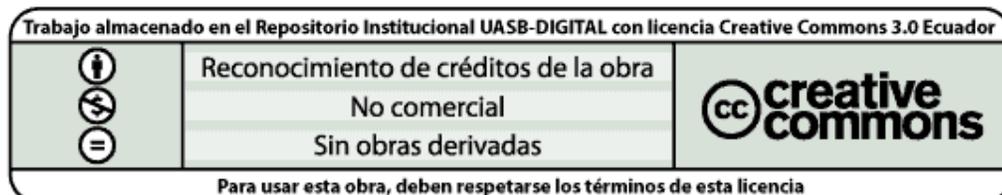


UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR
AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

UN ANALISIS CRÍTICO Y COMPARADO DE LA INTERPRETACION PREJUDICIAL, EL CASO
ANDINO

Juan Carlos Dueñas Muñoz



Yo, Juan Carlos Dueñas Muñoz, autor/a de la tesis intitulada UN ANALISIS CRITICO Y COMPARADO DE LA INTERPRETACION PREJUDICIAL, EL CASO ANDINO) mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctor en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, y o asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. Quito, 12 de junio de 2014.

Firma: Juan Carlos Dueñas Muñoz

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR
AREA DE DERECHO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

UN ANALISIS CRÍTICO Y COMPARADO DE LA INTERPRETACION PREJUDICIAL, EL CASO
ANDINO

Juan Carlos Dueñas Muñoz
Tutor Dr. Francisco Oliva Blásquez

RESUMEN

La presente tesis presenta como objeto de estudio amplio a la Comunidad Andina y en sentido estricto, a una competencia jurisdiccional comunitaria: la interpretación prejudicial y a las doctrinas interpretativas como el punto de llegada del presente análisis. De esta forma se somete a la Comunidad Andina a un pormenorizado análisis comparativo con la más importante experiencia en materia de integración como es la Unión Europea.

Así se presenta un estudio que indaga los motivos por los cuáles no se pudo lograr una teoría de la integración, que asimile las particularidades y necesidades de relacionamiento de los Países Andinos, puesto que los actuales se originan desde la academia europea o estadounidense,

La presente investigación explorará el grado de integración de los países andinos, a partir de la interpretación prejudicial, que se originó en el Derecho Comunitario Europeo y fue asimilada por la Comunidad Andina desde sus primeros Tratados Fundacionales.

A partir de la interpretación prejudicial se considera un necesario diagnóstico de su naturaleza y el rol que juega en la integración andina, para proyectar, las causas por las cuales el Derecho Comunitario Andino, aún no es conocido y aplicado por gran parte de los Estados miembros de la Comunidad Andina.

DEDICATORIA

A mi hijo Carlos Augusto

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por las oportunidades brindadas.

A los Doctores, Claudia Storini, Francisco Oliva Blázquez, César Montaña Galarza, por su amistad desinteresada, orientaciones siempre atinadas y aporte enriquecedor en la conducción de esta investigación; así también al Doctor Walter Kaune Arteaga, ex Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por sus comentarios críticos y sugerencias que nacieron de su experiencia académica y trabajo diario en la conducción de dicho Tribunal.

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I.....	19
EVOLUCIÓN DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN EUROPEO Y ANDINO. UBICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.....	19
1. LAS TEORÍAS DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS	19
1.1 Análisis de las principales teorías que explican los Procesos de Integración, desde el punto de vista Occidental, la Unión Europea, los Estados Unidos.	19
1.2. Aproximación comparada de dichas teorías con relación a América Latina- Comunidad Andina.....	30
2. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA COMUNIDAD ANDINA	33
2.1 Tratados Iniciales, de Modificación y de Adhesión en la Unión Europea	34
2.2. El valor de los tratados en la Interpretación prejudicial europea	39
2.2.1. Procedimiento prejudicial de urgencia en la Union Europea	43
2.3 En relación con la responsabilidad del Estado respecto al cumplimiento del Derecho Comunitario por daños causados a particulares en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	46
2.4 Principales instituciones de la Comunidad Andina.	52
2.4.1 El Congreso de Panamá, primer antecedente supranacional de la Comunidad Andina. 67	
2.4.2 Aproximación crítica al Tratado de Montevideo y al Acuerdo de Cartagena. 73	
2.5 Las Modificaciones al Acuerdo de Cartagena frente al incumplimiento de los Países Miembros.....	83
3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN SUPRANACIONALES EUROPEO Y ANDINO.....	89
3.1 Concepto del Derecho Comunitario	89
3.2 Características del Derecho Comunitario en la Unión Europea.....	90
3.3 Características del Derecho Comunitario en la Comunidad Andina.....	93
3.4 Concepción de soberanía en el Derecho Comunitario	95
3.5 Fuentes del Derecho Comunitario Andino	101
4. LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA COMUNITARIOS. IMPORTANCIA Y FINES.	120
4.1 Origen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	120
4.2 Origen del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	121
4.3. Naturaleza del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	124
4.4. Competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	136
4.5 Competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.....	137
4.6 Relevancia de la Interpretación Prejudicial Europea y su incidencia respecto al papel de los tribunales de justicia nacionales en los procesos de integración supranacional: El control de comunitariedad y su impacto en la cuestión prejudicial europea	163
CAPÍTULO II.....	167
LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN LA COMUNIDAD ANDINA: ELEMENTOS SUSTANCIALES Y FINES	167
1 ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL 167	
1.1 Origen de la Interpretación prejudicial en la Union Europea.....	167

1.2	Concepto y naturaleza jurídica de la Interpretación Prejudicial.....	172
1.2.1	En la Comunidad Andina.....	172
1.2.2	En la Unión Europea.....	175
1.3	Objeto y finalidad de la Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario. ...	176
1.3.2	En la Unión Europea	179
2.	ASPECTOS PROCESALES DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.....	183
2.1.	El Procedimiento de la Interpretación prejudicial en la Unión Europea	183
2.1.1.	El Procedimiento de la Interpretación Prejudicial ante el Juez Nacional	183
2.1.2.	Competencia Exclusiva del Juez Nacional	183
2.2.	El Procedimiento de la Interpretación Prejudicial en la Comunidad Andina... ..	185
2.2.1	Facultad del Juez Nacional	185
2.2.2.	Condiciones y requisitos para la formulación de la Consulta en la Comunidad Andina	187
2.2.3.	Remisión de la Consulta.....	189
2.2.4	Remision Facultativa y Obligatoria.....	194
2.3	El procedimiento ante los tribunales comunitarios europeo y andino.....	198
2.3.1	Procedimiento de la Interpretación prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	198
2.3.2	Procedimiento de la Interpretacion Prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.....	205
2.4	Efectos de la sentencia de Interpretación Prejudicial	206
2.4.1	En el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	206
2.5	Consecuencias del no planteamiento de la Interpretación prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	209
3	EFFECTOS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL A LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN EUROPEO Y ANDINO.....	210
3.1	En relación con las competencias de las organizaciones supranacionales.	210
3.1.1	En el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	210
3.2	En relación con la jurisprudencia, jerarquía y la aplicación de las normas comunitarias en la Unión europea	212
3.2.1	Fundamento económico de aplicar la Interpretacion prejudicial europea.....	218
	CAPITULO III	241
	PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN LA COMUNIDAD ANDINA.....	241
1	El pretendido principio del juez nacional como juez comunitario y sus efectos sobre el ordenamiento jurisdiccional nacional.....	241
1.1	En la Unión Europea.....	241
1.2	En la Comunidad Andina	248
2.	Doctrinas Interpretativas (Acto claro y aclarado) como herramientas que ayuden a la interpretación uniforme de la Interpretación Prejudicial	256
2.1	Doctrina del Acto claro y aclarado concepto y diferencias.....	259
2.2	La negativa a utilizar las doctrinas del acto claro y aclarado en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y doctrina a favor de su implementación.	267
2.3	Fundamento jurídico comunitario de aplicar la doctrina del acto aclarado.....	271
3.	La doctrina del litigio concreto en la interpretación prejudicial andina: aproximación crítica	288
	Conclusiones de la Investigación	295
	BIBLIOGRAFÍA.....	310

INTRODUCCIÓN

En la investigación se presenta como objeto de estudio en sentido amplio a los denominados procesos de integración regional, específicamente a uno en particular: la Comunidad Andina. La misma constituye el fin último del presente trabajo; al Derecho Comunitario como el objeto de estudio en sentido estricto, a una competencia jurisdiccional comunitaria: la interpretación prejudicial y a las doctrinas interpretativas como el punto de llegada del presente análisis. De esta forma se somete a la Comunidad Andina a un pormenorizado análisis comparativo con la más importante experiencia en materia de integración como es la Unión Europea.

En otras palabras, el análisis crítico realizado, nace de una necesidad y una inquietud que ha perseguido toda mi formación académica: ¿Cómo es posible que varios países (27) con lenguas diferentes (24) y protagonistas de dos guerras mundiales, se pongan de acuerdo y construyan, a pesar de las dificultades, la organización regional más exitosa de todos los tiempos como es la Unión Europea¹ y nuestros Países Andinos no logren cohesionar una organización supranacional fuerte y estable, que los vincule y una para asumir los desafíos y riesgos que presenta un mundo globalizado fuertemente competitivo?. No existe una única respuesta y de ninguna manera se pretende desconocer los logros y conquistas alcanzados por la Comunidad

¹Es pertinente señalar la reflexión de DUBÉ al respecto : «Hoy en día, todas las regiones del mundo, con excepción de la zona de la Unión Europea, conocen tensiones relacionadas a diferendos entre dos o varios Estados por la demarcación de las fronteras terrestres o marítimas. En Latinoamérica, una disputa entre Costa Rica y Nicaragua concierne el río que separa ambos países, y toma mayor fuerza a medida que Nicaragua proyecta construir su propio canal interoceánico como alternativa al Canal de Panamá. Más hacia el Sur, Venezuela sigue reivindicando los dos tercios de la Guayana vecina y sigue siendo imposible – legalmente entrar a Guayana sin pasar por Brasil. Esos ejemplos se añaden a los conflictos más conocidos que involucran a Bolivia por la salida al Pacífico o a Argentina por las Malvinas» Extraído del Artículo «Geopolítica de las Fronteras» de SEBASTIEN DUBÉ, Periódico La Tercera de Chile, web:http://blog.latercera.com/blog/sdube/entry/la_geopol%C3%ADtica_de_las_fronteras. Página Visitada el 10 de diciembre de 2012.

Andina² en más de cuarenta años de creación, por lo que se entiende que existieron grandes esfuerzos por lograr una política común y un crecimiento económico conjunto tomando en cuenta las desigualdades económicas políticas y sociales de sus miembros y sus distintas necesidades.

No obstante, es necesario destacar que desde la Región Andina, existen estudios académicos escasos que expliquen cuáles son los motivos por los cuáles no se pudo lograr una teoría de la integración, que asimile las particularidades y necesidades de relacionamiento de los Países Andinos, puesto que las actuales se originan desde la academia europea o estadounidense, en base al fenómeno de la aparición, crecimiento y evolución de esas zonas geográficas y países, adaptando a la Comunidad Andina a sus propias características.

La presente investigación, pretende explicar cómo se integran los países andinos, a partir de una competencia concreta, que se originó en el Derecho Comunitario Europeo y fue asimilada por la Comunidad Andina desde sus primeros Tratados Fundacionales: la interpretación prejudicial.

² Por ejemplo en el caso boliviano, la Comunidad Andina, con 101 millones de habitantes y un producto interno bruto per cápita de unos 6.000 dólares, importó de ese país, 750 millones de dólares en manufacturas y 25 millones de dólares en materias primas durante el año 2011. Mientras que el Mercosur, que representa un mercado de 272 millones de habitantes, con un producto interno bruto per cápita de 14.500 dólares, apenas compró de Bolivia 70 millones de dólares de productos manufacturados y unos 4.000 millones de dólares en materias primas, gas y minerales principalmente, en el año 2011. Con relación a la pertinencia de que Bolivia entre a ser miembro pleno del Mercosur, ALVARADO AGUILAR, enfatiza que no sería conveniente la adhesión del Estado boliviano a dicho organismo internacional puesto que. «(...) las políticas proteccionistas de Brasil y Argentina no permiten que productos manufacturados de Bolivia ingresen al mercado del Mercosur, lo que ha generado un flujo migratorio de productores bolivianos a San Pablo, Río de Janeiro, Buenos Aires y a otras ciudades de estos dos países. Así, el Mercosur ha eliminado fuentes de trabajo en Bolivia y ha obligado a migrar a productores nacionales». Así también señaló que: «Bolivia ya tiene un Acuerdo de libre comercio con Mercosur, el Acuerdo de Complementación Económica N° 36 (ACE 36). Según este Acuerdo, Bolivia puede exportar al Mercosur todos sus productos libres de aranceles y libres de medidas paraarancelarias. Por lo tanto, entre Bolivia y Mercosur existe un área de libre comercio. Este acuerdo fue firmado el 17 de diciembre de 1996 y entró en vigor a partir del 28 de febrero de 1997, es de duración indefinida». Extractos extraídos de la página web: <http://www.paginasiete.bo/2012-12-09/Opinion/Destacados/17Opi00209-12-12-P720121209DOM.aspx>, el 5 de diciembre de 2012.

A partir de dicho recurso jurisdiccional comunitario, se considera una necesidad, aportar con reflexiones que ayuden a explicar cuál ha sido la relación de la Comunidad Andina con sus países miembros, e incluso con las personas particulares, tomando en cuenta que al igual que la Unión Europea, la misma cuenta con un Organismo Jurisdiccional Comunitario encargado de velar por el control y cumplimiento de las competencias comunitarias.

La discusión planteada se considera central, puesto que más allá de explicar a la interpretación prejudicial, como competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se intentará un diagnóstico de su naturaleza y el rol que juega en la integración andina, para proyectar las causas por las cuales el Derecho Comunitario, aún no es conocido y aplicado por gran parte de los Estados miembros.

En definitiva se trata de aportar y en el mejor de los casos suplir un vacío académico, puesto que al igual que la ausencia de una teoría de la Integración creada, pensando en la Integración latinoamericana en general y en la Comunidad Andina en particular, no existen estudios desde el Derecho, que ayuden a comprender a las competencias jurisdiccionales andinas como una construcción propia, con identidad y según la realidad de nuestros países; así, se debe destacar que prácticamente todas las referencias bibliográficas, publicaciones de textos de investigación sobre la Comunidad Andina, hacen referencia a la experiencia jurídica europea y, de igual manera, se puede señalar a la jurisprudencia comunitaria andina, que permanentemente refiere a casos europeos.

También resulta necesario explicar por qué el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha promulgado alrededor de 1800 sentencias de interpretación prejudicial desde 1987, hasta el 2012 y Países Miembros de la Comunidad Andina, como la República del Ecuador y en

mucho menor medida la República del Perú, o el Estado Plurinacional de Bolivia, presentan escasa participación en su interposición, por lo que se postula a este propósito a manera de hipótesis si la interpretación prejudicial, ayuda a crear un Derecho Comunitario Andino uniforme e igual para los Estados miembros de la Comunidad Andina.

Complementariamente para consolidar la referida uniformidad en la interpretación del Derecho Comunitario a través de la interpretación prejudicial, la jurisprudencia comunitaria europea y andina, ha consagrado el principio de que todo juez nacional es juez comunitario. En ese orden de ideas cabe preguntarse, si la interpretación prejudicial andina afirma y allana al juez nacional la potestad de conocer interpretar y aplicar el Derecho Comunitario a su realidad jurídica.

Dicha cuestión, no debe tomarse a la ligera, puesto que el juez nacional tiene un rol primordial que cumplir en un proceso de integración, donde existan principios propios del Derecho Comunitario, como la primacía de la norma comunitaria, la aplicabilidad directa o inmediata, así se entiende que la autoridad jurisdiccional nacional, es el primer garante, aplicador e intérprete de la norma comunitaria, el principal nexo, entre la Organización supranacional y la realidad de los particulares que pretenden justicia.

En ese sentido, se esboza a partir de doctrinas interpretativas, si en la realidad de la integración andina, el juez nacional juega un rol preponderante o si por el contrario su desconocimiento del Derecho Comunitario lo aísla de los propósitos y beneficios de la integración, lo que afecta directamente en las poblaciones donde ejerce su autoridad.

De esta manera, el trabajo crítico desarrollado presenta por objetivo principal establecer si la interpretación prejudicial, efectivamente coadyuva en la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, estableciendo los fundamentos de una integración sólida y coherente, por lo que se estudiará a dicha competencia desde una dimensión comparativa entre la experiencia andina y europea, donde se plantearán sus principales particularidades técnico procedimentales y grado de evolución, a partir de lo cual, se pretende obtener elementos de análisis, que expliquen la naturaleza, características y crisis del principal proceso de integración en el que se embarcaron los Países Andinos, como es la Comunidad Andina.

Así, se considera pertinente establecer desde la experiencia jurisdiccional andina y europea, si la interpretación prejudicial ayudó a consolidar el Derecho Comunitario, no necesariamente como una construcción teórica, académica, que se discuta en las aulas, sino como una vivencia en la identidad compartida de los pueblos, donde la justicia que buscan las personas particulares y los Estados, no se limite solo a lo nacional o a lo internacional, sino que se plantee, el crear conciencia sobre la idea de “Comunidad”. Por ejemplo, cuando los jueces nacionales administren justicia, lo hagan pensando en que en territorio de otros Estados, sus fallos, pueden ser tomados como ejemplo, o que las personas particulares que se encuentren en otro Estado miembro, conozcan que podrán acceder a la misma justicia, trascendiendo su identidad nacional a una comunitaria. Por lo que el estudio de las doctrinas interpretativas como la del acto claro, aclarado y litigio concreto se consideran fundamentales para establecer la construcción de una visión de justicia común a partir de una sola jurisprudencia y un único Derecho Comunitario Andino.

Es necesario mencionar, que no se abordará a la interpretación prejudicial solamente como una competencia jurisdiccional más del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya

que se indagará que la misma plantea una característica esencial y esto es el fin mismo de su interposición: la necesidad de una interpretación general y uniforme del Derecho Comunitario, lo cual no sólo consiste en un ideal de una misma justicia para todos los Estados Miembros y sus habitantes, sino que responde a una premisa económica: la construcción de un mercado común, por lo que se determinará que la referida competencia jurisdiccional, es también producto de un fenómeno económico que plantea una sola economía supranacional.

En cualquier caso, se debe señalar que la presente Investigación posiciona el rol de la Interpretación Prejudicial en la Integración Andina, señalando el examen de tres cuestiones principales: En primer lugar, establecer desde el Derecho Internacional, cuáles son las principales teorías de integración que justifiquen el surgimiento de la Unión Europea y de la Comunidad Andina, para proyectar sus características, problemática y contexto histórico, en otras palabras, cómo se construyeron dichos procesos con sus particularidades y competencias propias. En segundo lugar se abordan las peculiaridades del Derecho Comunitario Europeo y Andino, los puntos de coincidencia entre ambos, delimitando principios y lineamientos jurídicos de la interpretación prejudicial, puntualizando que ella tiene su origen en el proceso de integración europeo. En tercer lugar, se aborda a la interpretación prejudicial como competencia que ha desarrollado principios jurisprudenciales comunitarios andinos y europeos, sus características, procedimiento y como instrumento de garantía de consagración de la máxima comunitaria: todo juez nacional es juez comunitario.

Las tres cuestiones mencionadas, configuran los objetivos específicos, los cuales han sido tratados a lo largo de tres capítulos, por lo que a manera de resumen se señaló lo siguiente: Se expondrán los comienzos históricos de la Unión Europea, su naturaleza jurídica, y las bases

del Derecho Comunitario Europeo, tomado como ejemplo por el Derecho Comunitario Andino, la noción del Derecho Comunitario Primario y Derivado, profundizándose en el sentido del concepto de supranacionalidad, característico del Proceso de Integración Europeo.

Se realizará un estudio de la evolución de la Unión Europea, a través de sus principales tratados de adhesión y de modificación, se destacará la importancia de sus instituciones, destacándose la labor realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como cimiento supranacional y se abordarán los instrumentos, características y vigencia del Derecho Comunitario europeo. Se señalará la evolución histórica normativa de la interpretación prejudicial, resultado de las políticas propias del referido mercado común, determinado por la libre circulación de productos y mercancías, la liberación de aranceles, la prohibición de cualquier práctica discriminatoria, restrictiva o mecanismo de subvención entre los Países Miembros.

Así también, se explicará el origen de la Interpretación Prejudicial Europea, su finalidad, características, procedimiento y supuestos de hecho, para desarrollar el fundamento que aplica en dicho recurso jurisdiccional las doctrinas del acto claro y aclarado. Desde dicho contexto europeo, se abordarán los últimos cambios introducidos a la interpretación prejudicial, producto de los avances de la integración y de la necesidad de un mayor relacionamiento entre el Tribunal Comunitario, el juez nacional y las personas particulares. Así, se indagarán nuevas competencias, introducidas por los Tratados europeos como el de Lisboa o el de Niza, que amplían el ámbito de aplicación de la Interpretación prejudicial a cuestiones de migración, seguridad o penal, asimismo, se analizará la modalidad, Interpretación Prejudicial de Urgencia, procedimiento abreviado que acorta notablemente los plazos en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe promulgarla.

Con relación a la Comunidad Andina, se plantearán lineamientos generales sobre su historia, destacándose la discusión entre Supranacionalidad e Intergubernamentalidad desde el Congreso de Panamá (1826) convocado por Bolívar, donde se manifestó el propósito de crear un bloque económico, político y supranacional y en el siglo XX, la justificación del Tratado de Montevideo, que originó a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) que pretendió construir un Mercado Común Latinoamericano que retome los ideales bolivarianos, para posteriormente suscribirse en la Sub región andina el Acuerdo de Cartagena en 1969, por el cual se pretendía integrar los esfuerzos de los Estados Andinos para procurar objetivos económicos más avanzados, lo que incluirá instituciones con características supranacionales, para lo cual se hace un necesario análisis histórico comparado con el proceso de integración europeo.

Se expondrán las razones que motivaron la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que estructuró jerárquicamente el Derecho Comunitario Andino. La jurisprudencia comunitaria resultado de la actividad de dicho Tribunal, ha señalado la existencia de cuatro acciones judiciales concretas: Acción de Nulidad, Acción de Incumplimiento, Interpretación Prejudicial y Recurso por Omisión o Inactividad, garantizando el control y fiscalización del cumplimiento del Derecho Comunitario Andino.

Lo descrito precedentemente servirá para abordar la problemática de la Interpretación Prejudicial Andina, analizando sus principales características y doctrinas interpretativas, en aquellos casos en que puedan plantearse dudas acerca de la aplicación o interpretación del Derecho Comunitario en el marco de un proceso ante un órgano jurisdiccional nacional. En ese sentido, se evaluará si dichas doctrinas interpretativas coadyuvan a una mayor comprensión de lo que es el Derecho Comunitario Andino o por el contrario sólo contribuyen a dispersar sus

alcances y contenidos. Así se concluirá el estudio realizando una evaluación sobre la efectividad y utilidad de la Interpretación Prejudicial, sus falencias y beneficios.

