdaderamente “supranacional”,⁹ que se condiga y concuerde con la naturaleza jurídica del proceso de integración andino.

⁷PatriciaPlaza Ventura, op. cit, p. 109.

⁸ Patricia Plaza Ventura, op. cit, p. 228.

⁹Cesare P.R. Romano, “The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent”, *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 39, No. 4, New York, 2007, p. 809.

CAPÍTULO I

Los dos modelos teóricos que rigen los sistemas de sanciones por incumplimiento en materia económica en el ámbito internacional: la intergubernamentalidad y la supranacionalidad

La gran barrera que divide los procesos de integración, en general, es la diferencia entre aquellos procesos de integración que tienen su base en la “supranacionalidad”,¹⁰ con aquellos -como era antes el Grupo Andino- basados en la “intergubernamentalidad”, es decir, en la cooperación interestatal carente de toda transferencia o limitación parcial de soberanía a otro ente.

Esta dicotomía se pone de manifiesto, especialmente, en la manera de afrontar el mecanismo para la solución de controversias: entre la opción de un tribunal de justicia permanente, con facultades supranacionales; o, el mecanismo tradicional, intergubernamental, del trato directo, los buenos oficios, la mediación y el arbitraje.¹¹

Respecto a la supranacionalidad, podemos señalar que la misma se encuentra recogida en los procesos de integración de la Unión Europea, así como de la Comunidad Andina,¹² lo que implica una aproximación seria a una integración no sólo económica, sino fundamentalmente política¹³ y social.

“Supranacionalidad”, etimológicamente significa lo que está “sobre” o “por encima” de la nación, y el término no resulta exacto si se piensa que el nuevo ente supuestamente transnacional, la comunidad integrada, existe tan solo gracias al apoyo político de los Estados miembros y que éstos conservan en todo momento una

¹⁰ Como lo es ahora la Comunidad Andina, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, modificado por el Protocolo de Cochabamba, de Bolivia, el 28 de mayo de 1996.

¹¹ Al respecto, soy de la opinión que una de las características básicas de la supranacionalidad es la existencia de un tribunal permanente, cuyas sentencias sean obligatorias para todos los Estados miembros.

¹² El principio de supremacía se encontraba regulado en el Tratado del Carbón y del Acero y, si bien actualmente dicho tratado ya se encuentra derogado, la supremacía existe de manera jurisprudencial (ver casos “Costa Enel” y “Simmenthal”). En cambio, en la CAN la supranacionalidad está expresamente regulada en el artículo 4º del Tratado de Creación del TJCA que señala claramente una obligación “de hacer” y “no hacer” para los Estados miembros.

¹³ Respecto del Grupo Andino véase a Pérez Vela, Elisa, “Reflexiones sobre los Procesos de Integración Regional”, en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 4, No. 3, Madrid, 1977, p. 678. Asimismo, ver a Arbuet-Vignali, Heber, *Las claves jurídicas de la integración: En los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, pp. 19 y 138. Este autor señala que “la integración es un fenómeno de naturaleza política (...) la esencia de la integración no posee naturaleza económica sino política”.

jurisdicción o competencia interna que les garantiza la continuidad como titulares exclusivos del poder político.¹⁴ Por otro lado, existe cierta posición de la doctrina que señala que el término “supranacional” se encuentra indebidamente utilizado, toda vez que lo correcto y preciso debiera ser hablar de “supraestatalidad”.

Asimismo, hay que recalcar que el principio de supremacía, que es consustancial a la idea de “supranacionalidad”, viene unido a otros dos principios elementales:

a) *Efecto directo*: Consiste en que los derechos y las obligaciones pueden ser invocados por los ciudadanos ante los tribunales, sea en contra del Estado (efecto directo vertical) o en contra de otros privados (efecto directo horizontal). Existe así, una “triple responsabilidad”: 1) Responsabilidad internacional clásica frente a los demás Estados miembros; 2) Responsabilidad del Estado frente al particular; y, 3) Responsabilidad entre particulares.

b). *Aplicación inmediata*: Las normas supranacionales son autoejecutivas (*selfexecuting*) y de derecho positivo que no necesitan de “incorporación” al derecho nacional, ya que desde su publicación todo juez nacional está obligado a aplicarlas (Caso “Van Gend&Loos” y “Simmenthal”).¹⁵ Así, se trata de una “norma perfecta”, completa, no condicionada y, por ende, autosuficiente. Sin embargo, cabe recalcar que sólo el derecho secundario es de aplicación inmediata ya que los tratados que son derecho primario tienen que ser ratificados, aprobados y “nacionalizados” por los Estados miembros.¹⁶

Aparte de dichos tres principios elementales –supremacía, efecto directo y aplicación inmediata-, existen en la doctrina diversas clasificaciones a fin de determinar el concepto de supranacionalidad. Al respecto, Ricardo Alonso García sostiene que, en esencia, la *supranacionalidad* es un fenómeno tras el cual subyace el fenómeno de la “cesión de soberanía”¹⁷ a favor de una organización (con la siguiente conexión directa

¹⁴ Uribe Restrepo, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 49.

¹⁵ Asunto Van Gend&Loos, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, Asunto N° 26-62 y Asunto Simmenthal, Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77.

¹⁶ Los tratados internacionales son derecho primario, por lo que se rigen por las reglas del Derecho Internacional Público.

¹⁷ Al respecto, una parte de la doctrina señala que lo correcto es hablar de “transferencias de competencias estatales específicas”, ya que con ello se está indicando, no una absurda “división de la soberanía”, sino la existencia de una voluntad soberana para poner en común las decisiones en determinada materia, ciertos ámbitos de jurisdicción y aún algunos poderes de gobierno. Arbuét-Vignali, Heber, *Las claves jurídicas de la integración: En los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 146.

entre ésta y el ciudadano), existiendo cuatro cuestiones importantes, ya mencionadas en la introducción.¹⁸

Por otro lado, Henry Schermers y Niels Blokker señalan seis características o requisitos para que una determinada “Organización Internacional” pueda tener carácter supranacional:¹⁹

1. Que pueda tomar decisiones que obligan a otros países;
2. Que mantenga independencia, al menos parcial, de los Estados miembros que la conforman;
3. Que pueda promulgar disposiciones que obliguen a otros países;
4. Que tenga el poder de ejecutar o implementar sus decisiones;
5. *Que tenga una cierta autonomía financiera; y,*
6. *Que no sea posible el retiro unilateral por parte de alguno de sus miembros.*²⁰

Estos seis requisitos, sin embargo, se refieren a una “federación”, es decir, a un proceso de integración concluido y no a los procesos de integración regional, como son el de la Unión Europea y el de la Comunidad Andina, entre otros, que se sostienen aún en diferentes “pilares”.

Anteriormente, en la Unión Europea sólo uno de esos pilares tenía base supranacional -el de las relaciones económicas-, mientras que los otros dos, el de la Política exterior y seguridad común y el de la Cooperación policial y judicial tenían una base intergubernamental, aunque este último “con peculiaridades supranacionales en los

¹⁸1. Quién decide (según la estructura política de la propia organización); 2. Cómo decide (mediante unas reglas de funcionamiento que escapan del control individual y, por tanto, soberano de los Estados miembros de la organización); 3. Control sobre lo decidido (en manos de una estructura jurisdiccional también propia de la organización); y, 4. Los efectos de lo decidido (obligatorias para los Estados miembros y sus ciudadanos en términos de supremacía, efecto directo y aplicación inmediata derivados del propio ordenamiento de la organización).

¹⁹Schermers, Henry G., and Niels M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within diversity*, The Hague, MartinusNijhoff Publishers, 1995, pp. 976 y ss.

²⁰ Sin embargo, este último requisito no se da en el caso de la Comunidad Andina como lo prueba la salida de la Comunidad de la República Bolivariana de Venezuela de conformidad con lo dispuesto en el propio Acuerdo de Cartagena y que el Tribunal Andino se encargó de precisar cuáles normas de dicho Acuerdo quedarían vigentes por un plazo de cinco (05) años luego de haber comunicado su retiro del pacto subregional. Ver auto del 27 de junio de 2006 en el Proceso 145-AI-2005. Anteriormente, en el año 1976 se retiró Chile del Acuerdo de Cartagena en virtud de la Decisión N° 24, de naturaleza proteccionista, bajo la dictadura de Pinochet, lo que marcó la primera crisis de la CAN.

instrumentos de intervención y en los mecanismos de control jurisdiccional”.²¹ Actualmente, el símil de un templo griego con tres pilares o columnas de la Unión Europea es como sigue: dos pilares supranacionales que son la de la libre circulación de personas y cosas, la del arancel externo común y la de la unión aduanera, que son básicamente de naturaleza económica así como la de la Cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior; y, sólo una intergubernamental que es la de Política exterior y de seguridad común.²²

En tal sentido, el proceso decisorio en el terreno de la Política exterior y de seguridad común (PESC) seguirá estando presidido por sus propias reglas de juego de naturaleza intergubernamental (artículo 24.1 TUE). De ahí que, pese a que parte de la doctrina insista en la desaparición con la reforma de Lisboa del sistema de pilares instaurado por el Tratado de Maastricht, al quedar la Comunidad Europea finalmente absorbida por una Unión que pasa a tener personalidad jurídica única, lo cierto es que el propio Tratado de la Unión Europea (TUE), junto con el sistema general presidido por reglas esencialmente supranacionales, establece un régimen especial para la PESC presidido por reglas intergubernamentales.²³

La diferencia entre un “proceso de integración” con una “federación” reposa, básicamente, en que no sería de aplicación la imposibilidad de retiro, señalado en el esquema de Henry Schermers y Niels Blokker que, si bien sería impensable en una conformada “federación”, sería prematuro e inconveniente en un proceso de integración donde se está gestando dicha unión y donde, eventualmente, se convertiría en el último requisito para la construcción de una federación perfecta o de una perfecta unión. Sin embargo, las cinco primeras son válidas y actualmente se dan en el caso de la Unión Europea y de la Comunidad Andina.

Al respecto, Ronald L. Watts sostiene que, en la actualidad hay 24 federaciones en el mundo (que suponen el 40% de la población mundial) y que un rasgo distintivo de su popularidad en el mundo contemporáneo es que su aplicación ha adoptado una interesante diversidad de formas que incluyen nuevas variantes e innovadoras aplicaciones institucionales y funcionales.²⁴

²¹ Ricardo Alonso García, *Tratado de Lisboa*, Madrid, Biblioteca de Legislación, Serie menor Thomson Civitas, 2008, p. 50.

²² *Ibid*, p. 29.

²³ Ricardo Alonso García, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2da edición, Madrid, Thomson Civitas, 2007, pp. 110-111.

²⁴ Los países objeto de este estudio comprenden a Estados Unidos, Suiza, Australia y Alemania como ejemplos de sociedades caracterizadas por su desarrollo industrial; India y Malasia como ejemplos de

El “no” irlandés al Tratado de Lisboa refleja irremediablemente una creciente desafección por cómo se va dando el proceso de integración europeo.²⁵ Asimismo, se habla de la falta de un “federalismo solidario”, ante la victoria del funcionalismo (la doctrina de “los pequeños pasos”), que invoca el rezo de que “sólo si se desiste de promover una comunidad políticamente unida se podrá acabar consolidando la construcción europea”. Además, se señala que el carácter sesgado de la integración europea provoca tensiones sociales que derivan en una grave crisis de legitimidad dando lugar a un creciente “euroescepticismo”. Al respecto, cabría preguntarse si detrás de todo ello no se encuentra una especie de “federofobia”.²⁶

En el caso europeo, la adopción de la Constitución de la UE le otorgaría a ésta estatura legal de país, a pesar de tratarse de una institución de gobierno que no tiene derechos sobre ningún territorio, que es lo que definía tradicionalmente la condición de “Estado”.²⁷

Así, los federalistas han defendido una mayor cesión de poderes a la UE, mientras que los confederalistas han intentado retener el poder en manos de los países miembros, de acuerdo con su concepción de la UE como “un foro intergubernamental para coordinar objetivos nacionales y reforzar los intereses de cada uno de los miembros”, es decir, una “Europa de los Estados”. De esta manera, todos los compromisos adoptados en el proceso de la UE han reflejado las tensiones y las diferencias entre estas dos fuerzas divergentes.²⁸

Al respecto, creemos que federofobia o no, el proceso de integración europeo es un *proceso*²⁹ que continua y que sigue su curso. Giddens manifestó que la UE es “una asociación democrática de naciones semisoberanas que obtienen provecho de sus

federaciones bicomunales emergentes que ilustran la dimensión bicomunal y asimétrica del federalismo, y Checoslovaquia y Pakistán como ejemplos de federaciones bicomunales que han fracasado. Watts compara la interacción de la diversidad social y de las instituciones políticas, el reparto competencial y de rigidez a la formación federal, la extensión de la simetría o asimetría interna, el grado de centralización y descentralización, los rasgos que caracterizan la representación en las instituciones federales, el papel de las Constituciones y de los tribunales, las disposiciones constitucionales reguladoras de los derechos y las que contemplan la secesión y las principales patologías de las federaciones.

Watts, Ronald L., *Sistemas federales comparados*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 200 y ss.

²⁵http://www.elpais.com/articulo/internacional/Irlanda/dice/Tratado/Lisboa/elpeuint/20080613elpeuint_13/Tes (19/01/2011).

²⁶José Vidal-Beneyto, “La ‘federofobia’ en Europa”, en *El País*, España, 28/06/2008. http://www.elpais.com/articulo/internacional/federofobia/Europa/elpepiint/20080628elpepiint_15/Tes (20/10/2010).

²⁷Rifkin, Jeremy, *El sueño Europeo*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 269.

²⁸Rifkin, Jeremy, *El sueño Europeo*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 277.

²⁹proceso. (Del lat. *processus*). 1. m. Acción de ir hacia adelante. (...) 3. m. Conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial. www.rae.es (20/10/2010).

capacidades colectivas”,³⁰ siendo el primer experimento mundial de “gobierno sin Estado”.³¹

En América Latina hubo varios intentos por construir una gran federación, como la soñara Simón Bolívar o, posteriormente, Víctor Raúl Haya de la Torre bajo el nombre de “Indoamérica” para unir a toda la comunidad hispano luso americana. De hecho, existen varias federaciones como son la de Argentina, Brasil, México y Venezuela que, además han impulsado, de manera constante, la integración regional a través de grupos subregionales.

Asimismo, Schuman señaló que: “*Lo supranacional se sitúa a igual distancia, de una parte del individualismo internacional que considera como intangible la soberanía nacional y que sólo acepta como limitaciones de esa soberanía a las obligaciones contractuales revocables y, el federalismo de Estado de otra parte, que se subordina a un súper Estado dotado de soberanía territorial propia*”.³² Además, respecto de la supranacionalidad, José Luis Iglesias Buhigues afirmó que: “*en rigor basta que uno de los países quede obligado por una decisión que él no ha suscrito para que pueda hablarse de procedimiento autónomo y de mecanismo supranacional*”.³³

En síntesis, para que pueda hablarse de “supranacionalidad” se requiere, en primer término, del reconocimiento solemne y la formulación precisa, por parte de los Estados que la integran, de una serie de intereses y de valores comunes. El proceso adquiere así un sentido instrumental finalista o teleológico. En segundo lugar, se precisa la entronización de un poder efectivo y autónomo puesto al servicio de esos intereses comunes y de esos valores compartidos.

Por otro lado, la intergubernamentalidad se da cuando los órganos creados por los tratados se componen o integran con representantes oficiales de los Estados, lo que por unanimidad pueden acordar, adoptar o aprobar decisiones, siendo que el Estado a través de sus representantes presta su consentimiento soberano.

Según el autor Ricardo Alonso García,³⁴ como contraposición a la supranacionalidad, la intergubernamentalidad nos situaría en un terreno más próximo a

³⁰Giddens, Anthony, *Europa en la era global*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 267.

³¹Giddens, Anthony, *Europa en la era global*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 268.

³² Elisa Pérez Vera, “Reflexiones sobre los Procesos de Integración Regional”, en *Revista de Instituciones Europeas Volumen 04, N° 3*, Madrid, 1973, pp. 670 y 674.

³³Ibid, p. 78.

³⁴ Ricardo Alonso García, *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, trabajo presentado al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina, p. 03.

las organizaciones internacionales de corte clásico,³⁵ en el que la respuesta a las mencionadas cuestiones se encontraría en la voluntad última y soberana de los representantes de las Partes Contratantes, auténticas protagonistas del “pacto interestatal”.

1. La soberanía del Estado-nación en el ámbito de los procesos de integración regional:

A partir de la Segunda Guerra Mundial, los procesos de delegación de facultades de los Estados se han incrementado. El modelo organizacional que debía adoptarse discurrió entre dos variantes: la intergubernamentalidad y la supranacionalidad.

Sin embargo, a pesar de este nuevo estadio en las relaciones internacionales -que implica en los hechos un “proceso de interdependencia mundial”-,³⁶ de ninguna manera se puede hablar de “pérdida de soberanía”, porque justamente para delegar ciertas facultades estatales se requirió la decisión realmente soberana libremente expresada de cada uno de los Estados, a fin de iniciar los procesos de integración, siendo que en los hechos dichos Estados no han renunciado a la posibilidad de retirarse, en el supuesto que tales procesos se tornen contrarios a sus intereses nacionales, es decir, cuando los costos de acompañar el proceso sean superiores a los beneficios que se reciben.³⁷ La atribución exclusiva en ciertas áreas no implica la desaparición del Estado, ni pérdida de su independencia, siendo que lejos de resentir poderes soberanos, los afirma y lejos de eliminar órganos internos coexiste con ellos.

El Estado no entrega ni cede su soberanía, que la detenta en forma permanente, sino que solamente delega determinadas facultades y competencias limitadas en temas puntuales (*rationemateriae*); y porque la soberanía no se entrega es que el Estado puede, en cualquier instancia, haciendo uso justamente de su poder soberano, denunciar el

³⁵ Al respecto, sobre las organizaciones internacionales de corte clásico, el autor Cesare P.R. Romano señala que: “(...) The International Court of Justice (ICJ) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) still rely on the classic consensual paradigm. For both of these courts, consent to jurisdiction must be expressly accorded either before or after any given dispute arises”. Cesare P.R. Romano, “The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent”, en *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 39, No. 4, New York, 2007, p. 796.

³⁶ Mario A. R. Midón, “La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR”, p. 04. <http://www.giuripol.unimi.it/eventi/Midon.pdf> (15/10/2010).

³⁷ Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 72.

tratado y revocar el poder decisorio delegado para los asuntos que el tratado refiera, siendo ello jurídicamente válido.

Al respecto, resulta interesante resaltar lo que señalara la Corte Constitucional de Alemania: “si algún Estado parte quisiera retirarse de la Comunidad, puede hacerlo a pesar de que el Tratado no lo contemple, en virtud de que los países son soberanos”.³⁸ Asimismo, en el ámbito de la Comunidad Andina tenemos las salidas de Chile en 1976 (que era socio fundador del Grupo Andino)³⁹ y de Venezuela en el 2006.⁴⁰

Así, el concepto de soberanía no es “la otra cara de la moneda de la supranacionalidad”, ya que el primero fue el fundamento jurídico político del origen de los Estados-nacionales y del Derecho internacional clásico, mientras el otro es “una modalidad del ejercicio” del concepto mismo de soberanía. Por lo tanto, la supranacionalidad no es un concepto antagónico a la soberanía estatal, antes bien, es funcional a la misma, ya que de esa manera, al delegar los Estados ciertas competencias y sobre determinadas materias específicas a órganos regionales, buscan justamente constituir un ámbito que les permita el desarrollo de sus pueblos y un polo de mayor poder político, en el cada vez más complejo mundo interdependiente y globalizado de la actualidad.

La integración es un proceso progresivo y dinámico que discurre desde la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad. Al respecto, Cesare P.R. Romano identificó el “*paradigma consensual*” a la intergubernamentalidad y el “*paradigma compulsivo*” a la supranacionalidad de la siguiente manera:

“(…) there has been a fundamental shift in the concept and practice of international adjudication from a traditional *consensual paradigm*, in which express and specific consent is a prerequisite to jurisdiction and adjudication largely takes place with the assent and cooperation of both parties, to a *compulsory paradigm*, in which consent is largely formulaic (sic) either because it is implicit in the ratification of treaties creating certain international organizations endowed with adjudicative bodies or because it is jurisprudentially

³⁸Ibid, p. 73.

³⁹ Los antecedentes de la CAN se remontan a 1969, cuando Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú firmaron el Pacto Andino para establecer una unión aduanera en 10 años y si bien en 1972 se integró Venezuela, en 1976 se retiró Chile en virtud de la Decisión N° 24, de naturaleza proteccionista, bajo la dictadura de Pinochet, lo que marcó la primera crisis de la CAN.

⁴⁰El presidente de Venezuela Hugo Chávez aprovechó una reunión con sus colegas de Bolivia, Paraguay y Uruguay, celebrada el 19 de abril de 2006, para, de forma sorpresiva, anunciar su salida de la Comunidad Andina. Venezuela insiste en que su salida de la CAN fue consecuencia directa de los perjuicios inmediatos que le causarían los tratados de libre comercio (TLC) firmados por Colombia y Perú.

bypassed and litigation is often undertaken unilaterally (...).⁴¹

Sin embargo, este mismo autor reconoce dos tipos de problemas ante la proliferación de organismos internacionales que persiguen tanto el “paradigma consensual” como el “paradigma compulsivo”: i) La falta de legitimidad democrática de los jueces internacionales demostrando ello un “déficit de legitimidad”, debiendo ser dichos jueces legitimizados por los Estados soberanos;⁴² y, ii) La existencia de procesos paralelos o consecutivos en el ámbito internacional, sobre la misma disputa, ante diversos organismos internacionales.⁴³

Sobre este último punto, cita la disputa entre Argentina y Brasil en el año 2000, donde mediante laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR -sobre aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes de Brasil- se da, por un lado, la razón a la Argentina; mientras que Brasil paralelamente activó el mecanismo de la OMC, donde el Panel le da la razón, por otro lado, al Brasil.⁴⁴

⁴¹“Ha existido un cambio fundamental en el concepto y práctica de la adjudicación internacional de un paradigma consensual tradicional, en donde el expreso y específico consentimiento es un prerrequisito de jurisdicción y adjudicación largamente que tiene lugar con el consentimiento y cooperación de ambas partes, a un paradigma obligatorio, en donde el consentimiento está largamente formulado sea porque se encuentra implícito en la ratificación de tratados creando ciertas organizaciones internacionales dotadas de cuerpos adjudicados o porque es jurisprudencialmente sobrepasado y litigar es frecuentemente tomado unilateralmente” (traducción libre). Cesare P.R. Romano, “The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent”, en *New York University Journal of International Law and Politics Vol. 39, No. 4*, New York, 2007, p. 794.

⁴² El autor señala textualmente que: “Some of the problems of this approach have already been mentioned, the most significant of which is probably the legitimacy deficit. International judges must be legitimized by sovereign states in order to be entrusted with the crucial tasks of weaving the International judicial web and deciding which consent to jurisdiction of which state should prevail in any given circumstance. Legitimacy is particularly important in this case because International judges currently exercise these functions in the absence of an explicit mandate, relying instead on implicit powers. To credibly rely on “implicit powers”, judges must appear to act in the interest of the overall system rather than that of this or that state, or worse, on personal whim”. Cesare P.R. Romano, “The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent”, en *New York University Journal of International Law and Politics Vol. 39, No. 4*, New York, 2007, p. 869.

⁴³ Sobre este tema, el autor afirma lo siguiente: “This consensual proliferation reflects the growing complexity and diversity of International law. But the proliferation of compulsory jurisdictions that are at best only informally coordinated is a problem, because it creates an opportunity for parallel or serial litigation of essentially the same dispute before multiple International judicial bodies”. Cesare P.R. Romano, “The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent”, en *New York University Journal of International Law and Politics Vol. 39, No. 4*, New York, 2007, p. 802.

⁴⁴ Al respecto, Cesare P.R. Romano señala lo siguiente: “Likewise, in the early 2000s, Brazil and Argentina were locked in a dispute over trade in frozen poultry. The dispute was first addressed within the Framework of the MERCOSUR legal regime after Brazil activated the Protocol of Brasilia’s dispute settlement procedure, asking unilaterally for the establishment of an ad hoc arbitral tribunal. In 2001, the tribunal rendered its award in favor of Argentina. Having lost the case in one forum, Brazil then referred the dispute to the WTO dispute settlement procedure, which eventually led to the establishment of a panel to consider the matter. During the proceedings, Argentina argued that Brazil failed to act in good faith by first challenging Argentina’s anti-dumping measure before a MERCOSUR ad hoc tribunal and then,

Al respecto, cabe señalar que en la CAN dicha situación descrita sería jurídicamente imposible, ya que en el artículo 42 del Tratado de Creación del TJCA se señala la competencia exclusiva y excluyente del TJCA de la siguiente manera:

“Los países miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado. Los países miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado”.

2. Aspectos generales de la expresión “supranacionalidad”:

La palabra “supranacionalidad” apareció concretamente, por primera vez, cuando se creó la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), mediante el Tratado de París de 1951, aunque con anterioridad ya había sido usada doctrinariamente. Así, el artículo 9 de dicho Tratado expresamente señaló que:

“Los miembros de la Alta Autoridad ejercerán sus funciones, con plena independencia, en interés general de la Comunidad. En el cumplimiento de sus deberes, no solicitarán ni atenderán instrucciones de gobierno ni organismo alguno. Se abstendrán de todo acto incompatible con el carácter *supranacional* de sus funciones. Cada Estado miembro se compromete a respetar este principio y a no intentar influir sobre los miembros de la Alta Autoridad en la ejecución de sus tareas”.

Algunos autores señalan que eso fue así, ya que al disponer de un órgano común que se encargaría de todo lo referido a estos dos productos vitales -como lo son el

having lost that case, initiating WTO dispute settlement proceedings with regard to the same measure. Argentina also argued that Brazil was estopped from pursuing the WTO dispute settlement proceedings and that even if Brazil was not estopped, that the Panel itself should be bound by the ruling of the MERCOSUR arbitral tribunal. The Panel eventually rejected Argentina’s claims, finding that it had failed to prove both Brazil’s lack of good faith and the existence of the preconditions for invoking the principle of estoppel. (...) On the merits of the case, the WTO Panel disagreed with the MERCOSUR tribunal and ruled against Argentina, finding fundamental violations of the WTO agreements”. Cesare P.R. Romano, “The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent”, en *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 39, No. 4, New York, 2007, pp. 843-844.

carbón y el acero-, se neutralizaría cualquier intencionalidad beligerante de Alemania en el futuro, al señalar el preámbulo de la CECA lo siguiente:

“Resueltos a sustituir las rivalidades seculares por una fusión de sus intereses esenciales (...) mediante la creación de una comunidad económica (...) entre pueblos tanto tiempo enfrentados por divisiones sangrientas”.⁴⁵

Sin embargo, posteriormente, toda mención expresa a la supranacionalidad fue eliminada en los artículos 126 y 157 que equivalían al artículo 9 de la CECA, en los Tratados de Roma de 1957 que instituyeron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa). A pesar de dicha intencional eliminación de la supranacionalidad, la misma fue recabada por el mismo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya de manera pretoriana, profundizándose el proceso de integración y evolucionando en un complejo sistema que contempla cada vez más elementos de supranacionalidad.⁴⁶

Al respecto, el autor Ricardo Alonso García afirma la existencia de una actitud *pro integracione* del Tribunal de Justicia de la ahora Unión Europea, y que en esencia “trata de una actitud tendente a potenciar los elementos supranacionales del sistema europeo de integración frente a los rasgos intergubernamentales no ajenos al mismo”.⁴⁷

Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, objetivando al máximo la intención de las partes contratantes a través de los objetivos y del sistema instaurado por el Tratado CEE, presidido por un “espíritu de integración”, concluyó que “el artículo 12 del Tratado produce efecto directo y crea derechos individuales que los tribunales nacionales deben proteger” (Asunto Van Gend&Loos).

La originalidad del Tribunal de Justicia, pues, consistió en objetivar al máximo la voluntad de las partes contratantes, utilizando una técnica interpretativa mucho más próxima al Derecho constitucional que al Derecho internacional, centrada en la creación de un nuevo ordenamiento jurídico asentado en la cesión de soberanía por los Estados signatarios en favor de la Comunidad. “El objetivo del Tratado CEE”, señaló el Tribunal, “que es establecer un mercado común, cuyo funcionamiento concierne directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que el Tratado es más que un acuerdo meramente generador de obligaciones mutuas entre los Estados contratantes; tal concepción es

⁴⁵http://ec.europa.eu/publications/booklets/eu_documentation/04/txt03_es.htm (20/10/2010).

⁴⁶ Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 132.

⁴⁷ Ricardo Alonso García, *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, trabajo presentado al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina, p. 02.

confirmada por su Preámbulo que, más allá de los gobiernos, contempla a los pueblos, y más concretamente por la creación de órganos que institucionalizan derechos soberanos cuyo ejercicio *afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos*; además, es preciso resaltar que los ciudadanos de los Estados reunidos en la Comunidad están llamados a cooperar en el funcionamiento de tal Comunidad a través de la mediación del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social” (Asunto Van Gend&Loos).⁴⁸

Posteriormente, en el marco de un litigio cuyo importe ascendía a la cifra irrisoria de 1.925 liras (que equivaldría en la actualidad a menos de 1 euro), que Flaminio Costa, abogado de Milán, se negaba a pagar, en concepto de suministro de electricidad, al Ente Nacional para la Energía Eléctrica, alegando que la Ley italiana de 6 de diciembre de 1962, por la que se había nacionalizado la industria eléctrica en Italia, era contraria a determinados preceptos del Tratado de la CEE (*Asunto Flaminio Costa, 1964*).⁴⁹

En dicho caso, el TJUE afirmaría *la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno*, con el efecto de descartar la aplicación de éste por los jueces y tribunales nacionales en el caso de resultar incompatible con aquél. Así las cosas, la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno infraconstitucional, incluidas las leyes, ha sido aceptada por todos los Estados miembros en los términos sentados por el Tribunal de Justicia en el *asunto Simmenthal (1978)*.⁵⁰

Pero, ¿qué sucede ante la cuestión crucial del alcance del principio de supremacía cuando el Derecho comunitario entra en *colisión* con las constituciones nacionales? Ricardo Alonso García señala que, en efecto, no debe obviarse el hecho de que frente a la afirmación de la primacía en términos absolutos y globales (i.e. del Derecho comunitario considerado en su conjunto sobre el Derecho interno también considerado en su conjunto, incluido el de rango constitucional), que ya apuntaba el Tribunal de Justicia en *Flaminio Costa* y que consagrará explícitamente el *asunto Internationale Handelsgesellschaft (1970)*,⁵¹ los Tribunales Constitucionales y/o Supremos de los Estados miembros han ido formulando límites internos a la integración, reconducidos progresivamente al núcleo duro de la soberanía y de la identidad nacional, incluidos los derechos fundamentales, y también progresivamente

⁴⁸ Ibid, p. 05.

⁴⁹ Ricardo Alonso García, *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, trabajo presentado al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina, p. 10.

⁵⁰ Sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77).

⁵¹ Sentencia de 17 de diciembre de 1970 (11/70).

matizados sobre la base de la “doctrina de la equivalencia”; ello completado, además, por la negativa a admitir la primacía comunitaria en caso de colisión abierta y manifiesta con disposiciones de los textos constitucionales, cualquiera que sea la naturaleza de la disposición y su ubicación sistemática en el texto constitucional en cuestión.⁵²

El propio Consejo, en fin, también se vería afectado por la corriente *pro integratione* que tradicionalmente ha inspirado la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la cual muestra una clara tendencia, a partir de la Acta Única Europea,⁵³ a favorecer las bases jurídicas presididas por la mayoría cualificada en el seno del Consejo, en detrimento de aquellas otras presididas por la unanimidad (*asunto aranceles preferentes, 1987*).⁵⁴

Valga también como ejemplo la política de medio ambiente, incorporada expresamente como política comunitaria en 1986 con la Acta Única Europea. Pese al silencio del Tratado con anterioridad a dicha fecha, lo que parecía inducir a negar la competencia de la Comunidad para intervenir al respecto, lo cierto es que la Comunidad sí que legisló sobre materia medio ambiental recurriendo, en un primer momento, al entonces artículo 100 del Tratado (actual 94), alegando que la legislación en cuestión pretendía, como exigía el mencionado precepto, aproximar disposiciones nacionales que afectaban directamente al establecimiento y funcionamiento del mercado común (caso de las Directivas sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, y sobre niveles de ruido y de emisiones de gases contaminantes por vehículos de motor).⁵⁵

En fin y para concluir este breve repaso del autor Ricardo Alonso García acerca de la jurisprudencia comunitaria *pro integratione*, señalemos que ha sido decisiva también la labor del TJUE a la hora de configurar los límites del poder público europeo frente a los ciudadanos a través de un sistema de derechos fundamentales elaborado vía pretoriana, complementario del que deriva del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la base de la “doctrina de la equivalencia”, que otorga un amplio margen de confianza a un ordenamiento, como el comunitario, capaz de proporcionar

⁵² Ricardo Alonso García, *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, trabajo presentado al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina, p. 13.

⁵³ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singleact_es.htm (20/10/2010).

⁵⁴ Ricardo Alonso García, *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, trabajo presentado al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina, p. 14.

⁵⁵ *Ibid*, p. 15.

una protección “comparable”, que no “idéntica”, a la que deriva del propio Convenio, en el marco de un sistema de control jurisdiccional capaz de asegurar la observancia de los derechos amparados por el ordenamiento en cuestión (doctrina de la protección equivalente que, por ejemplo y con sus correspondientes matices, asumen también el Tribunal Constitucional Federal alemán, y el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado en Francia).⁵⁶

3. Clasificación del proceso de integración según sus grados:

La más conocida clasificación del proceso de integración según sus grados, va desde la intergubernamentalidad a la supranacionalidad de la siguiente manera:⁵⁷

- Áreas de intercambios preferenciales o preferencias arancelarias (intergubernamental).
- Zona de Libre Comercio⁵⁸ (intergubernamental).
- Unión Aduanera (intergubernamental o supranacional limitada).
- Mercado Común (supranacional plena o integral).
- Unión Económica (supranacional plena o integral).
- Integración total o completa.

Al respecto, tenemos como paradigmas de integración completa los Estados Unidos de América, ya que los cincuenta Estados que la conforman transfieren competencias soberanas a una autoridad central para que desarrolle una política exterior común, una moneda común, unas fuerzas armadas comunes, etcétera. Asimismo, antes de su fragmentación, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas también constituían una integración económica completa. Ambos casos son claros ejemplos de

⁵⁶Ibid, p. 19.

⁵⁷ Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 125.

⁵⁸ A la Zona de Libre Comercio se le suele denominar “etapa negativa” de la integración ya que consiste en el desmantelamiento de las barreras arancelarias y paraarancelarias, siendo ello muy diferente a lo exigido en la “etapa positiva” –unión aduanera y mercado común- donde sí resultan necesarios avances en aspectos de políticas más profundas como las macroeconómicas y la creación de una arquitectura orgánica supranacional.

“federaciones” logradas en donde ya no entra en discusión el elemento supranacional, ya que lo supranacional devino en un “orden legal doméstico”.⁵⁹

Así, la segunda cláusula del artículo VI de la Constitución Política de Estados Unidos de América señala: “Esta Constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella; y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema del país; y los Jueces de cada Estado estarán por lo tanto obligados a observarlos, sin consideración de ninguna cosa en contrario en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.⁶⁰

Por otro lado, en las etapas iniciales de preferencias arancelarias y Zona de Libre Comercio (ZLC), se señala que resulta conveniente crear órganos comunes intergubernamentales, ya que en estas etapas los Estados sólo se encuentran comprometidos a otorgar preferencias arancelarias y a reducir las barreras arancelarias entre los mismos hasta llegar a la desgravación total, tal como sucede con el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)⁶¹ suscrito entre los Estados Unidos de América, Canadá y México.⁶²

Así, la supranacionalidad puede plantearse en las etapas o grados intermedios, es decir, en la unión aduanera, en el mercado común o en la unión económica. A partir de la etapa de una unión aduanera, el grado de delegación de funciones y atribuciones por los Estados miembros es sensiblemente mayor que en las etapas más superficiales de integración, por lo que resulta inminentemente posible la creación de órganos de carácter supranacional que se encarguen de la formación progresiva del derecho comunitario, así como de un tribunal de justicia permanente.⁶³

Sin embargo, para otros autores, la creación de órganos supranacionales sólo se justificaría a partir de la existencia de un mercado común, mientras que las primeras etapas del proceso, incluyendo la unión aduanera, pueden alcanzarse mediante simples mecanismos de cooperación internacional.

⁵⁹ Al respecto, Cesare P.R. Romano afirma lo siguiente: “This contrasts with domestic legal Systems, which are typically based on the compulsory paradigm because power and legitimacy are concentrated in one single source: the sovereign (be that the people, the monarch, the party, or whomever)”. “The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent”, en *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 39, No. 4, New York, 2007, p. 797.

⁶⁰ <http://www.lexjuris.com/lexuscon.htm> (30/04/2011).

⁶¹ Ver los artículos 101 y 102 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

⁶² Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 125.

⁶³ *Ibid*, p. 127.

4. Las características de la supranacionalidad: Dos tipos de supranacionalidad

Sobre la presente discusión, Mariño Fages⁶⁴ plantea una interesante y didáctica solución, al identificar la existencia de dos tipos de “supranacionalidad”: a) plena o integral; y, b) limitada (orgánica y normativa).

Así, propone que a partir de una unión aduanera se instrumentalice una “supranacionalidad limitada”, es decir, que la toma de decisiones de los órganos (que pueden ser intergubernamentales) adoptadas por *mayorías* (sin posibilidad de veto) ingresen en forma inmediata, directa y prevalente en los ámbitos nacionales de los Estados miembros, generando así una normativa uniforme y de aplicación común, situación ésta que podría ir progresando hacia la supranacionalidad plena o integral, en la medida en que el proceso de integración se profundice.

4.1. La supranacionalidad plena o integral:

La supranacionalidad es la aptitud o la capacidad de un órgano internacional comunitario para tomar decisiones *erga omnes* que afecten las relaciones exteriores o asuntos internos del Estado sin el previo consentimiento de éste, por lo que dicho concepto incluye dos características *sine qua non*: i) un órgano comunitario que actúe según un interés comunitario y no según los intereses nacionales (resulta importante en este punto, que no respondan a instrucciones de los gobiernos partes); y, ii) competencia para expedir decisiones de aplicación inmediata, sin la necesidad de actos de recepción por parte de los Estados miembros. Al respecto, cabe señalar que ambas características son concurrentes a efectos de determinar la supranacionalidad plena o integral.⁶⁵

En esta línea, se encuentra Ruiz Días Labrano⁶⁶ -actual árbitro por Paraguay del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR-, quien plantea un triple enfoque para simplificar la comprensión del término: i) La expresión supranacionalidad en relación al *órgano*, refiriéndose a organismos supranacionales creados por tratados internacionales; ii) La expresión supranacionalidad como *orden jurídico*, refiriéndose al campo normativo sistematizado que se ubica sobre el orden jurídico nacional; y, iii) La

⁶⁴ Ibid, pp. 133-143.

⁶⁵ Ibid, p. 134.

⁶⁶ Ruiz Días Labrano, Roberto, “Diferencias institucionales en los distintos esquemas de integración”, en *Integración Eurolatinoamericana*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1996, p. 290.

expresión supranacionalidad en relación a la *norma* que cuenta con características propias (supremacía, efecto directo y aplicación inmediata).

En consecuencia, la supranacionalidad plena o integral tiene como fundamento la existencia de órganos independientes de los Estados partes con aptitud de dictar normas obligatorias, que deben ingresar en dichos Estados en forma inmediata, directa y prevalente.

Regresando a nuestra clasificación del proceso de integración según sus grados, podemos afirmar que, en las etapas avanzadas como el mercado común y la unión económica, para que funcione debidamente el bloque regional se requiere de la instrumentación de la supranacionalidad plena o integral. Sin embargo, respecto a la unión aduanera, la misma puede funcionar mediante órganos intergubernamentales o mediante la organización de un sistema supranacional pero “limitado”, como veremos a continuación.

4.2. La supremacía limitada o restringida:

Dentro de la supremacía limitada o restringida se distinguen claramente dos aspectos:

4.2.1. Supranacionalidad “limitada” orgánica:

Este supuesto se da cuando un órgano intergubernamental tiene la capacidad de generar normas válidas, con el simple voto de la *mayoría* de los miembros, sin que sean necesarios la unanimidad ni el consenso. Así, aun ante la existencia del veto de alguno de los miembros, se generará la norma válidamente.⁶⁷

⁶⁷ Edgar Camacho Omiste, “El marco constitucional y el principio de la supranacionalidad”, en *Integración y Supranacionalidad: Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina y Programas de Cooperación Andina a Bolivia PCAB, 2001, p. 112.

4.2.2. Supranacionalidad “limitada” normativa:

Este supuesto se da cuando las normas que emanan de un órgano intergubernamental tienen la aptitud de penetrar indefectiblemente en los ordenamientos jurídicos de los Estados partes en forma inmediata, directa y prevalente.⁶⁸

Sin embargo, la supranacionalidad limitada es sólo una, cuando concurren lo orgánico y lo normativo, y se podría dar cuando el plexo normativo del proceso de integración habilite a los órganos intergubernamentales a tomar decisiones por el voto mayoritario de los miembros y que tales decisiones gocen de supremacía, efecto directo y aplicación inmediata.

Es menester recalcar que la elección de un sistema intergubernamental o supranacional y, dentro de este último, pleno e integral o limitada orgánica y normativamente, depende en definitiva de la voluntad política de los Estados miembros.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que los rasgos intergubernamentales y los supranacionales pueden coexistir en el seno de una organización y que, de hecho, coexisten en la Unión Europea, paradigma de la integración supranacional,⁶⁹ como desarrollaremos en el capítulo II de esta tesis.

Finalmente, concuerdo plenamente con Mariño Fages, cuando determina, adicionalmente, que un elemento afianzador de la noción de supranacionalidad es la *coerción*, en la medida en que “para lograr la eficacia de las decisiones, se debe imponer algún tipo de sanción a los Estados infractores, yendo ello de la mano con la existencia de un órgano jurisdiccional permanente”.⁷⁰

En tal sentido, como señalamos en la introducción de la presente tesis, resulta imperativo proponer una modificación al actual sistema coercitivo de la CAN, a fin de introducir la posibilidad de que el TJCA sancione a los países miembros que incumplan una sentencia, mediante *multas coercitivas*,⁷¹ tal como ya sucede en la Unión Europea,⁷² siendo ambos bloques regionales seguidores de la corriente supranacional.

⁶⁸ Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 142.

⁶⁹ Ricardo Alonso García, *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, trabajo presentado al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina, p. 03.

⁷⁰ Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 140.

⁷¹ Patricia Plaza Ventura, op. cit, p. 228.

⁷² Patricia Plaza Ventura, op. cit, p. 109.

Por un lado, la Unión Europea mucho más avanzada y profunda, donde es el TJUE como órgano jurisdiccional supranacional quien decide por *motu proprio* la aplicación de la sanción obligando a todos los países miembros, manteniendo así, su total independencia institucional frente a ellos y escapando del control individual y, por tanto, soberano de los mismos.

Por otro lado, la Comunidad Andina que aún cuenta con un mecanismo de sanciones con visos de “intergubernamentalidad”, esto último, porque quien decide – individual y soberanamente- aplicar o no la sanción “autorizada” son -en última instancia- sólo los países miembros (y no el TJCA).

A continuación, en el Capítulo II se expondrán sistemáticamente los avances existentes en los sistemas de sanciones por incumplimiento en materia económica en el ámbito internacional en relación con los conceptos analizados de intergubernamentalidad y supranacionalidad.

CAPÍTULO II

Los sistemas de sanciones por incumplimiento en materia económica en el ámbito internacional: un estudio comparado.

1. La Organización Mundial de Comercio (OMC):

La OMC es la organización internacional que se ocupa de servir de foro para las negociaciones comerciales; resolver las diferencias comerciales; examinar las políticas comerciales nacionales; ayudar a los países en desarrollo con las cuestiones de política comercial, prestándoles asistencia técnica y organizando programas de formación; y administrar los acuerdos comerciales. Los pilares sobre los que descansa son los Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. El objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores, para llevar adelante sus actividades. Su sede se encuentra en Ginebra, Suiza; fue creada el 1º de enero de 1995 mediante las negociaciones de la Ronda Uruguay (1986-1994) y actualmente tiene en su seno 153 países miembros.⁷³

1.1. La intergubernamentalidad en la OMC:

El sistema OMC es de naturaleza mixta, ya que prevé medios políticos y mecanismos jurisdiccionales que se aplican de manera gradual. La primera etapa, se inicia mediante las *consultas*, que implican activar la vía político-diplomática.⁷⁴ Posteriormente, la conciliación, los buenos oficios y la mediación y, de no funcionar los mismos, se pasa al siguiente nivel de los “grupos especiales”, caracterizando todo ello rasgos netamente intergubernamentales al encarar el tema de la solución de diferencias.

En el proceso de solución de diferencias de la OMC participan las partes y los terceros, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), los grupos especiales, el Órgano

⁷³http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm (22/10/2010).

⁷⁴Karen Longaric Rodríguez, *Solución de controversias en la integración sudamericana*, La Paz, Fundación PIEB, 2008, p. 38.

de Apelación, la Secretaría de la OMC, los árbitros, expertos independientes y diversas otras instituciones especializadas. Entre los órganos de la OMC que participan en la solución de las diferencias cabe distinguir claramente una institución política, el OSD, y las instituciones independientes que son los grupos especiales, el Órgano de Apelación y los árbitros.

1.1.1. El Órgano de Solución de Diferencias (OSD):

El OSD se compone de representantes nacionales de todos los Estados miembros de la OMC que velan, por tanto, por sus propios intereses. Se trata de representantes de los gobiernos, en la mayoría de los casos delegados de categoría diplomática y que pertenecen a los ministerios de comercio o de asuntos exteriores de los Estados miembros. En su condición de “funcionarios gubernamentales”, reciben instrucciones de sus gobiernos sobre las posiciones que deben adoptar y las declaraciones que han de hacer. El OSD tiene facultades para velar por las consultas, la conciliación, los buenos oficios, la mediación; establecer grupos especiales; adoptar informes de los grupos y del Órgano de Apelación; vigilar la aplicación de las resoluciones y las recomendaciones; y autorizar la suspensión de las obligaciones en el marco de los Acuerdos OMC. Así, el OSD es responsable del paso de la diferencia a la etapa jurisdiccional (establecimiento de un grupo especial), de la adopción de la decisión vinculante acerca del caso (adopción de los informes), de la supervisión general de la aplicación de la resolución y de autorizar las medidas de retorsión cuando un Estado miembro no cumple con las resoluciones.⁷⁵

Por regla general, el OSD toma sus decisiones por consenso: se adopta una decisión por consenso cuando ningún Estado miembro presente se opone formalmente a ella. En consecuencia, una delegación que desee bloquear una decisión debe asistir a la reunión y seguir los debates con atención y, en el momento oportuno, pedir la palabra y expresar su oposición. De esta manera, todo Estado miembro que proceda de este modo, aunque no sea secundado, puede impedir que se adopte una decisión.⁷⁶

⁷⁵ Irene Blázquez Navarro, *Integración europea y diferencias comerciales en la OMC*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 48-51.

⁷⁶ Ver los artículos del 1 al 3 del “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias”.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm (22/10/2010).

No obstante, cuando el OSD establece grupos especiales, adopta los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación o autoriza la retorsión,⁷⁷ la decisión se considera adoptada salvo que haya consenso en contra. Este procedimiento especial de adopción de decisiones suele denominarse consenso “negativo” o “en contrario”. En las tres importantes etapas mencionadas del proceso de solución de diferencias (establecimiento, adopción y retorsión) el OSD decide automáticamente la adopción de una medida salvo que haya un consenso en contra. Esto significa que un solo Estado miembro puede impedir este consenso en contrario, es decir, evitar que se bloquee la decisión que va a tomarse; para ello sólo tendrá que insistir en que se apruebe la decisión.⁷⁸

En consecuencia, el OSD al estar compuesto por representantes nacionales de todos los Estados miembros de la OMC y tomar sus decisiones generalmente por consenso, se constituye en un órgano netamente intergubernamental.

1.1.2. Los grupos especiales:

Los grupos especiales son órganos encargados de resolver, en primera instancia, las diferencias entre los Estados miembros de la OMC. Generalmente, se componen de tres expertos y, en casos excepcionales, de cinco seleccionados específicamente para cada caso, por lo que en la OMC no existe ningún grupo especial que sea permanente. De esta manera, no existe una continuidad institucional en cuanto a la composición de los diferentes grupos especiales. Cabe resaltar que la persona designada para formar parte de un grupo especial presta sus servicios independientemente y a título individual, y no como representante de un gobierno o de una organización. El grupo especial conformado para una diferencia debe examinar los aspectos de hecho y de derecho del caso y presentar un informe al OSD en el que exponga su conclusión sobre las alegaciones del reclamante y la compatibilidad de las medidas o acciones impugnadas con la OMC. Si el grupo especial llegare a la conclusión de que las reclamaciones están bien fundadas y un Estado miembro de la OMC ha incumplido sus obligaciones, hace una *recomendación*.⁷⁹

⁷⁷*Retorsión*: Es la forma más moderada de autotutela. Consiste, en general, en un acto lícito pero poco amistoso, que se contesta con otro acto de la misma categoría. Ejemplos de retorsión los tenemos en la publicidad del hecho ilícito para movilizar la opinión pública, la ruptura de relaciones diplomáticas, la imposición de restricciones en los visados de entrada, etcétera. Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Aguilar, 1982, pp. 400 y 401.

⁷⁸http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/c3s1p1_s.htm (28/10/2010).

⁷⁹Ver los artículos del 6 al 8 del “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se

En consecuencia, el hecho que los grupos especiales sólo emitan “informes o recomendaciones” determina que las mismas no son vinculantes ni mucho menos gozan de los principios de supremacía, efecto directo y aplicación inmediata.

1.1.3. El Órgano de Apelación:

A diferencia de los grupos especiales, el Órgano de Apelación es un órgano permanente, compuesto por siete (07) miembros, que se ocupa de examinar los aspectos jurídicos de los informes emitidos por los grupos especiales, que son la primera instancia. De esa forma, el Órgano de Apelación es la segunda instancia (final) de la etapa jurisdiccional. El examen en apelación que realiza el Órgano de Apelación permite corregir los posibles errores jurídicos de los grupos especiales. Con ello, el Órgano de Apelación hace más coherentes las decisiones, conforme con el objetivo básico del sistema de solución de diferencias de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Cuando una parte interpone una apelación contra un informe de un grupo especial, el Órgano de Apelación examina los aspectos jurídicos de la impugnación y puede confirmar, modificar o revocar las constataciones del grupo especial. Asimismo, no dicta una sentencia sino que se limita a presentar un informe con *recomendaciones* a la OSD, a fin de que sean adoptadas por éste. Esto quiere decir que las recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelaciones requieren ser validadas por el órgano político (OSD) para que adquieran fuerza obligatoria.⁸⁰

El OSD designa a los miembros del Órgano de Apelación por consenso, por un período de cuatro años, y puede renovar una vez el mandato de cada uno de ellos. Los miembros del Órgano de Apelación han de ser personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general, y no han de estar vinculados a ningún gobierno. Los integrantes del Órgano de Apelación han de ser representativos, en términos generales, de la composición de la OMC, aunque no actúan como representantes de sus países sino que representan a la OMC como tal.⁸¹

En consecuencia, el Órgano de Apelación al no dictar una sentencia propiamente dicha sino un mero informe con *recomendaciones* a la OSD y, además, al necesitar las mismas ser validadas por el OSD para que recién adquieran fuerza obligatoria,

Rige la Solución de diferencias”.Karen Longaric Rodríguez, *Solución de controversias en la integración sudamericana*, La Paz, Fundación PIEB, 2008, p. 39.

⁸⁰Ibid, p. 39.

⁸¹Ver el artículo del 17 del “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias”.

determina que el Órgano de Apelación se constituya en un órgano que carece de total supranacionalidad.

1.1.4. Los árbitros:

Además de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, es posible recurrir a árbitros, a título individual o en grupos, para que resuelvan ciertas cuestiones en varias etapas del proceso de solución de diferencias. El arbitraje es un medio de solución de diferencias alternativo a los grupos especiales y al Órgano de Apelación. En esos casos, los laudos arbitrales no son objeto de apelación, y pueden hacerse cumplir por conducto del OSD.⁸²

1.2. El sistema de sanciones en la OMC:

Las reglas del Derecho internacional económico pertenecen a la categoría de reglas de Derecho internacional basadas en la reciprocidad, que determinan comportamientos estatales basados en criterios de beneficio recíproco. En el sistema de sanciones de la OMC se pueden dar las siguientes tres medidas: “compensaciones” o “suspensiones de concesiones”, como formas simbólicas de sanción, y suspensiones de “otras obligaciones”.⁸³

En tal sentido, la parte afectada podrá solicitar autorización al OSD para aplicar medidas de represalia o retorsión que pueden ser de tres tipos:⁸⁴

- Represalia paralela.- Se suspenden concesiones del mismo sector afectado.
- Represalia en sectores cruzados.- Cuando la primera opción no fuera efectiva se puede buscar la aplicación de represalias en otro sector.
- Represalia en acuerdos cruzados.- Cuando las dos opciones anteriores no fueran efectivas, se puede buscar la aplicación de represalias bajo otro Acuerdo OMC.

Este mecanismo tiene como objetivo obtener una pronta cesación de la infracción, más que determinar “quién tiene la culpa o razón”: No se sanciona *por* la conducta estatal realizada, se sanciona *para* que se abandone y *hasta* que se abandone dicha conducta, ya que la sanción es retirada en el momento en que se modifica la conducta contraria al derecho OMC. Así, el sistema OMC emplea *sanciones en especie* como una forma de “ley del talión”, buscando en definitiva una restitución *de una*

⁸²Ver el artículo 25 del “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias”.

⁸³Ver el artículo 22 del “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias”.

⁸⁴Karen Longaric Rodríguez, *Solución de controversias en la integración sudamericana*, La Paz, Fundación PIEB, 2008, p. 40.

naturaleza diferente: la restitución del *status quo inter pares*.⁸⁵ En conclusión, lo que el Estado infractor gana por un lado, lo pierde por otro.

Asimismo, la suspensión no tiene carácter multilateral y se efectúa únicamente entre los Estados demandante y demandado, limitándose la OMC a autorizar la sanción de forma colectiva, a través del OSD, pero no la aplica (no existe sanción colectiva como sucede en la CAN). Así, en el seno de la OMC se autoriza una “retorsión individual, institucionalizada y temporal que permite la suspensión de concesiones u otras obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados”.⁸⁶

Sin embargo, existen dos problemas importantes en el sistema de sanciones de la OMC, compartidos también por el sistema de sanciones de la CAN, como veremos más adelante.

En primer lugar, cabe señalar que la suspensión de concesiones resulta ser una “bomba de tiempo” para la OMC, ya que golpea los pilares sobre los que se erige el propio sistema: la liberalización del comercio. Por definición, suspender concesiones en las relaciones bilaterales entre Estados miembros reduce el comercio internacional, por lo que cierta posición de la doctrina señala que, “no hay duda que una aproximación sancionatoria como la actual puede erosionar los compromisos materiales y de acceso a mercado obtenidos en décadas de negociaciones comerciales. (...) Imponer sanciones comerciales es, por lo general, *como pegarse un tiro al pie*: en una economía global, tanto los consumidores como las industrias que emplean las importaciones sancionadas se ven afectadas adversamente”.⁸⁷

En segundo lugar, la suspensión de concesiones afecta a particulares que no tienen responsabilidad alguna en el incumplimiento. Por ello, instrumentalizar las transacciones privadas para sancionar comportamientos públicos ilegales (comportamientos estatales ilegales) es contrario a cualquier criterio básico de *justicia* que se decida aplicar,⁸⁸ encontrándose los particulares cautivos del juego de poder estatal por partida doble: por un lado, se les ha denegado la posibilidad de hacer efectivo

⁸⁵Pablo Zapatero, “Libre comercio y sanciones multilaterales”, en *Anuario español de Derecho Internacional N° 24*, 2008, p. 307.

⁸⁶ Valentín Bou Franch, “El mecanismo de solución de diferencias en la Organización Mundial de Comercio”, en *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, España, Tirant lo Blanch, 2005, p. 323.

⁸⁷Pablo Zapatero, “Libre comercio y sanciones multilaterales”, p. 312.

⁸⁸En el caso *Bananas* en contra de la Unión Europea, los exportadores europeos de muy diversos productos (que nada tenían que ver con el plátano) intensificaron sus presiones sobre el ejecutivo comunitario tras la autorización final de la suspensión por parte del OSD, alegando, de forma razonable, que “se veían seriamente afectados por un incumplimiento comunitario del que no eran responsables”.

el derecho de la OMC en los sistemas judiciales internos (falta de efecto directo) y, por otro, se les sanciona de forma aleatoria cuando los Estados incumplen este derecho. Así, resulta además evidente que la elección de las aéreas afectadas es a menudo una “decisión estratégica”, basada en valoraciones sobre la mayor o menor capacidad de presión política interna de tales empresas sobre el Estado infractor (capacidad de lobby).⁸⁹

Finalmente, cabe reiterar que las medidas autorizadas por el OSD son las clásicas del Derecho internacional público siendo, por tanto, totalmente de índole intergubernamental, ya que dejan a la discrecionalidad del Estado miembro el aplicar o no las medidas autorizadas, dependiendo “los efectos de lo decidido”, en última instancia, del Estado miembro. En tal sentido, el sistema de sanciones de la OMC se encuentra más cerca de lo político-intergubernamental que de lo jurisdiccional, pues no existe en él independencia institucional del OSD respecto de los Estados miembros ya que, después de todo, siempre habrá cabida para un cierto control individual y soberano por parte de los Estados miembros, basado en la toma de decisiones por consenso.

1.3. Algunas consideraciones:

Al surgir una controversia dentro de la OMC, en caso de que un Estado no acatase las *recomendaciones* emitidas por el panel, éste puede llegar a conceder la suspensión de concesiones a favor del Estado vulnerado en contra del Estado considerado infractor, con el objeto de presionar a este segundo Estado para que revierta su política, a fin de que se encuentre nuevamente acorde con la normativa y los Acuerdos OMC. Sin embargo, será discrecional por parte del Estado miembro el suspender o no las concesiones autorizadas (o el cumplir o no las *recomendaciones*), situación que ha acarreado problemas importantes en la práctica, tal como sucede también en la Comunidad Andina, al no aplicar el país miembro beneficiado la sanción autorizada por el TJCA.⁹⁰

Así, en el emblemático caso del *Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*,⁹¹ en donde la República del Ecuador solicitó la revisión de la política arancelaria en torno al banano por parte de la Unión Europea, el Órgano de Solución de

⁸⁹Ibid, p. 314.

⁹⁰Karen Longaric Rodríguez, *Solución de controversias en la integración sudamericana*, La Paz, Fundación PIEB, 2008, p. 39.

⁹¹*SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: DIFERENCIA DS27. Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos.* http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds27_s.htm (01/11/2010).

Diferencias (OSD) emitió un dictamen que autorizó suspender concesiones u otras obligaciones por un valor no superior a \$ 201,6 millones de dólares anuales respecto de la Unión Europea, ya que el nivel de anulación y menoscabo sufridos por el Ecuador se elevaba a dicho monto.

Asimismo, en el caso *Bombardier vs. Embraer*,⁹² en agosto del año 2000, se autorizó a favor de Canadá la imposición de sanciones por el monto de \$ 344 millones de dólares anuales en contra de Brasil y, además, en diciembre del mismo año, a aplicarle contramedidas como reparación por un monto de \$2.1 billones de dólares (el monto más alto en la historia de la OMC), a razón de los subsidios ilegales otorgados por el “Programa de Financiamiento a las Exportaciones Brasileñas” (PROEX).

En los dos casos arriba mencionados, los países beneficiados nunca aplicaron dichas autorizaciones, o bien por razones políticas o bien por su propia conveniencia, asimilando dichas sanciones con las clásicas del Derecho internacional público, tales como las medidas de retorsión, las represalias⁹³ y las sanciones económicas, entre otras.⁹⁴

⁹² Materiales de enseñanza de la profesora Marie-France Paquet, University of Ottawa, p. 12. http://www.wto.org/spanish/news_s/news01_s/dsb_1feb01_s.htm (01/11/2010).

⁹³ *Represalias*: Actos que serían normalmente ilícitos pero que resultan conformes a derecho por la comisión de un acto ilícito anterior por el Estado contra el que las represalias van dirigidas. La licitud de las medidas de represalias supone la existencia previa de un *ilícito internacional* atribuible al Estado contra el que las represalias van dirigidas, de una parte, y de otra, una cierta proporcionalidad entre el ilícito y la represalia.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, 1969, p. 212.

⁹⁴ Entre otras modalidades de autotutela en el Derecho Internacional Público tenemos la legítima defensa y la autoprotección o autotutela.

La legítima defensa: Los Estados utilizan la fuerza para repeler una agresión producida por otro Estado. Con la firma de la Carta de las Naciones Unidas, el uso de la fuerza queda prohibido para los Estados, prohibición puntualmente establecida en el artículo 2 (Principios de Naciones Unidas) inc. 4 de la Carta, donde postula: “*Los Miembros de la Organización es sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de la Naciones Unidas*”. La excepción se presenta en el artículo 51 de la misma Carta, que dice: “*Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*”.

La autoprotección o autotutela: Las medidas de autotutela se plantean de una manera inevitable en una sociedad como la internacional, formada por Estados soberanos iguales en la que no existe ningún órgano superior que pueda asegurar coactivamente la aplicación del derecho internacional. En este medio descentralizado los Estados se ven a menudo abocados al establecimiento de medidas unilaterales de reacción frente a la comisión de actos ilícitos o lesivos por parte de otros Estados. Todos ellos son manifestaciones de la autotutela o la autoprotección por el Estado del propio derecho, por lo que constituye una reacción jurídica legítima frente a la previa vulneración por otros sujetos del derecho internacional.

En consecuencia, el sistema de la OMC tiene naturaleza intergubernamental, ya que las decisiones en el OSD son tomadas por consenso y mediante *recomendaciones*, así como también por el hecho de que los Estados deben incorporar los Acuerdos OMC a sus ordenamientos jurídicos para su validez. Resulta redundante afirmar, por tanto, que dichos acuerdos no gozan de los principios de la supremacía, efecto directo y aplicación inmediata de las normas. El sistema jurídico institucional de la OMC, en consecuencia, es de naturaleza intergubernamental, basado en la cooperación interestatal sin transferencia o limitación alguna de soberanía. Los órganos de la OMC están integrados, por lo demás, por representantes oficiales de los Estados, a través de los cuales los Estados prestan su consentimiento soberano en cada caso.

2. El Mercado Común del Sur (MERCOSUR):

La República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay suscribieron el 26 de marzo de 1991 el Tratado de Asunción con el objeto de crear el Mercado Común del Sur, MERCOSUR.

El objetivo primordial del Tratado de Asunción⁹⁵ es la integración de los cuatro Estados Partes a través de la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, el establecimiento de un Arancel Externo Común (AEC), la adopción de una política comercial común, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, y la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes.⁹⁶

En este contexto, Brasil tuvo fines fundamentalmente políticos a fin de fortalecer su acercamiento a Sudamérica y obtener una mayor autonomía respecto de los Estados Unidos de América, logrando asentarse de esa forma en el ámbito geográfico sudamericano. Argentina logró minimizar cualquier posibilidad de conflicto con Brasil. Uruguay y Paraguay, por su lado, no les cabía otra opción que incorporarse a la marcha del proceso de integración, al ser países pequeños que dependen económicamente, justamente de Argentina y Brasil, sus vecinos mayores.

El 4 de julio de 2006 se suscribió un Protocolo de Adhesión mediante el cual Venezuela se constituyó como Estado Parte. No obstante, este instrumento de adhesión aún no ha entrado en vigor debido a que hasta la fecha no ha sido ratificado por todos

⁹⁵ Ver artículo 1 del Tratado de Asunción.

⁹⁶http://www.mercosur.org.uy/t_generic.jsp?contentid=655&site=1&channel=secretaria&seccion=2 (22/10/2010).

los parlamentos de los firmantes, por lo que su vinculación legal al bloque sigue siendo como Estado Asociado. El Senado de Brasil aprobó dicho ingreso en diciembre de 2009, faltando solo la aprobación del parlamento de Paraguay. El congreso paraguayo ha alegado falta de democracia en Venezuela como impedimento para su incorporación. Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú también tienen estatus de Estado asociado.⁹⁷

En el ámbito de la solución de controversias, en diciembre de 1991 se aprobó el Protocolo de Brasilia y, en 1994 mediante el Protocolo de Ouro Preto (POP) se hizo algo más, ya que se estableció un procedimiento de reclamaciones tanto de los gobiernos como del sector privado ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR. Este mecanismo no constituye una “primera instancia” antes de utilizar el Protocolo de Brasilia, sino que son procedimientos independientes, si bien ambos pueden desembocar en el mismo arbitraje.

El *Protocolo de Brasilia* establece dos procedimientos, uno para dirimir controversias entre los Estados partes y el otro iniciado a instancia de particulares. La materia objeto del procedimiento entre Estados es la interpretación, la aplicación o el incumplimiento de la normativa del MERCOSUR que un país imputa a otro. De no llegar a un acuerdo, el trámite puede abarcar tres etapas: 1) negociaciones directas entre las partes, 2) intervención del Grupo Mercado Común (GMC); y, 3) arbitraje. El procedimiento iniciado a instancia privada opera contra medidas legales o administrativas que tome un Estado parte en violación de la normativa MERCOSUR que generen discriminaciones y restricciones que causen perjuicio al particular. La sección nacional del GMC que recibe la queja deberá evaluar si tiene fundamento; en este caso, se negociará con la sección nacional del Estado reclamado, o bien se llevará el problema directamente al GMC cuatripartito. Cuando no se encuentre una solución, se solicitará opinión a un grupo de expertos, y cuando esto último tampoco funcione, se acudirá finalmente al arbitraje.

Posteriormente, el *Protocolo de Ouro Preto* reguló un procedimiento de reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM). El trámite es el mismo, ya sea que lo inicie un Estado parte de oficio o a instancia de un particular, lo que lo diferencia de los procedimientos de Brasilia.⁹⁸ De no haber solución en una reunión, la reclamación que se realiza mediante la CCM, pasa sin mayor trámite a un

⁹⁷Al respecto, cabe señalar que los Estados miembros de la CAN y del MERCOSUR son Estados asociados mutuamente.

⁹⁸Ricardo Xavier Basaldúa, *MERCOSUR y Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 563-567.

comité técnico, el cual a través de dictamen o informe devuelve la reclamación al CCM. Si tampoco se encuentra solución en esta segunda ocasión, se eleva el caso para que sea tratado por el GMC; y de no encontrarse solución en el GMC, queda expedito el arbitraje según el *Protocolo de Brasilia*.

Existe la creencia de que este procedimiento opera más rápidamente y es más simple que el de controversias del Protocolo de Brasilia, pero en la práctica no ha resultado así por diversos motivos, principalmente porque se conceden prórrogas, y además, porque el Comité Técnico que actúa no debe estar conformado por especialistas de una lista pre-establecida, situación que sí ocurre con los expertos del sistema de Brasilia, además que las reclamaciones ante la CCM tienen características de conciliación.⁹⁹

2.1. La supranacionalidad (o la intergubernamentalidad) en la perspectiva del MERCOSUR:

Existen grandes dificultades en el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR, como lo ha señalado Susana Czar de Zalduendo cuando menciona que: “Principalmente, prevalece la idea de que utilizar los medios controversiales perjudica la relación de socios y el vínculo entre ellos; existe una inclinación por las soluciones políticas; no existe verdadera valoración de la neutralidad; y el funcionamiento del sistema carece de reglamentación para ajustar plazos, selección de expertos y árbitros”.¹⁰⁰ Al respecto, cabe señalar que el problema de los elementos jurídico-institucionales de la organización del MERCOSUR no radica en la estructura o el ordenamiento que tiene, sino en su inadecuada utilización.

En el MERCOSUR no se han instrumentado hasta el momento ninguna de las dos formas de supranacionalidad (integral o limitada), a pesar de que se le ha impreso al proceso integrador subregional, desde su mismo origen, la búsqueda de un “Mercado Común”, como su mismo nombre lo indica, el cual es uno de los tipos de procesos de integración regional llamados “profundos” y que, según la teoría de los procesos de integración económica,¹⁰¹ ameritaría contemplar alguna forma de “supranacionalidad”

⁹⁹Susana Czar de Zalduendo, “Las instituciones de la integración: MERCOSUR”, en *La integración regional y las experiencias latinoamericanas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), 2008, pp. 211-228.

¹⁰⁰Ibid.

¹⁰¹Ibid.

en virtud de las necesidades de coordinación de las políticas entre los Estados miembros.

Al respecto, pasaremos a analizar algunas de las características de los órganos del MERCOSUR:

2.1.1. El Consejo del Mercado Común:

Se encuentra compuesto por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los cuatro Estados miembros, es el órgano superior de conducción política del MERCOSUR y hay períodos en los cuales deben sesionar con la presencia de los Presidentes de los Estados miembros. Entre sus tareas se encuentran determinar las políticas fundamentales y promover las acciones necesarias para conformar el mercado común, ostentando la titularidad de la organización internacional y manifestándose a través de “decisiones obligatorias”.

Así, dicho órgano se encuentra compuesto por los representantes nacionales de los Estados miembros y, además, requiere de un acuerdo producido por el consentimiento de todos los miembros, por lo que se trata de un órgano intergubernamental neto.

2.1.2. El Grupo del Mercado Común:

Es el órgano ejecutivo del MERCOSUR y está conformado por representantes de los Estados miembros. La forma de adoptar decisiones es por medio de resoluciones que son obligatorias para los Estados miembros. En el artículo 2 del POP se señala expresamente que el Grupo Mercado Común tiene naturaleza intergubernamental, ya que son los Estados partes los que eligen a sus representantes y cumplen sus instrucciones nacionales, siendo funcionarios vinculados directamente a los sistemas de adopciones de decisiones ejecutivas de sus gobiernos respectivos careciendo, por ende, de total autonomía.