Por otra parte, en el orden metodológico, en la investigación desarrollada, concurren, la observación, la inducción y la reflexión hermenéutica, técnicas cualitativas de investigación jurídica que sirven de herramientas para desarrollar la problemática planteada.

Complementariamente, el análisis de la Interpretación Prejudicial y su incidencia e importancia en la Comunidad Andina, plantea como objetivos revisar su efectividad normativa y proponer modificaciones que contribuyan a incrementar su uso en los Países Miembros, por lo que se trata de una investigación jurídico-propositiva. Y puesto que la referencia a sus características, procedimiento y teorías interpretativas, se llevarán a cabo para identificar sus diferencias y semejanzas con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, se trata de una investigación jurídico-comparativa.

En el desarrollo de la investigación se agotaron los siguientes pasos: búsqueda, ubicación y recolección de las fuentes legislativas y doctrinales sobre el tema, a través de la revisión en bibliotecas jurídicas, generales y especializadas, así como en bibliotecas virtuales; selección inicial de las fuentes legislativas y doctrinales recopiladas; clasificación general del material recolectado; descripción y estudio de las fuentes seleccionadas, a través del análisis detallado de las fuentes de información, la elaboración de esquemas particulares, de fichas textuales y de resumen, la comparación y selección definitiva del material; elaboración del marco teórico y de los contenidos de la investigación, según el orden de los objetivos específicos propuestos; valoración de la jurisprudencia que ha ido conformando la aplicación de la Interpretación Prejudicial y proposición de teorías interpretativas destinadas a mejorar la efectividad de dicho recurso jurisdiccional como

garantía de uniformidad del Derecho Comunitario en los Países Miembros de la región y preservación de la máxima jurídico comunitaria de que todo juez nacional es juez comunitario.

En ese orden de ideas, se utilizaron como fuentes principales de información los siguientes instrumentos de orden normativo originario y derivado que regulan el proceso de integración de la Comunidad Andina y de la Unión Europea: libros, artículos, revistas, folletos y publicaciones periódicas relativos a la materia objeto de investigación y, en forma virtual, en la red de internet, donde se pudo ubicar jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, revisión de jurisprudencia comunitaria andina, clasificada por materias y temas desde 1985 hasta la actualidad.

La investigación encontró limitaciones en la escasa bibliografía actual sobre la Interpretación Prejudicial en la Comunidad Andina, siendo de importancia los informes y estudios que, vinculados con la Interpretación Prejudicial, fueron elaborados en la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como la obra "Testimonio Comunitario", del año 2004, en la que Magistrados de dicho Tribunal testimonian los logros y falencias del Derecho Comunitario Andino y se esboza ya una posible crisis de la Interpretación Prejudicial Andina.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN EUROPEO Y ANDINO. UBICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

1. LAS TEORÍAS DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

Antes de abordar la problemática planteada, es necesario ubicar el contexto al que pertenece la Comunidad Andina. En este sentido, se recurrirá al Derecho Internacional y a las Relaciones Internacionales, para describir a las principales teorías de integración y a partir de allí explicar el surgimiento de la Unión Europea y de la Comunidad Andina, su problemática y su contexto histórico temporal.

1.1 Análisis de las principales teorías que explican los Procesos de Integración, desde el punto de vista Occidental, la Unión Europea, los Estados Unidos.

Se puede afirmar que las teorías que explican los Procesos de Integración, desde el punto de vista Occidental, son el resultado de estudios básicamente sobre la Unión Europea³, los Estados Unidos y en mucho menor medida sobre la integración latinoamericana, y la región andina.

En ese sentido, las principales teorías que explican el fenómeno de los procesos de integración son el Federalismo, el Funcionalismo, Neofuncionalismo y el Intergubernamentalismo

³ «En la actualidad, en el modelo o paradigma seguido por la Unión Europea, sigue mezclándose el intergubernamentalismo y la supranacionalidad. En este proceso de integración se rediseña constantemente su arquitectura institucional para seguir adelante con sus objetivos de integración (económica, política y social) y asimilar a los nuevos países de la Europa del Este que se van a ir incorporando gradualmente en los próximos años». ANDRÉS ORTEGA, «La Europa del 'bech marking », El País Digital (España), 20 de marzo de 2000.

o institucionalismo intergubernamental, por lo que de manera breve se expondrán sus principales características.

Es necesario explicar en primer lugar al Federalismo como la más avanzada forma de organización entre Estados, basada en el principio de descentralización de la vida política administrativa, económica, social o cultural⁴. Así la justificación del Federalismo la define BOBBIO al señalar que:

El Federalismo al igual que el Estado al cual organiza y da forma, es un medio y no un fin en sí mismo. Con el Federalismo se pretende un Estado más eficiente, equilibrado, justo y competitivo, a través del cual el hombre y la sociedad tengan un mejor acceso a sus verdaderos fines. En ese sentido el sistema federal únicamente se justificará en la medida en que favorezca la viabilidad a dichos fines supremos⁵.

Así, se afirma que el Federalismo es un proceso que supone la entidad dialéctica de dos tendencias contradictorias, la tendencia a la unidad y a la diversidad⁶. Se describen a continuación las características principales de esta forma de organización: Diversidad, Distribución del Poder y Competencias:

Diversidad: El Federalismo reconoce la diversidad de los miembros que integran esa Unión, respetando su propio ámbito de autonomía a cambio de conferir ciertas atribuciones a dicho gobierno común. Es por eso que los miembros de una Federación rechazan por ejemplo la uniformidad de la legislación, que es típica de las organizaciones unitarias. El Federalismo, lejos

⁴ JACINTO JAYA FIESCA, «Régimen constitucional del Sistema Federal» Editorial UNAP, Mexico, 1988, p. 39.

⁵ NORBERTO BOBBIO, «Federalismo», Diccionario de Política, Editorial Siglo XXI, Mexico, 1990, p. 121.

⁶ GARCÍA PELAYO MANUEL, «Derecho Constitucional Comparado», Editorial Alianza, Madrid, 1984, p. 218.

de imponer una visión uniforme, admite las diferentes realidades, geográficas, sociales, políticas, y económicas de sus socios⁷ .

Distribución del Poder. La formula Federalista, impide el abuso del poder, toda su ciencia y naturaleza, consiste en la división y distribución del mismo⁸, en otras palabras, el Federalismo, es un sistema de división del poder político en sentido vertical, por el que cohabitan en una necesaria relación de estrecha coordinación dos órdenes gubernamentales: Un poder central depositado en el Gobierno Federal, encargado de los asuntos de interés general para toda la Unión como defensa, seguridad nacional, relaciones exteriores, finanzas, moneda, comercio, comunicaciones, nacionalidad, migración (entre otros), y diversos poderes locales encomendados a sendos gobiernos estatales competentes para conocer de materias de interés inmediato para su comunidad⁹.

Competencias. Como consecuencia de la característica anterior, se colige que el Federalismo es en sí mismo, una fórmula o mecanismo de distribución de competencias. Este sistema deriva de una Constitución General y se articula con criterios de coordinación y cooperación. De esta manera LOEWESTEIN y ZIPELIUS, coinciden en que en la distribución de competencias, yace la clave funcional y estructural del Estado Federal, siendo característico que las atribuciones estén repartidas entre los órganos centrales y los órganos de los Estados

⁷ En este sentido JAYA VIESCA, al argumentar los fundamentos sociológicos y políticos del Federalismo, señaló: «Uno de los puntos de partida del Federalismo desde la dimensión de los valores sociológicos es aquel que contempla a un país a una nación, tomando en cuenta toda su unidad y a su vez toda su diversidad. Un país tiene un espacio político, una geografía política, con una gran diversidad de expresiones sociales en el orden cultural, económico y religioso, entre otros, no obstante no sólo son países que como la India, Rusia o China, ofrecen esta heterogeneidad, sino también a países con una reducida geografía como España y numerosos países asiáticos y africanos» FIESCA, ob cit, p. 130.

⁸ FIX ZAMUDIO, citando a M GARCÍA PELAYO y a W STEFANI, distingue cinco criterios de distribución de poder: división horizontal, correspondiente a la clásica división tripartita, división temporal, relativa a la duración limitada en el ejercicio de los cargos públicos, división decisoria, vinculada al equilibrio en la toma de decisiones, división social de poderes entre los grupos sociales de interés y la división vertical correspondiente a la fórmula federalista, HECTOR FIX ZAMUDIO, «La Constitución y su defensa», Editorial UNAM, México, 2009, p. 20.

⁹ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, «Que Federalismo necesitamos?», Editorial Excelsior, España, 2010, p. 200.

miembros en forma tal, que existe un dualismo de esferas de poder sin que los primeros o los segundos posean para sí la supremacía competencial¹⁰.

Así, se afirma que el Federalismo se sustenta en una Constitución Federal, que reparte competencias entre los Estados Federados y el Poder Federal Central. Su exponente más oportuno son los Estados Unidos de Norteamérica. De esta manera, el Federalismo se erige sobre un principio político fundamental: la relación unidad-diversidad, solidaridad-libertad, el todo y las partes. No es una dialéctica antagónica, sino complementaria. KELSEN¹¹, explica las características del Estado Federal al decir que: *“En el Estado Federal las competencias principales corresponden al orden central o cuando menos existe un cierto equilibrio entre la competencia central y la local y singularmente la política exterior es de competencia exclusiva de la Federación, esto es del orden central (...)”* (cursivas agregadas)

La crisis que se ha establecido sobre la unidad que suponía el Estado-nación¹², producto de la globalización y de la erosión de la soberanía entendida en su concepción clásica

¹⁰ ZIPPELIUS REINHOLD, «Teoría General del Estado» Editorial UNAM, México, 2009, p. 120.

¹¹ HANS KELSEN, «Compendio de Teoría General del Estado» Editorial Gernika, México, 2009, p.125.

¹² “La crisis del Estado-nación, a la cual asistimos hoy, es un fenómeno relativamente reciente cuya aceleración aumenta a medida que las condiciones que la provocaron se agudizan. En la raíz de este fenómeno se hallan las perturbaciones que afectaron al mundo a partir de los años setenta y las relaciones de fuerzas que fueron conformándose en las esferas del poder y de la ideología. El primer factor de crisis fue el choque petrolero de principios de los setenta que, en la realidad, ocultó un conjunto de transformaciones aún más profundas de la economía mundial. Estas transformaciones desencadenaron un proceso de paralización del Estado de Bienestar en el Mundo Occidental, mientras que la internacionalización del capital comenzaba a afectar en su raíz el asentamiento histórico del Estado-nación. El segundo factor de crisis fue el desplome del llamado campo socialista, en sus dimensiones política, económica y militar, la cual resultó de la incapacidad de sus dirigentes para instrumentar respuestas a las crecientes contradicciones de las respectivas economías. Estas perturbaciones fueron socavando las funciones que el Estado Tutelar había logrado asumir en aquellas sociedades mientras que se desagregaban las superestructuras plurinacionales impuestas por el poder soviético. El tercer factor de crisis fue la inmensa ofensiva ideológica contra el Estado que desencadenaron los medios políticos, académicos y de prensa más apegados al capitalismo avanzado. Esta ofensiva, que impugna el papel del Estado en todas sus dimensiones, socava los fundamentos políticos, sociales y culturales del Estado-nación”. <http://www.unesco.org/most/francais.htm>. Página visitada el 20-07-2010. Página visitada el 12 de abril de 2011.

hegeliana¹³ le otorga al Federalismo gran importancia. Dicha crisis, de acuerdo con BECK¹⁴, se encuentra claramente reconocida, debido a la imposibilidad que tiene el Estado-nación para controlar los procesos de globalización¹⁵.

El Federalismo, se plantea ante una afirmación: El Estado-nación, no puede cumplir por sí sólo sus funciones clásicas: la salvaguardia de la paz; la seguridad interior y exterior; la protección de las libertades y del bienestar de los ciudadanos. Por lo tanto, los Estados nación necesitan agruparse mediante la creación de este nuevo tipo de organización jurídico política que les permita incrementar su capacidad negociadora para enfrentar los retos de la globalización. Es en este contexto donde surge la necesidad de “federalización” de los países para enfrentar, de manera, conjunta diferentes problemáticas.

Por su parte, el Funcionalismo¹⁶ representado por MITRANY, prescribe que deberían evitarse las guerras y alcanzar la paz universal, lo cual se daría por medio de organizaciones internacionales que tuvieran la capacidad de frenar el poder absolutista de los Estados¹⁷.

¹³ Según HEGEL, “(...) por soberanía en su acepción tradicional se entiende un poder que no está sujeto a otro poder” y BODINO sostiene que: “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo, no es limitada ni en poder ni en responsabilidad ni en tiempo”. CARLOS SABINE. Elementos de Derecho Internacional. Editorial Coloquio, México, 1995, p. 490.

¹⁴ ULRICK BECK, «¿Qué es la globalización?» (1ra. Edición). Madrid, Paidós, 1998, p. 64.

¹⁵ WILLIAM TWINING, señala un concepto de globalización: «El proceso de globalización es selectivo y tiene tensiones y contradicciones. Pero no es anárquico. Reproduce la jerarquía del sistema mundial y las asimetrías entre las sociedades periféricas y semiperiféricas. Por tanto no existe globalismo genuino. Bajo las condiciones del sistema mundial moderno, globalismo es la globalización exitosa de un localismo dado. El idioma inglés como lengua franca, es uno de tales ejemplos», «Derecho y Globalización» Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2005, p. 256.

¹⁶ El Funcionalismo es una teoría de las Relaciones Internacionales que surgió principalmente de la experiencia de la integración europea y se enfoca en los intereses comunes compartidos por los Estados. Así se debe enfatizar que es un término usado para describir funciones de un sistema, entendido como un todo. IMMANUEL WALLERSTEIN, empleó una teoría funcionalista cuando argumentó que el sistema político internacional de Westfalia surgió para asegurar y proteger el desarrollo del sistema capitalista internacional. JAMES E. DOUGHERTY Y ROBERT L. PFALTZGRAFF, «Teorías en Pugna en las Relaciones Internacionales», Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1993, p. 444.

¹⁷ Es importante mencionar los aportes realizados por KARL DEUTSCH a la teoría funcionalista, quien apela tanto a la teoría de sistemas como a la de la comunicación. DEUTSCH, basa la explicación de los procesos de integración

En ese orden de ideas, la tesis principal de MITRANY, expuesta en su obra “A Working Peace System”¹⁸, es que: *“El principio esencial de una organización funcional de las actividades internacionales es que éstas deberán ser escogidas de manera específica y organizadas separadamente, cada una según su naturaleza y ajustarse a las condiciones en las cuales debe operar y en función de las necesidades del momento”* (Cursivas agregadas). Esto permitirá en consecuencia plena libertad para una variación práctica en la organización de las diversas funciones, así como en el ejercicio de una particular, según el cambio de las necesidades y las circunstancias¹⁹.

De esta manera MITRANY sostiene que la creciente complejidad de los sistemas gubernamentales aumentó notablemente las tareas esencialmente técnicas y no políticas que enfrentan los gobiernos. Tales tareas no sólo creaban una demanda de especialistas altamente entrenados en el nivel nacional, sino que contribuían a la emergencia de problemas esencialmente técnicos en el nivel internacional, cuya solución, se encuentra en la colaboración entre especialistas, más que en las “élites políticas”²⁰.

en el fenómeno de las comunicaciones, utilizando a su vez, los análisis de NORBERT WIENER sobre cibernética y la clásica contribución de TALCOTT PARSONS sobre los distintos tipos de sistemas sociales: *“La existencia de la ciencia social está basada en la capacidad de considerar a un grupo social como una organización y no como un conglomerado. Las comunicaciones constituyen el cemento de las organizaciones. Sólo las comunicaciones capacitan a un grupo para pensar unido, para percibir unido y para actuar unido. La sociología necesita comprender el fenómeno de la comunicación”*. (cursivas agregadas) Por su parte, DEUTSCH, analiza las relaciones entre la integración de las comunidades políticas y las comunicaciones. Para él, los países son conjuntos poblacionales unidos por flujos de comunicación y de transportes y separados por territorios vacíos o poco poblados. En general, las fronteras corresponden a áreas donde las comunicaciones disminuyen drásticamente; por eso la interacción al interior de los Estados nacionales ha sido tradicionalmente mayor que entre los distintos Estados. La principal contribución de DEUTSCH a la teoría del Funcionalismo, radica en su trabajo sobre las condiciones en las cuales se formó una “comunidad de seguridad” en el área del Atlántico Norte. Buscando las similitudes entre la formación de una comunidad política (y también de seguridad) en los Estados Unidos, durante el siglo pasado, y la formación de la OTAN y la Comunidad Europea a partir de los acuerdos franco-germanos sobre el desarrollo conjunto de su industria del hierro y el acero, después de la Segunda Guerra Mundial, así, analiza cuantitativa y detalladamente todos los flujos de comunicación generados en esos distintos ámbitos en sus respectivas épocas. KARL, DEUTSCH, “Análisis de las Relaciones Internacionales”, Editorial PAIDOS, 1990, Argentina, p. 56.

¹⁸ DAVID MYTRANI, «A Working Peace System», Harvard University, Massachusetts, 2009, p. 89.

¹⁹ CELESTINO DEL ARENAL, «Introducción a las relaciones internacionales», 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 207.

²⁰ KARL DEUTSCH, “Análisis de las Relaciones (...)», ob. cit, p. 447.

En este “proceso funcionalista”, que tiene por finalidad superar las divisiones políticas a través de una vasta red de actividades y operaciones por la cual se producirá una progresiva integración de todas las naciones, se distinguen dos fases. Una primera, consiste en desarrollar un proceso de cooperación funcional a nivel social, económico y cultural que permita alcanzar la paz y, otra, de desarrollo del proceso de cooperación funcional en el plano de la seguridad colectiva, que sólo es posible una vez la primera se haya realizado²¹.

La integración de esta manera, se concibe como un proceso de crecimiento sector por sector, mediante un desbordamiento (*spillover effect*²²) desde sectores técnicos exitosos a otros políticos²³. En otras palabras, la búsqueda de solución a ese conjunto de necesidades o problemas comunes que no hallan respuesta en los límites establecidos en la soberanía territorial tradicional, conducirán al establecimiento de un conjunto de organizaciones internacionales, basadas en la “función” y no en el “territorio” que permitirán como consecuencia la anhelada convivencia pacífica.

MITRANY suponía que la actividad funcional podía reorientar la actividad internacional y contribuir a la paz mundial. Por eso el funcionalismo contrasta agudamente con la teoría realista que pone el énfasis en la competencia y el conflicto como el rasgo principal si no el dominante²⁴.

²¹ CELESTINO DEL ARENAL, «Introducción a las relaciones (...)», ob. cit, p. 43.

²² «El spillover effect parte del supuesto de que los avances que se han dado en un proceso de integración regional son irrenunciables, o sea que no habría marcha atrás en los logros alcanzados. En estos momentos, el proceso europeo hacia una mayor integración, en la seguridad común, en la unidad política y en la ampliación a los países del Este de Europa, está siendo problemático y ha abierto un debate en el seno de la Unión Europea. Sin embargo, bajo este supuesto neofuncionalista, estas dificultades jamás podrán significar una marcha atrás en los logros alcanzados hasta la fecha por la UE». ÁNGEL MARÍA CASAS, «El Modelo Regional Andino», Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, p. 20.

²³ Según HASS, «(...) una vez indificados esos ámbitos de interés común, (cuestiones técnico-socioeconómicas) en los que es posible emprender acciones conjuntas, el paso siguiente de la estrategia funcionalista, consistirá en iniciar la cooperación internacional mediante la gestión gubernamental de esos ámbitos de interés común» MYTRANI, DAVID, «A working peace (...)» Ob cit, p. 34.

²⁴ DOUGHERTY y PFALTZGRAFF, «Teorías en Pugna (...)», p. 444.

En tercer lugar, según HASS²⁵, el “neofuncionalismo” se centra en la formación y evolución de la Unión Europea, y postula que la decisión de avanzar con la integración u oponerse a ella depende de las expectativas de ganancias o pérdidas que tienen los grupos principales dentro de la unidad que se quiere integrar²⁶. Antes que organizar un esquema de integración, que depende de motivos altruistas, parece más razonable centrarse en los intereses y valores defendidos por ellos, demasiado complejos para ser descritos en términos tan simples como “el deseo de paz franco germano”, “la voluntad de una Europa unida”²⁷, “hacer realidad el sueño de Bolívar”, o “la hermandad andina” como se diría por esta región.

El neofuncionalismo, tiene como meta constituir una comunidad política institucionalizada, representada por una organización que estructuralmente esté más allá de una organización internacional y a cuyas instituciones centrales se les brinde lealtad²⁸.

Complementariamente, HASS, supone que la integración surge como resultado del trabajo de élites importantes en los sectores gubernamentales y privados, que apoyan a la

²⁵ Ob cit, p. 445.

²⁶ «Los autores neofuncionalistas ven que el spillover effect, funciona por que nunca se puede dar marcha atrás en lo ya logrado, como en el caso europeo que acabamos de mencionar, pero no explican el por qué. Por otra parte, este enfoque no contempla cómo puede influir en toda esta dinámica el contexto internacional y el marco de la globalización». MARIA CASAS, «El Modelo Regional (...)» p. 32.

²⁷ Idem p. 450.

²⁸ HAAS, utiliza el termino “spillover” o “efecto inducido”, concebido como un instrumento mediante el cual el establecimiento y el incremento del proceso de integración de un área económica crearía *per se* presiones con la intención de favorecer nuevas áreas de integración. Se ha tenido en cuenta la evolución del proceso, que requería una intervención política externa, al ser lo económico superado y quedar supeditado a lo político, haciéndose así necesaria una orientación y coordinación del proceso, de manera que se garantizara un desarrollo equilibrado y los mayores beneficios posibles como resultado directo de la adopción de esta vía de integración. Los Estados Miembros que participaban directamente en este propósito sólo podrían obtener el máximo provecho si paralelamente a la observación de este mecanismo expansivo, mediante el cual un número cada vez mayor de sectores se incluyese en esta red integradora, se instituyese y desarrollase a un ritmo semejante una estructura orgánica. Sólo la creación de un órgano de naturaleza supranacional dotado de una capacidad real de iniciativa e implantación legislativa y con una efectiva independencia y autonomía respecto a los Estados miembros, podría llevar a cabo el propósito de integración, con capacidad para resistir las tentativas de instrumentalización que, una vez que los objetivos inmediatistas se han visto alcanzados gracias a este método o, los intereses a corto plazo y de ámbito limitado ya se han realizado, uno u otro de esos Estados no dejarían de intentar conseguir con vistas a la prosecución de intereses propios y en eventual detrimento de los restantes, volviendo así, al uso de los métodos clásicos de la política de poder (*power politics*), ERNST, HASS 1968. « La Unión de las fuerzas políticas sociales y económicas de Europa, 1950-1957». Stanford CA: Stanford University Press, p. 89.

integración por motivos esencialmente pragmáticos más que altruistas. Las élites, al tener expectativas de ganancias por actividades dentro de un marco organizativo, probablemente buscarán otras con ideas similares, más allá de las fronteras nacionales²⁹. En otras palabras el camino hacia la integración diseñado por la escuela neofuncionalista actúa a favor de la integración política que quedaría definida como el proceso por el cual las naciones renuncian al deseo y a la facultad de conducir independientemente los unos de los otros su política exterior, así como sus principales políticas interiores y buscan tomar en conjunto decisiones o delegar el proceso decisional a un nuevo órgano central.³⁰

Una característica adicional del neofuncionalismo, es que plantea que la integración se base en relaciones de poder y en intereses de élites y que el fundamento mismo de las relaciones entre Estados y la respectiva cesión de soberanía en realidad respondería funcionalmente a dichos intereses.