2.1.3. La Comisión de Comercio:

Se creó mediante el Protocolo de Ouro Preto como el órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, con la finalidad de velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el intra-

MERCOSUR y con terceros países (artículo 16 del POP).¹⁰² Este órgano se pronuncia a través de directivas, que además son obligatorias para los Estados partes, y propuestas, que son proyectos o iniciativas sobre materias a que se refieren los incisos IV, VII y VIII del artículo 19 del POP, no cuentan con efectos vinculantes y se deben elevar al Grupo Mercado Común para su consideración.¹⁰³ Asimismo, la Comisión de Comercio creó diez Comités Técnicos, con la intención de dividir su tarea, encargando a cada uno de ellos determinadas funciones, convirtiéndolo –en los hechos- en el verdadero motor del MERCOSUR. También en el artículo 2 del POP se señala expresamente que la Comisión de Comercio tiene naturaleza intergubernamental, ya que son los Estados partes los que eligen a sus representantes y cumplen sus instrucciones nacionales.

2.1.4. La Comisión Parlamentaria Conjunta:

Esta Comisión adquiere mediante el POP el rango de órgano representativo de los Parlamentos de los Estados partes (artículo 22 del POP), debiendo ser sus integrantes designados por los respectivos Parlamentos nacionales de acuerdo con sus procedimientos internos (artículos 23 y 24 del POP) y no mediante sufragio directo como sucede en la CAN. Su objetivo es procurar acelerar la incorporación de las

¹⁰²Artículo 16.- “A la Comisión de Comercio del Mercosur, órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, compete velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-Mercosur y con terceros países”.

¹⁰³ Artículo 19.- Son funciones y atribuciones de la Comisión de Comercio del Mercosur:

- I- Velar por la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial intra-Mercosur y con terceros países, organismos internacionales y acuerdos de comercio;
- II- Considerar y pronunciarse sobre las solicitudes presentadas por los Estados Partes con respecto a la aplicación y al cumplimiento del arancel externo común y de los demás instrumentos de política comercial común;
- III- Efectuar el seguimiento de la aplicación de los instrumentos de política comercial común en los Estados Partes;
- IV- Analizar la evolución de los instrumentos de política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera y formular Propuestas a este respecto al Grupo Mercado Común ;
- V- Tomar las decisiones vinculadas a la administración y a la aplicación del arancel externo común y de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes.
- VI- Informar al Grupo Mercado Común sobre la evolución y la aplicación de los instrumentos de política comercial común, sobre la tramitación de las solicitudes recibidas y sobre las decisiones adoptadas respecto de las mismas;
- VII- Proponer al Grupo Mercado Común nuevas normas o modificaciones de las normas existentes en materia comercial y aduanera del Mercosur;
- VIII- Proponer la revisión de las alícuotas arancelarias de ítem específicos del arancel externo común, inclusive para contemplar casos referentes a nuevas actividades productivas en el ámbito del Mercosur;
- IX- Establecer los comités técnicos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones así como dirigir y supervisar las actividades de los mismos;
- X- Desempeñar las tareas vinculadas a la política comercial común que le solicite el Grupo Mercado Común;
- XI- Adoptar el Reglamento Interno, que someterá al Grupo Mercado Común para su homologación”.

normas derivadas del MERCOSUR, como ayudar en la armonización de las legislaciones nacionales (artículo 25 del POP). Sin embargo, no cuenta con facultades decisorias ni legislativas, sino que sólo puede dictar recomendaciones al Consejo del Mercado Común, por intermedio del Grupo Mercado Común (artículos 26 y 27 del POP). La creación de este órgano nos da el mensaje inequívoco de que el MERCOSUR no es tan solo un organismo económico comercial, sino que también tiene como objetivo un contenido político democrático y social mucho más profundo, que lo diferencia de otros procesos de integración como el NAFTA.¹⁰⁴

En consecuencia, esta comisión se encuentra representada por delegados de los Congresos Nacionales no siendo, por tanto, una instancia de naturaleza comunitaria, ya que no existe una elección directa de sus miembros por los respectivos pueblos de los países del Mercosur. Además, dicha comisión sólo cuenta con funciones de “recomendación” con fines deliberativos no decisorios, por lo que carece absolutamente de supranacionalidad.

2.1.5. El Foro Consultivo Económico Social:

Es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales con funciones meramente consultivas que se manifiestan a través de *Recomendaciones*. En este espacio los diversos actores sociales privados tienen la posibilidad de expresarse acerca del mejor funcionamiento y desenvolvimiento de la marcha del MERCOSUR, por lo que es considerado el órgano más innovador dentro de la estructura orgánica del MERCOSUR, ya que llena un vacío orgánico no contemplado en el inicial Tratado de Asunción, permitiendo la participación directa de los distintos sectores del quehacer privado. Al respecto, Laredo ha señalado con gran tino que: “No hay proceso de integración de mediano y largo plazo, que tenga aspiraciones de mejorar los niveles, la calidad de vida y la presencia de nuestros países en el escenario mundial, si no cuenta con una amplia participación social. Participación ésta que debe involucrar no

¹⁰⁴ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (conocido también como NAFTA, siglas en inglés de North American Free Trade Agreement) es un bloque comercial de ámbito regional, lo conforman Estados Unidos, Canadá y México que fue creado por el presidente en el aquel entonces de México, Carlos Salinas de Gortari que entró en vigor el 1 de enero de 1994 y establece una zona de libre comercio. A diferencia de tratados o convenios similares (como el de la Unión Europea), no determina organismos centrales de coordinación política o social. Existe sólo una secretaría para administrar, y tres secciones: la sección canadiense, ubicada en Ottawa; la sección mexicana, ubicada en la Ciudad de México, y la sección estadounidense, ubicada en Washington, DC. http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Libre_Comercio_de_Am%C3%A9rica_del_Norte (30/04/2011).

solamente a los integradores, que son algunos, sino a los integrados, que somos todos los miembros de la sociedad“.¹⁰⁵

2.1.6. La Secretaría Administrativa:

Es el órgano de apoyo operativo y tiene como función prestar servicios logísticos administrativos a todos los otros órganos del MERCOSUR (artículos 31 y 32 del POP). Es el único órgano –aparte del Tribunal Permanente de Revisión (TPR)-¹⁰⁶ que tiene una sede fija, en la ciudad de Montevideo, Uruguay. Está a cargo de un Director, elegido por el Grupo Mercado Común en forma rotativa, previa consulta de los Estados partes. Su designación está a cargo del Consejo. Tendrá un mandato de dos años, estando prohibida su reelección. La Secretaría tiene, entre otras, las siguientes funciones: el archivo de toda la documentación referida al MERCOSUR; la circulación de información por todos los países miembros; editar el Boletín Oficial del Mercosur en español y portugués; informar regularmente a los Estados partes sobre las medidas implementadas en cada país, entre otros.

2.1.7. El Tribunal Permanente de Revisión (TPR):

El 18 de febrero de 2002, mediante la firma del Protocolo de Olivos (PO), se modificó la estructura para la solución de controversias del MERCOSUR y se perfeccionó el sistema vigente. Se creó una instancia permanente, el Tribunal Permanente de Revisión (TPR), para garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración, que puede conocer en primera y única instancia o bien como tribunal de alzada, a pedido de un Estado Parte involucrado en una controversia respecto de la aplicación del derecho en un pronunciamiento anterior de un tribunal ad hoc. Finalmente, se sumó también a ese cambio la posibilidad de acudir al TPR para solicitar Opiniones Consultivas (artículo 3 del PO).

Al respecto, los datos revelan que se ha hecho un uso escaso del mecanismo arbitral para la solución de las controversias en el MERCOSUR. En efecto, hasta octubre del presente año 2010 se habían pronunciado únicamente diecisiete (17) laudos arbitrales -

¹⁰⁵Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 234.

¹⁰⁶La sede del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) se encuentra en la ciudad de Asunción, Paraguay.

doce (12) por los tribunales *ad hoc* y sólo cinco (05) por el TPR- y tres opiniones consultivas por el TPR.¹⁰⁷

2.2. El sistema de sanciones en el MERCOSUR:

De los diecisiete (17) laudos arbitrales pronunciados en el ámbito del MERCOSUR –doce (12) por los tribunales *ad hoc* y sólo cinco (05) por el TPR-, cabe resaltar que sólo dos (02) laudos -del TPR- se han referido al tema general de las sanciones al país infractor, pero no en los términos de “sanciones” sino en términos de “medidas compensatorias”.

Así, en el Laudo N° 1-2007, el TPR decidió lo siguiente: “Por mayoría, determinar que la *medida compensatoria* contenida en el Decreto N° 142/007 de 17 de abril de 2007, emitido por la República Oriental del Uruguay es proporcional y no excesiva en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo N° 1-2005 dictado por este Tribunal el 20 de diciembre de 2005, conforme a la normativa aplicable”.

Finalmente, como segunda y última referencia encontrada, tenemos lo señalado por el TPR en el Laudo N° 1-2008: “Por mayoría, determinar que (...) la República Oriental del Uruguay tiene derecho a mantener las *medidas compensatorias* hasta tanto se dé cumplimiento al mencionado laudo”.

En el ámbito del MERCOSUR, se atribuye una potestad al Estado perjudicado para aplicar, por propia iniciativa y por un período de tiempo determinado, una o varias “medidas compensatorias” sobre el Estado infractor, medidas cuya proporcionalidad quedaría sometida al control *ex post* del TPR. De esta manera, cada país en el MERCOSUR sanciona a su manera, y no sucede como en la CAN, donde algunos países afectados, que se encuentran a la espera de la autorización de sanciones por parte del TJCA, se quejan de que las sanciones “no son suficientes”.

Así, en el Proceso 118-AI-2003, el TJCA determinó el “incumplimiento continuado” de la República de Colombia al restringir indebidamente el comercio de arroz en la subregión andina. En el primer sumario por desacato a la sentencia, el TJCA autorizó a los demás países miembros elegir 5 productos y agregarles el 5% de gravamen adicional.

¹⁰⁷http://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_laudos_br.htm (01/11/2010).
http://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_opiniones.htm (01/11/2010).

Posteriormente, Colombia cumplió la sentencia, sin embargo, años después volvió a incumplirla, por lo que el TJCA abrió un segundo sumario por incumplimiento de sentencia, autorizándose esta vez la elección de 5 productos pero del sector agrícola y el 5% de gravamen adicional. Ante ello, la República del Perú señaló que dichas sanciones no eran suficientes y que, por tanto, se encontraba en contra de limitar las sanciones al “sector agrícola”.

2.3. Algunas consideraciones:

Luego de analizar los inicios del MERCOSUR, desde el Tratado de Asunción de 1991 hasta el Protocolo de Ouro Preto, fácilmente se puede concluir que el MERCOSUR no cuenta con órganos supranacionales. Ninguno de sus órganos contempla hasta la fecha la menor posibilidad de supranacionalidad, al ser todos ellos sustancialmente intergubernamentales y estar conformados por representantes nacionales de los Estados miembros, debiendo sus decisiones, resoluciones y directivas adoptarse todas únicamente por consenso y no tener la habilitación para incorporarse en forma inmediata, directa ni prevalente, en los Estados partes.¹⁰⁸

En el artículo 2 del POP se señala expresamente que el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio tienen naturaleza intergubernamental, ya que son los Estados partes los que eligen a sus representantes y cumplen sus instrucciones nacionales, siendo funcionarios vinculados directamente a los sistemas de adopciones de decisiones ejecutivas de sus gobiernos respectivos careciendo, por ende, de total autonomía.

Asimismo, cabe resaltar que a pesar de la “obligatoriedad” de las Decisiones, Resoluciones y Directivas, éstas carecen de supremacía, efecto directo y aplicación inmediata, ya que siempre necesitan del filtro de los parlamentos nacionales de los Estados partes. Así, los Estados deben tomar las medidas indispensables para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicar las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR. En tal sentido, las disposiciones de derecho primario y secundario del MERCOSUR no entran en forma automática en los sistemas nacionales, por lo que no son de efecto directo para las personas físicas y jurídicas y menos aún tienen prevalencia sobre las normas internas, agudizando ello el problema de

¹⁰⁸Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 286.

que una norma, incorporada al derecho nacional de un Estado Parte y vigente en ese Estado, no sea aplicable en otro que no la haya incorporado todavía.

Hay cierta doctrina demasiado optimista al respecto y que ha llegado a señalar que existe “un germen de supranacionalidad” en dicho proceso de integración.¹⁰⁹ Al respecto, cabe aclarar que la atribución de negociar y firmar acuerdos a título de MERCOSUR con terceros países u organismos internacionales, no denota tampoco ningún viso de supranacionalidad, ya que de todas formas deberán pasar por los filtros de los parlamentos nacionales, así como no compromete la naturaleza estrictamente intergubernamental del MERCOSUR.

En mi opinión, tanto el derecho primario como el secundario del MERCOSUR no consiste en normas comunitarias, sino de Derecho internacional público, ya que necesitan siempre de una previa aprobación para poder ingresar al derecho nacional de los Estados partes. Al respecto, es clarificador observar que hasta el año 1999, Argentina sólo había incorporado a su derecho interno el 68% de tales normativas, mientras que Brasil sólo lo había hecho en un 24%.¹¹⁰ Actualmente, las normas del MERCOSUR se encuentran vigentes en los cuatro países miembros de la siguiente manera: el 71% de las Decisiones, el 78% de las Resoluciones y el 74% de las directivas del Mercosur.¹¹¹

Hay cierta posición de la doctrina que señala que el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR tendría “visos de supranacionalidad”:

“El Tribunal formalmente es un órgano arbitral que, informalmente, supera dicha definición. En efecto, las decisiones que han sido dictadas por el Tribunal desde sus inicios, difícilmente puedan ser parangonadas a las de un tribunal de mero corte arbitral, dado la trascendencia y contenido institucional de las mismas. Por su parte, los miembros del Tribunal ejercen sus funciones en forma autónoma e independiente de los Estados Partes. Por otra parte, como órgano, el Tribunal decide por mayoría, emitiendo decisiones obligatorias –salvo en el caso de las opiniones consultivas- que adquieren para los Estados partes autoridad de cosa juzgada y son irrevisables e inapelables. Por todo lo mencionado, el Tribunal no sigue la lógica de actuación intergubernamental”.

¹⁰⁹ Susana Czar de Zalduendo, “Las instituciones de la integración: MERCOSUR”, en *La integración regional y las experiencias latinoamericanas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), 2008, pp. 211-228.

¹¹⁰ Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 245.

¹¹¹ Datos proporcionados por el Dr. Jimmy Voss de la Secretaría del MERCOSUR vía e-mail (01.02.2011).

Asimismo, agrega que “Su jurisdicción es obligatoria y automática para los Estados partes, en relación con las materias que caben dentro de su competencia”.¹¹²

Sin embargo, el MERCOSUR es, por lo pronto, un proceso de integración netamente intergubernamental; desde el punto de vista de la forma de tomar decisiones –por consenso y con la presencia de todos los Estados partes- como también por el hecho de que los Estados deben incorporar dichas normas a sus ordenamientos jurídicos para su validez.

El MERCOSUR carece de “supranacionalidad limitada”, debido a la falta de supremacía, efecto directo y aplicación inmediata. Así, no hay nada más opuesto a la supranacionalidad en sus dos aspectos –integral o limitada-, que el sistema jurídico institucional del MERCOSUR, ya que éste persiste en ser la organización intergubernamental del Tratado de Asunción.

En el caso del MERCOSUR, el proceso de integración debería moverse paulatinamente hacia la supranacionalidad, habida cuenta que el tipo de integración elegido, como lo señala su mismo nombre, es el “Mercado Común” (del Sur), al garantizar la libre circulación de los factores productivos, con una política comercial común, la armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes y la coordinación de políticas macroeconómicas.

Al respecto, cabe señalar que Argentina y Paraguay estarían en condiciones constitucionales de cobijar un esquema supranacional en el MERCOSUR; sin embargo, no serían los casos de Brasil y Uruguay, quienes para asumir un compromiso de esta naturaleza deberían previamente modificar sus Cartas Magnas. Así, mientras Argentina y Paraguay confieren prevalencia al tratado en relación a las leyes internas; Brasil y Uruguay se mantienen apegados a la idea de que una y otra fuente, jerárquicamente, tienen el mismo valor, razón por la cual una ley está en condiciones de derogar un tratado anterior y un tratado de derogar una ley anterior, prevaleciendo siempre la última expresión de voluntad normativa del Estado. A ello hay que sumar que Brasil se inclina por el “dualismo” a la hora de establecer la oportunidad a partir de la cual un tratado debidamente celebrado entra en vigencia. La Constitución del Brasil continúa apegada a un anacronismo que acertadamente pone en duda la eficacia misma de la

¹¹² Alejandro Daniel Perotti, *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, p. 28-30.

construcción normativa del MERCOSUR,¹¹³ reflejando ello un cierto miedo al concepto de supranacionalidad.

Será, sin embargo, la voluntad política la que definirá las posibilidades ciertas de que se pueda plasmar un sistema jurídico supranacional –pleno o limitado siquiera- en el MERCOSUR, voluntad que hasta la actualidad se encuentra ausente.

Me parece interesante lo que opinara el reconocido politólogo francés Alain Rouquié,¹¹⁴ al señalar que el conflicto de las papeleras entre Uruguay y Argentina¹¹⁵ demostró que no hay ningún espíritu comunitario en el MERCOSUR, ya que fue tratado como un tema de “política extranjera” y llevado a la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En la Unión Europea, en cambio, no se tienen problemas de política extranjera con los otros países miembros de la UE, ya que se sobreentiende que son problemas comunitarios que se tratan justamente a través de las instituciones de la misma UE.

A los efectos de una comparación general con los sistemas de integración andino y europeo, en el ámbito específico del régimen de solución de las controversias por incumplimiento, cabe formular las siguientes consideraciones sobre el MERCOSUR:

- El régimen de solución de controversias del MERCOSUR fue diseñado sobre las bases de un sistema intergubernamental de cooperación internacional en el que los Estados parte no transfieren su soberanía a órganos supranacionales, sino que la ejercen por sí mismos en órganos comunes, en el seno de los cuales las decisiones se adoptan, en principio, por consenso. En tal sentido, el MERCOSUR responde a un sistema de Derecho internacional público en el cual las normas comunes que adoptan los Estados parte no son de aplicación inmediata ni de efecto directo, sino que requieren de incorporación en los diversos ordenamientos nacionales. Los trámites de incorporación generan incertidumbre sobre la entrada en vigencia y, por tanto, sobre la obligatoriedad de las normas comunes, lo que perjudica la seguridad jurídica del sistema.¹¹⁶ Por lo tanto, la carencia de un órgano jurisdiccional de carácter

¹¹³ Mario A. R. Midón, “La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR”, p. 08. <http://www.giuripol.unimi.it/eventi/Midon.pdf> (25/10/2010).

¹¹⁴<http://edant.clarin.com/diario/2008/09/04/um/m-01753017.htm> (25/10/2010).

¹¹⁵ Argentina y Uruguay mantuvieron un conflicto debido a la instalación de una planta de producción de pasta de celulosa perteneciente a la empresa finlandesa UPM-Kymmene (previamente propiedad de Metsä-Botnia), ubicada en territorio uruguayo y sobre las aguas binacionales del Río Uruguay, cerca de las poblaciones uruguayas de Fray Bentos y argentina de Gualaguaychú.

¹¹⁶ Artículo 43 del POP: “Las controversias que surgieran entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de

supranacional dificulta aún más la resolución de conflictos que puedan suscitarse entre los países miembros, teniendo ello como consecuencia directa que los países busquen soluciones en otros foros, tales como la Corte Internacional de Justicia.

- La falta de acceso directo de las personas naturales y jurídicas a los mecanismos de solución de controversias, limitados como se encuentran a presentar sus reclamaciones ante las secciones nacionales del GMC, atenta contra la funcionalidad y efectividad del sistema de solución de controversias del MERCOSUR. En cambio, en la UE y en la CAN sí se permite el acceso directo de los particulares a la jurisdicción comunitaria.

- La pluralidad de los Tribunales Arbitrales (ad hoc y TPR) que se constituyen para conocer de las controversias entre los Estados hace presente el riesgo de que los laudos atribuyan, a supuestos idénticos o similares, consecuencias jurídicas distintas y hasta contrarias. El poco uso de los mecanismos de solución de controversias, especialmente del mecanismo arbitral, revela que la percepción de sus destinatarios, sea cual fuere la razón, no es favorable al sistema.

En consecuencia, en el marco del proceso de integración que se desarrolla en el MERCOSUR, el diseño supranacional de los mecanismos de solución de sus controversias por incumplimiento, postergado a causa de presuntas limitaciones constitucionales en dos de los Estados Parte, podría contribuir a reducir o a eliminar varias de las debilidades del sistema de solución de controversias.¹¹⁷

3. La Unión Europea (UE):

La Unión Europea es una asociación económica y política única de 27 países democráticos europeos,¹¹⁸ que se fundó sobre la base de las tres Comunidades Europeas: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), bajo el complejo sistema conocido como "los tres pilares".¹¹⁹

Comercio del Mercosur serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991".

¹¹⁷ Iris González de Troconis, *Solución de las controversias por incumplimiento de los Estados en el régimen jurídico de la Comunidad Andina. La cuestión de la efectividad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar (sede Ecuador), Tesis del Programa de Doctorado en Derecho, 2007, pp. 279-281.

¹¹⁸ http://europa.eu/about-eu/basic-information/index_es.htm (22/10/2010).

¹¹⁹ El concepto de «pilares» se utiliza generalmente para designar el Tratado de la Unión Europea. Los siguientes tres pilares conforman la arquitectura de la Unión Europea: 1) el pilar comunitario, que

3.1. La supranacionalidad en la Unión Europea:

A través del análisis de las instituciones de la Unión Europea se puede apreciar que la UE fue adquiriendo, cada vez más, “funciones supranacionales”, acentuándose y profundizándose con el tiempo:

3.1.1. El Consejo de Ministros:

De ser un órgano intergubernamental que tomaba decisiones por unanimidad, mediante el Acta Única Europea pasó a tener facultades decisorias que se obtienen por mayorías y voto ponderado para adoptar reglamentos, directivas y decisiones, que ingresan –adicionalmente- en forma inmediata, directa y prevalente en la legislación de los Estados miembros. Todo lo anterior indica que nos encontramos ante la presencia de una “supranacionalidad limitada” en el Consejo de la UE.

La “supranacionalidad limitada” se da cuando un *órgano intergubernamental* tiene la capacidad de generar normas válidas, con el simple voto de la *mayoría* de los miembros, sin que sean necesarios la unanimidad ni el consenso, de tal forma que, aun ante la existencia del veto de alguno de los miembros, se generará la norma válidamente, con la aptitud de penetrar indefectiblemente en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte en forma inmediata, directa y prevalente.¹²⁰

3.1.2. La Comisión:

La Comisión, desde los primeros tratados, ha estado conformada por personas que ejercen sus funciones con independencia de los Estados miembros, guiados por el interés comunitario, y puede tomar decisiones vinculantes al igual que el Consejo de Ministros, que gozan de la supremacía, efecto directo y aplicación inmediata, por lo que nos hallamos ante una “supranacionalidad plena” en la Comisión de la UE.

corresponde a las tres comunidades: la Comunidad Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) y la antigua Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) (primer pilar); 2) el pilar correspondiente a la política exterior y de seguridad común, regulada en el título V del Tratado de la Unión Europea (segundo pilar); y, 3) el pilar correspondiente a la cooperación policial y judicial en materia penal, cubierta por el título VI del Tratado de la Unión Europea (tercer pilar). El Tratado de Amsterdam transfirió una parte de las competencias del tercer pilar al primero (libre circulación de personas). Estos tres pilares funcionan conforme a procedimientos decisorios diferentes: procedimiento comunitario para el primer pilar y procedimiento intergubernamental, para los otros dos. En el primer pilar, la Comisión es la única que puede presentar propuestas al Consejo y al Parlamento, y la mayoría cualificada basta para la adopción de los actos en el Consejo. En los pilares segundo y tercero, la Comisión y los Estados miembros comparten este derecho de iniciativa, y la unanimidad en el Consejo es generalmente necesaria.

¹²⁰ Ver Capítulo I de la presente tesis.

A diferencia de la “supranacionalidad limitada” que se da en un *órgano intergubernamental*, la “supranacionalidad plena o integral” tiene como fundamento la existencia de *órganos supranacionales* independientes de los Estados partes (órganos comunitarios), con la aptitud de dictar normas obligatorias, que deben ingresar en dichos Estados en forma inmediata, directa y prevalente.

3.1.3. El Parlamento Europeo:

Se encuentra compuesto por representantes elegidos directamente por los pueblos y que se agrupan por afinidades políticas e ideológicas y no por nacionalidades. El Parlamento de la UE fue adquiriendo, a través de los tratados, mayores facultades, de tal forma que a partir del Tratado de Maastricht, puede dictar reglamentos, directivas y decisiones en forma conjunta con el Consejo. En consecuencia, el Parlamento se encuentra dotado de competencia codecisoria y no sería un absurdo anotar lo dentro de la “supranacionalidad plena”, ya que de tener una participación meramente deliberativa, pasó a cumplir funciones co-legislativas guiadas por un interés comunitario y no nacional.

3.1.4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE):

Mediante el Tratado de Maastricht adquirió mayor eficacia y efectividad para el cumplimiento de sus sentencias vinculantes y, además, fue afianzando a través de su jurisprudencia *pro integratione*, la prevalencia del orden comunitario sobre la jurisdicción interna de los Estados miembros. Es así que, el TJUE no puede dejar de tener los atributos de la “supranacionalidad plena”, caso contrario no tendría sentido su existencia, habida cuenta que lo que distingue al Tribunal de otros órganos es su independencia e imparcialidad para dictar sentencias que no requieren de exequátur,¹²¹ siendo su cumplimiento obligatorio, tanto para los particulares como para los Estados miembros.

Adicionalmente, en la Unión Europea, de manera expresa, se autoriza a la Corte a imponer “sanciones económicas” a los Estados miembros que no cumplan con una sentencia condenatoria del TJUE. Esto supone una clara mejoría para la aplicación del

¹²¹ Exequátur: 3. m. *Der.* Reconocimiento en un país de las sentencias dictadas por tribunales de otro Estado. www.rae.es (30/04/2011).

Derecho comunitario y su eficacia, por la herramienta coercitiva que se le atribuye a la Corte para obligar a cumplir sus sentencias.¹²²

En consecuencia, tras el análisis realizado de los órganos de la UE, podemos colegir que sólo en el Consejo de Ministros existe una “supranacionalidad limitada”, mientras que en la Comisión, el Parlamento y el TJUE nos encontramos ante una “supranacionalidad plena”.

Al respecto, tomemos un ejemplo del autor Ricardo Alonso García: el proceso decisorio en un específico sector como la armonización fiscal, donde el Consejo (órgano integrado por representantes gubernamentales) sí dispone por unanimidad. Se trata, pues, de un terreno presidido, en principio, por la intergubernamentalidad y la correspondiente ausencia de cesión de soberanía (al mantener cada Estado miembro su poder individual de veto); lo cual, sin embargo, no implica que sea terreno por entero abonado con rasgos intergubernamentales, habida cuenta de que el poder de iniciativa reside en la Comisión (institución independiente de los Estados miembros), y que el Parlamento (compuesto por representantes de los pueblos europeos) y el Comité Económico y Social (constituido por “representantes de los diferentes componentes de carácter económico y social de la sociedad civil organizada”) intervienen en el proceso decisorio al tener que ser consultados con carácter preceptivo; y en cuanto a la interpretación última y suprema de la armonización adoptada, corresponde al Tribunal de Justicia, auxiliado en su caso por los jueces y tribunales nacionales vía cuestión prejudicial.¹²³

3.2. El sistema de sanciones en la Unión Europea:

¹²² El artículo 171 del Tratado CE, modificado por el Tratado de la Unión Europea, introduce la posibilidad de imponer sanciones a un Estado miembro que no haya ejecutado una sentencia de declaración de incumplimiento. La decisión última sobre la imposición de estas sanciones corresponde al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No obstante, la Comisión, como guardiana de los Tratados, tiene en una primera fase un papel determinante en la medida en que le corresponde iniciar el procedimiento previsto por el artículo 171 y, si procede, someter el asunto al Tribunal de Justicia y pronunciarse sobre la imposición de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva por un importe determinado.

¹²³ Ricardo Alonso García, *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, trabajo presentado al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina, p. 03.

En la Unión Europea,¹²⁴ si la Comisión decide solicitar -a través de su potestad discrecional- que el Tribunal autorice la imposición de una sanción, el importe de la multa coercitiva deberá tener por efecto que la sanción sea a la vez *proporcionada* y *disuasoria*, para lo cual la Comisión ha fijado una serie de criterios, entre los cuales se encuentran la gravedad de la infracción y su duración (v. *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del artículo 171 del Tratado CE de 1996* y la *Comunicación de la Comisión sobre el Método de cálculo de la multa coercitiva prevista en el artículo 171 del Tratado CE de 1997*). Al respecto, tenemos dos casos emblemáticos en la Unión Europea:

3.2.1. La República Helénica (Grecia):

En el Asunto C-387/97, la República Helénica fue condenada por no adoptar medidas para la eliminación de residuos tóxicos y, posteriormente, el país no dio el debido cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), alegando falta de fondos. El TJUE a través del proceso de cumplimiento de sentencia aplicó una multa diaria de 20.000 euros por cada día de retraso en construir el mecanismo de eliminación de residuos tóxicos. Sólo luego de ordenada la multa coercitiva, el Gobierno griego procedió al cumplimiento.¹²⁵

3.2.2. El Reino de España:

¹²⁴En la Unión Europea se introdujeron las “medidas coercitivas” en el año 1992 con el artículo 171 del Tratado de Maastricht, dándose la posibilidad de que el TJUE imponga al Estado que incumple la sentencia *el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva, determinando ello* una regulación más fuerte y coactiva en el tema sancionatorio.

El Artículo 171 señala lo siguiente:

“1. Si el Tribunal de Justicia declarar que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia.

2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia.

Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia. La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado.

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

Este procedimiento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 170”.

<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11992M/hm/11992M.html>

¹²⁵ La sentencia del TJUE (Asunto C-387/97) señaló: “*Se condena a la República Helénica a pagar a la Comisión de las Comunidades Europeas, en la cuenta recursos propios de la CE, una multa coercitiva de 20.000 EUR por día de retraso en la adopción de las medidas necesarias para cumplir la sentencia Comisión/Grecia, antes citada, a partir del pronunciamiento de la presente sentencia y hasta la ejecución de la sentencia Comisión/Grecia, antes citada”.*

Mediante sentencia en el Asunto C-278/01 (Comisión de la Unión Europea / Reino de España), el TJUE declaró que en 1998 España había incumplido los valores límite fijados en la Directiva sobre las aguas de baño en relación con la calidad de las *aguas de baño interiores*. Al considerar que España no había ejecutado la sentencia de 1998, la Comisión interpuso en el 2001 un recurso ante el Tribunal de Justicia con objeto de que se impusiera una multa coercitiva de 45.600 euros por cada día de retraso en la adopción de las medidas necesarias para cumplir esa sentencia. En primer lugar, el TJUE señaló que, con arreglo al Derecho comunitario, *España tenía la obligación de adoptar las medidas necesarias para ejecutar dicha sentencia*. Aunque el Tratado CE no precisa ningún plazo para la ejecución de las sentencias, el Tribunal de Justicia declara que “esa ejecución debe iniciarse inmediatamente y concluir en el plazo más breve posible”.¹²⁶

El Tribunal de Justicia fija la suma a tanto alzado o la multa coercitiva, constituyendo las propuestas de la Comisión sólo una referencia útil. El Tribunal de Justicia debe velar porque el importe sea adecuado a las circunstancias y proporcionado respecto del incumplimiento declarado y de la capacidad de pago del Estado miembro de que se trate, a la vez que pueda inducir al Estado miembro a poner fin, con la mayor brevedad, al incumplimiento.

Finalmente, el TJUE condena por segunda vez a un Estado miembro a pagar una multa coercitiva por no ejecutar la sentencia. Así, España fue condenada a pagar 624.150 euros al año por cada punto porcentual de zonas de baño interiores no conformes con los valores límites de la Directiva a partir de la temporada de baño de 2004.¹²⁷ En ese sentido, la Unión Europea al introducir la figura de la multa coercitiva, en virtud de su naturaleza jurídica supranacional, dotó al TJUE de una mayor capacidad sancionadora teniendo ello, como consecuencia directa, un mayor cumplimiento de las sentencias del TJUE.

¹²⁶ En la CAN, el país miembro que ha sido declarado en situación de incumplimiento dispone de noventa (90) días, contados a partir de la notificación de la sentencia, “*para adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento*” (artículo 27 del Tratado del Tribunal). Transcurridos estos noventa (90) días, el Tribunal de Justicia, de oficio, con fundamento en su propia información, o por denuncia de los países miembros, de los órganos comunitarios o de cualquier particular, puede iniciar un *procedimiento sumario por desacato de la sentencia*. Al respecto, cabe señalar que para cumplir la sentencia del TJCA no debería existir plazo alguno, ya que la misma es exigible desde que es otorgada y declara el incumplimiento, por lo que la forma europea (ejecución inmediata de la sentencia) es mucho más adecuada.

¹²⁷ Cabe señalar que, el Tribunal puede variar el monto de la sanción determinado por la Comisión, pero no puede superar la cuantía por aquella solicitada (*reformatio in peius*). García, Ricardo Alonso, *Derecho comunitario: Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, Colección Ceura Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 466.

Al respecto, Plaza Ventura ha señalado sobre el sistema de sanciones en la Unión Europea que: “La naturaleza jurídica del orden comunitario y su estructura ha influido de forma considerable en el sistema sancionador que dicho ordenamiento ha creado y desarrollado. Constituye un régimen sancionador más afortunado y diverso, según se dirija a los Estados miembros, funcionarios comunitarios o a las personas físicas o jurídicas, que el existente en el Derecho internacional general”.¹²⁸ Es interesante resaltar que dicha autora distingue claramente entre las sanciones del Derecho internacional general y las del Derecho europeo (supranacional).

3.3. Algunas consideraciones:

Mediante la reforma del artículo 171 del Tratado CEE se introdujo un mecanismo híbrido, en el que se combinan medidas coactivas y sancionadoras frente al incumplimiento de la sentencia por parte de los Estados miembros, atribuyendo al Tribunal la facultad de imponer “el pago de una suma a tanto alzada o de una multa coercitiva”, precisando que la Comisión indicará “el importe que considere adecuado a las circunstancias”. La lógica del sistema comunitario en esta materia debe llevarnos a descartar la naturaleza reparadora de esta medida pues el procedimiento de infracción no constituye una vía para exigir la responsabilidad del Estado miembro.¹²⁹

Al respecto, el autor Javier Díez-Hochleitner¹³⁰ cuestiona que, tratándose de “sanciones pecuniarias” cabría argüir que deberían estar predeterminadas –principio de tipicidad y certidumbre de la pena-, y estar graduadas en función de la gravedad de la infracción; no obstante, se trata de un sistema sancionador dirigido contra Estados y que éstos han consentido libremente. Al menos en los ordenamientos nacionales, todo sistema de sanciones se encuentra previsto en el marco del principio de legalidad y por el principio de certidumbre de la pena. En tal sentido, se considera que la norma otorga tanto a la Comisión como al TJUE una discrecionalidad excesiva, de actuación, de elección y de graduación de la sanción o de la multa coercitiva, siendo que dicha amplia discrecionalidad podría afectar un principio esencial en todo Estado de derecho que exige la predeterminación normativa de las sanciones, ya que la norma tan sólo señala un parámetro referencial: “un importe adecuado a las circunstancias”.

¹²⁸Plaza Ventura, Patricia, *Las sanciones comunitarias europeas: Su aplicación a las empresas*, Madrid, Edijus, 1999, p. 43.

¹²⁹Javier Díez-Hochleitner, “La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20 N° 3, 1993, p. 856.

¹³⁰Ibid, p. 856.

Si la imposición del pago de una suma a tanto alzado prevista en el artículo 171.2 constituye, en tanto que “sanción pecuniaria”, una medida punitiva o represiva que persigue un efecto disuasivo cual castigo; la “multa coercitiva”, en cambio, se configura como una medida destinada a asegurar el cumplimiento de la sentencia y, en este sentido, se presenta como una medida accesoria respecto de la obligación principal. He aquí la diferencia esencial entre el pago de una suma a tanto alzado y la multa coercitiva. Sin embargo, teniendo en cuenta el objetivo fundamental del conjunto del procedimiento de infracción que es llegar lo antes posible al cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados miembros, la Comisión de la UE consideró que la multa coercitiva es el instrumento más idóneo para conseguir este fin.

Así, la finalidad de la “multa coercitiva” consiste en quebrantar la resistencia opuesta al incumplimiento, determinando el cumplimiento de la sentencia por el propio deudor (compulsión directa), lo cual no es la finalidad de la sanción, que es más bien una retribución por una conducta ilícita ya consumada. Pero para que la medida realice dicha función coactiva será preciso que la multa no sea exigible desde el momento en que se dicte el fallo, sino que se subordine a la ejecución del mismo (ver Asunto ACF Chemiefarma).¹³¹

Asimismo, resulta interesante lo que señala el autor al manifestar que “La instauración de un régimen sancionador responde a una búsqueda de soluciones que se ha llevado a cabo desde una perspectiva política, de corte internacionalista, más que desde una reflexión que hunda sus raíces en las entrañas del sistema jurídico comunitario”.¹³²

La medida debe ser “proporcionada” teniendo en cuenta, ante todo, la gravedad de la infracción y la necesidad de que la pena sea suficientemente disuasiva para asegurar el respeto de la legalidad comunitaria. Asimismo, en reiterada jurisprudencia del TJUE se señaló que la medida a tomar debe tener “un efecto disuasivo, ser efectiva y proporcionada” y que debe entrañar consecuencias financieras o económicas disuasorias para los responsables, llegando a apuntar como criterio, que traigan aparejada la pérdida del beneficio económico derivado de la infracción, siendo que el beneficio económico obtenido por el Estado infractor podría así constituir la base principal para evaluar el monto de la sanción (ver las sentencias de 10 de abril de 1984

¹³¹ Javier Díez-Hochleitner, “La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros”, en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20 N° 3, 1993, pp. 857-858.

¹³² *Ibid*, p. 861.

Asunto 14/83, de 21 de septiembre de 1989 Asunto 68/88 y de 27 de marzo de 1990 Asunto C-9/89).¹³³

Entre algunos criterios tomados en cuenta podemos destacar los siguientes: el interés comunitario afectado, la duración de la infracción, la reincidencia, la falta de colaboración, los efectos de la infracción para terceros, la situación financiera o capacidad económica del Estado infractor, entre otros.¹³⁴

Además, en la Unión Europea se han engendrado importantes derechos a favor de los Estados miembros y sus ciudadanos, acompañados de sus correlativas obligaciones. Si lo que se desea es que, como todo ordenamiento jurídico, se respeten y se cumplan dichas obligaciones, es imprescindible la existencia de mecanismos que desplieguen el doble efecto de disuadir su incumplimiento y de sancionar las conductas contrarias. La sanción es el mecanismo idóneo para asegurar el respeto a las normas y hacerlas efectivas. Renunciar a ella conllevaría una abdicación de la pretensión de obligatoriedad siendo que “la sanción de alguna manera es, en realidad, el modo de existir y de funcionar un sistema jurídico”, existiendo la necesidad de un mecanismo sancionador en todo ordenamiento jurídico, como elemento irrenunciable del mismo, para la prevención y sanción de los eventuales incumplimientos.

La sanción constituye un componente esencial e inseparable de la norma jurídica a la que protege. De ello se desprende el carácter complementario e instrumental de la sanción en relación a la norma material. La eficacia del Derecho comunitario está estrechamente ligada a la existencia de un poder de sanción para el caso de violación de sus normas.¹³⁵ El Derecho, sin la posibilidad de coacción, sería *vana quimera*, ya que una norma cuyo incumplimiento no se sanciona resulta de una eficacia incierta. La existencia y reconocimiento de una competencia sancionadora de las instituciones comunitarias se fundamenta en razón a la naturaleza jurídica supranacional de la Unión Europea.¹³⁶

Las sanciones aplicables en el ámbito internacional se configuran como las clásicas sanciones del Derecho internacional público: medidas de retorsión, represalias, sanciones económicas, entre otras. Sin embargo, debemos desechar tal consideración

¹³³Ibid, pp. 876-877.

¹³⁴ Ver la *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del Artículo 171 del Tratado CE* en: Diario Oficial N° C242 de 21/08/1996, pp. 0006-0008; y *Comunicación de la Comisión sobre Método de cálculo de la multa coercitiva prevista en el Artículo 171 del Tratado CE* en Diario Oficial N° C063 de 28/02/1997, pp. 0002-0004.

¹³⁵Plaza Ventura, Patricia, *Las sanciones comunitarias europeas: Su aplicación a las empresas*, Madrid, Editorial Edijus, 1999, pp. 30-31.

¹³⁶Ibid, p. 32.

respecto de las sanciones en un ámbito ya supranacional, pues el sistema jurídico comunitario proyecta tal grado de integración que lo hace único y absolutamente distinto de las experiencias de cooperación internacional.¹³⁷

La existencia de potestades sancionadoras en el ámbito de la Unión Europea es consecuencia de su propia naturaleza jurídica, ya que el carácter supranacional proporciona la fundamentación jurídica necesaria para reconocerles competencias en materia sancionadora. Por consiguiente, si la Unión Europea impone de manera directa deberes de obligatorio cumplimiento, razonablemente también podrá imponer las correlativas medidas sancionadoras para el caso de inobservancia de tales obligaciones, en razón justamente a su naturaleza jurídica supranacional.¹³⁸

En consecuencia, la aplicación efectiva de las sanciones por desacato a las sentencias de incumplimiento que se imponen en la Unión Europea no depende en absoluto de los Estados miembros. El hecho que este ámbito escape del control de los Estados miembros refuerza la naturaleza jurídica supranacional de la Unión Europea, ya que la imposición de la sanción la hace el mismo TJUE y se aplica efectivamente sin que intervengan los demás Estados miembros, considerándose la multa coercitiva que se aplique “un ingreso suplementario o marginal para la Unión Europea”.¹³⁹

Es así que, la Unión Europea controla la imposición de las sanciones a través de su Tribunal de Justicia, por lo que hasta la actualidad no se conocen casos en los que, habiéndose aplicado una multa coercitiva, el Estado infractor no haya pagado la suma debida,¹⁴⁰ justamente porque le resulta más conveniente pagar la multa coercitiva que

¹³⁷ Ibid, p. 42.

¹³⁸ Ibid, pp. 50-52.

¹³⁹ En el caso de *Grecia*, la infracción imputada consistía en no haber ejecutado la sentencia de fecha 7.4.92 en la que el Tribunal declaraba que había incumplido diversas obligaciones en virtud de dos directivas comunitarias relativas a los residuos y a los residuos tóxicos y peligrosos, al seguir manteniendo un vertedero salvaje en el torrente de Kouroupitos, en la región de La Canea (Creta). El Tribunal condenó a Grecia a pagar a la Comisión de las Comunidades Europeas, en la cuenta “recursos propios de la CE”, una multa de 20,000 euros diarios a partir del día de la emisión de la sentencia. En el caso de *España*, la infracción imputada consistía en no haber ejecutado la sentencia de 12.2.98 en la que el Tribunal declaraba que España había incumplido los valores límite fijados en la directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8.12.75, sobre la calidad de las aguas de baño en relación con la calidad de las aguas de baño interiores. En este caso la evaluación del estado de las aguas de baño se hace anualmente a partir de un informe elaborado por el Estado español y comunicado a la Comisión. Al presentar este informe es que se puede demostrar que se ha puesto fin a la infracción. El Tribunal aplicó una multa coercitiva anual para evitar que España pueda quedar obligada a abonar la multa por períodos en los que ya se ha puesto fin a la infracción. Si las aguas de baño interiores no respetan los valores límite fijados en la directiva, el Estado español deberá pagar la multa fijada por el Tribunal, 624.000 euros y así sucesivamente cada año que se siga comprobando que España no ha cumplido lo establecido en la directiva.

¹⁴⁰ La doctrina, paseándose por esa posibilidad, ha considerado como una solución posible que la Comisión sustraiga el importe de la sanción de los fondos del presupuesto comunitario destinados al Estado que es objeto de la sanción. En este sentido Plaza V., *Op. cit.*, p. 137.

continuar beneficiándose de la infracción cometida; es más, la tendencia general es que los mismos Estados afectados cumplan la sentencia sin esperar que el Tribunal se pronuncie sobre la multa, siendo muy pocos los casos en los que se ha llegado a imponer efectivamente una multa coercitiva por el desacato de sentencias de incumplimiento.

4. La Comunidad Andina (CAN):

En el caso de la Comunidad Andina, la estrategia política de los Estados miembros tenía como meta el desarrollo económico del agrupamiento, para darle mayor peso político en la región, compensando la presencia de países más poderosos en términos relativos, como Argentina, Brasil, México. Así, en sus orígenes, el Grupo Andino buscó ser un contrapeso al predominio del denominado grupo ABRAMEX (Argentina, Brasil y México) en el proceso de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC).

En esa inteligencia, desde un primer momento se encaró un sistema con alto componente supranacional, al estilo europeo, pero que tuvo serios inconvenientes porque le faltó al conjunto –a diferencia del caso europeo–, mayor compenetración e interdependencia económica, social y cultural. En este punto, cabe resaltar que no existía (o no existe aún) una importante “interdependencia económica” entre los países miembros, aunado a la carencia de voluntad política, que generó permanentes incumplimientos recíprocos de los Estados miembros y postergaciones constantes de los plazos, y que ha obligado a los miembros a revisar el proceso de integración para darle un nuevo dinamismo, especialmente, en lo concerniente al tema de la solución de controversias en la CAN.

4.1. La supranacionalidad en la Comunidad Andina:

A través del análisis de las instituciones de la Comunidad Andina, se puede apreciar que la misma fue adquiriendo, cada vez más, “funciones supranacionales” de la siguiente manera:

4.1.1. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores:

Como su nombre lo establece, funciona con los Ministros de esa especialidad, puede tomar “decisiones” que son directamente aplicables en los países miembros; empero, como las decisiones se deben tomar sólo por consenso, no se estaría en presencia de la supranacionalidad plena o limitada. Por tanto, en el Consejo Andino se requiere de un acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros, por lo que se trata de un órgano intergubernamental neto.

4.1.2. La Comisión de la CAN:

A pesar de ser un órgano intergubernamental, al estar constituido por representantes plenipotenciarios de los Estados miembros que siguen los “intereses nacionales”, cuando dicta “decisiones” por mayoría de votos (y no por unanimidad), al tener por el Acuerdo de Cartagena aplicación inmediata, directa y prevalente (decisiones de índole supranacional), nos encontramos ante una situación de supranacionalidad limitada. La Comisión de la CAN adopta sus decisiones, en general, con el voto afirmativo de los dos tercios de los países que conforman la CAN. La regla general de votación y aprobación de propuestas por la Comisión consagrada en el artículo 26 del Acuerdo de Cartagena, es el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros, es decir, tres (03) países miembros. El voto desfavorable o negativo de uno y hasta de dos países miembros no puede impedir, por regla general, la aprobación de una decisión en la Comisión. Las excepciones a esta regla general están establecidas en el mismo artículo 26 para ciertas materias de importancia especial para el proceso de integración, donde no puede haber, en primera instancia, voto negativo.

La historia legislativa del Acuerdo de Cartagena y Protocolos modificatorios (Protocolo de Lima de 1976 y el Protocolo de Trujillo de 1996) muestra claramente que las excepciones a la regla general hacen más complejo el proceso de aprobación de determinadas materias. Sin embargo, los países miembros han establecido en el Acuerdo y en posteriores reformas, algunas reglas para impedir vetos permanentes sobre dichas materias, mediante el establecimiento de procedimientos de “segunda vuelta” cuando se presentan votos negativos que impidan en determinado momento la aprobación de algunas Decisiones. En la medida en que el Protocolo de Trujillo (1996) trasladó los dos párrafos de procedimiento especial de “segunda vuelta” que formaban parte de literal sobre los programas sectoriales de desarrollo industrial (PSDI) a un artículo general e independiente (párrafos 2 y 3 del actual 27 del Acuerdo), este

procedimiento de “*segunda vuelta*” es aplicable a las materias previstas en el Anexo I y a los Programas y Proyectos de Desarrollo Industrial.

Para materias específicas del Anexo I (tales como el Arancel Externo, las reformas al régimen común de propiedad intelectual, o la aprobación de propuestas presentadas por un país miembro), si bien no pueden ser aprobadas en primera instancia –*prima facie*- de presentarse voto negativo según el artículo 26, las propuestas que sean votadas negativamente serán devueltas al proponente y, en un plazo no menor de un mes ni mayor de tres, el proponente elevará nuevamente la propuesta a consideración de la Comisión con las modificaciones que estime oportunas de conformidad con el artículo 27 y, en tal caso, la propuesta así modificada se entenderá aprobada si cuenta con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros.

Es de resaltar que, la forma de adopción de decisiones “por mayorías” genera la obligación de acatarlas también por parte de los Estados miembros que votaron en contra, por ello, en una organización intergubernamental tradicional de Derecho internacional público, ello no sería factible, debido a la exigencia habitual de arribar a un acuerdo por consenso o unánime de los países firmantes, por lo que el sistema de votación acordado para la Comisión de la CAN mitiga su carácter intergubernamental, ya que por su régimen funcional y mecanismo de tomas de decisiones, no resulta exagerado afirmar que esta institución no es “la simple sumatoria de plenipotenciarios que representan sus intereses nacionales”, sino que ostentan un claro compromiso con el objetivo subregional y el interés comunitario.

Asimismo, no debemos olvidar que las Decisiones de la Comisión de la CAN gozan de los tres principios de supremacía, efecto directo y aplicación inmediata y, en virtud de ello, las autoridades administrativas y judiciales tienen el deber de proteger y garantizar los derechos que derivan de la normativa andina, sin la consiguiente obligación de tener que pasar por el filtro de los organismos institucionales internos de los Estados miembros (tal como sucede en el caso del MERCOSUR como analizamos anteriormente), por lo que la Comisión de la CAN cuenta con verdaderas características de la “supranacionalidad” aunque de manera limitada.

4.1.3. La Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA):

El Secretario General de la CAN debe velar por los intereses de la subregión y las Resoluciones de la SGCA gozan de aplicabilidad inmediata en los países andinos. Sin embargo, la competencia meramente técnico-administrativa de la Secretaría General

siembra dudas sobre la eventualidad de alguna versión de supranacionalidad. La Secretaría General de la CAN es un organismo independiente en su composición y funcionamiento, ya que sus miembros deben velar por el “interés comunitario” del proceso de integración andino; además, se halla facultada para dictar “resoluciones” que se incorporan directamente en los Estados miembros (artículo 3 del Protocolo de Cochabamba),¹⁴¹ sin embargo, dichas medidas revisten el carácter técnico administrativo, por lo que no comprometería a la legislación de fondo internas de los Estados miembros, lo que generaría dudas sobre su grado de supranacionalidad, al no haber posibilidad de superposición con las legislaciones de los Estados miembros. La aplicación directa de las resoluciones de la Secretaría General de la CAN no se encontraba contemplada en el sistema andino anterior de la Junta del Acuerdo de Cartagena, sugiriendo ello que se le quiere imprimir a este órgano una mayor ejecutividad y eficacia a sus decisiones.¹⁴²

Finalmente, cabe resaltar que las resoluciones de la Secretaría General gozan de la presunción de legalidad, hasta que el TJCA declare lo contrario mediante un control posterior vía una acción de nulidad.

4.1.4. El Parlamento Andino:

Anteriormente, se encontraba representado por delegados de los Congresos Nacionales de los países andinos. Luego, se dieron intentos normativos para avanzar hacia una instancia de naturaleza comunitaria, cuyo primer paso fue justamente la elección directa de sus miembros por los respectivos pueblos de los países andinos. Sin embargo, si bien actualmente los denominados “parlamentarios andinos” son elegidos por sufragio directo, al contar el Parlamento Andino sólo con funciones de “recomendación” con fines deliberativos y no decisorios, carece absolutamente de supranacionalidad. Entre sus funciones se encuentran formular recomendaciones, sugerir acciones, promover la armonización de las legislaciones de los países miembros,

¹⁴¹Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

¹⁴² Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 211.

etcétera;¹⁴³ pero hasta el momento no se ha dado un Parlamento Andino, ni como órgano supranacional, ni como poder de toma de decisiones supranacionales.

4.1.5.El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA):

Al igual que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el TJCA solamente puede cumplir con su rol, si es un órgano supranacional y sus fallos ingresan en forma directa e inmediata en los ordenamientos jurídicos nacionales, en consecuencia, estamos ante una supranacionalidad plena en el TJCA.

Es así que, sobre la base de lo establecido en los tratados y protocolos, sólo una institución andina estaría en condiciones de ser considerada dentro del orden de la supranacionalidad plena, ya que además de tomar decisiones supranacionales, sus miembros son independientes y autónomos de los Estados que los han designado,¹⁴⁴ siendo este el caso del TJCA, “el órgano judicial más completo de los que se pudieron haber creado en América Latina hasta la fecha”.¹⁴⁵

Hasta el año 2009, el TJCA había conocido 1687 interpretaciones prejudiciales solicitadas por los jueces nacionales, 113 acciones de incumplimiento en contra de los países miembros, 49 acciones de nulidad, 9 procesos laborales y 6 recursos por omisión o inactividad de los órganos comunitarios, ubicándose como la tercera corte internacional más activa en el mundo luego de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁴³ Artículo 43 del Acuerdo de Cartagena: Son atribuciones del Parlamento Andino:

- a) Participar en la promoción y orientación del proceso de la integración subregional andina, con miras a la consolidación de la integración latinoamericana;
- b) Examinar la marcha del proceso de la integración subregional andina y el cumplimiento de sus objetivos, requiriendo para ello información periódica a los órganos e instituciones del Sistema;
- c) Formular recomendaciones sobre los proyectos de presupuesto anual de los órganos e instituciones del Sistema que se constituyen con las contribuciones directas de los países miembros;
- d) Sugerir a los órganos e instituciones del Sistema las acciones o decisiones que tengan por objeto o efecto la adopción de modificaciones, ajustes o nuevos lineamientos generales con relación a los objetivos programáticos y a la estructura institucional del Sistema;
- e) Participar en la generación normativa del proceso mediante sugerencias a los órganos del Sistema de proyectos de normas sobre temas de interés común, para su incorporación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- f) Promover la armonización de las legislaciones de los Países Miembros; y,
- g) Promover relaciones de cooperación y coordinación con los Parlamentos de los Países Miembros, los órganos e instituciones del Sistema, así como con los órganos parlamentarios de integración o cooperación de terceros países.

¹⁴⁴ Artículo 4 del Estatuto del TJCA: “El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros. El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino”.

¹⁴⁵ Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 203.

En ese sentido, se ha señalado que:

“Yet the Andean Community has achieved remarkable success within one part of its legal system. It is not widely known that the Community’s judicial arm, the Andean Tribunal of Justice (ATJ or Tribunal), is the world’s third most active international court, having issued over fourteen hundred rulings to date. The ATJ is less active than the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, but busier than the more intensively studied International Court of Justice, the institutions of the World Trade Organization (WTO) dispute settlement system, and other international courts and tribunals. Although activity is not the same thing as effectiveness, the ATJ’s caseload suggests that the Andean legal system provides a tool for litigants to protect their rights and interests—particularly for disputes relating to intellectual property (IP)—a subject that dominates more than 90 percent of the ATJ’s docket”.¹⁴⁶

Asimismo, cabe resaltar que en el seno del TJCA, las decisiones se toman por mayoría y no es necesaria la unanimidad entre los magistrados, siendo que los magistrados se encuentran obligados a suscribir las providencias aprobadas por mayoría, aunque no estén de acuerdo con ellas. En efecto, el Estatuto del TJCA prohíbe los “votos salvados” u “opiniones en disidencia”, justamente para proteger a los magistrados de todo tipo de presiones, sobre todo de las que pudieran provenir de sus países de origen, resguardándoles así su independencia e imparcialidad de criterio. Por otro lado, las sentencias del TJCA gozan de aplicación inmediata. En tal sentido, el artículo 41 del Tratado de Creación del TJCA señala que: “Para su cumplimiento, las

¹⁴⁶“Sin embargo, la Comunidad Andina ha alcanzado un éxito notable en una parte de su sistema legal. No es ampliamente conocido que la rama judicial de la Comunidad, el Tribunal Andino de Justicia (TJCA), es el tercer Tribunal internacional más activo del mundo, habiendo emitido más de mil cuatrocientas sentencias hasta la fecha. El TJCA es menos activo que la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Justicia, pero más ocupado que la más estudiada, la Corte Internacional de Justicia, las instituciones de la Organización Mundial de Comercio (WTO) y otras cortes y tribunales internacionales. Sin embargo, actividad no es lo misma cosa que efectividad, la carga de casos del TJCA sugiere que el sistema legal andino provee de una herramienta para litigantes para proteger sus derechos e intereses particularmente para disputas relacionadas con Propiedad Intelectual (IP) un tema que domina más del 90 por ciento de la labor del TJCA” (traducción libre).

Laurence R. Helfer, Karen J. Alter, and M. Florencia Guerzovich, “Islands of effective international adjudication: Constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community”, *THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, Vol. 103:1, 2009, p. 02. http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2695&context=faculty_scholarship (10/11/2010).

sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los países miembros”.

Así, los fallos y la jurisprudencia del TJCA conforman un sólido marco de estabilidad y de seguridad jurídica para el proceso de integración andino, pero atado a que los Estados miembros posibiliten el cumplimiento efectivo de las funciones inherentes del TJCA.

En consecuencia, podemos decir que el TJCA es un órgano supranacional pleno, ya que sus miembros no representan a los Estados partes que los han designado y deciden por mayoría; tienen plena autonomía e independencia en su obrar; y, sus sentencias son obligatorias gozando de los tres principios de supremacía, efecto directo y aplicación inmediata. En este contexto, hay que señalar como ventaja el atributo de supranacionalidad del órgano decisorio.

Sin embargo, dichas características de la supranacionalidad plena del órgano jurisdiccional comunitario no incluyen el tema de las sanciones a los Estados miembros, donde es el Estado beneficiado el que aplica o no aplica –discrecionalmente- las sanciones autorizadas por el TJCA, como veremos en el capítulo siguiente.

En consecuencia, el TJCA –a diferencia del TJUE- impone (o autoriza) una sanción (que no es una multa coercitiva) pero, al mismo tiempo, no tiene la capacidad de controlar la oportunidad de la aplicación efectiva de las restricciones que le hayan sido impuestas al Estado en desacato, debido a que esto no depende del TJCA sino de los demás Estados miembros, quienes a su voluntad y conveniencia decidirán soberanamente cuando aplicar o no las sanciones impuestas.

Esta situación evidencia claramente que este ámbito sigue bajo el control soberano de los Estados miembros, reflejando ello la naturaleza jurídica intergubernamental del sistema de sanciones de la CAN, teniendo ello como consecuencia directa, un débil control del cumplimiento de las sentencias y de la aplicación de las sanciones por parte del TJCA.

Más grave aún es el hecho de que Estados andinos, a los que se les ha aplicado efectivamente la sanción, tomen inicialmente las medidas necesarias para acatar la sentencia de incumplimiento pero, posteriormente, reincidan en la conducta incumplidora.¹⁴⁷ Ello es un claro indicio de que las sanciones que se imponen no cumplen

¹⁴⁷ En el Proceso 118-AI-2003, el TJCA determinó el “incumplimiento continuado” de la República de

siempre con el “efecto disuasorio” necesario para asegurar la efectividad de la justicia comunitaria. Todo ello sin tomar en cuenta el hecho de que los Estados que no aplican efectivamente al Estado infractor las sanciones autorizadas por el TJCA incurren, al mismo tiempo, en un incumplimiento del orden jurídico comunitario, al ignorar lo dispuesto por el TJCA.

Lo que se debería buscar, finalmente, es que las sentencias del TJCA se cumplan de manera que el derecho a la tutela judicial efectiva se haga real, ya que el incumplimiento de la normativa comunitaria por parte de los Estados miembros y el desacato de las sentencias del Tribunal que lo declaran, vulneran el derecho a la tutela efectiva y menoscaban el derecho a una justicia real y eficaz. La completa satisfacción del derecho a la tutela jurídica efectiva no se obtiene mediante el proceso de declaración. Frecuentemente, aunque no únicamente, se precisa de una actividad posterior llamada ejecución.¹⁴⁸

En consecuencia, luego de haber realizado un “estudio comparado” entre los sistemas de sanciones de la OMC, el MERCOSUR, la Unión Europea, así como, de la Comunidad Andina, nos enfocaremos en el siguiente capítulo en los defectos del sistema actual de sanciones de la CAN, dando al respecto, algunas propuestas de reforma, a fin de avizorar un sistema verdaderamente supranacional.

Colombia al restringir indebidamente el comercio de arroz en la subregión andina. En el primer sumario por desacato a la sentencia, el TJCA autorizó a los demás países miembros elegir 5 productos y agregarles el 5% de gravamen adicional. Posteriormente, Colombia cumplió la sentencia, sin embargo, años después volvió a incumplirla, por lo que el TJCA abrió un segundo sumario por incumplimiento de sentencia, autorizándose esta vez la elección de 5 productos pero del sector agrícola y el 5% de gravamen adicional. Ante ello, la República del Perú señaló que dichas sanciones no eran suficientes y que, por tanto, se encontraba en contra de limitar las sanciones al “sector agrícola”.

¹⁴⁸ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Civil: Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 337.

CAPÍTULO III

Los defectos del sistema actual de sanciones de la CAN y propuestas de reforma: en busca de un sistema verdaderamente supranacional.

Hasta el momento, las sanciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) se han referido sólo a dos aspectos: 1) la autorización a los países miembros para gravar adicionalmente en un 5% las importaciones de cinco (05) productos del país incumplidor; o, 2) se ha ordenado limitaciones respecto a las normas de origen (suspensión de la emisión de certificados de origen perdiendo el país miembro la ventaja del Programa de Liberación pagando el arancel de terceros países). Sin embargo, ese sistema actual de sanciones ha devenido ineficiente, ya que no existe, en varios casos, interés por parte del país beneficiado en aplicar las sanciones al país infractor, dando lugar a un *doble incumplimiento*, tanto del país demandado como del país demandante que decide no aplicar las sanciones autorizadas en la sentencia. Por tanto, una de las opciones a fin de solucionar este *impasse*, podría ser la imposición de multas coercitivas a los países miembros que incumplan una sentencia del TJCA, tal como sucede en la Unión Europea.

Creemos que resulta necesario regular “otras medidas alternativas” de sanción, a fin que sea el mismo TJCA quien elija, según cada caso concreto, medidas eficaces que no sean contradictorias con el libre comercio entre los países miembros.

La acción de incumplimiento constituye el mecanismo jurisdiccional que permite vigilar el cumplimiento, por parte de los países miembros, de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina,¹⁴⁹ siendo dicha acción

¹⁴⁹Artículo 23 del Protocolo de Cochabamba: “Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado. Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado, podrá adherirse a la acción de la Secretaría General”.

una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario, dado que cuando los países miembros no cumplen las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se pone en juego la institucionalidad andina y la existencia y eficacia del sistema de solución de controversias comunitario.

De lo que se trata es, pues, de establecer una condena por inejecución de una sentencia declarativa derivada del incumplimiento por parte de un país miembro demandado, es decir, no debería ser el incumplimiento en sí mismo considerado el que determine la imposición de la condena, sino la inejecución de un pronunciamiento judicial constatando tal incumplimiento. Es en tal sentido que se condena y se sanciona el desacato a la sentencia que declara el incumplimiento, reflejado en el hecho que el país infractor no haya adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia.

Por tanto, en primer lugar, la sentencia del TJCA *declara el incumplimiento* del país miembro (p.e. cuando Colombia restringió el comercio de arroz en la subregión andina), y si el país demandado no cumple la sentencia y no adopta las medidas necesarias, pues se procederá a abrir un proceso sumario por desacato a la sentencia, en donde si el TJCA determina el incumplimiento y desacato de la sentencia, procederá recién a autorizar las sanciones pertinentes.

En la presente tesis sugerimos reformar esta débil capacidad coercitiva del TJCA a fin de superar el problema del sistema actual de sanciones, ensayando para este propósito propuestas de reforma del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

1. Generalidades sobre el TJCA:

El Acuerdo de Cartagena fue firmado en el año 1969; durante 10 años careció de un órgano jurisdiccional que resuelva sus controversias, que vele por el cumplimiento y que interprete de manera uniforme las normas de su ordenamiento jurídico, hasta que por voluntad de los presidentes andinos se creó el “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, mediante el Tratado constitutivo respectivo del 28 de mayo de 1979.

La necesidad de contar con un órgano jurisdiccional propio que solucionase las controversias determinó que en 1971, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, reunida en el VI Período Extraordinario de Sesiones, dejara constancia sobre dicha necesidad. Asimismo, los presidentes del Grupo Andino se reunieron en Colombia en 1978 y formularon la siguiente declaración:

“Hemos llegado a la conclusión de que los avances registrados en el Proceso de Integración Andino demuestran la importancia de contar con un órgano jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas por la Comisión y la Junta, y dirima las controversias sobre el incumplimiento de las obligaciones de los países miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo”.¹⁵⁰

Dicho tratado debía entrar en vigencia con la última ratificación de los países miembros, lo que aconteció el 19 de mayo de 1983 cuando Venezuela depositó la última ratificación, empezando a funcionar el Tribunal de Justicia recién desde el 02 de enero de 1984.¹⁵¹

Somos de la opinión que la creación tardía del TJCA, así como su puesta en funcionamiento recién en el año 1984, debilitó al proceso de integración andino en general, ya que justamente la supranacionalidad viene determinada por la existencia de un Tribunal de Justicia de carácter permanente. Es así que la demora en la constitución del Tribunal se debió a una falta de voluntad política, causando un daño irreparable ya que el TJCA debió nacer en el mismo momento que se adoptó el Acuerdo de Cartagena que creó la Comunidad Andina, en ese entonces denominado “Grupo Andino”, incurriéndose en una omisión seria al no incluir un sistema eficaz de solución de controversias desde un inicio.

Cabe señalar que el Tratado que crea el Tribunal es un documento de Derecho internacional público de igual jerarquía que el Acuerdo de Cartagena, por lo que su vigencia es paralela al Acuerdo y no es denunciabile independientemente del mismo.

Asimismo, los magistrados del Tribunal son designados a propuesta de los países miembros; deben ser nacionales de cada uno de los países de origen, gozar de alta

¹⁵⁰ Edgar Barrientos Cazazola, “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Antecedentes históricos, estructura y composición, competencias y procedimientos”, en *La Integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 1997, p.88.

¹⁵¹ *Ibídem*.

consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia.¹⁵²

Los magistrados gozan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones no pudiendo ejercer otras funciones profesionales ya sean éstas remuneradas o no, salvo las de docencia, gozando en el territorio de los países miembros de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y, en especial, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 y tienen, para estos efectos, jerarquía equivalente a la de jefes de misión.¹⁵³ Son elegidos por unanimidad de los países miembros de ternas presentadas por cada país miembro por un período de seis años.

Las competencias originales del TJCA son: las acciones de nulidad e incumplimiento, y la de la interpretación prejudicial. Las posteriores: El recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral, que fueron añadidas por los artículos 37, 38 y 40 del Protocolo de Cochabamba.¹⁵⁴

¹⁵² Artículo 6 del Protocolo de Cochabamba: “El Tribunal está integrado por cinco magistrados, quienes deberán ser nacionales de origen de los Países Miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia. Los magistrados gozarán de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, no podrán desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente, y se abstendrán de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en consulta con el Tribunal, podrá modificar el número de magistrados y crear el cargo de Abogado General, en el número y con las atribuciones que para el efecto se establezcan en el Estatuto a que se refiere el Artículo 13”.

¹⁵³ Artículo 12 del Protocolo de Cochabamba: “Los Países Miembros se obligan a otorgar al Tribunal todas las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones. El Tribunal y sus magistrados gozarán en el territorio de los Países Miembros de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y, en particular, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos y de su correspondencia oficial, y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales, con las excepciones establecidas en el Artículo 31 de la mencionada Convención de Viena. Los locales del Tribunal son inviolables y sus bienes y haberes gozan de inmunidad contra todo procedimiento judicial, salvo que renuncien expresamente a ésta. No obstante, tal renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria. Los magistrados, el Secretario del Tribunal y los funcionarios a quienes aquel designe con el carácter de internacionales gozarán en el territorio del país sede de las inmunidades y privilegios correspondientes a su categoría. Para estos efectos, los magistrados tendrán categoría equivalente a la de jefes de misión y los demás funcionarios la que se establezca de común acuerdo entre el Tribunal y el Gobierno del país sede”.

¹⁵⁴ Artículo 37.- Cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas en las condiciones del Artículo 19 de este Tratado, podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones. Si dentro de los treinta días siguientes no se accediere a dicha solicitud, el solicitante podrá acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que se pronuncie sobre el caso. Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de admisión del recurso, el Tribunal emitirá la providencia correspondiente, con base en la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones del órgano objeto del recurso. Dicha providencia, que será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación.

Así, mediante el *Protocolo de Cochabamba* de fecha 25 de agosto de 1999, se continuó con dichos cambios institucionales al incrementar las competencias del órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina y se le dio un nuevo nombre: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

Es así que, desde su creación, se dieron importantes cambios, entre los que se destacan los siguientes:

- a) La conformación del Sistema Andino de Integración (en adelante SAI) mediante modificación del Acuerdo de Cartagena – Protocolo de Trujillo.
- b) La incorporación de las funciones arbitral y laboral en el TJCA, así como, el recurso por omisión (Protocolo de Cochabamba).
- c) El amplio acceso de los particulares a la justicia comunitaria (Protocolo de Cochabamba).
- d) La modificación en el tema de “anulación del veto” en la toma de decisiones.¹⁵⁵
- e) La incorporación del comercio de servicios en los artículos 79 y 80 del Acuerdo de Cartagena (Protocolo de Sucre), ya que anteriormente el Acuerdo de Cartagena era sólo para el comercio de bienes y productos.¹⁵⁶

Artículo 38.- El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden. Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.