Así, desde el Neofuncionalismo se puede explicar la alianza entre los grandes grupos organizados de negocios transnacionales y los líderes de las instituciones comunitarias de la Unión Europea³¹, éstos, constituyeron el núcleo de la explicación del institucionalismo supranacional para la iniciativa de la firma del Tratado de Maastricht de 1992.

Por último el Intergubernamentalismo, se ajusta a la pretensión de los Estados soberanos de seguir siendo preponderantes en las relaciones internacionales. Para el realismo

²⁹ DOUGHERTY y PFALTZGRAFF, p. 444.

³⁰ LEÓN LINDBERG, «Las Dinámicas Políticas de la Integración Europea», University Press, Oxford, 1963, p 23.

³¹ En palabras de MORATA, *“La Unión Europea constituye un Actor internacional que posee características únicas, pero que no posee los elementos que, según la noción clásica proporcionada por la Teoría General del Estado, caracterizan al Estado soberano, ni asume la estructura, los poderes y las reglas de funcionamiento de una organización internacional «clásica», es decir, intergubernamental”*, FRANCESCO MORATA, 1998. «La Unión Europea; Procesos, actores y políticas». Barcelona: Ariel Ciencia Política, p. 70.

clásico de las relaciones internacionales, la integración no ofrecía novedad. Se reducía a lo de siempre: los actores, los Estados, las relaciones se basaban en el poder y las organizaciones internacionales eran dominadas por los Estados parte.

Así se puede destacar que el Intergubernamentalismo es la teoría que en gran medida ha explicado los propósitos y fundamentos de la integración europea, porque desde sus inicios dicho proceso ha estado basado en negociaciones interestatales entre los Estados miembros.

La Unión Europea ha logrado avanzar diferentes fases integracionistas³² debido a que puede ser vista como una asociación de Estados, más que como una organización supranacional subordinadora que decida de manera inconsulta los destinos de los Estados. Según MARISCAL: *"(...) se puede afirmar que gran parte del éxito de la Unión Europea se deriva del intergubernamentalismo, porque posibilita la permanencia del Estado nacional como piedra angular de la vida política en Europa y ayuda a los gobiernos nacionales a realizar sus tareas internas y externas"*.³³ (cursivas agregadas)

La integración desde esta concepción, necesita de Estados fuertes con capacidad de liderazgo, por lo tanto, no se trata de crear una organización supranacional que subordine a los Estados sino de una organización coordinadora en la que participen todos los Estados

³² Según RAFAEL CALDUCH, la historia de más de medio siglo de construcción europea se puede dividir en cuatro grandes etapas o períodos:

- 1.-La creación de la Europa comunitaria (1950-1957).
- 2.-El desarrollo de la Integración Europea (1957-1973)
- 3.-La consolidación de la Comunidad Europea (1973-1991)
- 4.-La construcción de la Unión Europea (1991- hasta hoy)

En RAFAEL CALDUCH, Apuntes de la Unión Europea, Editorial Civitas, Madrid, España, pp. 67-75.

³³ N. MARISCAL, «Teorías políticas de la Integración Europea». Madrid: Editorial Tecnos, (2003), p. 45.

miembros. Es indiscutible, en este sentido, que el Estado-nación siga siendo un punto de referencia obligatorio de los procesos internacionales³⁴.

Según TERZ y PASTRANA, los Estados, al comenzar el siglo XXI, son los actores más importantes de las relaciones internacionales, ya que: "(...) a pesar de que sus competencias se hayan erosionado y hayan perdido en muchos casos eficacia y capacidad de respuesta, por las fuerzas incontroladas de los procesos de globalización, no existe todavía otra unidad política real capaz de sustituirlos".

Para MORAVSICK, la naturaleza jurídica de la Unión Europea presentaría una doble faceta: es intergubernamental porque la autoridad máxima la detentan los gobiernos (no las instituciones europeas), protagonistas en el proceso de toma de decisiones a través del Consejo Europeo de Presidentes, y es supranacional, por la manera en que las decisiones se toman: en el seno de las instituciones centrales en las que prevalece la mayoría cualificada en el voto, controladas por el Tribunal de Justicia y amparadas por el Derecho Comunitario³⁵.

De acuerdo con MORAVSICK³⁶, el Acta Única Europea, como una fase del proceso de integración que puede denominarse "institucionalismo intergubernamental", está basada en tres principios: Intergubernamentalismo, negociación con un mínimo común denominador y estrictos límites a futuras transferencias de soberanía.

³⁴ E. PASTRANA (2000). «Institucionalización de las Relaciones Económicas Internacionales». Cali: Editorial Universidad Santiago de Cali, 2010, p. 90.

³⁵ MORAVSICK, «Negotiating the Single (...)», p. 56.

³⁶ Idem, p.34.

En el Intergubernamentalismo, las principales iniciativas son promovidas negociadas y transformadas en decisiones por los Gobiernos en el Consejo de Ministros o en el Consejo Europeo. Las preferencias expresadas en las negociaciones intergubernamentales son el producto de políticas nacionales. El segundo principio presta atención al poder e influencia de los más importantes miembros de la Unión Europea (Francia, Alemania e Inglaterra); las negociaciones convergen sobre sus puntos mínimos comunes. El tercer principio es la protección de la soberanía: los Estados miembros en las negociaciones intergubernamentales incluyen límites explícitos sobre la transferencia de soberanía³⁷ a la Unión Europea.

1.2. Aproximación comparada de dichas teorías con relación a América Latina- Comunidad Andina

En lo que respecta a la región de América Latina,³⁸ su Academia no desarrolló cuáles son las principales necesidades, características y formas de vincularse que requiere un proceso de integración, resultando más práctico inclusive estudiar los avances teóricos producidos en Europa o Estados Unidos, para analizar o encontrar los fundamentos que soporten la integración latinoamericana.

³⁷ Al respecto PONCE DE LEÓN afirma que: «Contemporáneamente, la integración comunitaria responde y se afianza en la concepción de una soberanía relativa de los Estados, no reconocida como un poder estatal supremo, absoluto e ilimitado, sino como algo menguado y circunscrito por la interacción de los demás actores de la comunidad internacional, lo que implica la resignación de competencias específicas de los Países Miembros en organismos comunitarios a fin de hacer viables los procesos de integración económica» EUGENIA, PONCE DE LEÓN, "Temas de Derecho Comunitario ambiental andino", citada por CÉSAR MONTAÑO GALARZA, en "Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, edición 2004, Tomo II, p. 968.

³⁸ E. VIERA, (2004). «La integración de América Latina: del Congreso Anfictiónico de Panamá en 1826 a una comunidad Latinoamericana o sudamericana en el año 2010». Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, p. 2009, p. 29.

No obstante, se debe afirmar que la Unión Europea se encuentra en un proceso de afianzamiento, después de haber atravesado alrededor de una docena de tratados de reforma³⁹, por lo cual, desde el punto de vista de sus características y en particular por el Derecho Comunitario que construyó, es referente obligado para cualquier otro proceso de integración regional en los cinco continentes, al menos para criticarlo, rechazarlo e inclusive evitar sus errores⁴⁰.

El debate y estudio de las teorías de la integración es de gran importancia para América Latina; no obstante, se debe evitar caer en el error de adaptar o aplicar las teorías europeas de manera plana o irreflexiva o directa, porque la integración latinoamericana difiere en gran medida de la integración europea, pues son procesos que obedecen a diferentes contextos históricos, políticos, económicos, culturales, ambientales etc., que le imprimen características específicas a cada una.

Aunque la Unión Europea es uno de los grandes referentes para el resto de procesos en la región latinoamericana y para la subregión andina⁴¹, se puede afirmar que la misma responde a desafíos exclusivamente europeos, de la Segunda Posguerra Mundial, como ser la necesidad de reconstrucción de Europa, el contexto de la guerra fría y el consolidar políticas de libre mercado, lo cual originó en gran medida su unión⁴².

³⁹ E VIERA. « La integración (...), ob. cit, p. 30.

⁴⁰ JOSÉ ROBERTO DROMI, «Acuerdo Mercosur-Unión Europea», Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 85.

⁴¹ ÁNGEL MARÍA CASAS, «El Modelo Regional (...)», p. 59.

⁴² SBERRO, S, y BACARIA, J. (2002). «La integración de América Latina. Entre la referencia europea y el modelo estadounidense».Revista «Foreign Affairs» en Español (en línea). Recuperado de: <http://www.foreignaffairsp.org/search/article.asp?i=20020501FAEnEspEssay8471.xml&nb=30>, página visitada el 13 de abril de 2011.

De esta manera, es importante tener en cuenta, que las teorías de la integración han sido ligadas al proceso de integración europeo, teniendo como unidad de análisis destacable la preeminencia del Estado-nación europeo. Así, las teorías explicadas precedentemente, se centran en el deber ser europeo, sin tener en cuenta la interacción real que ocurre en la arena del proceso de integración latinoamericano.

En otras palabras, desde el punto de vista de las relaciones internacionales, de las teorías de integración y del regionalismo⁴³, las mismas han sido explicadas, concebidas y desarrolladas para Europa, desestimando cualquier intento integracionista realizado desde América Latina, simplemente equiparando dichos procesos o clasificando los mismos dentro de las teorías mencionadas. Lo anterior evidencia que la Comunidad Andina se identificaría jurídica y políticamente dentro del Neofuncionalismo⁴⁴ (CAN) como modelo de integración subregional⁴⁵, con una estructura sui generis⁴⁶ la cual consiste en que en su interior conviven dos concepciones de regionalismo diferentes: El primero se basa en una estructura supranacional, como el Tribunal

⁴³ Según ÁNGEL MARÍA CASAS: «El regionalismo como fenómeno ha sido estudiado fundamentalmente desde las ciencias económicas y políticas por separado y su desarrollo ha tenido como objeto principal de estudio la experiencia europea. Desde el campo de las ciencias económicas se ha producido el mayor volumen de literatura sobre el tema, concretamente desde la teoría de las uniones aduaneras, la de la zona de las uniones monetarias óptimas y las teorías fiscales. Las ciencias políticas han enfocado el tema desde el enfoque realista, neorrealista, funcionalista, neofuncionalista, institucionalista neoliberal, constructivista, entre otros» (cursivas agregadas). «La Economía Política Internacional de la nueva Integración Regional de las Américas: El caso de la Comunidad Andina» BID, Washington DC. p. 98.

⁴⁴ En este sentido, MARÍA CASAS, señala que: «La CAN es un proceso de integración regional que surgió durante la primera ola de regionalismo y se renovó en los años noventa para adaptarse y ser parte del nuevo regionalismo latinoamericano. Con la ayuda de las variables político económicas (estructuras domésticas, instituciones regionales, y contexto internacional) se demuestra que en la CAN conviven dos concepciones de regionalismo diferentes, la que tuvo mayor fuerza en el antiguo regionalismo y la del nuevo regionalismo, convirtiéndose esta existencia desde nuestro punto de vista, en un obstáculo para lograr la definición de un modelo andino de integración subregional (cursivas agregadas) y su principal objetivo: el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros» (MARÍA CASAS, El Caso de la Comunidad Andina(...),p. 99.

⁴⁵ ÁNGEL MARÍA CASAS, «El Modelo Regional (...)», p. 67.

⁴⁶ El Artículo «La encrucijada de La Comunidad Andina», señaló: «La CAN ha justificado el que sus miembros negocien por separado TLCs basada en una nueva concepción de negociación abierta, no obstante esta libertad de actuar en favor del proceder individual de cada estado miembro, parece ser mas resultado de la convivencia incómoda en su interior de las concepciones de regionalismo». Extraído de <http://economia/la-encrucijada-de-la-can.htm>, el 22 de septiembre de 2012.

de Justicia de la Comunidad Andina o el Parlamento Andino, tal como se estructuró la Unión Europea (que como se sabe empezó con seis miembros en 1952 en base a acuerdos sobre el carbón y el acero). El segundo se conforma en base a arreglos intergubernamentales que favorecen la relación de interdependencia entre países gradual y puntual con base a metas concretas donde los Estados nacionales con sus presidentes a la cabeza serían los genuinos protagonistas políticos.

En ese orden de ideas, para evitar esta dualidad que resta claridad y eficiencia a cualquier política de desarrollo que afronte la CAN, se hace imprescindible una reforma de la estructura institucional en la subregión que afiance y garantice la convivencia equilibrada de sus miembros, bajo un solo esquema integrador, lo que originará una mayor cohesión a la hora de negociar y competir.

De esta manera, una de las problemáticas estructurales de la Comunidad Andina es precisamente el estar conformada por dos tipos distintos de organización de integración: intergubernamental y supranacional, puesto que una organización intergubernamental primordialmente representa los intereses de los Estados miembros, mientras que una organización supranacional es independiente de los mismos y sus decisiones son vinculantes para dichos Estados miembros. De esta manera, se harán diferentes esfuerzos por dotar de institucionalidad al proceso de integración andino, los cuales se señalarán en el apartado 2.4 Principales Instituciones de la Comunidad Andina

2. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA COMUNIDAD ANDINA

A continuación brevemente se explicará cuales son las principales características de la conformación de la Unión Europea y la Comunidad Andina.

2.1 Tratados Iniciales, de Modificación y de Adhesión en la Unión Europea

Teniendo en cuenta lo anterior, la Comunidad Económica del Carbón y del Acero⁴⁷, (CECA), la Comunidad Europea de la Energía Atómica⁴⁸ (EURATOM) y la Comunidad Económica Europea (CEE), constituyen el inicio y el marco jurídico sobre el cual se han estructurado los cimientos de la Unión Europea. En este sentido, la historia de dicha Organización, se basa en una serie de Tratados que se pueden distinguir en dos clases: a) Tratados de Modificación y Tratados de Adhesión⁴⁹. Pasemos a exponer a continuación algunas de las características esenciales de dichos Tratados. a) Tratados de Modificación

La Unión Europea, ha contado con un número amplio de tratados de modificación, tal y como señala el siguiente cuadro:

Cuadro I Tratados de modificación⁵⁰

Tratados	Fecha de la Firma	Entrada en vigor
Tratado de fusión	8 de abril de 1965	1º julio 1967
Tratado por el que se modifican algunas disposiciones presupuestarias	22 abril 1970	1º enero 1971

⁴⁷ Según el Artículo 7 del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero de 24 de julio de 1952, las Instituciones de la Unión Europea eran: Una alta Autoridad asistida por un Comité Ejecutivo, una Asamblea común, un Consejo Especial de Ministros, un Tribunal de Justicia, denominado también en lo sucesivo «el Tribunal».

⁴⁸ El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 señaló en su Artículo 3.1 que: «La realización de las funciones asignadas a la Comunidad corresponderá a: un Parlamento Europeo, un Consejo, una Comisión y un Tribunal de Cuentas».

⁴⁹ RENÉ URUEÑA, «Derecho de las Organizaciones Internacionales», Bogotá, Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, 2008, p. 28.

⁵⁰ JUAN CARLOS DUEÑAS, «La Interpretación Prejudicial, Piedra Angular de la Integración Andina ? », en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, p. 32, Montevideo, 2011.

Tratado por el que se modifican algunas disposiciones financieras	22 julio 1975	1º junio 1977
Tratado de Groenlandia	13 marzo 1984	1º enero 1985
Acta Única Europea	28 febrero 1986	1º julio 1987
Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht)	7 de febrero de 1992	1º de noviembre de 1993
Tratado de Ámsterdam	2 de octubre 1997	1º de mayo 1999
Tratado de Niza	26 febrero 2001	1º febrero 2003
Tratado de Lisboa	13 diciembre 2007	1 diciembre 2009

Fuente: Elaboración propia, datos tomados de http://europa.eu/scadplus/treaties/eec_es.htm el 20 de junio de 2010

Por lo que cinco de los tratados más importantes en el proceso de integración europeo, son el Acta Única Europea, los Tratados de Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa.

El Acta Única Europea, suscrita el 17 de febrero de 1986 en Luxemburgo, fortalece la política exterior y de seguridad común de los Estados miembros y estableciendo la toma de decisiones y las competencias del Consejo, la Comisión y el Parlamento europeo⁵¹.

El Tratado de Maastricht, también conocido como Tratado de la Unión Europea⁵², fue suscrito en el año 1992, producto de la unificación de Alemania en 1989. Con relación al mismo se señala:

⁵¹ URUEÑA, «Derecho de las Organizaciones Internacionales», p. 30.

⁵² Uno de los Tratados más importantes celebrados a nivel internacional fue el de Maastricht o Tratado de la Unión Europea, cuyo Art. 6 establece:

“La Unión tendrá los siguientes objetivos:

Tal vez es el más importante de los Tratados de modificación porque gracias a la cooperación política y económica, la Unión Europea cobró vida y fue estructurada a partir de tres pilares básicos: las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común y la Cooperación policial y judicial en materia penal⁵³.

Cada uno de estos pilares constituye en sí mismo uno de los ámbitos en los que la Unión Europea tiene competencia y actúa en un frente común y ante terceras partes.⁵⁴ En ese sentido, en 1999, se planteó la creación de una moneda única⁵⁵ y planteando una política social, dicho Tratado incorpora el concepto de “ciudadanía europea” para los habitantes de los Estados miembros, con los derechos inherentes que implica tal condición⁵⁶.

El Tratado de Ámsterdam fue suscrito el 2 de octubre de 1997, cobró vigor tras la ratificación de todos los Estados miembros propició la creación del Área Schengen⁵⁷, que suprimió el control de migración fronteriza en los Estados Miembros.

En política exterior plantea el concepto de “estrategia común”, desarrolla la necesidad de representación común en la escena internacional, sobre todo en lo concerniente a seguridad.

1. *Promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y monetaria que implicará en su momento, una moneda equilibrado y sostenible, única, conforme a la disposiciones del presente Tratado.*

2. *Afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común, que incluya en el futuro la definición de una política de defensa común.*

3. *Reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales, de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión.*

4. *Desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior.*

5. *Mantener integralmente el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar, con arreglo al procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 20, las medidas y formas de cooperación establecidas en el presente Tratado, las cuales deben ser revisadas para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarios.*

6. *«Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos».* GABRIEL ROA BASTOS, “Relaciones Internacionales y Estado”, Editorial Porrúa, México, 1999, p.121.

⁵³ DUEÑAS, Ob cit, p 32.

⁵⁴ N. MARISCAL « Teorías políticas de la integración europea», p. 78.

⁵⁵ «El Euro, nuestra moneda», Brochure de la Comisión Europea, Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros, Bélgica, p. 2.

⁵⁶ RICARDO ALONSO GARCÍA, «Sistema Jurídico de la Unión Europea», Ed Thompson, Civitas. Pamplona, 2007, p. 69.

⁵⁷ MARK KURTIS, «The Schengen Area and Cooperation», Georgetown, 2008, p.72.

El Tratado de Niza⁵⁸, suscrito el 26 de febrero de 2001, cobró vigor el 1 de febrero de 2003 incorpora dos aspectos estructurales: a) la distribución de competencias entre dos instancias judiciales comunitarias, esto es entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia y b) se modificó la composición de la Comisión. El proceso de toma de decisiones se agilizó, dentro de cada una de las instituciones, en especial del Consejo de la Unión Europea, en razón de la gran cantidad de Estados miembros que hacía más lenta la toma de decisiones⁵⁹.

La Constitución de la Unión Europea se suscribió el 29 de octubre de 2004, sin embargo, no llegaría a entrar en vigor por que fue rechazada por Francia y los Países Bajos en el proceso de ratificación⁶⁰. No obstante la Unión Europea, adoptó el 13 de diciembre de 2007 un nuevo tratado modificadorio, el Tratado de Lisboa⁶¹ que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, tras la ratificación de la República Checa, último país en aceptar el Tratado, el cual establece facultades ampliadas para los Estados miembros, a través de sus parlamentos nacionales y trata de dotar de mayor protagonismo y poder de decisión a los ciudadanos europeos en la toma de decisiones legislativas. Así también, el Tratado de Lisboa modificó los tratados fundacionales, que son el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, pasando este último a denominarse “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

b) Tratados de Adhesión.

⁵⁸ URUEÑA, «Derecho de las Organizaciones Internacionales», p.31.

⁵⁹ DUEÑAS, Ob cit, p 34.

⁶⁰ El 54,87% de los franceses y el 61.6% de los holandeses, rechazaron la Constitución Europea http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/international/newsid_4601000/4601443.stm. Visitada el 26 de julio de 2010

⁶¹ El 1 de diciembre de 2009, tras años de negociación sobre cuestiones institucionales, entró en vigor el Tratado de Lisboa. http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_es.htm. Visitada el 26 julio 2010.

Son aquellos que presentan la facultad de incorporar nuevos Estados miembros⁶², luego de su suscripción. Por lo que se describe el nombre de cada uno de los Estados adherentes con su respectiva fecha de firma y entrada en vigor.

Cuadro N° II Tratados de adhesión

Tratados de adhesión	Fecha de firma	Entrada en vigor
Tratado de adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca	22 enero 1972	1º enero 1973
Tratado de adhesión de Grecia	28 de mayo de 1979	1º enero 1981
Tratado de adhesión de España y Portugal	12 junio 1985	1º enero de 1986
Tratado de adhesión de Austria, Finlandia y Suecia	24 junio 1994	1º enero 1995
Tratado de adhesión de los diez nuevos Estados miembros	16 abril 2003	1 mayo 2004
Tratado de adhesión de Bulgaria y Rumania	25 abril 2005	1º enero 2007

Fuente: Elaboración propia, tomado de http://europa.eu/scadplus/treaties/eec_es.htm el 20 de junio de 2010.

Cuadro publicado en DUEÑAS, Ob, cit, p 36.

Se debe destacar que en los años 50 la Unión Europea comenzó con sólo seis Estados miembros⁶³ y ahora cuenta con 27. El ingreso de nuevos miembros en la Unión Europea se conoce como "ampliación"⁶⁴. Así también, es necesario señalar brevemente, las principales instituciones de la Unión Europea.

⁶² DUEÑAS, Ob cit, p 36.

⁶³ Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

⁶⁴ http://europa.eu/abc/eurojargon/index_es.htm, Página visitada el 12 de octubre de 2011.

2.2. El valor de los tratados en la Interpretación prejudicial europea

A continuación se analiza cómo se han ido adoptando nuevas características a la Interpretación Prejudicial a partir de la suscripción de tres de los más importantes Tratados de Modificación al proceso de integración europeo, como son el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Niza y el Tratado de Lisboa señalando su valor e importancia en la delimitación de esta competencia jurisdiccional comunitaria.

Tras la firma del Tratado de Ámsterdam, las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fueron ampliadas considerablemente. En este sentido, el Artículo 35 del Tratado de la Unión Europea, agregado por el Tratado de Ámsterdam, hizo que la cuestión prejudicial fuera transpuesta al terreno de la cooperación policial y judicial en materia penal⁶⁵. Así también, el sistema instaurado, por el Artículo mencionado, puso fin a la cooperación íntegra del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con los tribunales nacionales, facilitando la aparición de distorsiones en la aplicación e interpretación de las normas⁶⁶. Esto, porque se instauró un “sistema optativo”, donde los Estados, en el momento de la firma del Tratado de Ámsterdam o en un momento posterior, podían aceptar o no la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia Comunitario, con relación al tema de la cooperación policial y judicial en materia penal; en ese sentido: a) cualquier Estado podría aceptar o no la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; b) el Estado podría aceptar el mecanismo prejudicial para todos

⁶⁵ Dicho Artículo 35 señaló: COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL El Título VI del Tratado de la Unión Europea ha pasado a llamarse Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal. El Artículo 35 (antiguo artículo K. 7) establece dos límites a la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de cuestiones relativas al Título VI: sólo podrán dirigir cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia aquellos Estados miembros que hayan aceptado su competencia mediante una declaración (apartado 2); sólo los Estados miembros o la Comisión podrán interponer ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación (apartado 6)

⁶⁶ ALONSO, ob.cit. p.34.

sus órganos jurisdiccionales o sólo para los de última instancia, c) respecto de estos últimos, era discrecional para el Estado determinar si estarían o no obligados a plantear la interpretación .

Sin embargo, para corregir esta distorsión, la doctrina⁶⁷ empezó a sostener que, independientemente de que el Estado haya aceptado o no la competencia del Tribunal, éste estaría obligado a adoptar la interpretación de dicho órgano jurisdiccional, dado que sus sentencias interpretativas tienen fuerza obligatoria para todos los Estados miembros.

El Tratado de Niza, instauró reformas en la estructura institucional de la Unión Europea, con la intención de superar las dificultades presentadas con relación a la falta de operatividad del Tratado de Ámsterdam, en cuanto a la obligatoriedad de la interpretación prejudicial. Así, hasta su entrada en vigencia, la competencia originaria para el conocimiento de la interpretación prejudicial era del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante en la nueva redacción otorgada al Artículo 225 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hubo una nueva estructuración en materia de distribución de competencias. Efectivamente, el referido Artículo 225, señaló en su apartado 3 lo siguiente:

El Tribunal de Primera Instancia será competente para conocer de las cuestiones prejudiciales, planteadas en virtud de! Artículo 234, en materias específicas determinadas por el Estatuto. Cuando el Tribunal de Primera Instancia considere que el asunto requiere una resolución de principio que pueda afectar a la unidad o a la coherencia del Derecho comunitario, podrá remitir el asunto ante el Tribunal de Justicia para que éste resuelva. Las resoluciones dictadas por el Tribunal de Primera Instancia sobre cuestiones prejudiciales podrán ser reexaminadas con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto, en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia de Derecho Comunitario.

⁶⁷ MARIANO BACIGALUPO SAGESSE, "Una nueva arquitectura judicial para la Unión Europea" en "La reforma del sistema jurisdiccional de la Unión Europea operada por el Tratado de Niza, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Madrid, enero/marzo 2003. N° 119, p. 152.

En otras palabras, el Tratado de Niza, alteró el sistema de distribución de competencias entre los dos tribunales mencionados por lo que según SAGESSE⁶⁸, acabó con *"(...) el monopolio constitucional atribuido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para conocer de las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros"*.
(cursivas agregadas)

Sin embargo, tales cambios no fueron efectivizados, puesto que el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aún no atribuyó competencias al Tribunal de Primera Instancia (actual Tribunal General) para el conocimiento de cuestiones prejudiciales, por lo que se sostiene que tal reparto de competencias tiene un carácter referencial⁶⁹. En ese sentido, según ALONSO, *"(...) a la luz de los documentos e informes sobre el futuro del sistema judicial europeo elaborados con vistas a la reforma de Niza, puede apuntarse que las cuestiones prejudiciales destinadas al Tribunal General, de llegar a hacerse algún día realidad, se enmarcarían en ámbitos muy especializados del Derecho de la Unión (como el contencioso de la propiedad intelectual o el relacionado con el sistema de excepciones legales a las reglas del Derecho de la Competencia)"*⁷⁰(cursivas agregadas)

Así también con el Tratado de Niza, se introdujeron importantes modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal lo que originará el Procedimiento Prejudicial de Urgencia, el cual será analizado más adelante.

⁶⁸ MARIANO BACIGALUPO SAGESSE, "Una nueva arquitectura judicial, (...)", ob cit, p. 29.

⁶⁹ "Ello debido a que el alcance y la efectividad de ambas competencias dependen. a pesar de lo establecido en el Tratado, de lo que al respecto disponga el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Resulta que el Estatuto aprobado conjuntamente con el Tratado de Niza, señala que el Artículo 51 del Estatuto, continúa reservando el conocimiento de los recursos directos interpuestos por las instituciones comunitarias, por el Banco Central Europeo y los Estados Miembros al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por otro lado, el Estatuto no determina por ahora ningún ámbito material en que el conocimiento de las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros deba corresponder al Tribunal de Primera Instancia". BACIGALUPO, ob. cit, p. 34.

⁷⁰ ALONSO, ob.cit. p.45.

La principal innovación que plantea el Tratado de Lisboa con relación a la Interpretación Prejudicial, se relaciona con los visados, asilo, inmigración y otras políticas sobre la libre circulación de personas, en particular, la cooperación judicial en materia civil, el reconocimiento y la ejecución de sentencias. Todos los órganos jurisdiccionales nacionales y no sólo los órganos jurisdiccionales superiores pueden plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, y éste adquiere competencia para pronunciarse sobre las medidas de orden público en el ámbito de los controles trasfronterizos.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dispone de una competencia de Derecho común en este ámbito, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁷¹. Por otro lado, se debe señalar que el Tratado de Lisboa, mantuvo la redacción del párrafo primero del Artículo 275 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con relación a las restricciones atinentes a la política exterior y de seguridad común. La norma mencionada determina que *"(...) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas"*. (cursivas agregadas) En otras palabras, quedaron excluidas de la competencia prejudicial las materias relacionadas a la política exterior y de seguridad común.

Se puntualiza una diferencia sustancial con los Tratados e Instrumentos Comunitarios de la Comunidad Andina, puesto que en la Unión Europea, los Tratados constituyen el marco normativo comunitario para que la interpretación prejudicial vaya evolucionando y ampliando su ámbito de aplicación a múltiples materias, en la Comunidad Andina, la Nota Informativa sobre el planteamiento de la solicitud de Interpretación Prejudicial delimita el ámbito de aplicación de

⁷¹ «El Tratado de Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», Comunicado de Prensa N° 104- 09 Luxemburgo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 30 de noviembre de 2009.

dicha competencia según lo siguiente: *“Cualquier juez de un país miembro puede de oficio o a petición de parte solicitar del Tribunal de Justicia Andino la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la comunidad Andina, contenidas en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos Adicionales, en el Tratado de Creación del Tribunal y sus Protocolos Modificatorios en las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, en las Resoluciones de la Secretaria General, en los Convenios de Complementación industrial y otros que adopten los países miembros en el marco del proceso de integración andina”,* por lo que se debe enfatizar que la aplicación de la Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo evolucionó en su ámbito de aplicación a varias competencias, toda vez que se plantea no solamente para la interpretación de normas comunitarias, sino a situaciones que afectan directamente al ciudadano como visados, asilo, inmigración, o incluso detenciones preventivas, patria potestad, custodia de los hijos, dichas situaciones en las que se puede acudir inclusive al procedimiento prejudicial de urgencia, modalidad abreviada de la Interpretación prejudicial europea, señalada a continuación.

2.2.1. Procedimiento prejudicial de urgencia en la Union Europea

A continuación se establecen las principales reformas introducidas en el Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Union Europea, con relación a la Interpretación Prejudicial y el Procedimiento Prejudicial de Urgencia.

En el año 2001, con el Tratado de Niza, analizado precedentemente, se introdujeron importantes modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal con respecto al proceso prejudicial⁷², permitiendo reducir considerablemente la duración de su procedimiento.

⁷² El procedimiento simplificado (Artículo 104.3 del Reglamento de Procedimiento) permite al Tribunal resolver mediante auto motivado cuando una cuestión prejudicial es idéntica a otra sobre la que el Tribunal de Justicia ya ha

La nueva versión del Reglamento de Procedimiento previó que el juez ponente y/o el Abogado General puedan instar a las partes a que presenten cualquier información relativa a los hechos, así como cualquier documento o elemento que consideren pertinentes; en dichos supuestos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debe informar previamente al órgano jurisdiccional de la remisión de sus intenciones y escuchar, cuando se hayan presentado, las observaciones de los interesados.

A continuación, puede ponerse término al asunto mediante auto motivado, lo que permite, cuando parece justificado, resolver sin necesidad de celebrar una vista para escuchar los informes orales y sin que el Abogado General presente sus conclusiones escritas⁷³.

Además, a petición del órgano jurisdiccional nacional, el presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede excepcionalmente, decidir que una Interpretación Prejudicial se tramite mediante un procedimiento acelerado, cuando las circunstancias que se invoquen acrediten que existe una urgencia extraordinaria en que se otorgue respuesta a la cuestión planteada con carácter prejudicial⁷⁴ (Artículo 104 bis del Reglamento de Procedimiento).

En 2001 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recurrió también por primera vez al procedimiento prejudicial de urgencia, modalidad abreviada de la Interpretación prejudicial,

resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión puede deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión no suscita ninguna duda razonable.

⁷³ Artículo 54 bis del Reglamento de Procedimiento. Asimismo, el Tribunal de Justicia puede pedir aclaraciones al órgano jurisdiccional que remitió la cuestión prejudicial (Artículo 104.5, del Reglamento de Procedimiento).

⁷⁴ Asimismo, tanto en los asuntos prejudiciales como en los recursos directos, el Tribunal puede, desde la reforma, dictar instrucciones prácticas a las partes, relativas, en particular, a la preparación y celebración de las vistas y a la presentación de alegaciones u observaciones escritas (Artículo 125 bis del Reglamento de Procedimiento).

facultad de la que puede hacer uso en caso de urgencia o necesidad particular⁷⁵. En ese sentido a continuación se detallan las principales características de dicho procedimiento.

El procedimiento prejudicial⁷⁶ de urgencia sólo puede aplicarse en los ámbitos a que se refiere el Título V de la tercera parte del Tratado Fundacional de la Unión Europea, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, y, en ese sentido, la decisión de aplicar dicho procedimiento corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En principio, tal decisión se adopta únicamente sobre la base de una petición motivada del órgano jurisdiccional remitente. Con carácter excepcional, el Tribunal de Justicia puede decidir de oficio tramitar una petición de decisión prejudicial mediante el procedimiento de urgencia, cuando éste parezca necesario. En otras palabras, se debe señalar que quien establece el procedimiento de la interpretación prejudicial de urgencia es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Dicho procedimiento prejudicial de urgencia simplifica las diferentes fases del procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero su aplicación lleva consigo mayores exigencias para este último y para las partes y demás interesados, en particular para los Estados miembros. Por consiguiente, sólo debe solicitarse en circunstancias en las que sea absolutamente necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la remisión prejudicial en el menor plazo posible⁷⁷.

⁷⁵ En esta ocasión se trataba de una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional neerlandés, relativa a la política comunitaria aplicada en el marco de la erradicación de la epidemia de fiebre aftosa. El Tribunal de Justicia pudo responder el 12 de julio de 2001 a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional de remisión el 27 de abril de 2001 (sentencia Jippes). La utilización del procedimiento acelerado fue denegada en los restantes casos en que se solicitó.

⁷⁶ Según opinión señalada por la Secretaria General de la Unión Europea en el Diario Oficial de la Unión Europea, Nota Informativa sobre el Planteamiento de Cuestiones Prejudiciales por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales (2011/C 160/01), de 28 de mayo de 2011, numerales 34, 35 y 36.

⁷⁷ Sin que puedan enumerarse aquí tales situaciones de manera exhaustiva, debido en particular al carácter variado y evolutivo de las normas de la Unión que regulan el espacio de libertad, seguridad y justicia.

Un órgano jurisdiccional nacional podría plantearse formular una petición de procedimiento prejudicial de urgencia, por ejemplo, en las siguientes situaciones: en el caso, contemplado en el Artículo 267, párrafo cuarto, del Tratado Fundacional de la Unión Europea, de una persona detenida o privada de libertad, cuando la respuesta a la cuestión planteada sea determinante para la apreciación de la situación jurídica de esta persona; o, en un litigio relativo a la patria potestad o a la custodia de los hijos, cuando la competencia del juez que deba conocer del asunto en virtud del Derecho de la Unión dependa de la respuesta a la cuestión prejudicial.

En conclusión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recurre al procedimiento prejudicial de urgencia, cuando ello sea debidamente justificado en caso de urgencia particular o extraordinaria, a fin de evitar perturbar excesivamente la tramitación de los restantes asuntos, que podrían verse perjudicados como consecuencia de la multiplicación de los procedimientos acelerados⁷⁸.

2.3 En relación con la responsabilidad del Estado respecto al cumplimiento del Derecho Comunitario por daños causados a particulares en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

⁷⁸ De ello se deduce, en particular, que, en el caso de los procedimientos prejudiciales, la finalidad del procedimiento acelerado no es ocupar el lugar del órgano jurisdiccional de remisión, que tiene el deber de garantizar al justiciable una protección jurisdiccional provisional cuando sea necesario. Debe destacarse que, aunque hace un uso relativamente discreto, el Tribunal de Justicia utiliza regularmente la facultad que le confiere el Artículo 104.5 de su Reglamento de Procedimiento, de pedir aclaraciones a los órganos jurisdiccionales nacionales que plantean una cuestión prejudicial. La utilización de esta facultad puede alargar la duración del procedimiento, pero resulta en ocasiones preciosa para que el Tribunal pueda comprender correctamente los problemas jurídicos que se presentan. Cuando solicita dichas aclaraciones, el Tribunal de Justicia ofrece a las partes del litigio principal y a los demás interesados la posibilidad de formular observaciones, escritas u orales, en relación con la respuesta del órgano jurisdiccional nacional.

En 1991, en la sentencia FRANCOVICH⁷⁹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desarrolló otro concepto fundamental, que es el de la responsabilidad de un Estado miembro frente a los particulares por los daños sufridos como resultado de un incumplimiento por parte de dicho Estado del Derecho comunitario⁸⁰. Por tanto, los ciudadanos europeos disponen de la posibilidad de reclamar una indemnización al Estado que infringe una norma comunitaria.

Los hechos que dieron lugar al caso Francovich consistían en que dos ciudadanos italianos, cuyos salarios no fueron pagados por sus respectivos empleadores, se declararon en quiebra y, a continuación, demandaron al Estado Italiano, por no haber adaptado el ordenamiento jurídico interno a las normas comunitarias sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia. Planteada la cuestión prejudicial por un órgano jurisdiccional italiano, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señaló que la Directiva Comunitaria respectiva, pretendía otorgar a los trabajadores asalariados unos derechos de los que aquéllos habían sido privados por la omisión del Estado, el cual no había adaptado el derecho nacional a lo previsto en la misma, abriendo de esa forma una posibilidad para señalar una indemnización al Estado infractor.

De esta manera, la jurisprudencia europea, ha consagrado el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares como consecuencia de una violación del Derecho Comunitario. Continuando con la sentencia FRANCOVICH de 1991, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, afirmó que: *"(...) la plena eficacia de las normas comunitarias y de los derechos que éstas reconocen, exigen que los particulares tengan la*

⁷⁹ ROBERTO MANRIQUE S. "El Derecho y la Globalización de la Economía: Supranacionalidad y Tribunales Comunitarios" En: "Integración Internacional". Ed Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 1998, p. 45.

⁸⁰ ROBERTO MANRIQUE S. "El Derecho y la Globalización de la(...)", p. 59.

*posibilidad de obtener reparación cuando tales derechos son lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable a un Estado*⁸¹. (cursivas agregadas)

Resulta de esta jurisprudencia, que el Estado responde también por las violaciones del Derecho Comunitario atribuibles al legislador nacional. El principio de responsabilidad del Estado constituye, por una parte, un elemento que refuerza la protección de los derechos conferidos a los particulares por las normas comunitarias y, por otra, es un factor que puede contribuir a un cumplimiento más diligente de las normas comunitarias por parte de los Estados miembros, toda vez que los incumplimientos son ahora susceptibles de dar lugar a obligaciones de reparación que en algunos casos serán sumamente gravosas para el tesoro público de dichos Estados.

El asunto HAIM⁸² (sentencia de 4 de julio de 2000) ofrece importantes aclaraciones sobre el margen de apreciación que debe tenerse en cuenta para determinar si un Estado

⁸¹ En la Sentencia del pleno del T.J.C.E. de 19 de noviembre de 1991, asunto FRANCOVICH Y BONIFACI, el Tribunal de Justicia comunitario, tuvo que enfrentarse por primera vez con el problema de la existencia y extensión de la responsabilidad de los Estados miembros frente a los ciudadanos por incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho Comunitario. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al reconocer el efecto directo "parcialmente" a la Directiva, tuvo que arbitrar un medio por el cual no se le privase de protección a los justiciables, cual es la responsabilidad del Estado por los daños que resulten del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en esta sentencia, establece tres requisitos para el *reconocimiento de la responsabilidad de los Estados, y consiguiente derecho de indemnización*, a saber: "1.- *Que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares. Este primer requisito está relacionado con el efecto directo de la Directiva; se trata de que la Directiva atribuya verdaderos derechos a los particulares, no por tanto intereses o expectativas legítimas.* 2.- *Que su contenido pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. El Tribunal no matiza con qué precisión deberá aquilatarse el contenido: si la precisión que se exige es la misma que se necesitará para que la directiva produzca efecto directo, en contadas ocasiones una directiva imprecisa o condicional dará lugar a responsabilidad del Estado.* 3. *Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas*". (cursivas agregadas) García de Enterría "Tratado de Derecho Comunitario Europeo", Tomo I, Editorial Civitas SA. Madrid-España, 2006, p. 101.

⁸² Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide, en lo sustancial, que se dilucide si el Derecho Comunitario se opone a que pueda generarse, además de la responsabilidad del propio Estado miembro, la responsabilidad que incumbe a un organismo de Derecho público de reparar los daños causados a los particulares por las medidas que haya adoptado contraviniendo el Derecho Comunitario. SENTENCIA DE 4.7.2000 — ASUNTO C-424/97 SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 4 de julio de 2000.

miembro ha cometido o no una violación caracterizada de Derecho Comunitario⁸³. Mediante interpretación prejudicial se preguntaba al Tribunal de Justicia tres cuestiones principales⁸⁴:

1) Cuando un funcionario de un organismo de Derecho público jurídicamente independiente de un Estado miembro infringe el Derecho comunitario primario al aplicar el Derecho nacional en el marco de una decisión individual, ¿puede generarse la responsabilidad del organismo de Derecho público, además de la responsabilidad del Estado miembro? 2) Si se responde en sentido afirmativo, en el supuesto de que un funcionario nacional haya aplicado normas de Derecho nacional contrarias al Derecho Comunitario o haya aplicado el Derecho nacional de manera no conforme con el Derecho Comunitario, ¿existe una violación caracterizada de este último Derecho por el mero hecho de que el funcionario no dispusiera de ningún margen de apreciación al adoptar su decisión? 3) ¿Pueden los organismos competentes de un Estado miembro supeditar la autorización para ejercer como facultativo de una Caja del Seguro de Enfermedad solicitada por un nacional de otro Estado miembro que ha sido habilitado para ejercer la profesión en el primer Estado miembro pero no posee ningún título de los enumerados en el artículo 3 de la Directiva 78/686, al requisito de poseer los conocimientos lingüísticos necesarios para el ejercicio de su profesión en el país de establecimiento?⁸⁵

A dichas cuestiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contestó que la existencia y amplitud del margen que hay que tomar en consideración para determinar si un Estado miembro ha cometido una violación del Derecho Comunitario, debe determinarse en relación con dicho Derecho y no con el Derecho nacional. El margen de apreciación que el Derecho nacional, en su caso, confiera al funcionario o a la institución que haya violado el Derecho Comunitario carece de importancia a este respecto. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea añadió que incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho Comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuere aquella a la que,

⁸³ Para determinar si una infracción del Derecho Comunitario constituye una violación suficientemente caracterizada, el Juez nacional que conozca de una demanda de indemnización de daños y perjuicios deberá tener en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se le haya sometido. Entre los elementos que acaban de mencionarse, figuran el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho *Ibidem* Sentencia C-424/97.

⁸⁴ Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de una acción ejercitada por el Sr. Haim, odontólogo, contra el organismo de Derecho público Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein (Asociación de Odontólogos adscritos a las Mutualidades del Seguro de Enfermedad de Renania del Norte; en lo sucesivo, «KVN»), con objeto de obtener la indemnización del lucro cesante que afirma haber sufrido como consecuencia de la violación del Derecho comunitario por parte de dicha Asociación. Sentencia C-424/97.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea — ASUNTO C-424/97, de 4 de julio de 2000.

con arreglo al Derecho del Estado miembro afectado, corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación⁸⁶.

Cabe subrayar que la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al Derecho Comunitario no debe ser necesariamente asumida por el propio Estado miembro para que se cumplan sus obligaciones comunitarias⁸⁷. Así, en aquellos Estados miembros en los que determinadas competencias legislativas o administrativas son ejercidas de modo descentralizado por entidades territoriales dotadas de cierta autonomía o por cualquier otro organismo de Derecho Público jurídicamente distinto del Estado, la reparación de dichos daños, causados por medidas adoptadas por un organismo de derecho público, puede ser asumida por éste. El Derecho Comunitario no se opone, por tanto, a que pueda generarse, además de la responsabilidad del propio Estado miembro, la responsabilidad que incumbe a un organismo de derecho público de reparar los daños causados a los particulares por las medidas que haya adoptado contraviniendo dicha legislación comunitaria⁸⁸.