Artículo 40.- El Tribunal es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

¹⁵⁵ Por lo tanto, se aprobó la Decisión 689 que modificó a la Decisión 486, a pesar del veto de Bolivia, mediante la cual la República del Perú implementó las modificaciones necesarias por la firma del TLC con Estados Unidos de América. Para materias específicas del Anexo I (tales como el Arancel Externo, las reformas al régimen común de propiedad intelectual, o la aprobación de propuestas presentadas por un País Miembro), si bien no pueden ser aprobadas en primera instancia *–prima facie–* de presentarse voto negativo según el artículo 26 del Acuerdo de Cartagena; las propuestas que sean votadas negativamente serán devueltas al proponente y, en un plazo no menor de un mes ni mayor de tres, el proponente elevará nuevamente la propuesta a consideración de la Comisión con las modificaciones que estime oportunas de conformidad con el artículo 27 y, en tal caso, la propuesta así modificada se entenderá aprobada si cuenta con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros, en este caso, tres votos favorables. De no contarse con los tres votos favorables, la propuesta es desestimada.

¹⁵⁶ Véanse las siguientes Decisiones:

Decisión 439: Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina (11 de junio de 1998).

Decisión 659: Sectores de servicios objeto de profundización de la liberalización o de armonización normativa (14 de diciembre de 2006).

Por lo tanto, actualmente, el Tribunal es competente para conocer de cinco tipos de acciones: nulidad,¹⁵⁷ incumplimiento,¹⁵⁸ interpretación prejudicial,¹⁵⁹ recurso por omisión o inactividad y demanda laboral; además tiene atribuida una competencia arbitral para dirimir las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos o convenios suscritos entre órganos e instituciones del SAI o entre éstos y terceros.

2. Sobre las eventuales fortalezas y debilidades del TJCA:

Entre algunas de las fortalezas del TJCA podemos mencionar las siguientes:

- Este órgano jurisdiccional es de carácter supranacional y permanente, contando con competencia territorial en los cuatro países miembros. Así, el TJCA mediante sus sentencias ha dotado del mayor contenido posible al ordenamiento jurídico comunitario al interpretar y aplicar el Derecho comunitario, bajo los principios del efecto directo, de la aplicación inmediata y de la supremacía del Derecho comunitario andino.
- Existe celeridad en la resolución de los procesos, en comparación con otros tribunales internacionales, tales como, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). A manera ilustrativa, podemos mencionar que una interpretación prejudicial ante el TJCA demora un lapso promedio de dos (2) meses, mientras que una consulta prejudicial ante el TJUE demora dos (2) años.
- El TJCA cuenta con una gran trayectoria, funcionando hace más de 20 años, siendo uno de los pocos tribunales supranacionales en el mundo (y con capacidad de autorizar sanciones a sus países miembros). Al respecto, cabe señalar que la gran barrera que divide los procesos de integración, en general, es la diferencia entre aquellos procesos de integración que tienen su base en la

¹⁵⁷ Artículo 17 del Tratado de Creación del TJCA: “Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado”.

¹⁵⁸ Ver los artículos del 23 al 31 del Tratado de Creación del TJCA.

¹⁵⁹ Ver los artículos del 32 al 36 del Tratado de Creación del TJCA.

“supranacionalidad”,¹⁶⁰ con aquellos -como era antes el Grupo Andino- basados en la “intergubernamentalidad”, es decir, en la cooperación interestatal carente de toda transferencia o limitación parcial de soberanía a otro ente. Esta dicotomía se pone de manifiesto, especialmente, en la manera de afrontar el mecanismo para la solución de controversias: entre la opción de un Tribunal de Justicia permanente, con facultades supranacionales; o, el mecanismo tradicional, intergubernamental, del trato directo, los buenos oficios, la mediación y el arbitraje.¹⁶¹ Respecto a la supranacionalidad, podemos señalar que la misma se encuentra recogida en los procesos de integración de la Unión Europea, así como, de la Comunidad Andina,¹⁶² lo que implica una aproximación seria a una integración no solo económica, sino fundamentalmente política y social.¹⁶³

- El TJCA ha emitido importante jurisprudencia internacional sobre diversas materias, resultando ser un importante punto de referencia en el mundo académico y doctrinal (por ejemplo, un mayor acceso de los particulares a la justicia comunitaria en comparación con el TJUE, el “incumplimiento continuado”,¹⁶⁴ la prohibición de las patentes de segundo uso, entre otros).

Ahora, si bien el TJCA tiene fortalezas institucionales, debemos mencionar que existen grandes debilidades que devienen del proceso de integración en sí mismo, que dan lugar a ciertas limitaciones en su labor jurisdiccional:

¹⁶⁰ Como lo es ahora la Comunidad Andina, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹⁶¹ Al respecto, soy de la opinión que una de las características básicas de la supranacionalidad es la existencia de un Tribunal permanente, cuyas sentencias sean obligatorias para todos los Estados miembros.

¹⁶² El principio de supremacía se encontraba regulado en el Tratado del Carbón y del Acero y, si bien actualmente dicho tratado ya se encuentra derogado, la supremacía existe de manera jurisprudencial (ver casos “COSTA ENEL” y “Simmenthal”). En cambio, en la CAN la supranacionalidad está expresamente regulada en el artículo 4º del Tratado de Creación del TJCA que señala claramente obligaciones “de hacer” y “no hacer” para los Estados miembros.

¹⁶³ Respecto del Grupo Andino. Pérez Vela, Elisa, “Reflexiones sobre los procesos de integración regional”. Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Revista de Instituciones Europeas. Pág. 678.

Asimismo, ver Arbuet-Vignali, Heber, *Las claves jurídicas de la integración: En los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004. Págs. 19 y 138. Este autor señala que “la integración es un fenómeno de naturaleza política (...) la esencia de la integración no posee naturaleza económica sino política”.

¹⁶⁴ Si la disposición nacional bajo examen sirve únicamente para “materializar determinada conducta que puede ser contraria o no a lo previsto en el orden comunitario, no cabe duda de que si tal norma se deroga o si se modifica, pero la conducta persiste o se transforma, haciéndose más gravosa o atemperándose en sus efectos, el incumplimiento subsiste con las características, se insiste, de un incumplimiento continuado”. Ver sentencias de los procesos 07-AI-98 y 118-AI-2003.

- Existe una débil capacidad coercitiva.
- Existe una falta de autonomía en el *aspecto financiero*, ya que el TJCA depende totalmente del presupuesto asignado por la Comisión que se encuentra conformada por los representantes plenipotenciarios de los Estados miembros. En el supuesto que se introduzca la posibilidad de imponer “multas coercitivas”, tal como se propone en el presente trabajo, se podría estudiar la alternativa de que el importe de tales multas tuviera como destino el propio TJCA, para potenciar así una autonomía plena del órgano jurisdiccional.¹⁶⁵ Sin embargo, en el Dictamen del TJCA, éste recomendó que la multa debería tener como destino el propio Estado remitido a través de la potenciación de programas de actuación que tengan por finalidad precisamente mejorar la ejecución del Derecho Andino en el Estado en cuestión, particularmente para superar las insuficiencias presentes en el ámbito en el que se produjo el incumplimiento que está en el origen de la multa, es decir, están destinadas a revertir directamente en beneficio del propio Estado multado, e indirectamente de la Comunidad Andina considerada en su conjunto, lo cual a nuestro parecer guarda una grave incongruencia, al revertirse el monto de la multa justamente al país multado. Dicha recomendación del TJCA es totalmente contraria a lo que sucede por ejemplo, en la Unión Europea, donde las multas coercitivas constituyen “un ingreso suplementario marginal o atípico de la Comunidad”.

- Falta de iniciativa en la difusión del Derecho andino.
- No conclusión del Reglamento de Arbitraje del TJCA: Dicha función arbitral fue otorgada por el Protocolo de Cochabamba hace más de 10 años, siendo ello de especial relevancia al incluir a los particulares y a los ciudadanos de la CAN (por ejemplo, en el caso que el contrato verse sobre Derecho andino, de manera total o parcial).

- Falta de desarrollo del tema de la justicia digital (por ejemplo, incentivar el uso de la video conferencia en las audiencias públicas, las notificaciones electrónicas, etcétera).¹⁶⁶

¹⁶⁵ Como ejemplos de dicha autonomía financiera tenemos el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) de la República del Perú y el Servicio de Rentas Internas (SRI) de la República del Ecuador. Así, el INDECOPI es un Organismo Público Especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público interno. En consecuencia, goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa.

¹⁶⁶ En el “II Encuentro de Magistrados de la CAN y del MERCOSUR”, realizado en Cartagena de Indias, Colombia, en septiembre de 2010, se señaló como conclusiones del grupo de trabajo de “Justicia digital” lo siguiente: “1) Impulsar, difundir y aplicar, como mecanismo procesal de cooperación judicial, el uso

- Falta de realización de “talleres itinerantes” en los cuatro países miembros, a fin de que aumenten las interpretaciones prejudiciales y las tareas y roles del TJCA: Una meta relevante debiera ser que Bolivia empiece, luego de más de 20 años, a solicitar regularmente interpretaciones prejudiciales, ya que desde la creación del TJCA ha solicitado menos de cinco.¹⁶⁷ Se debe tomar en cuenta que cuando un juez nacional, de cualquiera de los países miembros, no solicita la respectiva interpretación prejudicial al TJCA cuando ésta sea obligatoria, hace que su propio país caiga en incumplimiento del artículo 123 del Estatuto del Tribunal, lo que hace al país miembro ser pasible de ser demandado ante el TJCA.

- Falta incluir a la opinión pública en las actividades públicas del TJCA, como por ejemplo, en las audiencias públicas que se realizan dentro de los procesos de su competencia.

- Falta utilizar la institución jurídica del *acto aclarado* a fin que las interpretaciones prejudiciales no sean tan repetitivas. Como se sabe, el TJUE ha limitado en su jurisprudencia el alcance del "*acto aclarado*", señalando algunos criterios desde el año 1963, con las sentencias Van Gend&Loos (5 de febrero de 1963), y la Da Costa en Shaake (27 de marzo de 1963), donde señala que el juez nacional se sustrae de la obligación de enviar la consulta cuando "*la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión prejudicial en un asunto análogo*", aclarando luego en la sentencia CILFIT (06 de octubre de 1982) que no es necesario "*una estricta identidad de las cuestiones en litigio*". Así, el TJUE (Asunto C-337/95) se ha pronunciado sobre el tema señalando que "*cuando la cuestión planteada*

permanente y obligatorio de los nuevos medios tecnológicos de comunicación e información, tales como las notificaciones electrónicas, video audiencias, video informes, expedientes virtuales y todas aquellas actuaciones de informática judicial que fortalezcan el proceso de integración; 2) La mesa de Justicia Digital se compromete a elaborar una propuesta de REGLAMENTO en un plazo de 60 días respecto al uso de los medios tecnológicos antes referidos. Para tal efecto se autoriza a la Secretaría General del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a convocar a los integrantes de la Mesa de Justicia Digital a reuniones periódicas por video conferencia y correo electrónico para hacer viable este objetivo; y, 3) Solicitar la participación de un representante de la Secretaría General de la Comunidad Andina y un representante de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en la Mesa de Justicia Digital a fin de que colaboren activamente y formen parte del Reglamento a elaborar. (En consulta de la Representación de la Secretaría General de la Comunidad Andina y el señor Secretario General del Tribunal Permanente de Revisión)".

¹⁶⁷ Artículo 123 del Estatuto del TJCA.- Consulta obligatoria

De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.

es materialmente idéntica a una cuestión que ya fue objeto de una decisión de carácter prejudicial en el marco del mismo asunto nacional", no es obligatorio para el juez interno el envío de la consulta. Contra todo pronóstico, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el Proceso 01-IP-87, publicado en la Gaceta Oficial N° 028, de 15 de febrero de 1988, se pronuncia en contra de la jurisprudencia europea, señalando que "la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal Comunitario rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares y análogos"; sin embargo, deja el campo abierto para introducir nuevos criterios, ya que en el Proceso 07-IP-89, publicado en la Gaceta Oficial N° 053, de 18 de diciembre de 1989, señala que: "bien podría el Tribunal variar y aún cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo".

- Falta de legitimidad del proceso de integración andino, por parte del ciudadano andino y de la sociedad civil, ya que existe un gran desconocimiento en las empresas o en los estudios jurídicos respecto de las acciones posibles ante el TJCA, siendo que son los destinatarios finales del proceso de integración.

- Falta de voluntad política de los países miembros respecto a la integración andina en general, socavando ello las tareas del TJCA y su continuidad. Por ejemplo, ello se vio reflejado en la decisión de los países miembros de la CAN de no negociar en bloque con la Unión Europea un acuerdo de asociación o en la firma de tratados de libre comercio (TLC) con terceros países.

- Momento de debilidad institucional en la Comunidad Andina, existiendo enfrentamientos políticos entre Bolivia-Perú (por la firma del TLC con EE.UU.) y Colombia-Ecuador (conflicto en la frontera por la incursión colombiana en territorio ecuatoriano).

- El TJCA nunca debe olvidar que debe guiarse por el "interés comunitario" en todo momento, y nunca por el "interés nacional" individual de cada país miembro o magistrado.

Finalmente, luego de mencionar algunas de las debilidades, cabe señalar que nos concentraremos en el problema de la débil capacidad coercitiva del TJCA, por lo que se planteará una modificación del actual sistema de sanciones.

3. El procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento:

La acción de incumplimiento constituye el mecanismo jurisdiccional que permite vigilar el cumplimiento, por parte de los países miembros, de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Por lo tanto, el Tribunal se encuentra facultado para conocer de las acciones de incumplimiento que sean interpuestas por la Secretaría General, los países miembros, o los particulares afectados en sus derechos. A través de la acción de incumplimiento se ejerce el control del comportamiento de los Estados.¹⁶⁸

Hacia finales de la década de los noventa se intensificaron los desacatos a las sentencias del TJCA, particularmente por parte del Perú durante el gobierno del presidente Alberto Fujimori, quien amenazara con denunciar el Acuerdo de Cartagena.¹⁶⁹ Así, dichos desacatos reflejan que el sistema de solución de controversias no cuenta con un mecanismo de incentivos para el cumplimiento de dichas sentencias, por lo que el sistema actual de sanciones resulta inoperante en la realidad. Es así que, en el caso de los fallos del Tribunal, si bien poseen un carácter vinculante y de estricto cumplimiento, existe una tendencia por parte de algunos de los Estados miembros a no acatarlos, lo que crea un problema en la existencia y eficacia del sistema de solución de controversias comunitario.

En principio, el concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho ha causado siempre cierto debate. Bentham, Austin y Bobbio dieron una definición funcional a la sanción, “la sanción como motivo para la obediencia, siendo las sanciones los únicos motivos útiles para la eficacia del derecho, teniendo –asimismo- como objeto indirecto, la formación del hábito de la obediencia.”¹⁷⁰ Por otro lado, Kelsen señaló que “las sanciones están dispuestas en el ordenamiento jurídico para obtener un determinado comportamiento humano que el legislador considera deseable”.¹⁷¹ Además, Garrido Falla considera a las sanciones “*un medio represivo que se pone en marcha*

¹⁶⁸ Ver los artículos del 23 al 31 del Tratado de Creación del TJCA.

¹⁶⁹ Elizabeth Salmón Gárate, “Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas”, *en Derecho comunitario andino*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 27.

¹⁷⁰ Lara Chagoyán, Roberto, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*, México, Doctrina jurídica contemporánea, 2004, p. 298.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 299.

precisamente porque la obligación no se ha cumplido".¹⁷² Sin embargo, es a Bobbio a quien se debe el desarrollo de una "teoría promocional" del derecho, que ve a éste como una guía eficaz de la conducta a través del reconocimiento e incentivación de ciertas conductas,¹⁷³ lo que sería aplicable al supuesto de tener que incentivar ciertas conductas de los Estados.

Ahora bien, a efectos de la presente tesis, cabe resaltar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina propuso en el Proyecto de Reforma del Estatuto,¹⁷⁴ que se sustituyera el término de "sanciones" por el de "medidas coercitivas". Así, se entiende por "medida coercitiva" aquella medida que obliga al pago de cierta cantidad de dinero calculada por unidad de tiempo, fundamentada en la mora del cumplimiento de una obligación (el cumplimiento de la sentencia como obligación accesoria).

Como señalamos anteriormente, se trata de establecer una condena por inejecución de una sentencia declarativa de un incumplimiento por un Estado miembro: no es el incumplimiento en sí mismo el que determina la imposición de la condena, sino la inejecución de un pronunciamiento judicial constatando tal incumplimiento. Se condena el hecho de que el país infractor no haya adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia.

En tal sentido, el procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento se da cuando se trata de determinar el incumplimiento en que pudiera haber incurrido un país miembro, en la ejecución de una sentencia dictada en su contra en desarrollo de una acción de incumplimiento, por lo que este procedimiento resulta ser "accesorio" en el sentido que depende del proceso principal y determina la aplicación de una sanción por el desacato de la sentencia.

El país miembro que ha sido declarado en situación de incumplimiento dispone de noventa (90) días, contados a partir de la notificación de la sentencia, "*para adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento*" (artículo 27 del Tratado del Tribunal).¹⁷⁵ Transcurridos estos noventa (90) días, el Tribunal de Justicia, de oficio, con

¹⁷²Plaza Ventura, Patricia, *Las sanciones comunitarias europeas: Su aplicación a las empresas*, Madrid, Edijus, 1999, p. 225.

¹⁷³Lara Chagoyán, Roberto, *op. cit.*, nota 9 pp. 285-304.

¹⁷⁴Documento informativo de la Secretaría General de la Comunidad Andina (SG/di 849), de 08 de junio de 2007: DICTAMEN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, CON REFERENCIA AL "PROYECTO DE REFORMAS AL ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA".

¹⁷⁵El artículo 4 del Tratado de Creación señala que: "*Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el*

fundamento en su propia información, o por denuncia de los países miembros, de los órganos comunitarios o de cualquier particular, puede iniciar un *procedimiento sumario por desacato de la sentencia*. Una vez emitido el auto de inicio del procedimiento y, cuando de la apertura se adviertan serios motivos de credibilidad acerca del incumplimiento de la sentencia, el Tribunal debe formular un pliego de cargos al país miembro sentenciado, en el que deberá consignarse la información que se tenga respecto del supuesto desacato.

El país miembro dispone de cuarenta (40) días para presentar sus descargos. Vencido este plazo y una vez comprobado el desacato, el Tribunal dicta un auto que declara el desacato de la sentencia y en el que además se concede un plazo de treinta (30) días para que la Secretaría General de la Comunidad Andina emita su opinión acerca de las *sanciones* que podrían aplicarse al país miembro. El Tribunal puede, además, convocar a una audiencia con el objeto de precisar lo que corresponda con respecto al tipo de sanciones. Finalmente, el Tribunal debe expedir un *auto motivado* que establezca las sanciones.

En este contexto, el TJCA ha terminado por interpretar que es de su potestad fijar los límites -mínimo y máximo- de la sanción, y que es potestad de los países miembros seleccionar entre dichos límites la sanción aplicable, observándose que el Tribunal ha optado por establecer, en el caso del porcentaje correspondiente a la sanción de gravamen adicional, un punto mínimo y uno máximo, exigiendo a los países seleccionar entre dichos límites el monto del gravamen que aplicarán.

4. Sobre el actual sistema de sanciones en la CAN:

El actual sistema de sanciones en la CAN se ha referido sólo a dos aspectos, tal como mencionamos al inicio del presente capítulo. Así, en el *Proceso 01-AI-97* del 20 de octubre de 1999, el TJCA ha señalado:

“Que el desacato a un fallo de tal naturaleza constituye la más grave
ofensa de cuantas puedan inferirse al Ordenamiento Comunitario pues lo

ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

El TJCA reconoce su autoridad exclusiva para declarar judicialmente un incumplimiento mediante sentencia, siendo dicha sentencia de carácter meramente declarativo, donde se reconoce judicialmente la actitud contraria a derecho por parte del Estado condenado (artículo 23 del Tratado de Creación), por lo que su incumplimiento deriva en un procedimiento sumario que adelanta el propio Tribunal.

resquebraja en su esencia al desconocer valores como el de respeto a los fallos que dirimen una controversia en última y definitiva instancia. Que cuando se desacata una sentencia no se causa un daño particular o concreto que pueda ser reparado con una medida compensatoria en favor de quien sufre el daño, como podría suceder en los casos de restricciones unilaterales al comercio de ciertos productos, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario al desconocer o ignorar la fuerza vinculante de las sentencias, razón por la cual las sanciones que se impongan en estos casos no tienen por qué estar referidas ni guardar relación sólo con la gravedad del daño ocasionado por la conducta que dio origen a que se adelantara la acción de incumplimiento y se dictara la sentencia objeto del desacato, sino que, necesariamente, *deben descansar en el hecho objetivo del incumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Que siempre y en todos los casos el incumplimiento de una sentencia del órgano jurisdiccional comunitario es de gravedad extrema*, y que, como se puede deducir sin mayor esfuerzo dialéctico, es un hecho que afecta a todos los países miembros y a todos los órganos y entidades de la Comunidad al lesionar directamente el proceso de integración en el que la subregión viene empeñada desde hace más de 30 años” (el énfasis es nuestro).

En este sentido, las sanciones -gravamen adicional del 5%¹⁷⁶ y la suspensión de certificados de origen- buscan sobre todo “compensar” a los países afectados, por lo cual más que una “condena” resultan ser en los hechos una “medida de equidad” típica de la intergubernamentalidad.¹⁷⁷ En consecuencia, el sistema actual de sanciones de la CAN se encuentra más cerca de lo compensatorio que de lo sancionador en sentido estricto.

¹⁷⁶ El mecanismo sancionatorio está orientado a compensar, de alguna manera, a los demás países miembros, por lo cual más que una condena debe entenderse como un resarcimiento al resto de países de la Comunidad por el eventual daño causado por el país remiso; de ahí que, por lo general, los autos en los sumarios por incumplimiento de sentencias utilizan la siguiente fórmula o “medida de equidad”: Determinar los límites dentro de los cuales los países miembros podrán restringir o suspender las ventajas del Acuerdo de Cartagena que al momento benefician al país remiso, autorizando a los países miembros de la Comunidad Andina, conforme a lo previsto en el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal (codificado por la Decisión 472 de la Comisión), para que a partir de la notificación de este auto, impongan un gravamen adicional del 5% a las importaciones de hasta cinco de los productos que en mayor volumen se efectúen a su territorio, procedentes y originarias de dicho país. Los países miembros informarán al Tribunal, por intermedio de la Secretaría General, la lista de los productos objeto del gravamen sancionatorio, dentro de los veinte días siguientes a la comunicación de ese auto a dicha Secretaría General. La sanción se mantendrá vigente hasta tanto el país remiso demuestre fehacientemente ante el Tribunal que ha dado estricto cumplimiento a la sentencia proferida dentro del proceso.

¹⁷⁷ Novak Talavera, Fabián, “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”, en *Derecho comunitario andino*, Lima, Fondo Editorial, 2003, p. 90.

El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro. Sin embargo, lo que resulta contradictorio es que se autorizan sanciones en la forma de “restricciones a las ventajas brindadas por el Acuerdo de Cartagena”, constituyendo dicha sanción una infracción “autorizada” del Programa de Liberación, siendo el efecto real del mismo, restringir el comercio comunitario (al igual que lo hizo la infracción). De esta manera, “se sanciona con una infracción”, implicando ello un claro retroceso del Programa de Liberación en general.¹⁷⁸ Es así que, el sistema de sanciones puede afectar a operadores económicos no involucrados en la conducta objeto del incumplimiento y a uno de los principales objetivos del Acuerdo de Cartagena.

5. Problemas del actual sistema de sanciones:

El sistema sancionatorio no satisface a todas las partes involucradas en la infracción de la norma andina, ya que en algunos casos dichas sanciones terminan por afectar a personas que directamente no han estado involucradas con las conductas que las motivan,¹⁷⁹ desnaturalizándose los principios y presupuestos de la “teoría de la

¹⁷⁸ Al respecto, resulta interesante lo señalado por David A. Baldwin sobre la compatibilidad o no de las sanciones económicas y el libre comercio: “Are economic sanctions and free trade compatible? At first glance, one might think the answer is obviously no. (...) Strychnine is not normally recommended for ingestion by humans. There are, however, a few conditions under which small amounts can save the lives of people with heart problems (or no I have been told). Likewise, the judicious and limited use of economic sanctions can be used to promote trade liberalization and to strengthen a regime of free trade. Even Adam Smith recognized this possibility. (...) Even the World Trade Organization recognizes the possibility that economic sanctions have a role to play. When a member state is found to be in violation of the rules of the liberal trading system, other states may be authorized to impose economic sanctions against the offending state”.

En la página 281, continúa señalando que: “(...) all economic sanctions should be considered as forms of political sanctions (...) The relationship between economic sanctions and free trade is more complex than it seems. As instrument of statecraft, economic sanctions can be used to pursue a variety of foreign policy goals. Among the goals that such measures can be, and have been, used to pursue is free trade. Although the sacrifice of free trade in the name of national security has an ancient and honorable pedigree, the tradeoff is not so stark as is often implied. International political security enhances and facilitates free trade. To the extent that economic sanctions are used to promote international political security, therefore, they help to create conditions conducive to free trade and globalization”.

David A. Baldwin, “Prologomena to Thinking about Economic Sanctions and Free Trade”, en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 4 N° 2, 2003, pp. 278-279 y 281.

¹⁷⁹ Declaraciones del Ministro de Comercio Exterior de la República del Ecuador, Tomás Peribonío: “No es racional que los esfuerzos de empresas exportadoras sean sistemática y exprofesamente afectadas por incumplimientos de otros”. Agregó que, el sistema de sanciones es perverso y que es necesaria su revisión. Asimismo, la Federación Ecuatoriana de Exportadores (Fedexpor) señala que, se debe establecer un sistema donde el Estado incumplidor sea quien reciba la sanción y no los exportadores ajenos al proceso sancionador.

Fuente: www.mic.gov.ec y www.eluniverso.com (01/07/2010).

responsabilidad”,¹⁸⁰ por lo que resulta preciso buscar alternativas que -en lo posible- no causen efectos que incidan en su eficacia. Al respecto, en la teoría general del derecho existe el “principio de culpabilidad” (*nulla poena sine culpa*) que consiste en que debe existir un vínculo interno entre la infracción cometida y su autor (Asunto Thyssen p. 3740 y Asunto Estel p. 1195). En ese sentido, se debe sancionar siempre a quien incumple, es decir, al Estado, debiendo ser éste último el único sujeto pasivo de las medidas sancionadoras de los países miembros, ya que es el único que puede caer en “incumplimiento” (artículo 23 del Tratado de Creación).¹⁸¹ De esa forma, la sanción debería recaer en el sujeto que incumplió, no sancionando tergiversadamente a sujetos particulares inocentes.

Además, en el sistema actual de sanciones es necesario delimitar la aplicación de sanciones económicas en el corto plazo,¹⁸² a fin de asegurar la proporcionalidad de la sanción, afectando sólo a los sujetos que pueden estar siendo favorecidos por el incumplimiento, a título de corresponsabilidad del país miembro y del beneficiario de la infracción. En consecuencia, se debe aplicar la sanción *en el sector en que se ha*

¹⁸⁰ Responsabilidad deviene de “responder” que significa dar cada uno cuenta de sus actos, entonces es un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado.

¹⁸¹ Se transcriben las normas pertinentes donde se denota que el sujeto pasivo de la acción de incumplimiento son sólo los países miembros:

Artículo 23 del Protocolo de Cochabamba: “Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado. Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado, podrá adherirse a la acción de la Secretaría General”.

Artículo 107.- Objeto y finalidad

La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina. La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.

¹⁸² Sobre las “sanciones económicas” es interesante lo señalado por el autor David A. Baldwin: “When economic sanctions are used to influence another state’s tariff policy or treatment of private foreign investment, for example, they are depicted as “nonpolitical” because the sanctions are being used to pursue “economic” rather than “political” goals. When economic sanctions are used to influence another state’s human rights policy or to get that state to disarm or pay war reparations, however, the sanctions are categorized as “political” because they are being used to pursue “political goals”. The practice of differentiating between “political” and “nonpolitical” economic sanctions requires a criterion for distinguishing between political and nonpolitical goals”.

David A. Baldwin, “Prologomena to Thinking about Economic Sanctions and Free Trade”, en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 4 N° 2, 2003, p.271.

producido el incumplimiento,¹⁸³ a fin de que quienes se hayan beneficiado o se beneficien de la acción u omisión del país infractor sean los primeros interesados en que el Gobierno adopte las medidas conducentes a subsanar el incumplimiento.¹⁸⁴

En el sistema sancionatorio actual, la aplicación de las sanciones autorizadas por el TJCA se deja a discrecionalidad de los países miembros, dándose el caso que, aun autorizadas las medidas por el TJCA, las mismas no son aplicadas por el país afectado por el temor a represalias. En tal sentido, una de las opciones a fin de solucionar este *impasse*, podría ser la imposición de multas coercitivas a los países miembros que incumplan una sentencia del TJCA, tal como sucede en la Unión Europea.

En tal sentido, en el sistema sancionatorio actual, cuando la aplicación de las sanciones se deja a la discrecionalidad de los países miembros y ellos no aplican las sanciones autorizadas por el Tribunal (incumpliendo así la sentencia del Tribunal), dejan entrever características que distan de lo supranacional, acercándose más bien a lo que sería una integración poco profunda que se parece más al sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC),¹⁸⁵ ya que en general los países miembros tienen una gran reticencia a reconocer competencias sancionadoras a la institución comunitaria.¹⁸⁶

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo explicado por ZeladaCastedo: “la posibilidad de que las sanciones sean aplicadas no sólo por el país

¹⁸³De lo contrario se afectará a los exportadores de productos que nada tienen que ver con la sentencia.

¹⁸⁴Mediante auto del 19 de mayo de 2004, el TJCA declaró a la República Bolivariana de Venezuela en desacato de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2003, dentro de la acción de incumplimiento instaurada por la Secretaría General por violación del principio de Trato Nacional a los cigarrillos, tabacos y picaduras importados de los países miembros, dentro del *Proceso 052-AI-2002*. Posteriormente, mediante auto del 04 de agosto de 2004, el Tribunal determinó los límites mediante los cuales los países miembros pueden restringir o suspender las ventajas del Acuerdo de Cartagena a la República de Venezuela, siendo obligatorio imponer un gravamen del ocho al doce por ciento (8 al 12%) sobre el valor de las importaciones de cigarrillos de tabaco rubio clasificados en la subpartida NANDINA 2402.20.20, procedentes y originarios del citado país.

¹⁸⁵Somos de la opinión que las retaliaciones autorizadas -como las de la OMC- cuentan con características intergubernamentales, que distan de un Tribunal supranacional.

¹⁸⁶Asimismo, en la ALADI existe la *Resolución N° 114 del Comité de Representantes* adoptada el 22 de marzo de 1990, que configuró el primer intento regional dirigido a establecer un procedimiento destinado a preservar el cumplimiento de las normas del Tratado de Montevideo de 1980 y los compromisos contraídos en los Acuerdos concertados por los países miembros. Esta Resolución tiene un alcance muy limitado pues sólo ha institucionalizado un “régimen de consulta” entre países miembros, en virtud del cual cualquiera de ellos podría solicitar su celebración al país que a su entender esté contraviniendo las medidas adoptadas. El procedimiento es de carácter *facultativo* y fija plazos para su iniciación y conclusión, a cuyo vencimiento sin haber logrado una solución satisfactoria, los países miembro sólo “podrán” recurrir al Comité de Representantes para que éste proponga fórmulas de carácter *no vinculante* para resolver la cuestión planteada y, en la práctica, *el sistema resulta carente de toda utilización al no representar un mecanismo que logre efectivamente resolver las cuestiones planteadas por los países miembros*. (el énfasis es añadido).

directamente afectado sino también por los demás miembros del Acuerdo de Cartagena, convierte a la obligación de asegurar la eficacia de las sentencias del Tribunal en una responsabilidad colectiva”,¹⁸⁷ siendo ello lo contrario a lo que sucede en la OMC, donde la sanción es individual y se efectúa únicamente entre los Estados demandante y demandado, limitándose la OMC a autorizar la sanción de forma colectiva, a través del OSD.

El TJCA puede ordenar que la “sanción colectiva” sea obligatoria para los demás países miembros, al determinar la aplicación automática de las sanciones autorizadas para que no sean discrecionales, tal como una vez lo señaló en el Proceso 52-AI-2002 de la siguiente manera: “la Secretaría General de la CAN debe velar porque las sanciones sean efectivamente aplicadas”.

En la Comunidad Andina, a falta de voluntad política para cumplir las sentencias (por ambas partes, sea el país afectado y el infractor), resulta necesario fortalecer las medidas coercitivas, a fin de reforzar la credibilidad del sistema andino. Por otra parte, resulta imperativa una mejor difusión y publicidad de las sentencias del Tribunal, a fin de que exista una opinión pública fiscalizadora y controladora del cumplimiento de las sentencias por parte de sus respectivos países miembros, siendo lo ideal que haya cumplimiento sin necesidad de recurrir a una sanción.

Es menester señalar que, las sentencias del Tribunal que declaran un incumplimiento por parte de un país miembro producen determinados efectos jurídicos inmediatos sobre las normas nacionales que contravengan el ordenamiento comunitario.

En primer lugar, en virtud de la primacía del Derecho comunitario,¹⁸⁸ una norma interna declarada contraria al orden jurídico andino no podría ser aplicada por las autoridades nacionales. En segundo lugar, de conformidad con el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, la sentencia de incumplimiento constituye título legal y suficiente para que los particulares puedan solicitar ante la jurisdicción nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda,¹⁸⁹ constituyendo ello un “derecho

¹⁸⁷ Citado en TJCAN, Expediente 02-AI-97.

¹⁸⁸ Las normas jurídicas comunitarias forman parte del ordenamiento jurídico interno de los países miembros y su incumplimiento implica también la trasgresión del derecho nacional.

Tangarife Torres, Marcel, “El sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina. El papel de la Secretaría General de la Comunidad Andina”, en Revista *THEMIS*, núm. 42, de la Facultad de Derecho de la “Pontificia Universidad Católica del Perú”, p. 120.

¹⁸⁹ No se tiene noticia que ello se haya dado en la Comunidad Andina. Asimismo, otro supuesto es lo que

de repetición” en contra del Estado infractor ante el juez nacional. Por otro lado, la existencia de título ejecutivo –sentencia que declara el incumplimiento- es presupuesto esencial para iniciar el proceso de ejecución (*nullaexecutio sine titulo*), a fin de fundar la actuación de sanciones.¹⁹⁰

En tal sentido, si bien la sentencia de incumplimiento no reviste un carácter constitutivo ni tampoco puede anular el derecho interno, sí puede, en cambio, paralizar la aplicación del mismo, lo que implica la prohibición de pleno derecho de que las autoridades nacionales apliquen una disposición nacional reconocida como incompatible con el ordenamiento jurídico comunitario y, en todo caso, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para facilitar el pleno efecto del Derecho comunitario.¹⁹¹

6. Propuestas de reforma al Estatuto del TJCA:

El artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal señala que, el Estatuto debe precisar las condiciones y límites de la atribución del Tribunal para “ordenar la adopción de *otras medidas* si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido”. El Estatuto vigente (Decisión 500)¹⁹² no contempla las condiciones y límites dentro de los cuales se podrían aplicar “otras medidas”, por lo que resulta necesario reglamentar la disposición contenida en el Tratado del Tribunal reformando el artículo 119 del Estatuto.¹⁹³ Así, el Tratado de Creación del Tribunal —modificado mediante el Protocolo de Cochabamba—, estableció la posibilidad de que el Tribunal pudiera sancionar el desacato a sus sentencias en acciones de incumplimiento *con otro tipo de*

sucede en el caso de la Unión Europea, donde se estableció el Principio de Responsabilidad Patrimonial de los Estados miembros por violaciones del derecho comunitario (Sentencia Francovich de 19 de noviembre de 1991), determinando ello un deber de reparación de daños que abarca, en principio, la violación de cualquier norma comunitaria.