⁸⁶ El órgano jurisdiccional nacional llegó a la conclusión de que la KVN, al denegar en 1988, la inscripción del Sr. Haim en el Registro de Odontólogos, no incurrió en culpa alguna con arreglo a las normas de Derecho alemán relativas a la responsabilidad administrativa de los poderes públicos, de manera que la acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada por el Sr. Haim carece de fundamento en Derecho Interno, Paragrafo 21 de la Sentencia C-424/97.

⁸⁷ Según la referida Sentencia N 4.7.2000 — ASUNTO C-424/97 «Con carácter liminar, ha de recordarse que la responsabilidad por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario imputables a una autoridad pública nacional constituye un principio, inherente al sistema del Tratado, que genera obligaciones a cargo de los Estados miembros (véanse las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 31; de 26 de marzo de 1996, British Telecommunications, C-392/93, Rec. p. I-1631, apartado 38; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas, C-5/94, Rec. p. I-2553, apartado 24; de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845, apartado 20, y de 2 de abril de 1998, Norbrook Laboratories, C-127/95, Rec. p. I-1531, apartado 106). »

⁸⁸ Por tanto, los Estados Miembros no pueden liberarse de la mencionada responsabilidad ni invocando el reparto interno de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno ni alegando que la autoridad pública autora de la violación del Derecho comunitario no disponía de las competencias, conocimientos o medios necesarios. Paragrafo N° 28 de la Sentencia N4.7.2000 — ASUNTO C-424/97.

En cuanto a los efectos del Derecho Comunitario entre particulares, la sentencia COURAGE del 20 de septiembre de 2001 aborda la cuestión de si una parte de un contrato contrario al Artículo 81 del Tratado de la Comunidad Económica Europea⁸⁹ puede invocar la infracción de esta disposición ante un órgano jurisdiccional nacional con objeto de lograr frente a la otra parte contratante la reparación de un perjuicio que resulta de la cláusula contractual contraria a las normas de competencia⁹⁰.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, basó su sentencia en su jurisprudencia relativa a la naturaleza y alcance del Derecho Comunitario, recordando las sentencias Van Gend & Loos (de 5 de febrero de 1963), Costa (de 15 de julio de 1964) y Francovich (19 de noviembre de 1991), y afirmando que el Artículo 81 constituye “una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad y, en particular, *para el funcionamiento del mercado interior*”. (cursivas agregadas)

⁸⁹ El Artículo 81 del Tratado se aplica a todos los acuerdos que puedan afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados Miembros. A fin de que haya efectos sobre el comercio, debe ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad, basándose en un grupo de factores objetivos de derecho de hecho, que el acuerdo o la conducta puede tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes de intercambios entre Estados miembros (La Comisión ha publicado orientaciones para la aplicación del concepto de efecto sobre el comercio en sus Directrices sobre el efecto del concepto de comercio contemplado en los Artículos 81 y 82 del Tratado. Directrices sobre la aplicación del Artículo 81 del Tratado CE a los servicios de transporte marítimo (Texto pertinente a efectos del EEE) (2008/C 245/02).

⁹⁰ «El Libro Verde», Documento preparado por la Comisión de las Comunidades Europeas, procura establecer lineamientos para la «Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», en ese sentido toma fragmentos de la sentencia COURAGE contra CREHAN, Asunto C-453/99, sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, apartados 26 y 27: «*La reparación de daños y perjuicios por infracción de la legislación de defensa de la competencia sirve varios objetivos, principalmente compensar a aquellos que han sufrido un perjuicio como consecuencia del comportamiento contrario a la competencia y garantizar la plena eficacia de la normativa de defensa de la competencia del Tratado, disuadiendo de este comportamiento y contribuyendo así de manera significativa al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad (Disuasión). Al poder eficazmente solicitar una indemnización por daños y perjuicios, las empresas individuales o los consumidores en Europa se acercan a las normas de competencia y participan más activamente en la aplicación de las mismas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE) ha dictado que la protección efectiva de los derechos concedidos por el Tratado exige que los particulares que hayan sufrido perjuicio por una infracción de los Artículos 81 o 82 tengan derecho a solicitar la reparación del perjuicio*». (cursivas agregadas) «Libro Verde, Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las Normas Comunitarias de Defensa de la Competencia» Bruselas, 19 de noviembre de 2005, COM (2005), 672 FINAL, p.6.

De la naturaleza del orden jurídico comunitario, de la posición particularmente importante de las normas de competencia en dicho orden y de otras consideraciones más específicas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, deduce que *“cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del Artículo 81, incluso cuando sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia con arreglo a dicha disposición”*. (cursivas agregadas) Este derecho conlleva, en particular, el de reclamar la reparación del daño sufrido.

En consecuencia, no puede excluirse a priori la presentación de una demanda solicitando una indemnización por daños y perjuicios por una parte en un contrato contrario al Artículo 81. Asimismo, ésta refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudos encubiertos, capaces de restringir o falsear el juego de la competencia.

2.4 Principales instituciones de la Comunidad Andina.

Con relación a la Comunidad Andina, el Acta de Quito en 1995, antecedente del Protocolo de Trujillo, es producto de la necesidad de una reestructuración institucional y de conformar un sistema articulado de las instituciones que conforman la Comunidad Andina. En ese sentido, el Protocolo de Trujillo, otorgó a la estructura institucional de la CAN un instrumento jurídico para la coordinación de sus instituciones comunitarias. Efectivamente, el Sistema Andino de Integración intentó consolidar el proceso de integración mediante la *“coordinación efectiva entre sí para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración”*⁹¹. (cursivas agregadas)

⁹¹ Según el portal de la Comunidad Andina, <http://www.comunidadandina.org/Quienes.aspx>, “La Comunidad Andina está conformada por Órganos e Instituciones que están articuladas en el Sistema Andino de Integración, más conocido como el SAI. Este Sistema hace que la CAN funcione casi como lo hace un Estado”.

El Sistema Andino de Integración, resultado del Protocolo de Trujillo:

Órgano	Composición	Principales funciones y facultades
Consejo Presidencial Andino	Jefes de Estado de los países miembros	Definir la política de integración regional, orientar e impulsar acciones sobre cuestiones de interés para la región, considerar propuestas de los órganos del Sistema Andino de Integración, y evaluar los resultados del proceso de integración.
Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores	Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros	Formular e implementar la política exterior de la Comunidad Andina y velar por el cumplimiento de los objetivos de la integración regional. Sus decisiones deben adoptarse por consenso y son directamente aplicables en el territorio de los países miembros a partir de su publicación oficial por la Comunidad Andina.
Comisión	Representantes plenipotenciarios de los miembros (generalmente el ministro responsable del comercio y la integración)	Formular, ejecutar y evaluar la política de integración regional andina en materia de comercio e inversiones. Sus decisiones deben adoptarse, por regla general, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros y son directamente aplicables en el territorio de los países miembros a partir de su publicación oficial por la Comunidad Andina.
Secretaría General	Secretario General	Administrar el proceso de integración, resolver asuntos sometidos a su consideración, velar por el cumplimiento de los compromisos regionales, presentar propuestas de política a la consideración de la Comisión. Se expresa a través de resoluciones que son directamente aplicables a partir de su fecha de publicación y

Órgano	Composición	Principales funciones y facultades
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	Un juez de cada miembro	<p>emite dictámenes sobre el estado del cumplimiento de las obligaciones andinas, como requisito previo para que un asunto sea sometido al Tribunal Andino.</p> <p>Controla la legalidad de las acciones y omisiones de los órganos comunitarios con capacidad decisoria a través de la acción de nulidad, el recurso por omisión y la cuestión prejudicial de apreciación de validez; controla el cumplimiento de los países miembros de la normativa andina a través de la acción de incumplimiento; colabora con la actividad jurisdiccional de los jueces nacionales con el fin de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento comunitario, a través de la interpretación prejudicial; puede actuar como árbitro en las controversias que le sean sometidas por los órganos e instituciones andinas, entre éstos y terceros o entre particulares, en virtud de su función arbitral.</p>
Parlamento Andino	Representantes de los congresos nacionales de los miembros (en el caso del Ecuador y Venezuela, los representantes fueron elegidos de manera directa)	Presentar sugerencias de proyectos de normas, promover la armonización de las legislaciones de los miembros y las relaciones de cooperación y coordinación con los parlamentos de los miembros y de terceros países.

Nota⁹²: Además de las instituciones mencionadas en este cuadro, también integran el Sistema Andino de Integración, la Corporación Andina de Fomento, el Consejo Consultivo Empresarial Andino, el Consejo Consultivo Laboral Andino, el Fondo Latinoamericano de Reservas, la Universidad Andina Simón Bolívar y los Convenios Sociales. *Fuente*: Secretaría General de la Comunidad Andina.

⁹² La nota es nuestra.

Como se observa en el Cuadro, en el referido Protocolo de Trujillo, se estructuró el proceso andino, dejándolo en su conducción principal a cargo de los Presidentes de los Estados miembros e igualmente se modificó el nombre de Grupo Andino por el de Comunidad Andina⁹³, en señal de profundizar y avanzar más en la integración regional⁹⁴. La estructura del Sistema Andino de Integración (SAI) presenta una composición de 16 órganos e instituciones, intentando equilibrar un sistema con representación comunitaria- supranacional y a la vez intergubernamental; es decir, el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión tienen una estructura intergubernamental, en donde se asegura la representación y participación igualitaria de los países en la toma de decisiones.

De esta manera, el Consejo Presidencial Andino es el órgano máximo del sistema, de carácter exclusivamente ejecutivo, mientras que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión desempeñan funciones de dirección y decisión. Por su parte, la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Parlamento Andino, son órganos de carácter comunitario- supranacional que tienen funciones de apoyo técnico, jurisdiccional y deliberante, respectivamente.

No obstante, dicho Sistema Andino de Integración no necesariamente tendrá como resultado la construcción de una organización “supranacional”, como se planteó en la Unión

⁹³ Con relación al cambio de nombre de Acuerdo de Cartagena a Comunidad Andina, GALO PICO MANTILLA, señaló que: “Las dificultades anotadas en la integración andina, sin duda, no tendrán solución únicamente con la variación del nombre de sus instituciones, si ellas con cualquier denominación, harán o dejarán de hacer lo mismo, mientras la integración subsista en iguales condiciones; tampoco habrán beneficios evidentes con el simple aumento o disminución de los administradores o ejecutores del sistema, si previamente no se define sus competencias y se revisan las condiciones para su designación, a fin de encontrar la mística, la voluntad y el conocimiento que son indispensables para realizar cualquier tipo de gestión y con mayor razón, para ejercer una acción solidaria, justa, equilibrada y armónica, como es la que debe prevalecer para lograr la integración que todos anhelamos”. Extraído de: <http://www.eumed.net/librosgratis/2009d/627/ORIGENES%20Y%20ESTRUCTURA%20DEL%20ACUERDO%20DE%20CARTAGENA.htm>, el 20 de septiembre de 2011.

⁹⁴ EDGAR VIEIRA POSADA, “Evolución de las Teorías sobre Integración en el Contexto de las Teorías de las Relaciones Internacionales”, en *“La formación de espacios regionales en la integración de América Latina”*. Convenio Andrés Bello. Bogotá, 2008, pp. 157-215.

Europea, y permanecerán varias deficiencias estructurales. CASAS⁹⁵ se refirió al tema de la siguiente manera:

En efecto, el SAI, impulsado por los mismos países miembros para asegurar un accionar positivo de la organización en cuanto a la obtención de los compromisos comerciales pendientes y demás objetivos de la integración, así como la supervisión que de ello se desprende, demostró ser una estructura frágil en la medida en que las reglas y arreglos de elección colectiva se encuentran seriamente mermados porque tienen como común denominador la falta o la imposibilidad de llegar a materializar compromisos concretos y esto obedece a los obstáculos que representa las consideraciones especiales de las cuales son objeto Ecuador y Bolivia, así como de las medidas unilaterales tomadas por algunos países. Por otro lado, si bien las decisiones de los órganos encargados de la supervisión y de establecer sanciones son de carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento, estas tienden a no ser acatadas y respetadas por los países, por lo cual si no existen procedimientos en este sentido que sean reconocidos y se cumplan, difícilmente se generaran compromisos creíbles.

El Grupo Andino, desde su creación, tuvo la necesidad de desarrollar un esquema institucional que le otorgue independencia de los Estados miembros y de su influencia política; así, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL)⁹⁶ recomendó que dicha Organización debía dotarse de una “estructura constitucional” similar a la de la Unión Europea, posibilitando la instauración de organismos que en la ejecución de sus políticas, no dependieran de instancias nacionales. En ese sentido, se asumió que la necesidad de armonizar políticas principalmente económicas, requería de instituciones tan fuertes como las Europeas, con independencia e imparcialidad de la injerencia de los Estados miembros, para lo cual era necesaria la traslación de competencias soberanas a Organizaciones supranacionales.

No obstante, en los setenta y parte de los ochenta, la preocupación por el posible debilitamiento del concepto de “soberanía nacional” llevó a la mayoría de los gobiernos⁹⁷ de la subregión a optar por la salida más “gubernamental posible”, que consistió en que los gobiernos

⁹⁵ ANDRÉS CASAS «Qué pasa con la Comunidad Andina », en *“Papel Político”*v.12 N.2Bogotá,jul./dic.2007, p. 21.

⁹⁶ ANA MARIENI BUSTAMANTE, «Desarrollo Institucional de la Comunidad Andina», Universidad de los Andes, Táchira, 2004, p. 2004.

⁹⁷ No hay que olvidar el predominio que tenían los militares en los gobiernos de la subregión, pues en varios de ellos los jefes de Gobierno eran militares. Según las doctrinas militares tradicionales y dominantes en aquel entonces, los conceptos de soberanía nacional, tradicional, seguridad y defensa eran fundamentales en el ejercicio del poder.

nacionales se mantuvieran como los principales responsables del proceso de integración y, aunque se mantuvo cierto respeto por la “supranacionalidad”, representada por el entonces Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, se insistió en la creación de instituciones que no pusieran en peligro la soberanía del Estado-nación en general y el poder de maniobra de los gobiernos en particular.

Para evitar que pudieran consolidarse “nuevas” instituciones supranacionales se introdujeron cláusulas de “renuncia” al Acuerdo de Cartagena⁹⁸, lo que trajo como resultado el debilitamiento de la “Junta”, institución que se asumía equivalente a la “Comisión” europea y que debería velar por los intereses de la integración pero que, en esencia, perdía la capacidad de iniciativa legislativa pues debía compartir tal función con los Estados miembros.

En definitiva, el sistema institucional intentado a partir del Acuerdo de Cartagena dependía de la voluntad de los Gobiernos, y la justificación de dicha institucionalidad se legitimó en la vinculación de las Constituciones de los Estados Miembros con normativa referida a la integración supranacional, siendo Bolivia el último país en adoptar un capítulo referido a la pertenencia del Estado boliviano a instituciones comunitarias⁹⁹, dando lugar a la prelación de la norma comunitaria y la vinculación directa de la misma¹⁰⁰ en su legislación interna.

⁹⁸ El Acuerdo de Cartagena, de 26 de mayo de 1969, señaló en su Artículo 135: “El País Miembro que desee denunciar este Acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia”.

⁹⁹ La Constitución Política del Estado de octubre de 2008, señaló en su capítulo tercero, Artículos 265 que: «El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás Estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana. II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo». Y en el Artículo 266: «Las representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración se elegirán mediante sufragio universal».

¹⁰⁰ Por ejemplo, la Constitución colombiana de 1991 mantiene un control mixto (judicial y concentrado) de constitucionalidad. Sobre el control judicial, el juez directamente, incluso sin petición de parte, está facultado para inaplicar las normas contrarias a la Constitución en los casos que conozca de oficio. Dicha resolución judicial se

La Comunidad Andina, es una Organización Internacional Interestatal con características supranacionales. Es cierto que en el Acuerdo de Cartagena de 1969 no se declara explícitamente como una “organización internacional”, supuesto que por lo demás, no se encuentra presente en los Tratados Constitutivos, pero prevé un conjunto de elementos y competencias que necesariamente se corresponden con una institución de Derecho Internacional¹⁰¹.

Dichos elementos son los siguientes:

- a) La Composición Interestatal del Grupo Andino, integrado en el momento de la suscripción del Acuerdo de Cartagena por Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile y Perú.
- b) La base jurídica convencional que dadas sus características materiales y formales, tiene la naturaleza de un Tratado Internacional de carácter constitutivo.
- c) La estructura orgánica permanente, integrada por dos órganos principales: la Comisión, órgano de Decisión, y la Junta, órgano Técnico. Adicionalmente, dicha estructura estaba conformada por dos Comités, el Comité consultivo, integrado por representantes de los Estados Miembros, y el Comité Asesor Económico y Social, integrado por los representantes de los empresarios y trabajadores de los Estados miembros.
- d) Así también goza de autonomía jurídica en su esfera interna, ya que presenta independencia para manejar su estructura administrativa y en el derecho nacional de sus miembros, ya que se le ha otorgado la capacidad para realizar dentro del territorio de los

somete a los recursos judiciales ordinarios. <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/col91.html>.
Página visitada el 10 de agosto de 2011.

¹⁰¹ SALMÓN. ob. cit, p.31.

Estados, todos los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines y en el ámbito internacional porque posee una voluntad distinta a la de cada uno de sus miembros. Por esta autonomía los actos que se realicen en el ejercicio de sus competencias deben atribuírsele a ella como tal y no a los Estados que la conforman¹⁰².

La Comunidad Andina, nació como un proceso de integración subregional auspiciado y aprobado por la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Esta organización tenía una estructura que respondía a las características propias del “modelo de cooperación”, organización típica del Derecho Internacional Público, cuyas características son por ejemplo, el derecho de veto y el carácter prevalentemente diplomático en su estructura que amparaba los intereses individuales antes que los del conjunto de los Estados Miembros.

En materia de supranacionalidad, se intentará enmarcar a la Comunidad Andina en espacios de entendimiento comunitario con decisiones resultantes de la participación de representantes de los miembros andinos¹⁰³. Un primer ejemplo supranacional en este sentido lo establece la Comisión como un órgano conformado por un representante plenipotenciario de cada Estado miembro y cuya característica principal era su facultad de adoptar, por mayoría, decisiones de carácter vinculante para todos los Estados miembros en materia de liberalización comercial.¹⁰⁴ No obstante, “lo supranacional”, en palabras de SALMON, “(...) se desdibujaba con el predominio de la regla de resolución sin voto negativo. En la práctica esta medida equivalía a otorgar un derecho de veto a los Estados miembros que hacía prevalecer el interés individual de

¹⁰² Estos elementos son los señalados mayoritariamente por la doctrina, por ejemplo vease MANUEL, DÍEZ DE VELASCO, «Las Organizaciones Internacionales». Madrid: Tecnos, 1995,p 37. Asimismo PHILIPPE SANDS y PIERRE KLEIN, «Bowetts Law of international Institutions, Londres; Sweet- Maxwell, 2001, p 16, introduce el elemento de la adopción de normas dirigidas a sus miembros, hecho que en efecto se da, aunque con diferente intensidad de acuerdo con los propósitos de la organización en concreto.

¹⁰³ Representantes elegidos por los Gobiernos de cada Estado Miembro, sin que los mismos sean conocidos por sus respectivas poblaciones.

¹⁰⁴ Artículos 6 y 7 literal b del texto original del Acuerdo de Cartagena.

cada uno de éstos y confería a la Comisión, conformada por un representante de cada Estado miembro la naturaleza de órgano intergubernamental o diplomático¹⁰⁵”.

En el caso de la Junta, el otro órgano de la estructura primigenia, también se va a dar un hecho similar de iguales tensiones. Según SALMÓN:

En efecto si bien estaba compuesta por personal independiente nombrado por la Comisión y no por los Estados, rasgo que parecía darle una característica supranacional, la adopción de sus resoluciones se encontraba supeditada a la unanimidad de sus representantes por lo que no era posible aplicar una resolución adoptada por la mayoría de los miembros en los Estados que habían votado en contra¹⁰⁶.

De esta manera, el Acuerdo de Cartagena de 1967, regulaba mecanismos e instituciones que pretendían ser “supranacionales”, lo que significaba tener la capacidad de aplicar directamente decisiones, por encima de la voluntad estatal; no obstante, en los hechos como se analizó en el apartado respectivo, se carecía de una estructura institucional, que garantizara la aplicación imparcial, obligatoria y vinculante de la normativa comunitaria, lo cual derivó en diversos criterios y procedimientos para su aplicación y entrada en vigencia en los Estados miembros, por lo que el verdadero sentido supranacional de la norma simplemente desaparecía.

Como se señaló precedentemente, el Protocolo de Trujillo, al establecer la creación del Sistema Andino de Integración, estableció las bases de la actual Comunidad Andina la cual planteó las siguientes características calificadas por varios autores¹⁰⁷ como supranacionales¹⁰⁸:

¹⁰⁵ SALMÓN, ob, cit, p. 34.

¹⁰⁶ SALMÓN, ob. cit, p. 35.

¹⁰⁷ Así lo señalaron GUILLERMO BRACAMONTE, «Derechos de Autor y Derechos conexos en los países del Acuerdo de Cartagena», Lima Serral, 2001, p 54, ALLAN BREWER CARIAS, “Los problemas constitucionales de la Integración en la Comunidad Andina», Caracas, Banco Central de Venezuela, 1968, p. 56, IVONNE BARRETO, «Las exigencias constitucionales del modelo supranacional de integración en la Comunidad Andina», Lima Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 34.

¹⁰⁸ SALMÓN GARATE, señaló que la Comunidad Andina «(...) es una organización que tiende al modelo supranacional», indicando las siguientes características: *“Primacía del Interés Común, Transferencia de competencias soberanas, Aplicabilidad directa de las normas, Primacía del ordenamiento jurídico supranacional,*

Primacía del Interés Común, Transferencia de Competencias Soberanas, Aplicabilidad Directa de las Normas y, en cuarto lugar, presencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como órgano jurisdiccional que represente a los nacionales de los Estados miembros y encargado de la Interpretación y cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino. Veamos a continuación cada uno de estos principios por separado.

Para explicar el concepto de la Primacía del Interés Común, se analizará la Decisión N° 452-“Normas para la adopción de medidas de salvaguardia a las importaciones provenientes de países no miembros de la Comunidad Andina”, la cual establece una política económica común, adecuando el proceso de integración andino a los requerimientos de la Organización Mundial de Comercio:

Que el Acuerdo de Cartagena establece que los Países Miembros adoptarán una Política Comercial Común; que, en lo que se refiere a la aplicación de medidas de salvaguardia a productos de países que no son miembros de la Comunidad Andina, resulta necesario desarrollar las normas comunitarias, en concordancia con el Acuerdo por el que se estableció la Organización Mundial de Comercio (OMC), suscrito por todos los Países Miembros, que contiene el Acuerdo de Salvaguardias relativo a la aplicación del Artículo XIX del GATT; Que la Comunidad Andina fue notificada en 1990 como Unión Aduanera ante el GATT; Que es necesario establecer los mecanismos y procedimientos que permitan la adopción de medidas de salvaguardia en consideración a la producción de la Comunidad Andina y de sus Países Miembros¹⁰⁹.