¹⁹⁰ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Civil: Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 339.

¹⁹¹ Véanse las sentencias de los *Procesos 02-AI-97 y 051-AI-2000*.

¹⁹² La Decisión 500 fue publicada en la Gaceta Oficial 680, de fecha 28 de junio de 2001.

¹⁹³ El artículo 119 del Estatuto señala: “*Si un país miembro no acatare las obligaciones impuestas en la sentencia de incumplimiento, el Tribunal podrá sumariamente determinar como sanción, y conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 27 del Tratado, los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al país miembro remiso*”.

sanciones distintas a las comerciales, las cuales debían ser precisadas en cuanto a sus condiciones y límites en el Estatuto correspondiente.

Sin embargo, la falta de fijación -hasta ahora- de estas “condiciones y límites” ha llevado al TJCA a juzgar que se encuentra impedido de imponer sanciones distintas a la prevista en el Estatuto, constituyendo ello una laguna técnica¹⁹⁴ importante que, además, la práctica ulterior no ha sido capaz de cubrir en toda su extensión, a razón de una insuficiente base normativa en el Derecho comunitario andino, así como, las reticencias de los Estados miembros a reconocer competencias sancionadoras plenas al TJCA.

Por lo tanto, el TJCA sólo ha impuesto la sanción de tipo comercial que autoriza el artículo 27 del Tratado, de suspender o restringir las ventajas que el Acuerdo de Cartagena otorga a los países miembros, pues la CAN no ha reformado el Estatuto para desarrollar allí el régimen que permitiría la imposición de “otro tipo de sanciones”, tales como las multas coercitivas que se aplican en la UE.

En efecto, el artículo 27 del Tratado de Creación dispone que:

“Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el país miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.¹⁹⁵ Si dicho país miembro no cumpliera la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al país miembro remiso. En todo caso, El Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta

¹⁹⁴ El supuesto de “laguna técnica” se da cuando el Derecho ha producido una norma genérica y vigente y, por lo tanto, exigible en sí misma, pero que requiere una normatividad reglamentaria aún no promulgada. Estas lagunas técnicas se solucionan dictando la normatividad correspondiente o a través de la integración jurídica frente a las lagunas. Véase Marcial Rubio Correa, *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, p. 293.

¹⁹⁵ Ver las sentencias en los Procesos 01-AI-96 y 07-AI-99.

atribución. El Tribunal, a través de la Secretaría General, comunicará su determinación a los países miembros” (lo subrayado es nuestro).

Sin embargo, al expedirse el nuevo Estatuto del Tribunal —mediante la Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores—, no se reguló nada que permitiese desarrollar el mandato del Tratado en el sentido de precisar los límites y condiciones dentro de las cuales el Tribunal podría imponer sanciones distintas a las de tipo comercial, impidiendo que el Tribunal disponga la imposición de sanciones diferentes a las mencionadas en el segundo inciso del artículo 27 transcrito, con lo cual el mandato contenido en el tercer inciso de dicha norma del Tratado ha quedado sin posibilidad de ejecución.

En ese sentido, resulta imperativo reformar el Estatuto del TJCA¹⁹⁶ a fin de regular la posibilidad de imponer a los países que entren en desacato de las sentencias del Tribunal, sanciones de multa como una alternativa a las llamadas “sanciones de tipo comercial” y dejar en manos del Tribunal la definición, en cada caso, de la clase de sanción que se adecúe más a las circunstancias específicas. Asimismo, transcurrido un tiempo prudencial sin que el país afectado por la sanción inicialmente impuesta haya cesado en la situación de incumplimiento, la sanción podría ser endurecida mediante la combinación de las multas con las sanciones comerciales.

Lo que se busca es que el Estado demandado cumpla la sentencia del TJCA, por lo que para hablar con propiedad, debemos referirnos a la medida como “multa coercitiva” y no como “sanción”, sin que la medida se convierta a la postre en sustitutorio de la ejecución de la sentencia.

Sobre la posibilidad de introducir las multas coercitivas en el sistema de sanciones de la CAN:

Existe una considerable discusión en el Derecho, sobre si es que es o no un requisito indispensable para la existencia de una norma jurídica, el que se prevea una sanción efectiva que, de una u otra manera, haga forzoso su cumplimiento o, al menos,

¹⁹⁶ De conformidad con el mandato del Consejo Presidencial Andino contenido en el “Diálogo Presidencial sobre el Futuro del Proceso Andino de Integración y su Proyección en Sudamérica” es necesario “revisar el mecanismo de sanciones del mismo, con miras a garantizar el cumplimiento automático de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, en la ciudad de Quito, 12 de julio de 2004.

sancione a quien la incumple. En este punto, la experiencia jurídica aconseja su conveniencia y, en muchos casos, su indispensabilidad.¹⁹⁷

Así, el ejercicio de la función jurisdiccional no se limita a declarar el derecho pronunciando una resolución de condena, mero declarativa o constitutiva. Una verdadera efectividad del derecho exige, en ocasiones, una actividad coactiva posterior para dar un adecuado cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia donde se busque justamente “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.¹⁹⁸ Esta actividad de ejecución implica una potestad coactiva o coercitiva que proyectada a la realidad material la transforma, venciendo resistencias y sustituyendo voluntades de incumplimiento.¹⁹⁹

Al respecto, el artículo 171 del Tratado CE, modificado por el Tratado de la Unión Europea, ofrece la posibilidad de elegir entre dos tipos de sanciones pecuniarias: la suma a tanto alzado y la multa coercitiva. Por un lado, la suma a tanto alzado constituye una sanción pecuniaria con fines punitivos o represivos que persigue un efecto disuasivo cual un castigo. Por otro lado, la “multa coercitiva” no constituye una medida punitiva, sino una destinada a asegurar el cumplimiento de una sentencia y, en este sentido, se presenta como una medida accesorio respecto de la obligación principal.

Sin embargo, teniendo en cuenta el objetivo fundamental del conjunto del procedimiento de infracción que es llegar lo antes posible al cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados miembros, la Comisión de la UE consideró que la multa coercitiva es el instrumento más idóneo para conseguir este fin, en comparación con la suma a tanto alzado.²⁰⁰ Es por ello que en la presente tesis se busca analizar la posibilidad de introducir las multas coercitivas en el sistema de sanciones de la CAN, tomando en cuenta que ambos procesos de integración, la UE y la CAN, son paradigmas del modelo supranacional.

Las multas coercitivas como medio indirecto de ejecución forzosa: diferencias con “las astreintes”

¹⁹⁷ Marcial Rubio Correa, *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, p. 114.

¹⁹⁸ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Civil: Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 323.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 324.

²⁰⁰ Esto no significa, sin embargo, que abandone la posibilidad de solicitar la imposición de una suma a tanto alzado.

Uno de los elementos de compulsión más importantes es la imposición de multas coercitivas. Las multas coercitivas son apremios de carácter patrimonial cuyo objetivo principal es servir como medio psicológico de ejecución. Además, son el medio indirecto por excelencia al suponer una medida compulsiva altamente eficaz y de una importante flexibilidad. La finalidad de los medios indirectos es, a través de la compulsión sobre la conciencia, la modificación de la voluntad de un sujeto con el fin de que realice determinadas actividades relacionadas con la ejecución de la sentencia.

Las multas deberán reiterarse hasta “la completa ejecución del fallo judicial”, es decir, mientras el sujeto requerido no cumpla lo que se le ordena, el órgano jurisdiccional deberá seguir imponiéndole multas hasta lograr doblegar su voluntad.²⁰¹

Por otro lado, las *astreintes* son sanciones dinerarias en contra del deudor que demora el cumplimiento de una orden judicial, y que son requeridas por el juez a razón de una suma de dinero por cada día, cada semana o cada mes en que un deudor retarda el cumplimiento de una obligación determinada mediante una resolución judicial. El objetivo de las *astreintes* es lograr que un deudor cumpla con ejecutar un mandato fijado por la autoridad judicial. Puede ocurrir que el obligado retarde el cumplimiento del mandato judicial y para ello el juez aplica las *astreintes* como castigo compulsivo y progresivo en el tiempo, aumentando el monto de las *astreintes* en proporción al mayor retardo del obligado. Cuando el deudor cumple el mandato judicial, quedan sin efecto las *astreintes*.

A diferencia de las multas coercitivas, las *astreintes* tienen como característica un incremento periódico según el tiempo de retardo en que incurre el deudor, mientras las multas coercitivas consisten en el pago de una suma fija no aumentable en el tiempo. Para la fijación de la cuantía de las *astreintes* se tiene en cuenta el patrimonio de aquella persona cuya voluntad se trata de compeler, mientras que en el caso de las multas coercitivas ya no es que no se haya de tener en cuenta el patrimonio del deudor, sino que es el propio texto normativo el que fija una horquilla de cantidades dentro de las cuales se ha de encontrar la cuantía obtenida por la exacción del apremio. En este caso la cuantía pagada en concepto de *astreinte* se integra en el patrimonio del actor, mientras que la cantidad procedente de la multa coercitiva se integra en el erario público,²⁰² tal

²⁰¹ Gilberto Pérez del Blanco, *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo: doctrina y formularios*, De Blanco Editores, p. 243. Véase en: <http://books.google.com/books?id=UphcRj4aT60C&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q=astreinte&f=false> (02/05/2011).

²⁰² *Ibid*, p. 246.

como sucede con las multas coercitivas que impone el TJUE que constituyen “un ingreso suplementario marginal o atípico de la Comunidad”.

Si el deudor no cumple la sentencia, será porque el monto de la astreinte no habrá sido suficientemente alto para constreñir al deudor de mala fe, pudiendo el juez aumentarlo.²⁰³ La discrecionalidad es característica de las astreintes que alude a la capacidad del órgano jurisdiccional para determinar, conforme a una serie de parámetros, el monto total del apremio, parámetros que están relacionados principalmente con la resistencia del sujeto pasivo y su patrimonio.

En cambio, en las multas coercitivas existen mínimos y máximos legalmente establecidos. Por un lado, las astreintes pueden ser modificadas una vez que hayan sido impuestas, con la finalidad de adaptar la medida a las circunstancias en las que se esté desarrollando el proceso de su ejecución, permitiéndose su reducción, su aumento o incluso, la propia desaparición de la medida. Por el contrario, la multa coercitiva una vez impuesta no es susceptible de ser modificada, cabiendo únicamente su reiteración en el caso de que persista el incumplimiento, sin disponer de un mecanismo que permita su adaptación inmediata a las circunstancias. Una vez impuesta no puede ser retirada, con independencia de que se produzca el cumplimiento de la obligación que se exigía en el requerimiento.

Así, ambas figuras comparten la esencia y por tanto algunos caracteres - especialmente los referidos a su finalidad-, pero existen una serie de caracteres que las diferencian y que están relacionados sobre todo con la disponibilidad del apremio para el órgano jurisdiccional, así como con el modo de determinación del mismo.

En ese sentido, nos enfocaremos en la figura de las multas coercitivas, que son las pertinentes para el caso bajo estudio, tomando en consideración su tratamiento en el Derecho de la Unión Europea y en el Dictamen del TJCA sobre el proyecto de reformas al Estatuto.

7. Dictamen del TJCA con referencia al “Proyecto de Reformas al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”:

²⁰³Ibid, p. 248.

Mediante mandato del XV Consejo Presidencial Andino²⁰⁴ contenido en el “Diálogo Presidencial sobre el Futuro del Proceso Andino de Integración y su Proyección en Sudamérica” se ordenó “*revisar el mecanismo de sanciones del mismo, con miras a garantizar el cumplimiento automático de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*”.

Así, mediante el documento informativo SG/di 849, de fecha 08 de junio de 2007, se dio a conocer el Dictamen del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con referencia al “Proyecto de Reformas al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, donde el TJCA sugirió lo siguiente:

“(…)

El Tribunal iniciará un procedimiento sumario de desacato de la sentencia y aplicación de medidas coercitivas, a solicitud de un país miembro, de la Secretaría General o, en su caso, de los particulares, siempre que el país miembro cuya conducta haya sido declarada como incumplimiento no haya adoptado las medidas necesarias para la plena ejecución de la sentencia dentro de los noventa días siguientes a su notificación. El auto de inicio será notificado al país miembro cuya conducta haya sido declarada como de incumplimiento, a los demás países miembros, a la Secretaría General y, en su caso, a los particulares, para que, en el plazo de veinte días, informen sobre el cumplimiento de la sentencia y presenten las pruebas que consideren pertinentes.

(…)

Artículo 115.- Medidas coercitivas

Si un país miembro no acatare las obligaciones impuestas en la sentencia de incumplimiento, el Tribunal podrá sumariamente determinar, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 27 del Tratado, los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al país miembro remiso. No obstante, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. En ejercicio de esta atribución, el Tribunal podrá ordenar las medidas que

²⁰⁴ Quito, del 08 al 12 de julio de 2004.

fueren necesarias para garantizar la cesación inmediata del desacato de la sentencia y de las obligaciones impuestas en ella. En particular, podrá ordenar la limitación, suspensión o restricción obligatoria y con efecto directo de ventajas o derechos derivados del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.²⁰⁵ Dicha limitación, suspensión o restricción no podrá implicar la anulación de derecho alguno.

El Tribunal podrá asimismo imponer al país miembro remiso multas coercitivas hasta un importe de _____ (corresponde su fijación a las instancias políticas de la Comunidad Andina; en opinión del Tribunal de Justicia, una cantidad razonable sería la de US\$ 20.000) quincenales,²⁰⁶ que se depositarán en una cuenta especial de la Secretaría General y que se destinarán a iniciativas para mejorar la aplicación del Derecho comunitario en el país miembro multado. Las providencias mediante las cuales se imponen las multas coercitivas, junto con la liquidación a que haya lugar, constituirán título ejecutivo. En la gradación del alcance de las medidas coercitivas contempladas en el presente artículo, el Tribunal tomará en cuenta los criterios de proporcionalidad a que hace referencia el artículo 116. El Tribunal procurará asimismo que, en la medida de lo posible, los efectos de las medidas coercitivas limiten su alcance a quienes hayan incurrido, por acción u omisión, en el desacato de la sentencia, y a quienes se hayan beneficiado o se beneficien de dicho desacato.

(...)

Artículo 116.- Criterios de proporcionalidad en la aplicación de medidas coercitivas

²⁰⁵ Existen diversos derechos y beneficios que el ordenamiento jurídico comunitario prevé, tales como, acceder en mejores condiciones a los préstamos que conceden los órganos que forman parte del sistema, lo que paralelamente conllevaría a que los países infractores se les limite, proporcionalmente, en esos derechos (suspensión de ventajas financieras ante la CAF). Asimismo, podría caber la suspensión del derecho a participar en ciertos programas comunitarios o del derecho al voto, ya que solamente existe la suspensión del derecho al voto cuando no se pagan las cuotas oportunamente, así se podría sancionar al país infractor no participando con derecho a voto en determinados aspectos de la integración. El TJUE y el Parlamento Europeo sugirieron que, aparte de las sanciones pecuniarias, se incluya “*la suspensión del derecho a participar en ciertos programas comunitarios, beneficiarse de ciertas ventajas o acceder a determinados Fondos comunitarios*”. García, Ricardo Alonso, *Derecho comunitario: Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, Colección Ceura Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 464 y 466. Asimismo, en el artículo 88 del Tratado CECA se establece la posibilidad de sancionar económicamente a los Estados miembros mediante la suspensión, acordada por la Comisión, del pago de sumas debidas por la CECA al Estado miembro incumplidor. El fin aflictivo de la sanción consiste en la privación de un bien, que puede ser tanto patrimonial como jurídico, dirigido contra el sujeto infractor como consecuencia de la infracción comprometida.

²⁰⁶ El monto debe ser de tal magnitud que no deje a los Estados en posibilidad de poder fácilmente optar entre el incumplimiento y la sanción; de lo contrario la sentencia perdería su efecto persuasivo y sancionador propiamente dicho.

A efectos de la gradación de las medidas coercitivas previstas en el artículo anterior, el Tribunal en su auto y la Secretaría General, en la opinión que debe emitir, conforme a lo establecido en el artículo 113, tendrán en cuenta, según las circunstancias del caso, los tres siguientes criterios:

- a) La gravedad del incumplimiento, teniendo en cuenta, entre otros factores, la afectación del interés comunitario, el carácter objetivo del incumplimiento,²⁰⁷ la reincidencia, los efectos del incumplimiento sobre los objetivos de la Comunidad Andina, los perjuicios económicos o de otra naturaleza para los países miembros, particulares u operadores, y los esfuerzos realizados y las acciones adelantadas para corregir el incumplimiento después de la notificación de la sentencia.²⁰⁸
- b) La persistencia y duración del incumplimiento.
- c) La necesidad de garantizar la eficacia de las medidas coercitivas así como de evitar la reincidencia, teniendo en cuenta, entre otros factores, la ventaja que el país miembro remiso obtiene del incumplimiento de la sentencia y los efectos de dichas medidas en su economía.

(...)

Artículo 118.- Revisión de las medidas coercitivas

El Tribunal, a solicitud de un país miembro, la Secretaría General o, en su caso, los particulares, podrá revisar las medidas coercitivas. En dicha revisión el Tribunal tendrá en cuenta los criterios de proporcionalidad a que se refiere el artículo 116.

(...)

Artículo 119.- Levantamiento de las medidas coercitivas

Cuando el país miembro al cual se le estuvieran aplicando medidas coercitivas manifieste que ha dado plena ejecución a la sentencia, el Tribunal requerirá a los demás países miembros, la Secretaría General y, en su caso, los particulares, para

²⁰⁷El “incumplimiento objetivo” se da cuando de la simple comparación de una medida adoptada por un País Miembro con el ordenamiento jurídico andino, resulta una trasgresión evidente. Ver sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los Procesos 03-AI-96 y 01-AI-97.

²⁰⁸Se debe tomar en cuenta el concepto de incumplimiento flagrante definido en el artículo 57 de la Decisión 425: “*Se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por la Secretaría General, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales la Secretaría General se hubiere pronunciado con anterioridad*”. Ver sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 02-AI-97.

Por otro lado, el Tribunal de la Unión Europea (TJUE) calificó ello como un “incumplimiento no discutido”.

que en un término máximo de quince días emitan su opinión. El Tribunal, dentro de los quince días siguientes, resolverá sobre el levantamiento o no de las medidas coercitivas. Si luego del levantamiento de las medidas coercitivas se verificara nuevamente el incumplimiento de la sentencia, el Tribunal, a solicitud de un país miembro, la Secretaría General o, en su caso, los particulares, dispondrá la apertura de un nuevo procedimiento sumario de desacato” (lo subrayado es nuestro).

Así, el TJCA propone la sustitución de la expresión “sanciones” por el de “medidas coercitivas”, ya que se ajusta mejor al contexto en el que están llamadas a aplicarse, que no es, un procedimiento sancionador en sentido estricto, sino un procedimiento de ejecución de sentencias en caso de desacato, siendo que no corresponde al Tribunal activar de oficio el procedimiento de desacato de sus propias resoluciones.

Además, se busca una graduación de las medidas coercitivas en función de las circunstancias de cada caso concreto, introduciendo como “ultima ratio” la posibilidad de imponer “multas coercitivas”. Asimismo, se propone una mejor sistematización de los criterios, incorporándose el factor de “los efectos de dichas medidas en su economía”, para permitir la ponderación de la cuantía de las multas coercitivas en función de la capacidad económica de cada Estado para hacer frente a las mismas.

Del análisis del Dictamen del TJCA, consideramos necesario que el Tribunal pueda ordenar la adopción de “otras medidas” cuando la restricción o suspensión de ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido, incluyendo la posibilidad de imponer al país miembro *remiso multas coercitivas*, limitando así los efectos de las medidas coercitivas a quienes hayan incurrido en el desacato de la sentencia, y a quienes se hayan beneficiado o se beneficien de dicho desacato, sin afectar a terceros “inocentes”.

En consecuencia, mediante este Dictamen, el TJCA propone el fortalecimiento de su capacidad coercitiva, a fin de –en los hechos- obligar a los países miembros al cumplimiento de sus sentencias. Sin embargo, los países miembros a pesar de haber dado el mandato de “*revisar el mecanismo de sanciones del mismo, con miras a garantizar el cumplimiento automático de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*”, hasta el momento no han aprobado ningún cambio en el sistema

actual de sanciones de la CAN. En ese sentido, es menester acotar, que los intereses nacionales de cada país miembro deberían ceder paso a las prioridades subregionales y al interés comunitario.

Por otro lado, tomando en consideración la experiencia europea, tenemos que la Comisión de la UE estima que el importe de la multa coercitiva debe calcularse en función a una “fórmula general”²⁰⁹ que contenga los tres criterios fundamentales o los denominados “coeficientes multiplicadores” que son: 1) la gravedad de la infracción, 2) la duración de la misma; y, 3) la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia, teniendo en cuenta la capacidad de pago del Estado miembro en cuestión (representada por el PBI y el número de votos de que se dispone en el Consejo de la UE).

Esta “fórmula general” de la Comisión de la UE denota un acercamiento mucho más serio y técnico a la problemática de la determinación del monto de la multa, contrarrestando así las críticas por *falta de predeterminación normativa*, ya que la norma europea tan sólo señalaba laxamente “un importe adecuado a las circunstancias”, pero posteriormente fue la Comisión quien reglamentó ello y determinó los parámetros necesarios para la conformación más concreta de los montos de las multas coercitivas. Además, la Comisión señaló que dicha multa coercitiva constituirá “un ingreso suplementario marginal o atípico de la Comunidad”, característica típica de las multas coercitivas.

Por otro lado, en el Dictamen del TJCA se señaló que las medidas coercitivas que podría adoptar el TJCA “se graduarán en función de las circunstancias de cada caso”, al igual que en la UE que se señalaba “un importe adecuado a las circunstancias”. Sin embargo, en la UE fue la Comisión quien concretó dicha aseveración a través de la “fórmula general” y el uso de coeficientes multiplicadores, lo que eventualmente haría falta en la CAN, en el supuesto que se reformara el Estatuto y se admitieran las multas coercitivas, ya que la aseveración del TJCA de que “se graduarán en función de las circunstancias de cada caso” resulta ser excesivamente gaseosa y difusa. Así, haría falta una reglamentación posterior que tome en cuenta ciertos factores, tales como la

²⁰⁹La Comisión de la UE señala que el método de cálculo se resume en la “fórmula general” siguiente:

$$Md = (Tb \times Cg \times Cd) \times n$$

en la que: Md = multa coercitiva diaria; Tb = tanto alzado de base; Cg = coeficiente de gravedad; Cd = coeficiente de duración; n = factor que tiene en cuenta la capacidad de pago del Estado miembro afectado.

gravedad de la infracción, la duración de la misma y la capacidad de pago del Estado miembro.

Además, el TJCA agrega que es de la opinión que “una cantidad razonable sería la de US\$ 20.000 quincenales, que se depositarán en una cuenta especial de la Secretaría General y que se destinarán a iniciativas para mejorar la aplicación del Derecho Comunitario en el País Miembro multado”. De esta manera, lo que propone el mismo TJCA es que el importe de las multas tenga como destino –indirecto- el propio Estado multado, siendo visiblemente contradictorio que la multa pagada vaya dirigida justamente al país que la pagó, aunque sea en otra especie.

Por otro lado, no creemos que sea adecuado limitar el monto de la multa a US\$ 20.000 quincenales, ya que podría suceder que dicho monto no sea suficiente o que sea excesivo, según las circunstancias de cada caso en concreto, además que el monto debería determinarse a través de la ponderación de la gravedad de la infracción, la duración de la misma y la capacidad de pago del Estado miembro. Por lo tanto, respecto a la determinación del monto de la multa, se debería dejar en manos del Tribunal, en cada caso, la determinación del monto que se adecúe más a las circunstancias específicas.

8. Algunas consideraciones finales:

Los Estados miembros de la CAN han asumido la obligación general de respetar los Tratados y la normativa comunitaria en su conjunto, por lo que ello se traduce en el cumplimiento o ejecución de obligaciones de carácter positivo o negativo, cuya inobservancia debe ser eficazmente condenada. Sin embargo, los Estados miembros de la Comunidad Andina han incurrido en el incumplimiento de obligaciones acordadas por ellos mismos, y a las cuales se sometieron libre y voluntariamente y, además, en el desacato de sentencias firmes declarativas de incumplimiento, absteniéndose de aplicar al Estado infractor las sanciones autorizadas por el TJCA.

Asimismo, cabe resaltar que el ordenamiento comunitario no impone a los Estados miembros la obligación de informar al TJCA sobre la aplicación de las sanciones autorizadas y, por tanto, no prevé las consecuencias de su eventual incumplimiento. No se observan tampoco mecanismos de control que permitan verificar, por parte del Tribunal, el estado de aplicación de las sanciones.

En tal sentido, existen dos problemas importantes en el sistema de sanciones de la CAN, compartidos también por el sistema de sanciones de la OMC, como analizáramos en el Capítulo II de la presente tesis.

En primer lugar, los Estados miembros han dejado sin aplicación entre sí las sanciones que el órgano jurisdiccional les había impuesto, lo que ha derivado en la inutilización -de hecho- del procedimiento de desacato, la anulación del régimen sancionatorio y la suspensión, en definitiva, del mecanismo jurisdiccional, siendo que la aplicación de las sanciones, si bien tiene el carácter obligatorio que deriva de la imperatividad de toda sanción, queda librada a la voluntad política de los Estados miembros de la CAN.

En segundo lugar, la sanción puede alcanzar y ha alcanzado en sus efectos a subpartidas que no guardan relación con el incumplimiento, así como a empresas que no participaron ni se beneficiaron de él, por lo que las sanciones autorizadas por el Estatuto no repercuten tanto en los autores de las medidas, sino en sus propios beneficiarios, sancionándose así transacciones privadas a causa de comportamientos públicos ilegales.

En este punto, nos acogemos a la propuesta de Iris González:

“De sobrevenir el desacato de la sentencia declarativa de incumplimiento, encontramos razonable incorporar una disposición que, como en el MERCOSUR, atribuya potestad al Estado perjudicado para aplicar, por propia iniciativa y por un período de tiempo determinado, una o varias medidas compensatorias sobre el Estado infractor, medidas cuya proporcionalidad quedaría sometida al control *ex post* del Tribunal de Justicia. La disposición atribuiría además al Tribunal, para el supuesto de subsistir el desacato después de vencido el tiempo de aplicación de las medidas, la potestad de imponer directamente, como en la Unión Europea, sanciones de multa al Estado infractor que, de persistir el desacato, se incrementarían progresivamente y que, en caso de reincidencia, se agravarían aún más. En estos casos, la sanción pecuniaria podría ser aplicada junto a otras, tales como la de suspender la participación del Estado remiso en los órganos ejecutivos del Sistema Andino de Integración”.²¹⁰

²¹⁰ Iris González de Troconis, *Solución de las controversias por incumplimiento de los Estados en el régimen jurídico de la Comunidad Andina. La cuestión de la efectividad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar (sede Ecuador), Tesis del Programa de Doctorado en Derecho, 2007, p. 362.

Finalmente, debemos manifestar que es necesario un cambio que, ante los problemas y defectos del actual sistema de sanciones de la CAN, dé lugar a propuestas de reforma y que las mismas sean concretadas, a fin de acercar al sistema de sanciones al modelo de la supranacionalidad, acorde con la naturaleza supranacional del TJCA.

CONCLUSIONES

1. En el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) se observa una “supranacionalidad plena”, ya que sus miembros no representan a los Estados partes que los han designado y deciden “por mayorías”, tienen plena autonomía e independencia en su obrar y, sus sentencias son obligatorias gozando de los tres principios de supremacía, efecto directo y aplicación inmediata. Sin embargo, dichas características de “supranacionalidad plena” del órgano jurisdiccional comunitario no incluyen el tema de las sanciones a los Estados miembros, ya que el sistema de sanciones de la CAN resulta ser –contradictoriamente- de naturaleza intergubernamental, tal como lo es la OMC.
2. Un elemento afianzador de la noción de supranacionalidad es justamente el elemento coercitivo, en la medida en que “para lograr la eficacia de las decisiones, se debe imponer algún tipo de sanción a los Estados infractores, yendo ello de la mano con la existencia de un órgano jurisdiccional permanente”.²¹¹ Por un lado, en la Unión Europea es el TJUE como órgano jurisdiccional supranacional quien decide por *motu proprio* la aplicación de la sanción obligando a todos los países miembros, manteniendo así, su total independencia institucional frente a ellos y escapando del control individual y soberano de los mismos. Por otro lado, en la Comunidad Andina aún se cuenta con un mecanismo de sanciones con visos de “intergubernamentalidad”, ya que quien decide –individual y soberanamente- aplicar o no la sanción “autorizada” es –en última instancia- sólo los países miembros (y no el TJCA).
3. Así, tenemos que el TJCA es un órgano supranacional pleno, sin embargo, dichas características de la “supranacionalidad plena” del órgano jurisdiccional comunitario no incluyen el tema de las sanciones a los Estados miembros, donde

²¹¹ Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 140.

es el Estado beneficiado el que aplica o no aplica –discrecionalmente- las sanciones autorizadas por el TJCA, por lo que aún falta reconocer una plena competencia sancionadora del TJCA.

4. Ello en razón a la naturaleza jurídica supranacional de la Comunidad Andina, siendo las medidas que toma actualmente el TJCA, las clásicas sanciones del Derecho internacional público; no obstante, debemos desechar tal consideración respecto de las sanciones en un ámbito ya supranacional, pues el sistema jurídico comunitario proyecta tal grado de integración que lo hace único y absolutamente distinto de otras experiencias de cooperación internacional, tales como la OMC y el MERCOSUR.
5. En consecuencia, el TJCA –a diferencia del TJUE- impone (o autoriza) una sanción (que no es una multa coercitiva) pero, al mismo tiempo, no controla la oportunidad de la aplicación efectiva de las restricciones que le hayan sido impuestas al Estado en desacato, debido a que no es facultad del TJCA sino de los demás Estados miembros, quienes a su voluntad y conveniencia decidirán soberanamente cuándo aplicar o no aplicar las sanciones impuestas.
6. Esta situación evidencia claramente que este ámbito sigue bajo el control soberano de los Estados miembros, reflejando ello la naturaleza jurídica intergubernamental del sistema de sanciones de la CAN, teniendo como consecuencia directa, un débil control del cumplimiento de las sentencias y de la aplicación de las sanciones.
7. Más grave aún es el hecho de que Estados miembros, a los que se les ha aplicado efectivamente la sanción, toman inicialmente las medidas necesarias para acatar la sentencia de incumplimiento pero, posteriormente, reinciden en la conducta incumplidora. Ello es un claro indicio de que las sanciones que se imponen no cumplen siempre con el “efecto disuasorio” necesario para asegurar la efectividad de la justicia comunitaria. Lo dicho es sin tomar en cuenta que los Estados que no aplican efectivamente al Estado infractor las sanciones autorizadas por el TJCA incurren, al mismo tiempo, en un incumplimiento del orden jurídico comunitario,

al ignorar lo dispuesto por el TJCA, dando lugar a un “doble incumplimiento”, tanto del país demandado como del país demandante que decide no aplicar las sanciones autorizadas por el TJCA.

- 8.** En ese sentido, podemos mencionar que el Programa de Liberación tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro. Sin embargo, lo que resulta contradictorio es que se autoricen sanciones en la forma de “restricciones a las ventajas brindadas por el Acuerdo de Cartagena”, constituyendo dicha sanción una infracción “autorizada” del Programa de Liberación, siendo el efecto real del mismo, el de restringir el comercio comunitario (al igual que lo hizo la infracción). De esta manera, “se sanciona con una infracción”, implicando ello un claro retroceso del Programa de Liberación en general.
- 9.** En tal sentido, el sistema de sanciones no está exento de críticas debido a que además puede afectar a operadores económicos no involucrados en la conducta objeto del incumplimiento, así como, a uno de los principales objetivos del Acuerdo de Cartagena, el libre comercio.
- 10.** Asimismo, el sistema sancionatorio no satisface a todas las partes involucradas en la infracción de la norma andina, ya que en algunos casos dichas sanciones terminan por afectar a personas que no han estado involucradas directamente con las conductas que las motivan, desnaturalizándose los principios y presupuestos de la “teoría de la responsabilidad”, por lo que resulta preciso buscar alternativas que -en lo posible- no causen efectos que incidan en su eficacia. En ese sentido, se debe sancionar siempre a quien incumple, debiendo ser el Estado infractor el único sujeto pasivo de las medidas sancionadoras, ya que es el único que puede caer en “incumplimiento”, de conformidad con el artículo 23 del Tratado de Creación del TJCA. De esa forma, la sanción debería recaer en cabeza de quien incumplió, el Estado infractor, y no en sujetos particulares inocentes.
- 11.** Por lo tanto, podemos entrever que existen dos problemas importantes en el sistema de sanciones de la CAN, compartidos también por el sistema

intergubernamental de sanciones de la OMC, como analizáramos en el Capítulo II de la presente tesis. En primer lugar, los Estados miembros han dejado sin aplicación entre sí las sanciones que el órgano jurisdiccional les había impuesto, lo que ha derivado en la inutilización -de hecho- del procedimiento de desacato, la anulación del régimen sancionatorio y la suspensión, en definitiva, del mecanismo jurisdiccional, siendo que la aplicación de las sanciones, si bien tiene el carácter obligatorio que deriva de la imperatividad de toda sanción, queda librada a la voluntad política de los Estados miembros de la CAN. En segundo lugar, la sanción puede alcanzar y ha alcanzado en sus efectos a subpartidas que no guardan relación con el incumplimiento, así como, a empresas que no participaron ni se beneficiaron de él, por lo que las sanciones autorizadas por el Estatuto no repercuten tanto en los autores verdaderos de las medidas, sino en sus propios beneficiarios.

12. A fin de disminuir los efectos negativos del sistema actual de sanciones, se podría delimitar –en el corto plazo- la aplicación de las sanciones económicas a un determinado sector productivo, a efectos de asegurar la proporcionalidad de la sanción, afectando así sólo a los sujetos que pueden estar siendo favorecidos por el incumplimiento del Estado infractor, a título de corresponsabilidad del Estado infractor y del beneficiario de la infracción. Por lo tanto, en el corto plazo, se podría aplicar la sanción *en el sector en que se ha producido el incumplimiento*, a efectos que quienes se hayan beneficiado o se beneficien de la acción u omisión del Estado infractor sean los primeros interesados en que el Gobierno adopte las medidas conducentes a subsanar dicho incumplimiento (“lobby”).²¹²
13. A largo plazo, una de las opciones a fin de solucionar este *impasse*, podría ser la imposición de *multas coercitivas* a los países miembros que desacaten una

²¹² Un lobby (del inglés "entrada", "salón de espera") es un grupo de personas que intentan influir en las decisiones del poder ejecutivo o legislativo en favor de determinados intereses. La actividad que realizan los lobbies se denomina lobbying, hacer lobby o cabildeo. Los lobbies no suelen participar directa y activamente en política (por lo que no suelen formar su propio partido), pero sí procuran ganarse la complicidad de algún grupo político que pueda terminar aceptando o defendiendo los objetivos del lobby. Hoy en día se habla cada vez más del poder en ciertos grupos de influencia en el gobierno. Incluso se utiliza el término lobbycracia para referirse a la extensa influencia que ejercen los conglomerados y grupos de interés en los policymakers de centros de decisión. Un lobby, en ciencia política es igual a: manejo, control y gestión. Ver enlace web: <http://es.wikipedia.org/wiki/Lobby> (01/05/2011).

sentencia del TJCA, tal como sucede en la Unión Europea, siendo ambos bloques regionales seguidores de la corriente supranacional. Adicionalmente, creemos que resulta necesario regular “otras medidas alternativas” de sanción, a fin que sea el mismo TJCA quien elija, según cada caso concreto, medidas que no sean contradictorias con el libre comercio entre los países miembros, como sucede con el sistema de sanciones actual que sólo cuenta con las dos opciones del gravamen adicional del 5% y la suspensión de los certificados de origen (sanciones comerciales autorizadas que infringen el mismo Programa de Liberación).

14. Entre las “otras medidas alternativas” de sanción podrían ser la privación o restricción de un derecho o expectativa preexistente (p.e. la suspensión de ayudas financieras de la CAF al país miembro infractor, la suspensión del derecho de voto, la suspensión de participación en programas comunitarios o en órganos ejecutivos, entre otros), aparte de la imposición de multas coercitivas. De esa forma, las sanciones pueden tener un contenido patrimonial inmediato y directo, como la multa coercitiva consistente en la obligación de satisfacer una cantidad de dinero; o bien, pueden consistir en la pérdida de una ventaja o una expectativa o en la privación de un derecho, en definitiva, en la privación de una situación subjetiva favorable constituida o amparada por el Derecho comunitario, tomando en cuenta que este segundo tipo de sanciones provoca indirectamente un efecto patrimonial indudable, que podría tener un mayor efecto disuasivo, a fin de lograr un mayor cumplimiento de las sentencias del TJCA.

15. En consecuencia, en el sistema sancionatorio actual, cuando la aplicación de las sanciones se deja a la discrecionalidad de los países miembros y ellos no aplican las sanciones autorizadas por el Tribunal (incumpliendo así la sentencia del Tribunal), dejan entrever características que distan de lo supranacional, acercándose más bien a lo que sería una integración poco profunda parecida más al sistema intergubernamental de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en donde los países miembros tienen una gran reticencia a reconocer competencias sancionadoras a la institución comunitaria.

Para concluir podemos mencionar que en el TJCA existe una falta de autonomía en el *aspecto financiero*, ya que depende totalmente del presupuesto asignado por la

Comisión que se encuentra conformada por los representantes plenipotenciarios de los Estados miembros. En el supuesto que se introduzca la posibilidad de imponer “multas coercitivas”, tal como se propone en la presente tesis, se podría estudiar la alternativa de que el importe de tales multas tuviera como destino el propio TJCA o la comunidad en sí misma, tal como sucede en la UE donde las multas coercitivas constituyen “un ingreso suplementario marginal o atípico de la Comunidad”. De esta manera, se lograría potenciar una autonomía plena, y no debemos olvidar que Henry Schermers y Niels Blokker señalaron seis características o requisitos de la supranacionalidad y, justamente, entre ellas se encontraba que se tenga una cierta autonomía financiera.

BIBLIOGRAFÍA

- Arbuet-Vignali, Heber, *Las claves jurídicas de la integración: En los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea*, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.
- Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Civil: Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- Baldwin, David A., “Prologamena to Thinking about Economic Sanctions and Free Trade”, en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 4 N° 2, 2003.
- Barrientos Cazazola, Edgar, “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Antecedentes históricos, estructura y composición, competencias y procedimientos”, en *La integración, el Derecho Comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Universidad Andina Simón Bolívar, 1997.
- Basaldúa, Ricardo Xavier, *MERCOSUR y Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- Blázquez Navarro, Irene, *Integración europea y diferencias comerciales en la OMC*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- Bou Franch, Valentín, “El mecanismo de solución de diferencias en la Organización Mundial de Comercio”, en *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, España, Tirant lo Blanch, 2005.
- Brewer Carías, Allan R., “Derecho Comunitario Andino”, en *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP - IDEI, 2003.
- Camacho Omiste, Edgar, “El marco constitucional y el principio de la supranacionalidad”, en *Integración y Supranacionalidad: Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina y Programas de Cooperación Andina a Bolivia PCAB, 2001.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, 1969.
- Ciuro-Caldani, Miguel Ángel, “Aportes jusfilosóficos para la comprensión de las condiciones constitucionales de los Estados hispanoamericanos y de su aptitud para la integración”, en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*,

- Uruguay, Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- Colomer Viadel, Antonio, *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*, Madrid, Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal, 2000.
- Czar de Zalduendo, Susana, “Las instituciones de la integración: MERCOSUR”, en *La integración regional y las experiencias latinoamericanas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), 2008.
- Díez-Hochleitner, Javier, “La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros”, en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, N° 3, 1993.
- García, Ricardo Alonso, *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994.
- García, Ricardo Alonso, *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, trabajo presentado al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Empresarial Siglo 21, en Córdoba, Argentina.
- García, Ricardo Alonso, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2da Edición, Madrid, Thomson Civitas, 2007.
- García, Ricardo Alonso, *Tratado de Lisboa*, Madrid, Biblioteca de Legislación Serie menor Thomson Civitas, 2008.
- Giddens, Anthony, *Europa en la era global*, Barcelona, Paidós, 2007.
- González de Troconis, Iris, *Solución de las controversias por incumplimiento de los Estados en el régimen jurídico de la Comunidad Andina. La cuestión de la efectividad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar (sede Ecuador), Programa de Doctorado en Derecho, 2007.
- Graciarena, María Carolina, *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2006.
- Lara Chagoyán, Roberto, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del Derecho*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2004.
- Laurence R. Helfer, Karen J. Alter, and M. Florencia Guerzovich, “Islands of effective international adjudication: Constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community”, *THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, Vol. 103:1, 2009.

- Lecheler, Helmut, *Einführung in das Europarecht*, München, Verlag C.H. Beck, 2000.
- Longaric Rodríguez, Karen, *Solución de controversias en la integración sudamericana*, La Paz, Fundación PIEB, 2008.
- Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999.
- Novak Talavera, Fabián, “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”, en *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Fondo Editorial del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- Paquet, Marie-France, *Materiales de enseñanza de la Maestría en la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB)*, University of Ottawa, 2009.
- Pérez del Blanco, Gilberto, *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo: doctrina y formularios*, De Blanco Editores. Véase en: <http://books.google.com/books?id=UphcRj4aT60C&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q=astreinte&f=false> (02/05/2011).
- Pérez Vela, Elisa, “Reflexiones sobre los Procesos de Integración Regional”, en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 4, No. 3, Madrid, 1977.
- Perotti, Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.
- Plaza Ventura, Patricia, *Las sanciones comunitarias europeas: Su aplicación a las empresas*, Madrid, Editorial Edijus, 1999.
- Rifkin, Jeremy, *El sueño Europeo*, Barcelona, Paidós, 2004.
- Romano, Cesare P.R., “The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent”, *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 39, No. 4, New York, 2007.
- Rubio Correa, Marcial, *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984.
- Ruiz Díaz Labrano, Roberto, “Diferencias institucionales en los distintos esquemas de integración”, en *Integración Eurolatinoamericana*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1996.
- Salmón Gárate, Elizabeth, “Evolución institucional de la Comunidad Andina: Perspectivas y problemas”, en *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Fondo Editorial del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia

- Universidad Católica del Perú, 2003.
- Schermers, Henry G., and Niels M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within diversity*, The Hague, MartinusNijhoff Publishers, 1995.
- Tangarife Torres, Marcel, “El sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina. El papel de la Secretaría General de la Comunidad Andina”, en *Revista THEMIS*, núm. 42, de la Facultad de Derecho de la “Pontificia Universidad Católica del Perú”, Lima, Perú.
- Téllez Núñez, Andrés, *El problema de la efectividad del Derecho Internacional Público*, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2008.
- Uribe Restrepo, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990.
- Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Aguilar, 1982.
- Watts, Ronald L., *Sistemas federales comparados*, Madrid, Marcial Pons, 2006
- Zapatero, Pablo, “Libre comercio y sanciones multilaterales”, en *Anuario español de Derecho Internacional N° 24*, 2008.

www.comunidadandina.org, Comunidad Andina.

www.tribunalandino.org.ec, Tribunal Andino.

www.europa.eu, Unión Europea.

www.wto.org, Organización Mundial de Comercio.

www.mercosur.int, Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

www.tprmercosur.org, Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

www.elpais.com, Diario El País, de España.

www.clarin.com, Diario Clarín, de Argentina.

www.eluniverso.com, Diario El Universo, de Ecuador.

www.mipro.gob.ec, Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO), de Ecuador.

www.rae.es, Real Academia Española.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- Asunto Flaminio Costa v ENEL, Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Asunto ECR 585 (6/64).
- Asunto Van Gend&Loos, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, Asunto N° 26-62.
- Asunto Simmenthal, Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77.

- Asunto ACF Chemiefarma v. Comisión, Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, Asunto 41/69.
- Asunto Factortame I, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990, Asunto C-213/89.
- Asunto Segie.a. v. Consejo, Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2007, Asunto C-355/04 P.
- Asunto Pupino, Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005, Asunto C-105/03.
- Asunto InternationaleHandelsgesellschaft, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, Asunto 11/70.
- Asunto Comisión v. República Helénica, Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2000, Asunto C-387/97.
- Asunto Comisión v. Reino de España, Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 2003, Asunto C-278/01.
- Asunto Francovich y Bonifaci, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991, Asunto C-6 y 9/90.
- Asunto Da Costa en Shaake, Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1963, Asuntos acumulados 28 a 30/62.
- Asunto CILFIT, Sentencia del Tribunal de Justicia de 06 de octubre de 1982, Asunto 283/81.
- Asunto Parfums Christian Dior, Sentencia del Tribunal de Justicia de 04 de noviembre de 1997, Asunto C-337/95.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

- Auto de 27 de junio de 2006 en el Proceso 145-AI-2005.
- Auto de 19 de mayo de 2004 en el Proceso 052-AI-2002.
- Sentencia de 24 de septiembre de 1998 en el Proceso 02-AI-97.
- Sentencia de 16 de noviembre de 2001 en el Proceso 051-AI-2000.
- Sentencia de 30 de octubre de 1996 en el Proceso 01-AI-96.
- Sentencia de 12 de noviembre de 1999 en el Proceso 07-AI-99.
- Sentencia de 20 de octubre de 1999 en el Proceso 01-AI-97.
- Sentencia de 21 de julio de 1999 en el Proceso 07-AI-98.
- Sentencia de 8 de febrero de 2006 en el Proceso 118-AI-2003.
- Sentencia de 24 de marzo de 1997 en el Proceso 03-AI-96.
- Sentencia de 03 de diciembre de 1987 en el Proceso 01-IP-87.
- Sentencia de 24 de noviembre de 1989 en el Proceso 07-IP-89.

ANEXOS

- 1. Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del Artículo 171 del Tratado CE en: Diario Oficial N° C242 de 21/08/1996.**
- 2. Comunicación de la Comisión sobre Método de cálculo de la multa coercitiva prevista en el Artículo 171 del Tratado CE en Diario Oficial N° C063 de 28/02/1997.**
- 3. Documento informativo de la Secretaría General de la Comunidad Andina (SG/di 849), de 08 de junio de 2007: DICTAMEN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, CON REFERENCIA AL “PROYECTO DE REFORMAS AL ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA”.**

Comunicación de la Comisión - Comunicación sobre la aplicación del artículo 171 del Tratado CE

Diario Oficial N° C 242 de 21/08/1996 p. 0006 - 0008

Comunicación sobre la aplicación del artículo 171 del Tratado CE (96/C 242/07)

1. El artículo 171 del Tratado CE, modificado por el Tratado de la Unión Europea, introduce la posibilidad de imponer sanciones a un Estado miembro que no haya ejecutado una sentencia de declaración de incumplimiento.

La decisión última sobre la imposición de estas sanciones corresponde al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No obstante, la Comisión, como guardiana de los Tratados, tiene en una primera fase un papel determinante en la medida en que le corresponde iniciar el procedimiento previsto por el artículo 171 y, si procede, someter el asunto al Tribunal de Justicia y pronunciarse sobre la imposición de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva por un importe determinado.

2. Al tratarse de un mecanismo nuevo que completa el procedimiento por incumplimiento existente, la Comisión considera necesario, en aras de la transparencia, pronunciarse públicamente sobre los criterios que piensa aplicar para solicitar al Tribunal la imposición de estas sanciones pecuniarias. Con ello, la Comisión quiere subrayar que tanto la elección de criterios como su aplicación estarán determinados por la necesidad de garantizar una aplicación eficaz del Derecho comunitario. Por último, la aplicación en cada caso concreto de los criterios generales que se señalan a continuación y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto serán los que permitan a la Comisión desarrollar progresivamente su doctrina, de la que la presente comunicación constituye únicamente un primer esbozo.

3. De conformidad con el artículo 171, si un Estado miembro no ha tomado las medidas necesarias para la ejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia en el plazo previsto en el dictamen motivado enviado por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia. En tal caso, la Comisión indicará «el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado».

En el marco de este procedimiento, la Comisión dispone de potestad discrecional para decidir si somete el asunto al Tribunal de Justicia, pero si así lo decide, le corresponde tomar posición sobre la sanción y su importe al presentar su demanda.

Sin embargo, la Comisión considera que esto no significa que deba obligatoriamente solicitar que se imponga una sanción en todos los casos. Cuando las circunstancias lo justifiquen (carácter menor de la infracción, inexistencia de riesgo de reincidencia, etc.) la Comisión podrá abstenerse de solicitar la imposición de una sanción. En ese caso, tendrá, sin embargo, que justificar su posición.

4. El artículo 171 ofrece la posibilidad de elegir entre dos tipos de sanciones pecuniarias, la suma a tanto alzado y la multa coercitiva. Teniendo en cuenta el objetivo

fundamental del conjunto del procedimiento de infracción que es llegar lo antes posible al cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados miembros, la Comisión considera que la multa coercitiva es el instrumento más idóneo para conseguir este fin.

Esto no significa, sin embargo, que abandone la posibilidad de solicitar la imposición de una suma a tanto alzado.

5. La determinación del importe de la sanción debe estar guiada por el objetivo mismo de dicho instrumento: asegurar la aplicación efectiva del Derecho comunitario. La Comisión estima que el importe debe calcularse en función de tres criterios fundamentales:

- la gravedad de la infracción,
- la duración de la misma y
- la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia.

6. Por lo que se refiere a la gravedad, una infracción por incumplimiento de una sentencia es siempre grave. Ahora bien, a los fines específicos de determinar el importe de la sanción pecuniaria, la Comisión tendrá en cuenta también dos parámetros estrechamente vinculados a la infracción de fondo que dio lugar a la sentencia no ejecutada, a saber: la importancia de las normas comunitarias infringidas y las consecuencias de dicha infracción para los intereses generales y particulares.

6.1. Para evaluar la importancia de las disposiciones comunitarias infringidas, la Comisión tomará más en cuenta la naturaleza y el alcance de éstas que la jerarquía de la norma que se ha incumplido. Así, por ejemplo, una infracción del principio de no discriminación deberá considerarse siempre como muy grave, independientemente de que la infracción sea debida a la violación del principio establecido por el propio Tratado o del principio establecido en un reglamento o directiva. De una manera general, por ejemplo, la vulneración de los derechos fundamentales y de las cuatro libertades fundamentales consagradas por el Tratado deberían considerarse graves y ser objeto de una sanción pecuniaria que esté en consonancia con esta gravedad.

6.2. Los efectos de las infracciones sobre intereses de orden general o particular deberán analizarse en cada caso concreto. A título de ejemplo, puede mencionarse una disminución de los recursos propios debido a una infracción o los efectos particularmente nocivos de una contaminación ocasionada por un comportamiento que infrinja el Derecho comunitario. En lo que se refiere a los efectos de la infracción sobre los intereses generales, habrá que tener en cuenta el impacto de la infracción en el funcionamiento de la Comunidad. Es evidente que la prohibición injustificada de la comercialización en un Estado miembro de una mercancía fabricada en otro Estado miembro tiene unas consecuencias inmediatas y obvias sobre el funcionamiento del mercado común pero otras medidas menos radicales, y a veces hasta la falta de acción de un Estado miembro, pueden tener efectos igualmente importantes sobre el funcionamiento de la Comunidad.

6.3. Más concretamente, al tomar en consideración los intereses de particulares para calcular el importe de la sanción, la Comisión no tiene la intención de obtener una

reparación de los daños y perjuicios sufridos por las víctimas de la infracción ya que esta reparación puede conseguirse a través de procedimientos previstos para los tribunales nacionales. Lo que la Comisión se propone al utilizar este parámetro es tener en cuenta los efectos de la infracción para los particulares y operadores económicos. Así, por ejemplo, los efectos no serán los mismos en el caso de que la infracción se refiera a un caso concreto de aplicación incorrecta (no reconocimiento de un título) o a la falta de transposición de una directiva sobre el reconocimiento mutuo de títulos que perjudicaría los intereses de toda una categoría profesional.

7. La Comisión tomará también en cuenta la duración de la infracción para fijar el importe de la sanción. Al tratarse de procedimientos destinados a comprobar la no ejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia, como norma general no deberá menospreciarse.

8. Desde el punto de la vista de la eficacia de la sanción, es importante fijar importes adecuados para garantizar su carácter disuasorio. La imposición de sanciones meramente simbólicas privaría de toda utilidad a este instrumento complementario del procedimiento de infracción y sería contraria al objetivo último de dicho procedimiento: garantizar la plena aplicación del Derecho comunitario.

La decisión de solicitar la imposición de una sanción dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, tal como se indica en el punto 3. Por el contrario, a partir del momento en el que se considera necesaria una sanción, el carácter disuasorio de la misma exige una sanción más rigurosa si existe peligro de reincidencia (o reincidencia comprobada) en el incumplimiento con el fin de suprimir las ventajas económicas que pudiera sacar el Estado miembro de la situación de infracción de que se trate.

Comunicación de la Comisión - Método de cálculo de la multa coercitiva prevista en el artículo 171 del Tratado CE

Diario Oficial N° C 063 de 28/02/1997 p. 0002 - 0004

MÉTODO DE CÁLCULO DE LA MULTA COERCITIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 171 DEL TRATADO CE (97/C 63/02)

1. INTRODUCCIÓN

El presente documento es inseparable de la Comunicación sobre la aplicación del artículo 171 del Tratado CE (1), adoptada por la Comisión el 5 de junio de 1996, denominada en adelante «la Comunicación», de la que constituye su prolongación y complemento.

Las sanciones pecuniarias propuestas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la Comisión deben ser previsibles para los Estados miembros y calculadas según un método que respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad de trato entre los Estados miembros. Es asimismo importante disponer de un método claro y uniforme puesto que la Comisión deberá justificar ante el Tribunal su determinación con respecto al importe propuesto.

El método que aquí se presenta se limita al cálculo de la multa coercitiva, que la Comisión considera el instrumento más idóneo para llegar lo antes posible al cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados miembros (2). En efecto, la Comisión tiene la intención de aplicar el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 171 para inducir al Estado miembro afectado a regularizar su situación. Esto no significa, sin embargo, que abandone la posibilidad de solicitar la imposición de una suma a tanto alzado, o que cuando las circunstancias lo justifiquen, se abstenga de solicitar la imposición de una sanción (3).

Así como la Comunicación constituye el «primer esbozo» (4) de la doctrina que la Comisión tiene la intención de desarrollar progresivamente en cada caso concreto a medida que se aplique el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 171, el método que aquí se presenta constituye una primera etapa de la definición de los criterios generales para la determinación del importe de la multa coercitiva, criterios que la Comisión irá perfeccionando caso por caso.

La multa coercitiva que deberá pagar el Estado miembro será el importe, calculado por día de demora, que sancione la no ejecución de una sentencia del Tribunal, empezando a contar dicha multa coercitiva a partir del día de la comunicación de la segunda sentencia del Tribunal al Estado miembro afectado, hasta el día en que éste ponga fin a la infracción.

Dicha multa coercitiva constituirá un ingreso suplementario marginal o atípico de la Comunidad.

El importe de la multa coercitiva diaria se calculará de la forma siguiente:

- multiplicación de un tanto alzado de base uniforme por un coeficiente de gravedad y un coeficiente de duración;
- multiplicación del resultado obtenido por un factor fijo por país (el factor n) que tenga en cuenta tanto la capacidad de pago del Estado miembro afectado como el número de votos de que dispone en el Consejo.

2. FIJACIÓN DE UN TANTO ALZADO DE BASE UNIFORME

El tanto alzado de base uniforme se define como el importe fijo de base al que se aplicarán los coeficientes multiplicadores. Sancionará la violación del principio de legalidad y del monopolio de la jurisdicción por Tribunal que subyace en todos los asuntos que entran en el ámbito de aplicación del artículo 171. Se determinará de forma que:

- la Comisión conserve un amplio margen de apreciación en la aplicación de los coeficientes multiplicadores;
- el importe sea razonable para que todos los Estados miembros lo puedan soportar;
- el importe sea suficientemente elevado para mantener una presión suficiente sobre el Estado miembro afectado de que se trate.

El tanto alzado de base uniforme se fija en 500 ecus por día.

3. APLICACIÓN DE LOS COEFICIENTES MULTIPLICADORES

Los coeficientes multiplicadores pueden clasificarse en dos grandes categorías (5), la gravedad de la infracción (véase el punto 3.1) y la duración de la misma (véase el punto 3.2). La necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción, teniendo en cuenta la capacidad de pago del Estado miembro en cuestión se trata en el punto 4.

3.1. Gravedad de la infracción

En realidad, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la naturaleza de la infracción es siempre la misma: se trata del no acatamiento de una sentencia del Tribunal en la que éste declara que ha habido incumplimiento y de una violación del apartado 1 del artículo 171.

No obstante, para fijar el importe de la sanción pecuniaria, la Comunicación establece que la Comisión tomará en cuenta la importancia de las normas comunitarias infringidas que han dado lugar a la primera sentencia de declaración de incumplimiento del Tribunal (3.1.1) y las consecuencias de la infracción para los intereses generales y particulares (3.1.2).

Por lo tanto, en esta fase, en la apreciación de la gravedad no se toma en consideración la no ejecución de la propia sentencia, que «es siempre grave» (6) y que ya se ha tenido en cuenta en la fijación del tanto alzado de base uniforme.

3.1.1. Importancia de las normas comunitarias infringidas

Es evidente que para apreciar la gravedad de la infracción inicial es necesario evaluar la importancia de las disposiciones comunitarias que han sido objeto de infracción. A este respecto, la Comisión tomará más en cuenta la naturaleza y el alcance de éstas que el rango de la norma que se ha incumplido (7).

Además, es conveniente tener en cuenta, llegado el caso, que la sentencia del Tribunal, a la que no se ha atendido el Estado miembro, se halla en la línea de una jurisprudencia sólidamente establecida (por ejemplo, cuando dicha sentencia de declaración de incumplimiento sigue a una sentencia pronunciada en el mismo sentido en un procedimiento prejudicial). La claridad (o el carácter ambiguo u obscuro) de la norma infringida puede ser un elemento determinante (8).

Por último, habrá que tener también en cuenta la circunstancia en que el Estado miembro, para cumplir la sentencia, haya adoptado medidas que considera suficientes y que la Comisión considera insatisfactorias, lo que constituye una situación diferente de aquella en que un Estado miembro no adopta ninguna medida. En efecto, en el segundo caso, apenas cabe dudar de que el Estado miembro ha infringido el apartado 1 del artículo 171.

3.1.2. Consecuencias de la infracción para los intereses generales y particulares

Estas consecuencias se evaluarán caso por caso (9). A modo de ejemplo pueden mencionarse los elementos siguientes:

- la pérdida de recursos propios para la Comunidad;
- el impacto de la infracción sobre el funcionamiento de la Comunidad;
- el daño grave o irreparable a la salud humana o al medio ambiente;
- el perjuicio económico o no económico para los particulares y operadores económicos, incluido, en su dimensión inmaterial, el que afecta al desarrollo de la persona física;
- los importes financieros implicados en la infracción;
- la eventual ventaja financiera que el Estado miembro obtiene del incumplimiento de la sentencia del Tribunal;
- la importancia relativa de la infracción teniendo en cuenta el volumen de negocios o el valor añadido del sector económico de que se trate en el Estado miembro considerado;
- el orden de magnitud de la población afectada por la infracción (la gravedad podría considerarse menor si la infracción no afecta al conjunto del Estado miembro en cuestión);
- la responsabilidad de la Comunidad con respecto a terceros países;

- el hecho de que se trate de una infracción aislada o que constituya un caso de reincidencia (por ejemplo, demora constante en la transposición de directivas en un determinado sector).

La gravedad de la infracción dará lugar a la aplicación al tanto alzado de base de un coeficiente igual a 1 como mínimo y a 20 como máximo.

3.2. Duración de la infracción

Por lo que respecta a la duración de la infracción, ésta no incluye la duración posterior a la segunda sentencia del Tribunal que, evidentemente, ni la Comisión ni el Tribunal pueden conocer y que se tiene en cuenta debido a que la multa coercitiva continúa corriendo mientras el Estado miembro no haya puesto fin a la infracción.

Para el cálculo de la multa coercitiva se tendrá en cuenta la duración de la infracción a partir de la primera sentencia del Tribunal. En efecto, el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 171 prevé la posibilidad de sancionar al Estado miembro que «no hubiere tomado las medidas que entraña la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión [. . .]».

Entre la primera sentencia y el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 171 pueden transcurrir varios años (10). La Comisión podrá tener en cuenta, en su propuesta de multa coercitiva, la negativa a responder o la tardanza de la respuesta; dicho de otro modo, la contribución del Estado miembro a la lentitud del procedimiento. Esta demora se tendrá en cuenta mediante un coeficiente multiplicador del tanto alzado de base uniforme.

La duración de la infracción dará lugar a la aplicación al tanto alzado de base de un coeficiente corrector igual a 1 como mínimo y a 3 como máximo.

4. CONSIDERACIÓN DE LA CAPACIDAD DE PAGO DEL ESTADO MIEMBRO AFECTADO

El importe de la multa coercitiva debe tener por efecto que la sanción sea a la vez proporcionada y disuasoria.

El efecto disuasorio de la sanción tiene dos aspectos. La sanción debe ser suficientemente elevada para que:

- el Estado miembro decida regularizar su situación y poner fin a la infracción (por lo tanto, debe ser superior al beneficio que el Estado miembro obtenga de la infracción),

- el Estado miembro renuncie a reincidir.

La necesidad de garantizar el carácter disuasorio de la sanción excluye cualquier sanción puramente simbólica. La multa coercitiva debe constituir una presión suficiente sobre el Estado miembro de modo que conduzca a la regularización efectiva de su situación. La sanción debe tener un «efecto útil» (11).

El efecto disuasorio se tomará en cuenta mediante un factor n igual a una media geométrica basada, por una parte, en el producto interior bruto (PIB) del Estado miembro de que se trate y, por otra, en la ponderación de los votos en el Consejo (12). Se puede, en efecto, observar que el factor n combina la capacidad de pago de cada Estado, representada por su PIB, con el número de votos de que dispone en el Consejo. La fórmula resultante permite obtener una diferencia razonable (de 1,0 a 26,4) entre los diversos Estados miembros.

Este factor n es igual a:

Bélgica: 6,2

Dinamarca: 3,9

Alemania: 26,4

Grecia: 4,1

España: 11,4

Francia: 21,1

Irlanda: 2,4

Italia: 17,7

Luxemburgo: 1,0

Países Bajos: 7,6

Austria: 5,1

Portugal: 3,9

Finlandia: 3,3

Suecia: 5,2

Reino Unido: 17,8.

Para calcular el importe de la multa coercitiva diaria que deberá aplicarse a un Estado miembro, el resultado obtenido por la aplicación de los coeficientes de gravedad y de duración al tanto alzado de base se multiplicará por el factor n (invariable) del Estado miembro en cuestión. No obstante, la Comisión se reserva el derecho de adaptar dicho factor si se producen diferencias importantes con respecto a la situación real o si se modifica la ponderación de votos en el Consejo.

El método de cálculo determinado de este modo se resume en la fórmula general siguiente:

$$Md = (Tb \times Cg \times Cd) \times n$$

en la que: Md = multa coercitiva diaria; Tb = tanto alzado de base; Cg = coeficiente de gravedad; Cd = coeficiente de duración; n = factor que tiene en cuenta la capacidad de pago del Estado miembro afectado.

(1) DO n° C 242 de 21. 8. 1996, p. 6.

(2) Punto 4 de la Comunicación.

(3) Punto 3 de la Comunicación.

(4) Punto 2 de la Comunicación.

(5) Punto 5 de la Comunicación.

(6) Punto 6 de la Comunicación.

(7) Punto 6.1 de la Comunicación.

(8) El Estado miembro que infringe una norma clara o una jurisprudencia sólidamente establecida por el Tribunal, comete una infracción más grave que el que aplica una norma comunitaria imprecisa y compleja que no había sido sometida nunca al Tribunal de Justicia para su interpretación o para la apreciación de su validez. Véase al respecto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario y, en particular, la sentencia de 26 de marzo de 1996, en el asunto C-392/93, British Telecommunications, Rec. 1996, p. I-1631.

(9) Punto 6.2 de la Comunicación.

(10) Punto 7 de la Comunicación.

(11) Punto 8 de la Comunicación.

(12) Esta media se calculará del siguiente modo: el factor n es una media geométrica calculada a partir de la raíz cuadrada del producto de los factores basados en el PIB de los Estados miembros y en la ponderación de los votos en el Consejo. Se obtendrá mediante la fórmula siguiente:

>PRINCIPIO DE GRÁFICO>

>FIN DE GRÁFICO>

en la que:

PIB n = PIB del Estado miembro en cuestión, en millones de ecus.

PIB min = PIB menor de los quince Estados miembros.

Votos n = Número de votos de que dispone cada Estado miembro en el Consejo según la ponderación establecida en el artículo 148 del Tratado CE.

Votos min = Menor número de votos de los quince Estados miembros.



SG/di 849
8 de junio de 2007
5.11

DICTAMEN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
ANDINA, CON REFERENCIA AL “PROYECTO DE REFORMAS
AL ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD ANDINA”

PRESENTACION

El presente documento contiene una propuesta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que ha sido remitida por ese órgano para que sea puesta a consideración de la Comisión de la Comunidad Andina en el marco de su 132 Periodo de Sesiones Extraordinarias, que se celebrará en la ciudad de Tarija, Bolivia el 13 de junio de 2007.

Dicho documento hace parte del trabajo que se viene realizando para la reforma del Estatuto del Tribunal de Justicia y el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias iniciado en 2005 y adelantado por el Grupo Ad-hoc de alto nivel de los Países Miembros y la Secretaría General.

El aporte del Tribunal de Justicia resulta de gran relevancia para el enriquecimiento de las deliberaciones que retome el Grupo Ad-hoc y la Secretaría General de manera que se concluya con lo dispuesto por el mandato presidencial.

**DICTAMEN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, CON
REFERENCIA AL “PROYECTO DE REFORMAS AL ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA”**

- 1) Aunque el Proyecto sometido a consulta no aborda la cuestión de la dirimencia en caso de discrepancia en el seno del Tribunal, se hace absolutamente imprescindible abordar la misma tras la Decisión 633, de 12 de junio de 2006, por la que se estableció que “el número de Magistrados que integren el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina será igual al número de Países Miembros de la Comunidad Andina”.

Habida cuenta de que la Comunidad Andina está compuesta en la actualidad por cuatro Países Miembros, lo que conlleva que el Tribunal esté integrado por cuatro Magistrados, es imprescindible, como se señalaba, abordar la cuestión de la dirimencia en caso de discrepancia en su seno.

La opción de incorporar en el quórum deliberatorio y decisorio un Magistrado *ad hoc*, ya procedente del propio Tribunal (un Magistrado suplente), ya de un País asociado a la Comunidad Andina, debe descartarse dados los inconvenientes que presenta, entre los que destacan:

- a) La dificultad de salvaguardar la “legitimidad”, en términos de política judicial, de las resoluciones del Tribunal, tradicional en el Sistema de Integración Andino, plasmada en el último párrafo del artículo 90 de la Decisión 500, en virtud del cual “las sentencias del Tribunal deberán ser suscritas por el Presidente, por los demás Magistrados que participaron en su adopción y por el Secretario, y en ellas no podrán expresarse votos salvados ni opiniones disidentes”. En efecto, el sólo hecho de incorporar a un quinto Magistrado *ad hoc* para dirimir las discrepancias en un caso concreto, implicaría *per se* una clara manifestación de que la resolución finalmente adoptada lo ha sido por mayoría.
- b) La posición del Magistrado *ad hoc* al incorporarse al proceso plantea asimismo interrogantes, cuya respuesta resulta difícil compatibilizar con las funciones de un órgano judicial. Si se descarta, como parece que debe hacerse, que dicho Magistrado tenga imperativamente que decantarse por una de las dos posiciones discrepantes en el seno del Tribunal, ¿en qué situación quedaría el proceso? ¿Habría que proceder a la incorporación de un nuevo Magistrado *ad hoc*? Y en tal caso, ¿cuál sería el valor de la opinión omitida por el anterior Magistrado *ad hoc* en el marco del proceso en cuestión?

Por ello, se considera más adecuado a la filosofía que correctamente ha inspirado hasta ahora el quehacer del Tribunal optar por la solución que se incorpora como Anexo I al presente Dictamen.

- 2) El Tribunal considera asimismo pertinente, por razones de pura coherencia sistemática, proponer la modificación de un artículo puntual del Estatuto (el art. 33, referido a los “términos judiciales”), cuya reforma no aparece contemplada en el Proyecto sometido a consulta. La propuesta de modificación, así como su explicación, se incorporan como Anexo II al presente Dictamen.

- 3) Respecto del texto exacto del Proyecto sometido a consulta del Tribunal, se reproduce en el Anexo III al presente Dictamen, destacando en subrayado y negrita las modificaciones sugeridas, así como, en cursiva, las explicaciones al respecto.

ANEXO I

Artículo 31.- Quórum deliberatorio y decisorio en asuntos administrativos

El Tribunal necesitará para deliberar válidamente en asuntos administrativos la asistencia, como mínimo, de la mayoría de los Magistrados y, adoptará sus decisiones con el voto conforme de la mayoría del número de Magistrados del Tribunal. De no adoptarse la decisión, ésta podrá diferirse hasta contar con la mayoría requerida.

En el supuesto de que el número de Magistrados deliberantes fuere par, y se agotare el debate sin haberse alcanzado una opinión mayoritaria, se decidirá por sorteo y, para el caso, cuál de entre ellos ejercerá su voto con carácter dirimente.

Artículo 32.- Quórum deliberatorio y decisorio en asuntos judiciales

La adopción de autos de sustanciación será suscrita por el Presidente del Tribunal.