Al igual que el ordenamiento jurídico europeo, el ordenamiento jurídico andino planteó, por encima de los intereses de los Estados, los intereses de la Comunidad. Esta orientación se evidenció en la representación externa común que la Comunidad Andina ejerció ante Foros como la Organización Mundial de Comercio, en la que delimitó su categoría de Unión Aduanera.

presencia de un órgano que represente a los nacionales de los Estados miembros, presencia de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación y cumplimiento de su ordenamiento jurídico”, SALMÓN GARATE, «Evolución Institucional de la Comunidad Andina, Perspectivas y Problemas», en «Derecho Comunitario Andino», Fondo Editorial 2003, Lima, pp. 37-38.

¹⁰⁹ Dicha Decisión fue aprobada en el Nonagesimonoveno Período Extraordinario de Sesiones de la Comisión celebrada el 12 de abril de 1999 Lima – Perú.

Así también, el Artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mandó a los Estados Miembros a precautelar la aplicación de la normativa andina, al señalar que: *“Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el 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”*. (cursivas agregadas) Dicho Principio es reflejado de manera enfática en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹¹⁰, el cual se consideró intrínseco e inherente a la Integración Andina. Así, podemos mencionar a título de ejemplo: *“En primer término, es necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, dada la característica intrínseca de primacía, requisito este existencial para la construcción integracionista”*. (cursivas agregadas)

Dicha jurisprudencia¹¹¹ asimismo, acude a doctrina europea al señalar que: “Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a lo largo de toda su jurisprudencia, ha destacado conforme lo señala el profesor MOLINA DEL POZO, los siguientes elementos configuratorios de la primacía del Derecho comunitario: La primacía es una condición esencial del Derecho comunitario, que no puede subsistir nada más que a condición de no ser puesta en duda por el Derecho de los Estados Miembros”.

No obstante la importancia de la jurisprudencia para el Derecho Comunitario Andino, debe señalarse que el origen del principio de la primacía y de la transferencia de competencias

¹¹⁰ Según la Sentencia 30-IP-1988, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹¹¹ Criterio reiterado en las siguientes interpretaciones prejudiciales: 29-IP-95, caso “ROPATEX”, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N°. 242 del 22 de enero de 1997; 30-IP-95 y 32-IP-95, casos “SCHEIK”, Gaceta. No. 241 del 20 de enero de 1997. Todas aprobadas en fecha 08 de noviembre de 1996 y publicadas en la *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Tomo V, 1996).

soberanas, no se encuentra en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sino en una Declaración de la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo - 05 junio 1980), que declaró la “validez plena” de la identidad, autonomía y prevalencia del Derecho Comunitario, al señalar en sus incisos a) y b) que: “El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. El ordenamiento jurídico del Acuerdo *prevalece* (cursivas agregadas), en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros”.¹¹²

De esta manera, dicha Declaración, expresamente manifiesta que los Estados miembros, tienen la obligatoriedad de aplicar con prevalencia disposiciones comunitarias, las cuales se identifican como un derecho autónomo e independiente de la ley nacional¹¹³.

Con relación al tema de la transferencia de competencias soberanas está íntimamente relacionado a la idea de supranacionalidad, la cual según la Secretaría General de la Comunidad Andina, “(...) implicaría la existencia de una estructura integrada por Estados distintos que mantienen la titularidad de sus soberanías, pero dotada también de órganos propios, cuyas decisiones se imponen a los Estados miembros (cursivas agregadas) y, más precisamente, que

¹¹² Sentencia 30-IP-98, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹¹³ Por ejemplo con relación al Principio de la Primacía y su preeminencia, aún sobre normativas constitucionales la referida Sentencia 30-IP-98, señaló: “El ordenamiento jurídico comunitario se impone, en su conjunto, sobre los ordenamientos jurídicos nacionales: la primacía beneficia a todas las normas comunitarias, originarias o derivadas, y se ejerce sobre todas las normas nacionales, administrativas, legislativas, jurisdiccionales o, incluso, constitucionales”. (*Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Tercera Edición, Editorial Trivium, S.A., Madrid-España, 1997, pág. 508. Énfasis de la presente sentencia).

tienen efecto directo en el territorio de los Estados y que, en caso de colisión, prevalecen sobre las normas dictadas por los Estados”¹¹⁴ .

No obstante lo señalado, se puede verificar que dicho enunciado se desvirtúa en la estructura misma de la Comunidad Andina, donde instituciones intergubernamentales se ubican por encima de los organismos supranacionales, la primacía y el efecto directo del Derecho Comunitario o los principios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Así, por ejemplo, el Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores¹¹⁵ señaló en su Artículo 2: “El Consejo está conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Miembros de la Comunidad Andina, en calidad de titulares, quienes gozan de plenipotencia permanente ante el Consejo para comprometer al Estado y tratar todos sus temas”. Y en cuanto a sus funciones y atribuciones señala en su Artículo 6, inciso a) que: “Corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: Formular la Política Exterior de los Países Miembros, en asuntos que sean de interés comunitario”.

Si bien dicho Consejo tiene facultades para decidir la política exterior común de la Comunidad Andina, el mismo es eminentemente intergubernamental, puesto que son los representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, quienes asumen dichas decisiones.

¹¹⁴ Documento informativo de 19 de marzo de 2001 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

¹¹⁵ “Creado el 12 de noviembre de 1979, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores es el órgano de dirección política, integrado por los cancilleres de los Países Miembros, encargado de asegurar la consecución de los objetivos del proceso de la integración subregional y de formular y ejecutar la política exterior de la Comunidad Andina. A partir de las reformas introducidas en el Acuerdo de Cartagena por el Protocolo de Trujillo (entró en vigencia en 1997), este órgano adquiere capacidad legislativa en materia de política exterior y forma parte de la estructura institucional andina. Expresa su voluntad mediante Declaraciones y Decisiones. Las Declaraciones son manifestaciones de carácter no vinculante. Las Decisiones son normas jurídicas que se rigen por lo establecido en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”. Texto extraído de la página web http://www.comunidadandina.org/sai/estructura_2.html, el 26 de enero de 2012.

Por su parte, la Comisión¹¹⁶ presenta facultades¹¹⁷ para ejecutar y evaluar la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones; adoptar las medidas necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino; y coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales en el ámbito de su competencia.

Aunque estas atribuciones parecieran ser ejecutadas por un organismo supranacional, al que se le delegarían competencias soberanas, el que la Comisión ejecute mandatos del Consejo Presidencial Andino, podría argumentarse a favor de la posición intergubernamental que la coloca ante intereses funcionales de sus gobiernos, cuestión que ubicaría a la Comunidad Andina dentro del Ámbito de clasificación de “Organizaciones Internacionales”, propias del Derecho Internacional Público, enmarcada en la consecución de los objetivos fijados en las “reglas de la Organización” del inciso i) Artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales de 1986: “*se entiende por organización internacional una organización intergubernamental*”. De este modo, se puede establecer que la transferencia de competencias soberanas en la Comunidad Andina está subordinada a las decisiones de los Gobiernos de los Estados miembros.

Con relación a la aplicabilidad directa como característica supranacional del proceso de integración andino, conforme al Artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 28 de mayo de 1996: “*Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de*

¹¹⁶ Creada el 26 de mayo de 1969, la Comisión de la CAN es el órgano normativo del Sistema Andino de Integración, integrado por un representante plenipotenciario de cada uno de los Países Miembros, cuya capacidad legislativa, expresada en la adopción de Decisiones, la comparte ahora con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

¹¹⁷ Según la DECISIÓN 471 “Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina”.

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". (cursivas agregadas) No obstante, según jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dicho principio se aplicaba aún antes de ser regulado en el Tratado de Creación, según se desprende de la Interpretación prejudicial 40-IP-98¹¹⁸, que enfatizó:

Al respecto, nuestra jurisprudencia ha desarrollado, a partir de la sentencia de nulidad de fecha 10 de Junio de 1987 (G.O. 21 del 15 de julio de 1987), el principio de la aplicación directa, al establecer: Que el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los Organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituida en el Pacto Andino.

Dicha sentencia hace referencia expresa a los principios de Derecho Comunitario Europeo, para justificar la aplicabilidad directa de esta manera:

"Así mismo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al referirse al principio de la aplicabilidad directa declaró que por el mismo "se entiende que las reglas del Derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante la duración de su validez." (Sentencia del 09 de marzo de 1978, Asunto 106/77, Simmenthal, Rec. 1978)".

Así también, la Sentencia de Acción de Incumplimiento 7-AI-99 señaló: "El profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, define la aplicabilidad directa de la norma comunitaria como la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de derecho interno. Para el Derecho europeo, dice, Muñoz Machado, una regla o norma goza de aplicabilidad directa cuando no precise que los Estados Miembros dicten normas de incorporación, transposición o desarrollo para darle efectividad dentro de su territorio".

¹¹⁸ Sentencia de 28 de abril de 1999, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Por lo que se debe entender que la aplicabilidad directa, señalada como una posible característica de supranacionalidad de la Comunidad Andina, toma como referencia a la jurisprudencia comunitaria y la doctrina europea, las cuales, como se señaló precedentemente, responden a un tipo de organización histórica, jurídica, económica y socialmente diferente a la Organización Comunitaria andina.

2.4.1 El Congreso de Panamá, primer antecedente supranacional de la Comunidad Andina.

Se puede afirmar que la integración en América Latina y más específicamente en la Comunidad Andina, ha sido influenciada por las ideas bolivarianas, o “el sueño de Bolívar¹¹⁹”, las cuales consideraron la necesidad de construir una patria grande formada por todos los países latinoamericanos. Entre 1819 y 1831 se creó la Gran Colombia¹²⁰, la cual congregaba a Colombia, Venezuela, Perú, Ecuador y Panamá. En ese sentido, América Latina presentará un propósito integracionista común, heredado de los planteamientos políticos del Libertador Simón Bolívar, el que se expone en la Carta de Jamaica:

(...) es una grandiosa idea pretender formar de todo el nuevo mundo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo, ya que tienen un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería por consiguiente, tener un solo gobierno que confederase los diferentes Estados que han de formarse.

¹¹⁹ En la actualidad, el Parlamento Andino organiza la semana de Bolívar, la primera semana de junio en Quito-República del Ecuador.

¹²⁰ El objetivo de Bolívar consistía en la creación de un gran país que fuera capaz de hacer frente a las amenazas de colonizadores externos como España. La Gran Colombia se consolidaría gracias a las continuas victorias que el líder de la independencia fue consiguiendo como las de Carabobo en 1821, Lago de Maracaibo en 1823 y Ayacucho en 1824. Estados Unidos reconocería su independencia en 1822 y Gran Bretaña lo haría en 1825. Pero no lograría permanecer cohesionada por mucho tiempo pues en 1830, Venezuela y Ecuador se separarían dando por finalizado el sueño de Bolívar que moría el 17 de diciembre de 1930 y con él, el de la Gran Colombia.

La idea de Bolívar era establecer la unidad de los pueblos latinoamericanos y, en ese sentido, el Libertador ya vislumbra elementos de unificación comunes, como el idioma o incluso una misma identidad cultural, por lo que en ese esfuerzo integrador uno de sus más anhelados proyectos se intentará en el Congreso de Panamá.

En el Congreso de Panamá¹²¹ (1826) convocado por Bolívar, se manifestó el propósito de crear un bloque fuerte, no sólo económico sino también político. El deseo de integración de los pueblos libertados de la Corona española, en ese momento se explica por tres razones¹²²: el atractivo modelo federal de Estados Unidos, el temor a un regreso de las potencias europeas y la conciencia de un destino común. En ese sentido, correspondiendo al Vicepresidente de Colombia, General Santander¹²³, fijar las reglas provisionales que se seguirán para designar a los Estados Miembros e impartir, además, las instrucciones pertinentes a los Delegados de la Gran Colombia, Bolívar juzgó necesario hacerle algunas recomendaciones con respecto a las finalidades que debían perseguirse en la Proyectada Asamblea del Istmo, entre las que conviene destacar las siguientes:

¹²¹ «Dicho Congreso de Plenipotenciarios de Panamá, debía pactar una asociación de Naciones y fijar los límites de la delegación de poderes que ellas le otorgarían a los organismos supraestatales de la Liga». INDALECIO LIÉVANO AGUIRRE, «Bolivarismo y Monroísmo» Editorial Grijalbo, Caracas, 2007, p. 42.

¹²² INDALECIO LIÉVANO AGUIRRE, ob cit, p. 43.

¹²³ "Francisco de Paula Santander, fue nombrado vicepresidente de Colombia por el departamento de Cundinamarca (nombre que tomó Nueva Granada, actual Colombia), y se encargó del Gobierno mientras Bolívar estaba ausente luchando contra los españoles. Su poder fue confirmado al establecerse un régimen político unitario en 1821, pasando Santander a ejercer la vicepresidencia de la Gran Colombia. Desde entonces entró en conflicto con José Antonio Páez, portavoz de las aspiraciones independentistas de Venezuela, que consiguió restablecer un sistema federal y apartar a Santander de la vicepresidencia en 1828. También se enfrentó a Simón Bolívar, organizando una conspiración fracasada (1828); fue juzgado y desterrado. Cuando murió Bolívar y se rompió la Gran Colombia (1830), Santander regresó del exilio y participó en la revolución que dio origen a la República de Colombia separada de Venezuela y Ecuador. Fue elegido primer presidente constitucional de Colombia (1832-37) e inició una sangrienta persecución de los bolivarianos y otros disidentes. No obstante, siguió una línea política progresista, con especial atención al desarrollo de la educación. Perdidas las elecciones de 1837, abandonó el poder y siguió ejerciendo como diputado de la oposición hasta su muerte". DAVID BUSHNELL, "El régimen de Santander en la Gran Colombia". Bogotá, Universidad Nacional-Tercer Mundo, 1966, p. 67.

a) no invitar a los Estados Unidos de Norteamérica al Congreso, puesto que una de las razones principales que motivaban su convocatoria, en concepto del Libertador, era dotar a la América Indo Española de una sólida organización política que la defendiera del dinamismo expansivo del país norteamericano;

b) excluir del mismo Congreso al Imperio del Brasil, puesto que el Emperador Pedro I no se había desligado de la política de la Santa Alianza y las instituciones monárquicas, las cuales constituían un evidente peligro para el orden republicano y democrático que Bolívar ambicionaba afianzar en la Asamblea de Panamá;

c) Preparar un temario y unos proyectos de Declaraciones que, de ser aprobados por los representantes Plenipotenciarios, le darían a la Liga Americana la inconfundible fisonomía de vocero de los pueblos coloniales del mundo y de exacta contrapartida de la Santa Alianza Europea. Esta última recomendación se inspiraba en el reconocimiento por parte del Libertador, de la necesidad que tenían los pueblos atrasados y coloniales de organizarse políticamente.

Las recomendaciones señaladas no eran directrices improvisadas, sino el fruto maduro de una política internacional de gran rango, política que el Libertador comenzó a meditar desde 1813, según un documento de la época que señaló:

La ambición de las Naciones de Europa lleva el yugo de la esclavitud a las demás partes del mundo; y todas estas partes del mundo deberían tratar de establecer el equilibrio entre ellas y la Europa, para destruir la preponderancia de la última. Yo llamo esto el equilibrio del Universo y el debe entrar en los cálculos de la política americana¹²⁴

¹²⁴ Tomado de la Gaceta de Caracas N° 30 de 1813, citado por INDALÉCIO LIÉVANO AGUIRRE, «Bolivarismo y Monroísmo» Editorial Grijalbo, Caracas, 2007, p. 43.

De ahí que Bolívar, insistiera en darle a la Liga de Panamá el carácter de “abanderada” de los pueblos pobres del mundo, porque consideraba que sólo en la medida en que dichos pueblos tomaran la iniciativa y adquirieran conciencia de su destino común, sería posible evitar que las profundas transformaciones sociales y políticas de la época condujeran a la simple sustitución del imperialismo feudal de las Monarquías tradicionales por el Imperialismo económico de la Gran Bretaña y de los Estados Unidos, cuya víctima sería inevitablemente la América Española. Ello explica por qué en las recomendaciones realizadas al Vicepresidente colombiano Santander, con respecto al Congreso del Istmo de Panamá, le decía Bolívar el 11 de marzo de 1825:

Esta lucha no puede ser parcial de ningún modo, por que se cruzan en ella intereses esparcidos por todo el mundo. El fin de esta litis política y militar depende de tales combinaciones y sucesos que n ninguna probabilidad ni penetración humana pueden señalarle el término final. Luego podemos concluir por mi proposición de prepararnos para una lucha muy prolongada, muy ardua, muy importante. El remedio paliativo a todo esto es el gran Congreso de Plenipotenciarios en el Istmo, bajo un plan vigoroso y extenso con un ejército a sus órdenes de 100.000 hombres, a lo menos mantenido por la Confederación e Independiente de las partes constitutivas¹²⁵

No obstante las expectativas de Bolívar con relación a que después del Congreso de Panamá se logre la unificación de Hispanoamérica, la negativa de los Estados participantes a reducir sus aranceles impidió todo intento de fijar acuerdos preferenciales de comercio, al ser evidentes los desequilibrios en la balanza comercial de cada asistente.

Estos países eran dependientes de los aranceles como fuente de ingresos para sus gobiernos, por lo cual se negaron a toda concesión al respecto. El propio “*Tratado magnífico de la Unión, de la Liga, y de la Confederación perpetua*”, resultado del Congreso de Panamá, omitía cuestiones que el proyecto de Simón Bolívar consideraba fundamentales, como la integración

¹²⁵ Cartas del Libertador. Recopilación de VICENTE LECUÑA, Caracas 1929, citado por INDALÉCIO LIÉVANO AGUIRRE, «Bolívarismo y Monroísmo» Editorial Grijalbo, Caracas, 2007, p. 45.

comercial y el cese de los pleitos territoriales¹²⁶, mientras que la alianza militar¹²⁷ defensiva no ponía fin a la efectiva separación de fuerzas entre los países hispanoamericanos. En definitiva, la discordia entre las delegaciones había impedido llegar a acuerdos decisivos en muchos temas proyectados, como aranceles y normas comunes de derecho internacional, restando fuerza a las decisiones del Congreso.

Cuando el Libertador conoció en Lima los lineamientos generales de los Tratados firmados en Panamá, sintió una gran desilusión y llegó a afirmar que "*el Congreso Anfictiónico era una experiencia fallida*", conclusión a la que arribó poco después que concluyeran las sesiones, señalando: "*El Congreso de Panamá sólo será una sombra*"¹²⁸. Cuatro años después del Congreso, en 1830, la Gran Colombia se disolvió en tres países (Ecuador, Venezuela y

¹²⁶Particularmente el Perú se mostraba poco dispuesto en razón de las disputas fronterizas que tenía con sus vecinos del Norte y del Sur a convenir en que el arbitraje obligatorio fuera el procedimiento regular para dirimir los litigios de fronteras y sus voceros en la Asamblea de Panamá consiguieron que se estableciera la siguiente estipulación en el Artículo 16 del Tratado: «*Las partes contratantes se obligan y comprometen solemnemente a transigir amigablemente entre sí todas las diferencias que en el día existan o puedan existir entre alguna de ellas; y en caso de no terminarse, se llevarán con preferencia a todavía de hecho para procurar su conciliación, al juicio de la Asamblea, cuya decisión no será obligatoria si dichas potencias no se hubiesen convenido explícitamente en lo que sea*». (cursivas agregadas) INDALÉCIO LIÉVANO AGUIRRE, *Bolivarismo y Monroísmo*», ob cit, p.140.

¹²⁷ Con relación a este tema, O'DONELL, comentó:«(...) es verdad que todos los delegados aceptaban la necesidad de alguna forma de cooperación militar en razón de los temores que entonces se tenían sobre posibles intentos de reconquista por parte de España con la Ayuda de la Santa Alianza (conformada por Austria, Rusia y Prusia , el 26 de septiembre de 1815), pero este Acuerdo no se extendía hasta aceptar que los Organismos de la Liga dispusieran como lo deseaba Bolívar de fuerzas militares y navales permanentes, mantenidas por la Confederación e independientes de sus países. Para la mayoría de los representantes, resultaba claro que, de institucionalizarse esta importante delegación de poderes, se fortalecería extraordinariamente el organismo supranacional (énfasis gregado) a costa de la soberanía de las partes y por ello prefirieron el sistema de fijar sobre la base de la población los contingentes militares que los países miembros debían aportar en el caso exclusivo de un conflicto bélico, pero dejando claramente establecido que tales contingentes solamente se prestarían para ese caso, lo que descartaba la formación de un ejército permanente y disponiéndose además que el mando de dichos contingentes, cuando llegara la eventualidad de prestarlos, los tendría el país que fuera objeto de la agresión exterior que se deseaba repeler, lo cual excluía la idea de un mando supranacional de dichas fuerzas» O DONELL, ANDRES, «Monteagudo, la pasión revolucionaria». Buenos Aires: Planeta, 2010, p. 34.

¹²⁸ Señaló Bolívar en su Carta de 4 de agosto de 1826, dirigida al General Paez el siguiente juicio sobre los resultados desalentadores del Congreso de Panamá: «El Congreso de Panamá, institución que debiera ser admirable si tuviera más eficacia, no es otra cosa que aquel loco griego que pretendía dirigir desde una roca los buques que navegaban. Su poder será una sombra y sus decretos, consejos; nada más» (Cartas del Libertador, Recopilación de Vicente Lecuna, Caracas, 1929), citado por INDALÉCIO LIÉVANO AGUIRRE, ob cit, p.153.

Colombia) y en 1834, las Provincias Unidas de Centroamérica se desmembraron en cinco Estados.

Sin embargo, el Libertador Simón Bolívar no había renunciado a buscar soluciones que le permitieran contener el proceso de disgregación de los países hispanoamericanos. En ese sentido, como sustituto del frustrado Congreso de Panamá, trató de conformar la “Confederación de Los Andes”, integrada por Venezuela, Nueva Granada, Quito, el Perú y Bolivia. Este último esfuerzo de integración concitó contra él no solo la furia de los patricios de las Repúblicas que trataba de confederar que llegaron hasta el extremo de intentar asesinarlo, sino también la oposición de los Estados Unidos. Sus esfuerzos en favor de la integración hispanoamericana se descubren en los siguientes conceptos de Bolívar, contenidos en la carta que dirigió, el 25 de mayo de 1827, a Sir Robert Wilson:

No se sabe en Europa lo que me cuesta mantener el equilibrio en alguna de estas regiones. Parecerá fábula lo que podemos decir de mis servicios, semejantes a los de aquel condenado que llevaba su enorme peso hasta la cumbre para volverse rodando con él otra vez al abismo. Yo me hallo luchando contra los esfuerzos combinados del mundo; de mí parte estoy yo solo y la lucha, por lo mismo, es muy desigual: así debo ser vencido. La historia misma no me muestra un ejemplo capaz de alentarme; ni aún la fábula nos enseña este prodigio¹²⁹.