La adopción de autos interlocutorios requerirá la presencia de, como mínimo, la mayoría de los Magistrados integrantes del Tribunal, y se adoptarán por el voto mayoritario de ellos.

La adopción de autos interlocutorios que ponen fin al juicio y de las sentencias, en materia de nulidad e incumplimiento, requerirá la presencia de todos los Magistrados y se adoptarán con el voto conforme de la mayoría de ellos. En los demás casos se procederá de la forma establecida en el párrafo segundo del presente artículo.

En el supuesto de que el número de Magistrados deliberantes fuere par, y se agotare el debate sin haberse alcanzado las referidas mayorías, se decidirá, por sorteo y para el caso, cuál de entre ellos ejercerá su voto con carácter dirimente.

EXPLICACIÓN: Ante todo, debe tenerse en cuenta que, tras la Decisión 633 y a diferencia del sistema anterior a la misma, el número de Magistrados se determina en función del número de Países Miembros, por lo que debe hacerse una regulación en abstracto del quórum deliberatorio y decisorio, aplicable con independencia de que el número de Países Miembros y, en consecuencia, de Magistrados, pueda variar en un momento dado. La elección del sistema de sorteo en lugar del sistema de turno rotatorio responde mejor a la imparcialidad en futuros procesos en los que tenga que recurrirse, igualmente, al voto dirimente para superar las discrepancias en el seno del Tribunal. Por otro lado, la variante entre el último párrafo del artículo 31 y el último párrafo del artículo 32 responde a las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva, que refuerzan la necesidad de que en los asuntos judiciales que no sean de trámite los Magistrados que deliberan y deciden hayan seguido debidamente el proceso, particularmente y en su caso, estando presentes en el trámite de audiencia.

ANEXO II

Artículo 33.- Términos judiciales

Los términos de procedimiento que establece el presente Estatuto serán de días hábiles, de acuerdo con el calendario que al efecto será publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, al inicio del año judicial. Se calcularán excluyendo el día de la fecha que constituye el punto de partida.

A falta de término legal fijado expresamente, el Tribunal señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias.

Cuando por razones debidamente justificadas se requiera de plazos adicionales para la sustanciación o resolución de los procesos, el Tribunal podrá de oficio o a petición de parte ampliar los mismos.

Fuera de los días hábiles, no se podrán practicar diligencias judiciales. A tal efecto, los días comienzan a las 00.00 horas y finalizan a las 24.00 horas. No obstante, de oficio o a pedido de parte, el Tribunal podrá habilitar días y horas en aquellos casos que así lo requieran.

EXPLICACIÓN: La nueva redacción propuesta responde a los principios esenciales de seguridad jurídica y de uniformidad. Dado que cada País Miembro dispone de su propio calendario de días laborables, resulta justificado, en atención a los principios mencionados, establecer un calendario único publicado al inicio de cada año judicial. La facultad del Tribunal contemplada en el último párrafo permite superar cualquier dificultad en su caso suscitada (por ejemplo, en el contexto de la práctica de una prueba) por la ausencia de correspondencia entre el calendario judicial andino y los calendarios de los Países Miembros. Esta nueva redacción permite, por otro lado, evitar referencias del Proyecto, por reiterativas inútiles, a días "hábiles" (así, en los artículos 1, 2 y 6 del texto sometido a consulta): los días a los que se refieren dichos artículos se entienden sometidos al régimen general del artículo 33.

ANEXO III

PROYECTO DE DECISION

Reformas al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES,

VISTOS: El artículo 13 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, y el artículo 144 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

CONSIDERANDO: Que, la Declaración Presidencial, pronunciada en ocasión del XV Consejo Presidencial Andino, celebrado en la ciudad de San Francisco de Quito, el 12 de julio de 2004 consideró “necesario perfeccionar y fortalecer el sistema andino de solución de controversias y, en especial, revisar el mecanismo de sanciones del mismo, con miras a garantizar el cumplimiento automático de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”;

Que, durante el XVI Consejo Presidencial Andino, celebrado en la ciudad de Lima el 18 de julio de 2005, se encomendó “al Consejo y a la Comisión, con el apoyo de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a continuar el perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema andino de solución de controversias, difundir ampliamente el derecho y los procedimientos comunitarios, y afianzar la metodología para la prevención de incumplimientos.”

Que, el Grupo Ad-Hoc de los Países Miembros para el Perfeccionamiento del Sistema Andino de Solución de Controversias, reunidos en Lima el 25 y 26 de abril, del 7 al 9 de julio, el 8 y 9 de agosto y el 7 y 8 de septiembre de 2005, recomendó a la Comisión de la Comunidad Andina y al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, considerar y aprobar el proyecto de reformas al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

Que, la Comisión de la Comunidad Andina formuló la correspondiente propuesta de Decisión y consultó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre dicha propuesta;

DECIDE:

Aprobar las siguientes:

REFORMAS AL ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Artículo 1.- Sustituir el artículo 45 de la Decisión 500 por el siguiente texto:

“Todo proceso relacionado con las acciones de nulidad y de incumplimiento, [con el recurso por omisión o inactividad y con las reclamaciones de carácter

laboral] [TJCA: SE SUGIERE ELIMINAR] se iniciará mediante demanda suscrita por la parte y [de] [TJCA:SE SUGIERE ELIMINAR] su abogado, dirigida al Presidente del Tribunal y presentada ante el Secretario en original y tres copias, personalmente, por correo, vía facsímil o por otro medio electrónico. En los demás casos, la demanda podrá presentarse sin firma de abogado.

El escrito de demanda enviado por fax o por otro medio electrónico, se considerará legalmente presentado en la fecha de su envío si existe constancia de que el original de la demanda y sus anexos fueron remitidos por correo dentro de los cinco días [hábiles]* [TJCA: SE SUGIERE ELIMINAR] siguientes. De lo contrario, la demanda se tendrá por no presentada. El Tribunal, por Secretaría, acusará recibo de la remisión de la demanda.

En el caso de que la demanda no se presente personalmente ante el Tribunal, y cuando el demandante sea una persona natural o jurídica, las firmas de la parte o de su representante legal y la del abogado, deberán estar debidamente reconocidas ante notario o juez competente del respectivo País Miembro”.

EXPLICACIÓN: Para los recursos por omisión o inactividad y las reclamaciones de carácter laboral no debe exigirse la intervención de letrado. La eliminación de la preposición “de” se debe a motivos puramente gramaticales. En cuanto a la eliminación de la expresión “hábiles”, cfr. la explicación al artículo 33 en el Anexo II.

Artículo 2. Añadir al artículo 56 de la Decisión 500 el siguiente párrafo:

“El escrito de contestación a la demanda podrá ser presentado personalmente, por correo, vía facsímil o por otro medio electrónico. Cuando fuere enviado por fax o por otro medio electrónico, se considerará legalmente presentado en la fecha de su envío si existe constancia de que los originales fueron remitidos por correo dentro de los cinco días [hábiles] [TJCA: SE SUGIERE ELIMINAR] siguientes. De lo contrario, se tendrá por no presentada. El Tribunal, por Secretaría, acusará recibo de la remisión de la contestación de la demanda”.

EXPLICACIÓN: cfr. la explicación al artículo 33 en el Anexo II.

Artículo 3. Sustituir el artículo 72 de la Decisión 500, por el siguiente texto:

[“Los Países Miembros y la Secretaría General, en tutela del interés comunitario, podrán intervenir como coadyuvantes en los procesos ante el Tribunal de Justicia.

Así mismo, podrán intervenir en el proceso como coadyuvantes de una de las partes, las personas naturales o jurídicas que tengan un interés jurídico sustancial en el proceso.

El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.

* En caso de que no sea aceptada la sugerencia de modificación general del artículo 33 sobre el cambio de días calendario a días hábiles, se dejaría en cada artículo la determinación de si son días hábiles o calendario.

La solicitud de coadyuvancia deberá cumplir con los requisitos de la demanda o de su contestación, en lo que fuere aplicable y será presentada a más tardar quince días después de la contestación de la demanda. El Tribunal declarará la procedencia o improcedencia de la solicitud.

Declarada la procedencia de la solicitud, el tercero admitido tomará el proceso en el estado en que se encuentre.”]

[TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR EL TEXTO QUE SIGUE]

Artículo 72.- Participación de terceros en el proceso

“Los Países Miembros y la Secretaria General, en tutela del interés comunitario, podrán intervenir como coadyuvantes en todo proceso relacionado con las acciones de nulidad y de incumplimiento.

Asimismo, podrán intervenir en el proceso como coadyuvantes de una de las partes las personas naturales o jurídicas cuyos intereses legítimos o, en su caso, derechos subjetivos, puedan verse afectados por el mismo.

La solicitud de coadyuvancia deberá cumplir con los requisitos de la demanda o de su contestación, en lo que fuere aplicable, y será presentada a más tardar treinta días después de la publicación de la demanda conforme a lo dispuesto en el artículo XXX (artículo correspondiente al Boletín electrónico, al que se refiere el artículo 11 del Proyecto).

Admitida la solicitud de coadyuvancia, el Tribunal dará traslado al coadyuvante de las actuaciones y escritos procesales notificados a las partes. Asimismo, decidirá el momento en que coadyuvante podrá presentar alegaciones y, en su caso, proponer pruebas, así como el momento en que las partes podrán responder a dichas alegaciones. En todo caso, el coadyuvante tomará el proceso en el estado en que se encuentre y sólo podrá realizar actos procesales que no estén en oposición a la parte que coadyuva.

EXPLICACIÓN: Mayor coherencia del precepto. Entre las modificaciones de mayor sustancia, se limita la coadyuvancia a las acciones de nulidad e incumplimiento, y se especifica que los particulares podrán intervenir como coadyuvantes en cuanto titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos en función de la naturaleza de la acción (esto es, en función de que se trate de una acción de nulidad o de incumplimiento, habida cuenta de que varían las exigencias para su legitimación activa en cuanto demandantes, i.e., derechos subjetivos para la acción de incumplimiento, y derechos subjetivos o intereses legítimos para la acción de nulidad).

Artículo 4.- Añadir al artículo 83 de la Decisión 500, los siguientes párrafos:

“En caso de que se convoque a audiencia, ésta se celebrará dentro de los setenta y cinco días siguientes a la presentación de la contestación de la demanda, al auto que decida sobre las excepciones previas, de ser el caso, o

una vez finalizada la etapa de pruebas. El Tribunal comunicará a las partes sobre la fecha de la audiencia con treinta días de anticipación.

Las partes acreditarán ante el Tribunal a los expertos que asistirán a la audiencia con al menos ocho días de anticipación.

Las audiencias podrán llevarse a cabo a distancia, a través de medios tecnológicos, disponibles por el Tribunal y las partes, siempre y cuando ninguna de ellas se oponga, en cuyo caso se llevará a cabo en forma presencial. El Tribunal, mediante un Acuerdo que será publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, regulará las condiciones de esta modalidad de audiencia.

Artículo 5.- Añadir a continuación del segundo párrafo del artículo 86 de la Decisión 500 el siguiente texto:

“En caso de que el Tribunal considere necesario prorrogar el plazo, comunicará a las partes las razones de la prórroga y facilitará al mismo tiempo una estimación del plazo en que emitirá su sentencia.”

Artículo 6.- Sustituir el último párrafo del artículo 98 de la Decisión 500 por el siguiente texto:

“Las sentencias que dicte el Tribunal se notificarán por fax a cada una de las partes y se dejará constancia en el expediente de la fecha de notificación. En la misma fecha, el Tribunal remitirá por correo una copia certificada de la sentencia. La notificación se entenderá efectuada el día [hábil] [TJCA: SE SUGIERE ELIMINAR] siguiente al envío del fax.”

EXPLICACIÓN: cfr. la explicación al artículo 33 en el Anexo II.

Artículo 7.- Sustituir el artículo 104 de la Decisión 500 por el siguiente texto:

[“Artículo 104.- Excepción de inaplicación

Presentada una solicitud de inaplicabilidad de una norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina por cualquiera de las partes en un proceso interno, en los términos previstos en el artículo 20, segundo párrafo del Tratado, el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio al Tribunal y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél. El Tribunal notificará la consulta a los Países Miembros, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión y a la Secretaría General, los cuales en un plazo de treinta días tendrán derecho a presentar al Tribunal alegaciones u observaciones escritas.

En todo caso de incompatibilidad entre las normas superiores del ordenamiento jurídico andino y otras de inferior categoría del mismo ordenamiento, prevalecerán las primeras.

El Tribunal se pronunciará sobre la consulta dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del plazo a que se refiere el primer párrafo del presente artículo.”]

[TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR EL TEXTO QUE SIGUE]

Artículo 104.- Excepción de inaplicación

Presentada una solicitud de inaplicabilidad de una norma del ordenamiento jurídico andino por cualquiera de las partes en un proceso interno, en los términos previstos en el artículo 20, segundo párrafo, del Tratado, el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio al Tribunal y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél. El Tribunal notificará la consulta a los Países Miembros, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión y a la Secretaría General, los cuales en un plazo de treinta días tendrán derecho a presentar al Tribunal alegaciones u observaciones escritas. El Tribunal deberá pronunciarse sobre la consulta dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del plazo antes referido.

En caso de que, en el marco de la solicitud de inaplicabilidad, el Tribunal constatare la ilegalidad de una norma del ordenamiento jurídico andino, su pronunciamiento tendrá efecto *erga omnes*

Si la solicitud de inaplicabilidad de una norma del ordenamiento jurídico andino se plantea por una de las partes en un proceso ante el propio Tribunal, éste, previos los trámites de notificación a que se refiere el párrafo primero, podrá igualmente declarar su inaplicación con efectos *erga omnes*.

EXPLICACIÓN:

1) El primer párrafo refunde los párrafos primero y tercero del Proyecto, para una mayor coherencia en la presentación del artículo.

2) El párrafo segundo potencia el principio de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico andino, clarificando su alcance a los ciudadanos y a los operadores jurídicos. En efecto, en la versión actual del Estatuto y en la que deriva del Proyecto sometido a consulta, una vez que el Tribunal constata la ilegalidad de una disposición de carácter general, la pura inaplicación al caso concreto no conlleva la depuración de la disposición en cuestión. Ello genera incertidumbre en todos los operadores jurídicos: los funcionarios, en principio, están obligados a aplicarla mientras no sea formalmente eliminada del ordenamiento andino; a su vez, los particulares afectados, en el mejor de los casos, esto es, suponiéndoles conocedores de la inaplicación de la disposición en un supuesto anterior, se verán arrastrados a abrir un proceso contra los actos nacionales de aplicación de una disposición cuya ilegalidad ya ha sido constada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (con lo que ello conlleva en términos de costes y de tiempo), para provocar una nueva solicitud de inaplicación cuya respuesta se conoce de antemano (una nueva inaplicación). Ciertamente, una vez que el Tribunal constata la ilegalidad de una disposición general en el marco procesal de una excepción, el “legislador” andino debería proceder a una modificación o derogación de la disposición en cuestión. Pero mientras ello tiene lugar, la situación real del ordenamiento jurídico andino no será otra que la antes reseñada, presidida por la inseguridad jurídica. La manera de combatirla consiste en atribuir al Tribunal de Justicia la competencia para dictar una resolución con efectos “erga omnes”, en virtud de la cual todos los operadores jurídicos (funcionarios, abogados y, en última

instancia, los propios jueces nacionales) estarían no ya facultados, sino obligados a considerar ilegal la disposición así declarada por el intérprete supremo del ordenamiento andino (i.e. el Tribunal de Justicia), único competente para declarar las ilegalidades producidas en su seno (y de una vez por todas, tal y como se defiende en el presente Dictamen).

3) El último párrafo aporta mayor coherencia al párrafo segundo del Proyecto, en el sentido de esclarecer que las excepciones de inaplicabilidad también pueden suscitarse directamente ante el propio Tribunal de Justicia, en el marco de procesos de los que esté conociendo (por ejemplo, en acciones de nulidad planteadas contra actos comunitarios de aplicación de disposiciones generales igualmente comunitarios, cuya compatibilidad con otras de rango superior es la que se pone en tela de juicio). Como el principio de seguridad jurídica aconseja, al igual que sucede en el contexto de las excepciones suscitadas ante el juez nacional, la depuración de las disposiciones generales andinas contrarias a otras de rango superior, se habilita al Tribunal para dictar resoluciones con efectos “erga omnes” cuando constate su ilegalidad en el marco de una excepción ante él mismo directamente suscitada (de ahí que se proponga que el Tribunal “podrá igualmente declarar su inaplicación con efectos erga omnes”, habida cuenta de que si el Tribunal no llega a constatar ilegalidad alguna, su pronunciamiento sólo tendrá efectos “inter partes”, dejando abiertas las puertas al planteamiento de futuras excepciones, fundamentadas bien en motivos distintos a los manejados en su momento por el Tribunal, bien en los mismos motivos pero rodeados de nuevos argumentos o nuevas lecturas –a la luz de una alteración de las circunstancias, del contexto histórico, de cambios en la jurisprudencia, etc.-).

[ECU-PER-COL: Artículo 8.- Eliminar el segundo párrafo del artículo 111 de la Decisión 500][BOL: en desacuerdo con la eliminación propuesta]

[Artículo 9.- Incluir a continuación del artículo 111 de la Decisión 500 un nuevo artículo con el siguiente texto:

“Artículo ... Medidas para el cumplimiento de la sentencia

Con el fin de facilitar el cumplimiento de la sentencia, el País Miembro tendrá la opción, si lo estima conveniente, de presentar al Tribunal y a la Secretaría General dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, una relación de las medidas que adoptará para asegurar la plena ejecución de la sentencia dentro de los noventa días siguientes a la notificación de la misma.

El Tribunal considerará el estado de ejecución de las medidas propuestas como criterio adicional para el examen de la posible imposición de sanciones a que hubiere lugar.][BOL: eliminar todo el artículo]

[OPINIÓN DEL TJCA]

De conformidad con los textos siguientes, se sugiere, eliminar el segundo párrafo del artículo 111 de la Decisión 500, habida cuenta de que al Tribunal no le corresponde velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones.

Artículo 10.- Sustituir la Sección Segunda del Capítulo II de la Decisión 500 por la siguiente:

**[“SECCION SEGUNDA
DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE DESACATO DE LA SENTENCIA Y
APLICACIÓN DE SANCIONES”]**

[TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR EL TEXTO QUE SIGUE]

**“SECCION SEGUNDA
DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE DESACATO DE LA SENTENCIA Y
APLICACIÓN DE MEDIDAS COERCITIVAS”**

EXPLICACIÓN: Se propone la sustitución (la cual debe extenderse al resto del articulado de la Sección Segunda) de la expresión “sanciones” por el de “medidas coercitivas”, que se ajusta mejor al contexto en el que están llamadas a aplicarse, que no es, como se desprende del propio Proyecto, un procedimiento sancionador en sentido estricto, sino un procedimiento de ejecución de sentencias en caso de desacato, con las consecuencias que ello conlleva a los efectos, por ejemplo, de aplicar en su caso principios generales del derecho (que pueden variar, y de hecho varían, según nos movamos en el terreno de uno u otro procedimiento) para superar las insuficiencias o lagunas normativas.

Artículo 112.- Apertura del procedimiento sumario

[El Tribunal iniciará un procedimiento sumario de desacato de la sentencia y aplicación de sanciones, [de oficio o][ECU-PER-COL: Eliminar] a solicitud de un País Miembro o de la Secretaría General, siempre que el País Miembro cuya conducta haya sido declarada como incumplimiento no haya adoptado las medidas necesarias para la plena ejecución de la sentencia dentro de los noventa días siguientes a su notificación.

El auto de inicio será notificado al País Miembro cuya conducta haya sido declarada como incumplimiento, a los demás Países Miembros y a la Secretaría General, para que, en el plazo de veinte días, informen sobre el cumplimiento de la sentencia y presenten las pruebas que consideren pertinentes].

[TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR EL TEXTO QUE SIGUE]

El Tribunal iniciará un procedimiento sumario de desacato de la sentencia y aplicación de medidas coercitivas, a solicitud de un País Miembro, de la Secretaría General o, en su caso, de los particulares, siempre que el País Miembro cuya conducta haya sido declarada como incumplimiento no haya adoptado las medidas necesarias para la plena ejecución de la sentencia dentro de los noventa días siguientes a su notificación.

El auto de inicio será notificado al País Miembro cuya conducta haya sido declarada como de incumplimiento, a los demás Países Miembros, a la Secretaría General y, en su caso, a los particulares, para que, en el plazo de veinte días, informen sobre el cumplimiento de la sentencia y presenten las pruebas que consideren pertinentes.

EXPLICACIÓN: No corresponde al Tribunal activar de oficio el procedimiento de desacato de sus propias resoluciones. Por otro lado, resulta más que aconsejable

reconocer la legitimación activa no sólo a los Países Miembros y a la Secretaría General, sino también a los particulares que hubiesen iniciado en su momento la acción de incumplimiento que desembocó en la sentencia cuya inejecución abre las puertas al procedimiento de desacato. En efecto, resulta difícil justificar, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva en toda su extensión, el hecho de desconectar de un procedimiento de ejecución de una resolución judicial precisamente a la parte que, por hipótesis, estuvo en el origen de la resolución en cuestión.

Artículo 113.- Determinación sobre el estado de cumplimiento de la sentencia y opinión sobre [sanciones] [TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR “medidas coercitivas”]

Vencido el término a que se refiere el artículo anterior, el Tribunal declarará, dentro de los veinte días siguientes, el cumplimiento de la sentencia o su desacato y procederá, según sea el caso, a disponer el archivo del expediente o a solicitar a la Secretaría General su opinión sobre el tipo de [sanciones] [TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR “medidas coercitivas”] que el Tribunal podría establecer.

La Secretaría General [dispondrá de un plazo de quince días para presentar su opinión] [TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR “deberá presentar su opinión en un plazo de veinte días”], tomando en cuenta los criterios de proporcionalidad contenidos en el artículo 116, la cual será puesta en conocimiento del Tribunal, de los Países Miembros [y, en su caso, de los particulares: SE SUGIERE POR EL TJCA AÑADIR].

Los Países Miembros [y en su caso los particulares: SE SUGIERE POR EL TJCA AÑADIR] podrán presentar al Tribunal sus consideraciones acerca de la opinión de la Secretaría General y del tipo de [sanciones] [TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR “medidas coercitivas”], dentro de los diez días siguientes.

EXPLICACIÓN: cfr. la explicación al artículo 112.

Artículo 114.- Auto de aplicación de [sanciones] [TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR “medidas coercitivas”]

El Tribunal, dentro de los veinte días siguientes al vencimiento del plazo para que los Países Miembros [y en su caso los particulares: SUGERENCIA DEL TJCA AÑADIR] presenten las consideraciones a las que se refiere el artículo anterior, expedirá un auto motivado mediante el cual establecerá el tipo de [sanciones] [TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR “medidas coercitivas”]. Dicho auto contemplará los criterios de proporcionalidad previstos en el artículo 116.

El auto será notificado al País Miembro remiso y comunicado, por conducto de la Secretaría General, a los demás Países Miembros, la Comisión [y, en su caso, los particulares: SUGERENCIA DEL TRIBUNAL AÑADIR].

EXPLICACIÓN: cfr. la explicación al artículo 112.

Opción BOL-COL-PER: Artículo 115. Sanciones

Si un País Miembro no acatare las obligaciones impuestas en la sentencia de incumplimiento, el Tribunal podrá sumariamente determinar como sanción, y

conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 27 del Tratado, los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso.

El Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido.

En ejercicio de esta atribución, el Tribunal ordenará las medidas que fueren necesarias para garantizar la cesación inmediata del desacato de la sentencia y de las obligaciones impuestas en ella. En particular, el Tribunal podrá aplicar una o más de las siguientes medidas:

- a) Ordenar, a partir de la publicación del auto en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, la suspensión o restricción obligatoria y con efecto directo de una ventaja derivada del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- b) Imponer limitaciones a la aplicación de derechos previstos en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Dichas limitaciones no podrán implicar la anulación del derecho.

En la gradación del alcance de las medidas en referencia, el Tribunal tomará en cuenta la gravedad y los efectos del desacato, el efecto disuasivo de las medidas, y los criterios de proporcionalidad que considere aplicables, según las circunstancias del caso.

El Tribunal procurará que, en la medida de lo posible, los efectos de las medidas sancionatorias limiten su alcance a quienes hayan incurrido, por acción u omisión, en el desacato de la sentencia, y a quienes se hayan beneficiado o se beneficien de él.

Opción ECU: Artículo 115. Sanciones

El auto de aplicación de sanciones determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o, cuando lo ameriten las circunstancias, cualquier otro País Miembro, podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena, con miras a garantizar la cesación inmediata del desacato.

En caso de que la restricción o suspensión de ventajas pudiera agravar la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz para lograr el cese del incumplimiento, el Tribunal aplicará una o más de las siguientes medidas:

- a) Ordenar, a partir de la publicación del auto en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, la suspensión o restricción obligatoria y con efecto directo de una ventaja derivada del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; y,
- b) Imponer limitaciones a la aplicación de derechos previstos en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Dichas limitaciones no podrán implicar la anulación del derecho.

[El Tribunal no autorizará ni ordenará la suspensión o restricción de ventajas a los Países Miembros que estuvieren exceptuados de la obligación de aplicar la norma objeto del incumplimiento] [BOL y PER: Eliminar]

[TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR EL TEXTO QUE SIGUE]

Artículo 115.- Medidas coercitivas

Si un País Miembro no acatare las obligaciones impuestas en la sentencia de incumplimiento, el Tribunal podrá sumariamente determinar, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 27 del Tratado, los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso.

No obstante, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido.

En ejercicio de esta atribución, el Tribunal podrá ordenar las medidas que fueren necesarias para garantizar la cesación inmediata del desacato de la sentencia y de las obligaciones impuestas en ella. En particular, podrá ordenar la limitación, suspensión o restricción obligatoria y con efecto directo de ventajas o derechos derivados del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Dicha limitación, suspensión o restricción no podrá implicar la anulación de derecho alguno.

El Tribunal podrá asimismo imponer al País Miembro remiso multas coercitivas hasta un importe de _____ (corresponde su fijación a las instancias políticas de la Comunidad Andina; en opinión del Tribunal de Justicia, una cantidad razonable sería la de US\$ 20.000) quincenales, que se depositarán en una cuenta especial de la Secretaría General y que se destinarán a iniciativas para mejorar la aplicación del Derecho Comunitario en el País Miembro multado. Las providencias mediante las cuales se imponen las multas coercitivas, junto con la liquidación a que haya lugar, constituirán título ejecutivo.

En la gradación del alcance de las medidas coercitivas contempladas en el presente artículo, el Tribunal tomará en cuenta los criterios de proporcionalidad a que hace referencia el artículo 116.

El Tribunal procurará asimismo que, en la medida de lo posible, los efectos de las medidas coercitivas limiten su alcance a quienes hayan incurrido, por acción u omisión, en el desacato de la sentencia, y a quienes se hayan beneficiado o se beneficien de dicho desacato.

EXPLICACIÓN: Se gradúan en función de las circunstancias de cada caso las medidas coercitivas que puede adoptar el Tribunal de Justicia, introduciendo como "última ratio" la posibilidad de imponer "multas coercitivas": El importe de tales multas, conviene subrayarlo, tendría como destino el propio Estado remiso, potenciando programas de actuación que tengan por finalidad precisamente mejorar la ejecución del Derecho Andino en el Estado en cuestión, particularmente para

superar las insuficiencias presentes en el ámbito en el que se produjo el incumplimiento que está en el origen de la multa.

Artículo 116. Criterios de proporcionalidad en la aplicación de sanciones

A efectos de la gradación de las sanciones previstas en el artículo anterior, el Tribunal en su auto de sanciones y la Secretaría General, en la opinión que debe emitir, conforme a lo establecido en el artículo 113, tendrán en cuenta, según las circunstancias del caso, los siguientes criterios, entre otros:

- a) la gravedad del incumplimiento declarado en la sentencia y la afectación del interés comunitario.
- b) el carácter objetivo del incumplimiento
- c) la reincidencia como factor agravante
- d) los efectos del incumplimiento sobre los objetivos de la Comunidad Andina;
- e) la eventual ventaja que el País Miembro remitido obtiene del incumplimiento de la sentencia;
- f) los perjuicios económicos o de otra naturaleza para los Países Miembros, particulares u operadores;
- g) la persistencia y duración del incumplimiento;
- h) los esfuerzos realizados y las acciones adelantadas para corregir el incumplimiento después de la notificación de la sentencia;
- i) la necesidad de garantizar el efecto disuasivo de las sanciones;
- j) la delimitación de los efectos de las sanciones preferentemente a los beneficiarios del incumplimiento, siempre que sea posible y resulte eficaz.
- k) la correlación entre el incumplimiento y la eficacia de la medida sancionadora.

[ECU: Los criterios señalados en el presente artículo serán tenidos en cuenta a efectos de que el Tribunal determine, de acuerdo con las circunstancias, si la restricción o suspensión de ventajas pueden ser aplicadas por el país reclamante o por cualquier otro País Miembro.]

[TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR EL TEXTO QUE SIGUE]

Artículo 116.- Criterios de proporcionalidad en la aplicación de medidas coercitivas

A efectos de la gradación de las medidas coercitivas previstas en el artículo anterior, el Tribunal en su auto y la Secretaría General, en la opinión que debe emitir, conforme a lo establecido en el artículo 113, tendrán en cuenta, según las circunstancias del caso, los tres siguientes criterios:

- a) **La gravedad del incumplimiento, teniendo en cuenta, entre otros factores, la afectación del interés comunitario, el carácter objetivo del**

incumplimiento, la reincidencia, los efectos del incumplimiento sobre los objetivos de la Comunidad Andina, los perjuicios económicos o de otra naturaleza para los Países Miembros, particulares u operadores, y los esfuerzos realizados y las acciones adelantadas para corregir el incumplimiento después de la notificación de la sentencia.

- b) La persistencia y duración del incumplimiento.
- c) La necesidad de garantizar la eficacia de las medidas coercitivas así como de evitar la reincidencia, teniendo en cuenta, entre otros factores, la ventaja que el País Miembro remiso obtiene del incumplimiento de la sentencia y los efectos de dichas medidas en su economía.

EXPLICACIÓN: Mejor sistematización de los criterios contemplados por el Proyecto. Se incorpora además, "in fine", el factor de "los efectos de dichas medidas en su economía", para permitir la ponderación de la cuantía de las multas coercitivas en función de la capacidad económica de cada Estado para hacer frente a las mismas, las cuales, conviene insistir en ello (cfr. explicación al artículo 115), están destinadas a revertir directamente en beneficio del propio Estado multado, e indirectamente de la Comunidad Andina considerada en su conjunto.

Artículo 118.- Revisión de las sanciones

El Tribunal, [de oficio o][**ECU-PER-COL: Eliminar**] a solicitud de un País Miembro o de la Secretaría General podrá revisar las sanciones.

En dicha revisión el Tribunal tendrá en cuenta los criterios de proporcionalidad a que se refiere el artículo 116.

[TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR EL TEXTO QUE SIGUE]

Artículo 118.- Revisión de las medidas coercitivas

El Tribunal, a solicitud de un País Miembro, la Secretaría General o, en su caso, los particulares, podrá revisar las medidas coercitivas.

En dicha revisión el Tribunal tendrá en cuenta los criterios de proporcionalidad a que se refiere el artículo 116.

EXPLICACIÓN: cfr. la explicación al artículo 112.

Artículo 119.- Levantamiento de las sanciones

Cuando el País Miembro al cual se le estuvieran aplicando sanciones manifieste que ha dado plena ejecución a la sentencia, el Tribunal requerirá a los demás Países Miembros y a la Secretaría General para que en un término máximo de quince días emitan su opinión. El Tribunal, dentro de los quince días siguientes, resolverá sobre el levantamiento o no de las sanciones.

Si luego del levantamiento de las sanciones se verificara nuevamente el incumplimiento de la sentencia, el Tribunal, [de oficio o][**ECU-PER-COL: Eliminar**] a solicitud de un País Miembro o de la Secretaría General, dispondrá la apertura de un nuevo procedimiento sumario de desacato.

[TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR EL TEXTO QUE SIGUE]

Artículo 119.- Levantamiento de las medidas coercitivas

Quando el País Miembro al cual se le estuvieran aplicando medidas coercitivas manifieste que ha dado plena ejecución a la sentencia, el Tribunal requerirá a los demás Países Miembros, la Secretaría General y, en su caso, los particulares, para que en un término máximo de quince días emitan su opinión. El Tribunal, dentro de los quince días siguientes, resolverá sobre el levantamiento o no de las medidas coercitivas.

Si luego del levantamiento de las medidas coercitivas se verificara nuevamente el incumplimiento de la sentencia, el Tribunal, a solicitud de un País Miembro, la Secretaría General o, en su caso, los particulares, dispondrá la apertura de un nuevo procedimiento sumario de desacato.

EXPLICACIÓN: cfr. la explicación al artículo 112.

Artículo 120.- Desistimiento

Quien hubiera solicitado el inicio de un procedimiento sumario de desacato de la sentencia podrá, en cualquier momento, presentar su desistimiento.

Recibido el desistimiento, el Tribunal dará traslado del mismo a los demás Países Miembros y, en su caso, a la Secretaría General por el plazo de diez días.

En caso de que se presentara una oposición a la conclusión del procedimiento sumario, éste seguirá su curso.

Si no se presentara una oposición, el Tribunal aceptará el desistimiento, dispondrá el archivo del procedimiento sumario y, en su caso, el levantamiento de las sanciones, sin perjuicio de que, en cualquier momento, [de oficio o][**ECU-PER-COL: Eliminar**] a solicitud de un País Miembro o de la Secretaría General, se disponga la apertura de un nuevo procedimiento sumario de desacato.”

[OPINIÓN DEL TJCA]

Se sugiere eliminar el artículo propuesto porque, en primer lugar, no resulta coherente la regulación del desistimiento para un supuesto específico (i.e., en el marco de un procedimiento sumario de desacato), en ausencia de una regulación del desistimiento con carácter general; por otro lado, y en segundo lugar, es precisamente el procedimiento sumario de desacato el que, dada su naturaleza, íntimamente vinculada al concepto de “orden público”, presenta mayores dificultades para admitir la institución del desistimiento.

Artículo 11.- Incorporar a continuación del artículo 143 de la Decisión 500 el siguiente:

[“Artículo... Boletín Oficial Electrónico.

Con la finalidad de garantizar la transparencia y el ejercicio del derecho de defensa de terceros en los procesos, el Tribunal publicará un Boletín Oficial en formato electrónico a través de su página oficial de internet, que incluya un extracto de las demandas, de las consultas de carácter prejudicial que sean admitidas y de las sentencias que emita.”]

[TJCA: SE SUGIERE SUSTITUIR POR EL TEXTO QUE SIGUE]

“Artículo... Boletín Oficial Electrónico.

Con la finalidad de garantizar la transparencia y el ejercicio del derecho de defensa de terceros en los procesos, el Tribunal publicará un Boletín Oficial en formato electrónico a través de su página oficial de internet, que incluya, entre otras, las radicaciones de las causas sometidas a conocimiento del Tribunal, de las convocatorias de audiencia pública y de las sentencias que emita.”

EXPLICACIÓN: Mayor coherencia del precepto.

Disposición Final.- Las reformas al Estatuto introducidas por la presente Decisión serán consolidadas, en un texto único y entrarán en vigencia a partir de su publicación en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en ...

* * * *