De esta manera, Bolívar se sintió obligado a que el elemento de cohesión supranacional, representado durante la Colonia por la monarquía española fuera sustituido por instituciones autóctonas de colaboración hispanoamericana que conservaran la unidad en el Sur del Hemisferio e hicieran posible que la independencia no significara un retroceso político, sino un progreso efectivo con respecto al pasado colonial.

¹²⁹ «Cartas del Libertador». Recopilación de VICENTE LECUNA. Caracas, 1929, citado por INDALÉCIO LIÉVANO AGUIRRE, ob. cit, p.153.

En ese sentido, la estructura supranacional que exigía Bolívar, demandaba una Autoridad permanente, compuesta por una Asamblea de Plenipotenciarios de todos los Estados miembros, una Sede Territorial que eventualmente sería la ciudad de Panamá, un poder militar propio como brazo armado de la Unión y a fin de fortalecer los vínculos de cohesión de las Repúblicas participantes, en la Liga, el Libertador juzgaba necesario avanzar sin vacilaciones en el proceso de construir las bases legales de la “ciudadanía hispanoamericana”¹³⁰.

Así, se puede observar que una de las causas principales del fracaso del Congreso de Panamá fue la escasa voluntad que tenían las nuevas Repúblicas a renunciar a porciones de su soberanía así fueran mínimas a favor de una organización supranacional¹³¹. Por lo que recién avanzado el siglo XX y ante la creciente necesidad de construir vínculos principalmente económicos es que los países latinoamericanos intentarán cohesionarse.

2.4.2 Aproximación crítica al Tratado de Montevideo y al Acuerdo de Cartagena.

A continuación se explicaran las razones por las cuales la Comunidad Andina no constituye un Mercado Comun consolidado, así en el siglo XX, el proceso de integración latinoamericano se retoma el 18 de febrero de 1960 con el Tratado de Montevideo¹³², el cual

¹³⁰ INDALÉCIO LIÉVANO AGUIRRE, «Bolivarismo y Monroísmo», ob. cit, p.154.

¹³¹ Al respecto es necesario mencionar los comentarios de LIÉVANO AGUIRRE, cuando menciona: «(...) mientras Bolívar se esforzaba en idear instituciones que fortalecieran la cooperación al nivel supraregional, los patriciados criollos y sus abogados trabajaban activamente para convertir los regionalismos en nacionalismo (...) El parroquialismo celoso, los intereses creados, la influencia de los caciques y de las minorías opulentas fueron utilizados habilmente por los patriciados criollos y sus agentes a fin de configurar el nacionalismo peruano, el granadino, el venezolano, el argentino, el chileno etc. (...)», ob.cit, p.155.

¹³² CASAS GRAJEA, señaló que el Tratado de Montevideo originó la primera ola de regionalismo en América Latina, el cual fue suscrito por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Mexico, Paraguay, Perú,

constituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (en adelante también ALALC), la cual pretendió ir construyendo paulatinamente un Mercado Común que posibilitará la construcción de una nación latinoamericana que idealmente retome los ideales bolivarianos. En sus inicios, la ALALC tuvo un sustento estructuralista elaborado en su momento por la teoría de la dependencia y por la concepción cepalina del desarrollo¹³³. En los años sesenta y setenta del siglo XX, tuvo “sus propias bases teóricas y métodos políticos basados, en las conclusiones de los teóricos de la escuela de la dependencia”¹³⁴; en ese sentido, la integración se inició sobre la base del proteccionismo y la sustitución de exportaciones.

Así, el denominado sistema cepalino¹³⁵ colapsó, lo cual se intenta explicar por el proteccionismo extremo; las asimetrías entre las partes; dificultades en la comunicación atribuidas a un relativo aislamiento territorial; inestabilidad política en la región; gobiernos autoritarios y militares; exceso de burocratismo en las instituciones y discontinuidad en los planes nacionales de desarrollo en virtud de los cambios en las políticas macroeconómicas¹³⁶, a lo que se debe sumar que el modelo de sustitución de exportaciones no tuvo los resultados

Uruguay y Venezuela; por su parte, los países centroamericanos firmaron el Tratado de Managua para la creación del Mercado Común Centroamericano (MCCA). ÁNGEL CASAS GRAJEA, «Integración Regional y Desarrollo en los Países Andinos», Corporación Editora Nacional, Quito, 2005, p.174.

¹³³ Idem, p.34.

¹³⁴ STEPHAN SBERRRO y JORDI BACARIA, “La Unión Europea, su evolución y relaciones con América Latina y el mundo”, Editorial Miguel Angel Porrua, 2003, p. 211.

¹³⁵ «El Modelo Cepalino de industrialización sustitutivo ligado al deterioro de la relación de precios del intercambio fue diseñado por Prebisch en la forma de dos sectores con formación de precios endógena. Hay dos sectores, el exportador primario y la industria interna- con libre competencia, movilidad del trabajo y rendimientos decrecientes. Cualquier expansión de las exportaciones reduce los ingresos marginales al sector primario debido a los mercados mundiales inelásticos y a las condiciones de costos unitarios de producción crecientes: como la rentabilidad del capital es fija, esto afecta principalmente a los salarios de ambos sectores, que se igualan a través del mercado de trabajo. De esta forma, los ingresos marginales de los dos sectores se igualan en el equilibrio. La expansión industrial necesita salarios reales más bajos para combatir los costos crecientes y mantener la competitividad con las importaciones del mercado mundial. Estos supuestos generan un modelo de equilibrio de mercado compensatorio para responder a las conmociones externas, formalmente comparable con el conocido modelo neoclásico (véase por ejemplo, Corden, 1984), pero del que se extraen conclusiones algo distintas, debido principalmente a la forma de la función de exportación». DANIEL CAMACHO, «Fundamentos de Economía», Editorial: Universidad Estatal a Distancia, San Jose Costa Rica, 2007, p. 223.

¹³⁶ ANDRÉS CARVAJAL, «Derecho de la Integración», Editorial El Pais, 1993, Madrid, p. 10.

esperados, ya que en los años ochenta se tenía un gran déficit motivado por la escasa dinámica en el comercio exterior, como también por la crisis de la deuda externa¹³⁷.

En ese orden de ideas, el Tratado de Montevideo de 1960 tenía como objetivo principal establecer una zona de libre comercio en el ámbito regional latinoamericano. No obstante, los mecanismos de desgravación establecidos en este proceso de integración favorecieron sobre todo a Estados con economías estables y no resultaron del todo adecuados para los Estados de menor desarrollo como Bolivia o Ecuador. Este hecho generó la idea de formar subgrupos de integración regional entre Estados más afines por su condición económica y proximidad geográfica, dando inicio a una nueva orientación en el proceso de integración latinoamericana¹³⁸. Haciendo una analogía entre los inicios de los procesos de integración andino- latinoamericano y europeo, en palabras de MONTAÑO GALARZA:

En Europa la idea de integración económica cuajó en el marco de acciones que buscaban especialmente la paz entre las naciones, luego de la segunda guerra mundial; mientras que en la región andina la idea de integración económica surgió con el Acuerdo de Cartagena (1969), al amparo del Tratado de Montevideo (1960) que instituyó la "Asociación Latinoamericana de Libre Comercio", mas tarde sustituida por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), como parte de una estrategia para alcanzar la inserción de la región en el circuito económico mundial¹³⁹

Se enfatiza una diferencia sustancial entre la Unión Europea y la Andino- Latinoamericana: el proceso europeo, trató de armonizar un propósito común en base a un único mercado, con miras a superar los terribles episodios desencadenados durante la Segunda Guerra Mundial, en cambio la integración Andino–Latinoamericana, tendrá como objetivo fundamental afianzar

¹³⁷ ELIZABETH SAUCEDO, «Comunidad Andina, sus principales instituciones», Editorial Juventud, La Paz, 1999, p. 45.

¹³⁸ ELIZABETH SALMON GARATE, "Evolución Institucional de la Comunidad Andina, Perspectivas y problemas", en Derecho Comunitario Andino, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 22.

¹³⁹ CÉSAR MONTAÑO GALARZA, «Relaciones Jurídicas entre los tratados de libre comercio suscritos por Ecuador y el Derecho Comunitario Andino», en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009, p. 743.

niveles de desarrollo en lo posible comunes y sustituir paulatinamente la exportación de materias primas. No obstante, ambos procesos integracionistas tendrán en común el hecho de que se basarán (en mucho mayor medida en la Unión Europea que en la Comunidad Andina) en la política del libre mercado, la liberalización del comercio¹⁴⁰ y la actividad económica transnacional¹⁴¹ fundamentalmente.

Previamente a establecer las características supranacionales e intergubernamentales, del Acuerdo de Cartagena y su incidencia en las competencias jurisdiccionales andinas, se desarrolla a continuación su origen y contexto.

La primera manifestación concreta de la voluntad de integración en la subregión andina que originó la actual Comunidad Andina, se plasmó en la Declaración de Bogotá, suscrita el 16 de agosto de 1966, por los Presidentes Carlos Leras Restrepo de Colombia, Eduardo Frei de Chile y Raúl Leoni de Venezuela, así como el delegado acreditado de Ecuador, ex presidente Galo Plaza y el Canciller de Perú Fernando Schwalb.

¹⁴⁰ «En este contexto, los países del Grupo Andino se volvieron a reunir en Quito el 12 de mayo de 1987 para revisar el Acuerdo de Cartagena y flexibilizar el marco legal del Acuerdo. Su intención era devolver el aliento al proceso de integración regional con una mayor apertura hacia la economía de mercado, mediante la modernización de la estructura productiva subregional, la búsqueda de una mayor competitividad y un mayor poder de negociación en la esfera internacional. Sin embargo, aunque como consecuencia de lo anterior, el último gran impulso en la historia de la integración andina tuvo lugar el 10 de marzo de 1996 en la ciudad peruana de Trujillo, en la que se aprobó una nueva estructura institucional más acorde con las nuevas ideas sobre regionalismo. La nueva estructura institucional dio paso a la Comunidad Andina (CAN) y al Sistema Andino de Integración (SAI)». ÁNGEL CASAS, «El Modelo Regional Andino, Enfoque de Economía Política Internacional» Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simon Bolivar, Sede Ecuador, Quito, 2003, p.17.

¹⁴¹ Según ZELADA CASTEDO, citado por MONTAÑO GALARZA, «(...) actividad económica transnacional, refiere el marco en el cual cabe un sinnúmero de opciones de relación entre Estados, siempre contenidas en los variados instrumentos internacionales conocidos que pueden abarcar disposiciones jurídicas orientadas a alcanzar diversos fines como la liberalización total o parcial del comercio, la constitución de una Unión Aduanera, de un Mercado Común, de una Unión Económica. Asimismo tales normas jurídicas coadyuvarían a la formación de esquemas de integración que no sólo logren concreciones en los ámbitos económico y comercial, sino además en otros relacionados directamente con lo social; sería este último caso precisamente el de los procesos de integración comunitaria». ZELADA CASTEDO, «El Derecho Económico Internacional, ob.cit, p. 750.

Posteriormente el 30 de junio de 1967, los representantes de estos Estados, contando con la participación adicional del acreditado de Bolivia, conformarían una Comisión Mixta, para analizar el establecimiento de un Grupo de Integración Subregional, dentro de la región definida por la ALALC.¹⁴² Dicha organización por su parte, brindó apoyo a la iniciativa andina con la aprobación de la Resolución N° 202, que fijaba los principios que debían incluir los acuerdos subregionales y la Resolución 203 que contenía las bases de un acuerdo entre Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela¹⁴³.

Las negociaciones de la Comisión Mixta culminaron con la suscripción del instrumento jurídico que recibió el nombre oficial de “Acuerdo de Integración Subregional” en la ciudad de Bogotá el 26 de mayo de 1969. Este Tratado fue denominado, posteriormente y mediante la Decisión 001 del órgano normativo instituido por este Documento, la Comisión, como “Acuerdo de Cartagena”¹⁴⁴.

El Acuerdo de Cartagena, firmado por los Estados de Bolivia, Colombia Chile, Ecuador y Perú, después de su suscripción fue sometido a la conformidad del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC que a través de la Resolución 179, emitida el 9 de julio de 1969, declaró su compatibilidad con el Tratado de Montevideo de 1960¹⁴⁵.

¹⁴² SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, «28 años de Integración Andina. Un Recuento Histórico», Lima, 1997, p. 25.

¹⁴³ El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de los países integrantes de la ALALC, aprobó las Resoluciones No. 202 y 203 bajo la denominación de "Normas especiales para los acuerdos subregionales" y "Bases de un acuerdo subregional entre Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela".

¹⁴⁴ Se conoció como Acuerdo de Cartagena en honor al manifiesto de Cartagena de 1813, por el que Simón Bolívar intentó promover la unidad de los países andinos. El Acuerdo fue aceptado por la ALALC el 9 de junio de 1969, como Acuerdo Subregional compatible. JUAN CARLOS PEREYRA, «Diccionario de Relaciones Internacionales y Política Exterior», Editorial Ariel. S.A., 2008, p.213.

¹⁴⁵ SALMÓN GARATE, ob cit.p. 23.

De esta manera resulta pertinente citar a CASAS GRAJEA, el cual señala los orígenes del Acuerdo de Cartagena de la siguiente manera:

El Acuerdo de Cartagena dentro del marco de la ALALC (se había declarado compatible con el Tratado de Montevideo y de él dependía jurídicamente) tenía por objetivo conseguir conjuntamente un desarrollo industrial adecuado, una aceleración en el crecimiento, mejorar los niveles de vida y así aproximarse a los Estados de mayor desarrollo y posteriormente poder incorporarse al mercado común latinoamericano. De esta forma los países andinos se reconocieron como un grupo homogéneo de países que querían emprender un proceso de integración con características propias y más acelerado que el que estaba teniendo lugar en el marco regional¹⁴⁶

Así, se señala que el Acuerdo de Cartagena se quiso construir con sus propias peculiaridades; no obstante, éste seguirá básicamente los parámetros de integración europeos y de libre mercado, puesto que a pesar de intentar construir un capitalismo andino¹⁴⁷, su principal meta será la *“(...) creación de un mercado ampliado a través de una unión aduanera y de una planificación industrial coordinada (...)”*¹⁴⁸

Dicho Acuerdo entró en vigor el 16 de octubre de 1969, con el envío de la ratificación del Perú que hacía cumplir el requisito establecido en el Artículo 110 de tres aprobaciones comunicadas a la Secretaria Ejecutiva de la ALALC; Ecuador y Bolivia, por su parte ratificaron el Acuerdo en noviembre de ese mismo año.

El Conjunto de Estados Partes de este Tratado fue conocido como el “Grupo Andino” e inició formalmente sus actividades el 21 de noviembre de 1969 con la instalación de la “Comisión”, órgano máximo del Acuerdo de Cartagena y constituido por un representante plenipotenciario de cada uno de los Estados miembros.

¹⁴⁶ÁNGEL CASAS, «El Modelo Regional Andino, Enfoque de Economía Política Internacional», ob. cit, p.175.

¹⁴⁷ CASAS entiende por capitalismo andino a la búsqueda de *«(...) un desarrollo autoconcentrado y autosostenido a partir de una base endógena donde el Estado tenía un papel activo e inductor (planificación negociada) del desarrollo económico y donde la integración no era un simple sinónimo de la ampliación del mercado en el cual las fuerzas del mercado dejadas a su libre arbitrio decidirían la asignación de los factores (...)»*, ob. cit, p. 176.

¹⁴⁸ ÁNGEL CASAS, ob. cit, p.175.

No obstante, la agrupación de países que conformarían el sub grupo regional andino presentará una característica adicional a los intereses exclusivamente económicos o comerciales; es lo que en palabras de AYALA MORA se denomina lo “ANDINO”:

Cuando los países que hoy conforman la CAN formaron el “Pacto Andino” asumieron la denominación “andina”, reconocieron un elemento básico de su identidad común. Después de cuatro décadas de integración, nos identificamos como andinos, pero al mismo tiempo surge la pregunta: ¿qué es lo andino? Una respuesta podría venir desde el escenario geográfico, pero lo andino no se agota allí. Su realidad compleja tiene un carácter polisémico, de unidad y pluralidad. De un lado recupera la historia de un proceso milenario que por diversos factores da unidad a la evolución de un conjunto de pueblos frente a una realidad regional, continental y planetaria. De otro lado, expresa no un tronco homogeneizador, sino una unidad que da sentido a una pluralidad¹⁴⁹

En ese sentido, dos sucesos marcaron tempranamente la pertenencia a la naciente organización. En 1973, Venezuela, que había participado activamente en las negociaciones previas, amplió el número de Estados miembros al adherirse al Acuerdo de Cartagena el 13 de febrero de ese año¹⁵⁰. Tres años más tarde Chile siguió el camino contrario al denunciar el Tratado y separarse de la organización a partir del 30 de octubre de 1976¹⁵¹ (Decisión 102: “Cese para Chile de los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo de Cartagena”).

¹⁴⁹ Dicho autor, complementa su análisis manifestando su desacuerdo con que Bolivia abandone la Comunidad Andina y resalta el importante rol que cumple el Ecuador en la construcción de lo «andino»: *«Actitudes como las del Presidente de Bolivia lesionan ese proceso de construcción de América Andina y Sudamérica unidas. Irse sin más de la CAN al Mercosur sin concertar un tránsito ordenado a la integración sudamericana y sin asumir los avances que se han dado en cuatro décadas es un error. Felizmente, posturas como la del Gobierno ecuatoriano son positivas. Reconocen no solo la necesidad de nuestra realidad andina, sino que se dan cuenta del aporte que hace la Comunidad Andina a nuestro país»*. (cursivas agregadas) ENRÍQUE AYALA MORA, Artículo «SER ANDINO» Publicación del Periódico «El Comercio» de 21 de diciembre de 2012, extraído de la Revista «Prisma Internacional» de 24 de diciembre de 2012. N° 144.

¹⁵⁰ Uno de los motivos para ese retraso fue la vigencia del Tratado de Reciprocidad Comercial entre Venezuela y Estados Unidos. Según Ramirez Colina este Tratado era incompatible con el «Pacto Andino», cuyo objetivo era precisamente ofrecer un mercado especial a los países firmantes sin que ninguno de ellos pudiera permitir la entrada por la puerta trasera de un Tratado Comercial a mercancías norteamericanas que irían a competir con las andinas en condiciones favorables. Ante ello, Venezuela finalmente denunció este Tratado en 1972, para así adherirse al Acuerdo de Cartagena al siguiente año. OSWALDO RAMÍREZ, «Venezuela en la Comunidad Andina, 1969-2000», Editorial Juventud, Lima, 2001, p. 23.

¹⁵¹ GALO PICO MANTILLA, «Derecho Andino» 2 ed. Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1989, p. 23.

Posteriormente, Venezuela denunció el Acuerdo el 22 de abril de 2006 y, en fecha 20 de septiembre del mismo año, Chile se reincorporó a la Comunidad Andina, en condición de País Miembro Asociado, mediante la Decisión 645 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores¹⁵²

Se puede establecer que la actual Comunidad Andina inició formalmente en 1969, con el denominado Acuerdo de Cartagena¹⁵³ bajo el nombre de "Grupo Andino", por el cual se pretendía integrar los esfuerzos de los Estados miembros con el objetivo de alcanzar niveles más avanzados en materia económica y social, idealmente un Mercado Común al estilo europeo.

No obstante, el fin de la década de 1970 y parte de la siguiente significó una etapa de duro estancamiento y retroceso para el bloque y los compromisos adquiridos, por lo que a partir de 1976, los cinco países restantes aprobaron modificaciones al Acuerdo de Cartagena, los cuales tendrán en común la introducción de nuevos plazos, producto de la imposibilidad de cumplir los inicialmente pactados, mayormente con relación al cumplimiento de metas de liberación arancelaria, que permita la unificación paulatina del mercado andino.

¹⁵² SALMÓN GARATE, ob cit, p. 29.

¹⁵³ El Acuerdo de Cartagena tuvo los siguientes soportes: un "Programa de Liberación" cuyo objetivo fue el de la eliminación progresiva de todos los obstáculos al intercambio entre los países miembros mediante cronogramas de desgravación para distintas nóminas de productos; la adopción, también progresiva, de un arancel externo común a partir de la aplicación de un arancel "mínimo" común; la programación sectorial del desarrollo industrial y la armonización de políticas económicas junto a la confluencia de políticas comunes en diversos órdenes. Para cumplir estos objetivos el Tratado creó una estructura institucional inspirada en el esquema de la (entonces denominada) Comunidad Económica Europea, incluyendo la inserción de un órgano (la Junta) con atribuciones de órgano comunitario, semejante a la Comisión en la Comunidad Europea. El Acuerdo de Cartagena, que entró en vigor el 16 de octubre de 1969, fue modificado por distintos Protocolos, el último de los cuales, conocido como «Protocolo de Trujillo», celebrado el 9 y 10 de marzo de 1996, se encuentra vigente y ha introducido profundas modificaciones institucionales que implican la creación de una llamada "Comunidad Andina" y de un "Sistema Andino de Integración". (SAI)

http://www.iadb.org/intal/detalle_evolucion_esquema.asp?idioma=esp&eid=468&id=125&cid=468&aid=932.

Página visitada el 20 de diciembre de 2011.

Dichas modificaciones se establecieron a través de los siguientes protocolos: El Protocolo de Lima de 1976, Arequipa 1978, Quito, 1987, Trujillo, 1996 y Sucre de 1997.

Desde el punto de vista jurídico, el “Acuerdo de Cartagena” en sus inicios no estableció normas jurídicas que regularan la incorporación a los ordenamientos internos de las decisiones y resoluciones emanadas de la Comisión y la Junta, respectivamente. De este modo, dio lugar a la aplicación de diversos criterios y procedimientos por parte de los Estados miembros, que variaban la fecha de su entrada en vigencia¹⁵⁴. *También es necesario destacar que no existía uniformidad en la interpretación de las normas andinas*, hecho que generaba a partir de interpretaciones individuales de los Estados miembros, una desnaturalización del verdadero sentido de la norma comunitaria, tomando en cuenta que el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, donde se va a regular por primera vez en su Sección Tercera la competencia de la Interpretación Prejudicial, es del 8 de agosto de 1978, esto es, casi diez años después de la Creación del Acuerdo de Cartagena de 1969¹⁵⁵.

De otro lado, el Acuerdo de Cartagena, no contempló un sistema de solución de controversias, sino que se adscribió subsidiariamente a los procedimientos establecidos por el Tratado de Montevideo de 1960¹⁵⁶. La Comisión, órgano del Acuerdo de Cartagena,

¹⁵⁴ JORGE LUÍS, SUÁRES, “La Comunidad Andina, un proceso de integración en Constante Evolución “, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas N° 111, 1999, p.117.

¹⁵⁵ PIERINO STUCCHI LÓPEZ RAYGADA “La Integración en la Comunidad Andina y su sistema de protección y promoción de la libre competencia: aspectos institucionales y procesales”, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 2, páginas 72 a 102.

¹⁵⁶ Con relación a dicho mecanismo de solución de controversias, BOUZAS señaló: ‘Esta Asociación formalizada por el Tratado que instituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio ALALC (1960), sustituido ahora por el Tratado de la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI (1980), acordó, además, un Protocolo especial destinado a regular el procedimiento para la Solución de las Controversias que pudieren suscitarse debido a la aplicación del Tratado de Montevideo, sus Protocolos, Resoluciones y Decisiones. Este protocolo especial al que antecedió el “Mecanismo provisional” aprobado por la Resolución 165 de la ALALC, fue adoptado temporalmente por el Grupo Andino hasta la aprobación del Tratado constitutivo de su Tribunal de Justicia, según el cual, el Protocolo de la ALALC debía regir únicamente para casos especiales, considerados como tales las controversias que se presenten entre alguno de los países andinos con otro país suscriptor del Tratado de Montevideo. (énfasis

respondiendo a su naturaleza política, utilizó los medios diplomáticos para la solución de diferencias, orientación que no garantizó una solución final a posibles controversias entre Estados y más aún permitió la posibilidad de acudir al mecanismo subsidiario de la ALALC. Adicionalmente, se generó un problema de parcialidad para el caso de las controversias entre los Estados, ya que la propia Comisión reunía los roles de juez y parte¹⁵⁷. Por su parte las personas naturales y jurídicas carecían de la posibilidad de plantear recursos ante la organización andina.

Con relación a la problemática relacionada antes de la puesta en marcha del principio de la aplicación directa, existía falta de coordinación en los países miembros de la Comunidad Andina, relacionada con la vigencia de la normativa andina: PICO MANTILLA¹⁵⁸, señalaba:

Era muy común, afortunadamente menos en la actualidad, escuchar la necesidad de incorporar al derecho interno, toda norma comunitaria, como requisito previo para su validez y aplicación en los países del Acuerdo. La falta de uniformidad en las disposiciones finales de estos instrumentos e inicialmente la omisión de las fechas de su aprobación y la inexistencia de un órgano de publicación oficial contribuyeron junto al deliberado o inevitable incumplimiento, a crear un ambiente de inseguridad en la aplicación de la norma andina y de equivocación jurídica en torno a la obligatoriedad de sus preceptos. Inclusive, en los Países Miembros se adoptan requisitos internos jurídicamente innecesarios para la vigencia de las Decisiones de la Comisión.

La misma Comisión aportaba a la confusión de la validez de la entrada en vigencia de la norma comunitaria, al señalar que *"(...) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la*

agregado) Por su parte, el Protocolo para la solución de controversias de la ALALC señala los procedimientos tradicionales para resolver las diferencias entre los Estados partes. Autoriza las negociaciones directas entre los países dándole carácter obligatorio a sus acuerdos; a falta de éstos, prevé la intervención del Consejo Ejecutivo de la Asociación y finalmente, si no hay éxito en la mediación o búsqueda de "avenencia" de las partes, permite acudir a la solución arbitral, la cual puede solicitarse directamente sin necesidad de acudir al Comité Ejecutivo, cuando las partes no cumplan con lo convenido." ROBERTO BOUZAS, "Sobre las posibilidades de análisis y convergencia sobre los acuerdos en el marco de la ALADI". Buenos Aires, Instituto del Servicio Exterior de la Nación, 2004, p. 90.

¹⁵⁷ LUÍS CARLOS, SÁCHICA, «Introducción al Derecho Andino» Quito Artes Gráficas, 1985, p 67.

¹⁵⁸ GALO, PICO MANTILLA, "Jurisprudencia Andina", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Artes Gráficas Señal, Impreseñal Cía. Ltda. Isla Seymour 391, Quito, p. 41.

Comisión. En consecuencia dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia". (cursivas agregadas)

Esta situación general junto a la falta de un órgano representativo y a las difíciles¹⁵⁹ circunstancias económicas¹⁶⁰ de los Estados miembros, impidió consolidar la primacía del interés común¹⁶¹ en el proceso de integración andino que, por el contrario pareció apuntar a la consecución de objetivos de cada Estado Miembro. En ese sentido en palabras de SÁNCHEZ, *"(...) durante esta primera etapa el Grupo Andino no desarrolló adecuadamente las pocas características supranacionales que establecía su instrumento constitutivo y de este modo se manifestaba en su funcionamiento como una organización de cooperación entre Estados¹⁶²".* (cursivas agregadas)

2.5 Las Modificaciones al Acuerdo de Cartagena frente al incumplimiento de los Países Miembros.

¹⁵⁹ La página web oficial de la Comunidad Andina, simplifica la crisis sufrida por sus miembros y por el proceso de integración con las siguientes palabras: *«La historia del Grupo Andino, que hoy conocemos con el nombre de Comunidad Andina, se ha caracterizado por avances y retrocesos como ocurre con cualquier otro grupo de integración»* (cursivas agregadas) extraído de la página web <http://www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm>, el 26 de enero de 2012.

¹⁶⁰ «La década de los ochenta fue tanto para los países andinos como para la integración andina, una década perdida. La crisis de la deuda afectó a todos los países de la región, desde México hasta Argentina y se reflejó en la integración, que sufrió un estancamiento», extraído de la página web: <http://www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm>, el 26 de enero de 2012.

¹⁶¹ Incluso Declaraciones Oficiales de la Pagina web de la Comunidad Andina, siguen señalando: "Los mandatos presidenciales para el establecimiento de un Mercado Común Andino en el año 2005 colocan a los Países en la perspectiva de incrementar en los próximos años los flujos comerciales al interior de la Comunidad Andina. Siendo ello así, la normativa comunitaria en materia de propiedad industrial, en concepto de la Secretaría General, debe acompañar el proceso de integración andino, procurando una mayor protección a los titulares de marcas registradas en la Subregión". Fuente: <http://www.comunidadandina.org/propiedad/intelectual2.htm>, visitada el 11 de diciembre de 2011.

¹⁶² CHÁN, SÁNCHEZ, *"Aspectos Políticos de la Integración del Grupo Andino, 1989 -Julio José 1996"*. En "Revista Comercio Exterior" Vol. 47, N° 5, del Banco Nacional de Comercio Exterior - México, mayo de 1997.

Como se señaló precedentemente, el Acuerdo de Cartagena ¹⁶³ ha sido objeto de cinco modificaciones¹⁶⁴, la primera, mediante el Protocolo de Lima,¹⁶⁵ cuyo objetivo principal fue la ampliación de los plazos establecidos para el cumplimiento del Programa de Liberación y para la puesta en aplicación del Arancel Externo Común. En ese orden de ideas, a partir de 1978 se inicia una etapa que va hasta 1983, en la cual la crisis de la deuda externa¹⁶⁶ y los problemas políticos hicieron que la velocidad inicial del proceso fuera disminuyendo. De este modo, la segunda modificación, con el Protocolo de Arequipa de 1978¹⁶⁷ establecerá como objetivo principal la ampliación de los plazos previstos en el Acuerdo de Cartagena y en el Protocolo de Lima, en materia de Programa de Liberación y de Arancel Externo Común.

En palabras de MALDONADO, dicho Protocolo, *"(...) simbolizaba el rezago del proceso y una concentración por parte de sus miembros en la grave coyuntura doméstica"*¹⁶⁸. (cursivas agregadas) De esta manera, factores como el endeudamiento de los países andinos, la hiperinflación¹⁶⁹, o inclusive los conflictos producidos por las instauraciones de regímenes

¹⁶³ A este fin el Tratado Constitutivo del Acuerdo de Cartagena contempló la existencia de un órgano de carácter político normativo, la Comisión, y otro con un perfil técnico ejecutivo, la Junta (hoy en día la Secretaría General). En aquella ocasión, no se contempló la creación de un órgano jurisdiccional.

¹⁶⁴ Según SALMÓN GARATE: «En varias ocasiones el proceso ha tenido que ser relanzado y los plazos ampliados, ya que no ha habido voluntad política para avanzar. Los relanzamientos se han dado a través de protocolos como el de Quito de 1987, adoptado como una salida al estancamiento, situación que venía no sólo de la acumulación de incumplimientos, sino en la apatía de los gobiernos y la falta de voluntad política de hacer cumplir lo pactado». p. 34.

¹⁶⁵ COMUNIDAD ANDINA, Protocolo de Lima, del 30 de octubre de 1976.

¹⁶⁶ «La crisis de la deuda externa en la región se desató en la década de los ochenta cuando México anunció, en 1981, la imposibilidad de continuar sirviendo su deuda, lo cual significó sucesivos drásticos ajustes estructurales de los países latinoamericanos y el abandono de una estrategia de desarrollo que había comenzado a mostrar signos de agotamiento. Como resultado de los ajustes, la región retrocedió en su crecimiento, lo que le valió al período el nombre de la "década perdida". Colombia fue uno de los pocos países que no tuvo un problema de endeudamiento». Extraído de «La Deuda externa de los países andinos», Lima, mayo, 2001.

¹⁶⁷ COMUNIDAD ANDINA, Protocolo de Arequipa, del 21 de abril de 1978.

¹⁶⁸ H.MALDONADO LIRA (1999). «30 años de integración andina. Balances y perspectivas». Lima: Comunidad Andina, p. 32, 1999.

¹⁶⁹ «El deterioro en las condiciones económicas y sociales en la región se manifiesta también en las altas tasas inflacionarias de algunos países, como en los casos de Argentina que alcanzó el cuatro mil por ciento; en Nicaragua el tres mil por ciento; en Perú casi el tres mil por ciento; y en Brasil, cerca del mil quinientos por ciento por ciento». MALDONADO, Ob Cit, p. 33.

democráticos, van a poner en suspenso la integración andina, primordialmente en la consecución de objetivos comerciales.

Así, VIEIRA¹⁷⁰, al referirse a esta etapa, planteó:

Se frenó el proceso en su dinámica de crecimiento, al restablecer obstáculos al comercio a través de dispositivos unilaterales de los gobiernos, lo que afectó seriamente la credibilidad de parte del sector productivo y dificultó el entendimiento entre los países, pasando a ser prioritarios nuevamente los dispositivos para arreglar los problemas locales antes que respetar lo avanzado en materia de apertura comercial

En un ambiente de profunda crisis del proceso de integración, en razón del permanente incumplimiento de los países miembros, la tercera de las modificaciones fue realizada a través del Protocolo de Quito¹⁷¹.

En esta oportunidad, el aplazamiento de los compromisos tendría un carácter mucho más flexible, a la espera de que los países estuvieran en plenas condiciones de volver a involucrarse, por lo que dicho Protocolo amplió los objetivos del Acuerdo de Cartagena, los programas y las acciones de cooperación económica y social, así como la competencia de la Comisión y de la Junta; disciplinó los programas de desarrollo industrial, agropecuario, agroindustrial y de infraestructura física; introdujo las cláusulas de “nación más favorecida” y “trato nacional”; un “Programa de Liberación”, de aranceles, automático e irrevocable y comprendería, salvo excepciones, la universalidad de los productos, para llegar progresivamente a su liberación total; atribuyó a la Comisión la competencia de fijar los plazos y las modalidades de aplicación del Arancel Externo Común; y extendió el régimen de las cláusulas de salvaguardia.

¹⁷⁰ E. VIEIRA, «Escenarios alternativos para la integración andina». En: SANIN, JAVIER, (edit.). «Alternativas para la Comunidad Andina. Frente al ALCA y a MERCOSUR». Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004, p. 48-49.

¹⁷¹ COMUNIDAD ANDINA, Protocolo de Quito, del 12 de mayo de 1987.

En cuanto a la solución de las controversias, el instrumento estableció que las que surgieran, con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico del Acuerdo, se sujetarían a las normas del Tratado de Creación del Tribunal.¹⁷²

Hacia 1989, se produce una profunda renovación en la integración andina, como consecuencia de dos variaciones del contexto internacional: por un lado, un cambio de modelo de regionalismo hacia adentro, al de regionalismo abierto¹⁷³, el cual hace compatibles la apertura económica y la utilización de mecanismos de integración convergentes. Se respondía así a la necesidad de una mayor liberalización del comercio a nivel multilateral y regional¹⁷⁴ y por otro lado, al crecimiento que experimentaban las economías andinas producto de la exportación de materias primas. Esto desembocó en un interés unánime de los andinos por retomar decididamente las riendas integracionistas. De hecho, uno de los aspectos fundamentales para que esta renovación fuera posible, fue la decidida intervención de los presidentes de los cinco Países, quienes asumieron la conducción del proceso, institucionalizando entre 1989 y 1992 reuniones semestrales del Consejo Presidencial Andino¹⁷⁵.

Dicho espacio se convirtió en una instancia decisoria, desde la cual comenzaron a emanar directrices orientadoras del renovado proceso de integración¹⁷⁶. De esta forma se llegó a formular un diseño estratégico para la orientación del grupo en la década de 1990, dirigido a

¹⁷² Artículo 23 del Protocolo de Quito.

¹⁷³ “El proteccionismo imperaba durante los años sesenta, así bajo la fórmula de la “sustitución de importaciones” idea propugnada por la CEPAL, se diseñó buena parte del proceso de integración de la ALALC y del Grupo Andino, conduciéndolo “hacia adentro”, en lugar de integrarlo de manera multilateral; es decir, abrirlo hacia otros bloques o mercados regionales. Esta situación predominaría hasta mediados de los años ochenta cuando los países andinos empezaron a negociar un nuevo protocolo, en el que se definieron los términos para un intercambio comercial más fluido”. LUÍS TELLO VIDAL, “El Perú en el proceso de Integración andino de 1992 a 1997”, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2004, p. 56.

¹⁷⁴ AHUMADA C y MEYER, H. (2006, Eds). «Desafíos y alternativas para la integración andina en el nuevo siglo». Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2006, p. 87.

¹⁷⁵ E. VIEIRA, «Escenarios alternativos (...)», ob cit. p. 67.

¹⁷⁶ H. MALDONADO LIRA (1999). «30 años de integración andina.(...)», ob. cit, p. 56.

definir las fechas para el cumplimiento de los compromisos que habían quedado pendientes en los ochenta. Sin embargo, ya se empezaban a divisar las primeras inconsistencias en la formulación y acatamiento de los objetivos comerciales, lo cual traería nuevos incumplimientos y conflictos intracomunitarios y binacionales. Por un lado, se estipuló que la Zona de Libre Comercio tendría que entrar en vigencia en enero de 1992, pero lo hizo sólo hasta octubre de ese mismo año y sin Perú¹⁷⁷, que se excluyó temporalmente del cumplimiento de compromisos al no llegar a un acuerdo con los demás países, perjudicando aún más la adopción del Arancel Externo Común. Sólo hasta 1997, Perú asume su condición de miembro pleno de la CAN y se reintegra a la Zona de Libre Comercio¹⁷⁸.

Por otro lado, en 1995, el resto de países andinos lograron adoptar una Unión Aduanera, la cual es imperfecta por las diversas excepciones que se concedieron en su aplicación y que tienen que ver no sólo con las concesiones en la estructura arancelaria para Bolivia y Ecuador, sino que con el ánimo de involucrar a Perú, los cinco países quedaron comprometidos en alcanzar un Arancel Externo Común equivalente al 62% del universo arancelario para enero de 2004. Sin embargo, una vez más su aplicación fue postergada para mayo de 2005 dada la dificultad que tuvieron los países para implementarla¹⁷⁹.

¹⁷⁷ En primer término, la Decisión 321, referente a la Suspensión temporal del Perú,(162) define el status quo del Perú, al establecer la suspensión de sus obligaciones respecto al Programa de Liberación y al Arancel Externo Común a partir de la fecha de entrada en vigor de la norma, y hasta el 31 de diciembre de 1993; tal como se señala en su primer Artículo. En el segundo Artículo, se indica que el Perú tampoco participaría de la adopción de Decisiones relacionadas con los aspectos comerciales que recurrentemente venía trabajando el Grupo Andino, como son la armonización de políticas macroeconómicas, la definición del Arancel Externo Común, las medidas para conducir al perfeccionamiento de la Zona de Libre Comercio, y las negociaciones comerciales con terceros países.

¹⁷⁸ JUÁN PABLO RODRÍGUEZ, «Comunidad Andina y Mercosur: desafíos pendientes de la integración en América Latina» Seminario-taller internacional Comunidad Andina- Mercosur en perspectiva comparada. Santa Fé de Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores. 12 y 13 de Octubre de 2009.

¹⁷⁹ ALLAN WAGNER, "Hacia una política exterior común de la Comunidad Andina". Secretaría General de la Comunidad Andina y Cooperación Regional francesa para los países andinos, Santafé de Bogotá, 1994, p. 70.

La cuarta modificación tuvo lugar con la suscripción del Protocolo de Trujillo,¹⁸⁰ durante el VIII Consejo Presidencial Andino, por virtud del cual se creó la “Comunidad Andina” como una organización subregional, con personalidad jurídica internacional, integrada por los Estados Miembros; se estableció la composición del Sistema Andino de Integración (SAI) y se atribuyó competencias a cada uno de sus órganos e instituciones; se reemplazó la Junta por la Secretaría General y, en cuanto al régimen de solución de controversias, el Protocolo declaró que el Tribunal de Justicia sería el órgano jurisdiccional de la Comunidad, su régimen estaría constituido por el Acuerdo de Cartagena, su Tratado de Creación y sus protocolos modificatorios, y que tendría su sede en la ciudad de Quito, República del Ecuador.¹⁸¹

En ese orden de ideas, la quinta modificación del Acuerdo tuvo lugar con la aprobación del Protocolo de Sucre, en vigencia desde el 14 de abril del año 2003.¹⁸² Este instrumento facultó a la Comisión para aprobar un marco general de principios y normas, destinado a lograr la liberación del comercio subregional de servicios; estableció, en el ámbito de la cooperación económica y social, una serie de programas para objetivos de desarrollo social; incorporó la figura de los Miembros Asociados; e introdujo un régimen especial para el Perú, otorgándole competencias a la Comisión, para definir los términos del Programa de Liberación a ser aplicado al comercio entre el Perú y los demás Países Miembros, con el objeto de lograr, a más tardar el 31 de diciembre del año 2005, el pleno funcionamiento de la Zona Andina de Libre Comercio, y eximió a dicho país andino de la obligación de aplicar el Arancel Externo Común, hasta que la Comisión decidiese los plazos y modalidades para su incorporación al citado mecanismo; finalmente, facultó a la Comisión para el establecimiento de un mecanismo arbitral.¹⁸³

¹⁸⁰ COMUNIDAD ANDINA, Protocolo de Trujillo, de 10 de marzo de 1996.

¹⁸¹ Artículos 48, 5, 6, 11 al 46, 40 y 41 del Protocolo de Trujillo.

¹⁸² COMUNIDAD ANDINA, Decisión 406, Protocolo de Sucre, del 25 de junio de 1997.

¹⁸³ Artículos 79, 130, 136 y Primera Disposición Transitoria del Protocolo de Sucre.

De esta manera, se establece que las modificaciones al Acuerdo de Cartagena, se realizaron sobre incumplimientos de los Países miembros en los plazos establecidos, por problemáticas internas y la falta de una estructura comunitaria andina sólida, o el intento de conseguirla u ordenarla a partir del Sistema Andino de Integración. En otras palabras, las modificaciones al Acuerdo de Cartagena no supusieron que las mismas se planteen como resultado del éxito en la integración andina, por el contrario en su mayoría constituyeron medidas de reparación y reencauzamiento, al contrario de la Unión Europea, cuyo proceso se enmarcó en una permanente evolución y crecimiento. Tal situación incluso justificó el desarrollo de teorías de integración (señaladas en el capítulo respectivo de esta investigación), las cuales explicaron la consolidación de la Unión Europea, ya sea desde intereses de grupos transnacionales (neofuncionalismo), el crecimiento sector por sector (según el funcionalismo lo que se conoce como *spillover effect*) o la discusión sobre el papel que tendrá el Estado soberano a partir de su inserción a dichos procesos de integración (intergubernamentalismo, supranacionalismo).

3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN SUPRANACIONALES EUROPEO Y ANDINO

Previamente a establecer cual es ordenamiento jurídico de los procesos de integración europeo y andino, señalando sus semejanzas y diferencias, se deberá pasar revista al concepto de Derecho Comunitario.

3.1 Concepto del Derecho Comunitario

Señalando una aproximación al Derecho Comunitario, el Profesor G. ISAAC¹⁸⁴, lo define como *"(...) un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que dispone de fuentes propias, órganos de producción normativa también propios, sujetos a procedimientos y esquemas de procedimientos reglados y un sistema judicial de garantía de su aplicación e interpretación uniforme"*¹⁸⁵. (cursivas agregadas) En ese orden de ideas, se puede hablar de Derecho Comunitario Europeo, en un doble sentido: "restrictivo", donde el Derecho Comunitario es el que se encuentra contenido en los Tratados Constitutivos de la Unión Europea y sus modificaciones (Derecho Primario) y "amplio", porque comprende, además, el conjunto de reglas emanadas de la función normativa que corresponde a sus instituciones. (Derecho Derivado)

3.2 Características del Derecho Comunitario en la Unión Europea.

El Derecho Comunitario Europeo regirá a partir de la publicación de sus normas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) tras la respectiva *vacatio legis*, sin ser necesaria su inserción en los distintos medios de publicidad nacionales, como sucedería en cambio con cualquier disposición de origen internacional¹⁸⁶.

Dicha característica emerge de los caracteres que posee el Derecho Comunitario, cuyo origen habrá de buscarse en la propia naturaleza de la Unión Europea. En efecto, dicha entidad que ha sido equiparada a una mera organización internacional- intergubernamental como se

¹⁸⁴ Dice GUY ISAAC, que: *"(...) el proceso de la integración europea se ha desarrollado bajo la presión constante de una revisión periódica de sus normas constitutivas. Desechada la idea de una Europa Federal (Proyecto Briand de 7 septiembre de 1929, o Congreso de La Haya de 8 mayo 1948), su desarrollo ha sido siempre fiel a la idea de "progresividad" que animó a Jean Monnet y a Robert Schuman, en nombre de Francia, a lanzar en 1950 el reto de la unidad europea: Europa no se hará de golpe, ni en una construcción de conjunto; se hará mediante realizaciones concretas, creando en principio una solidaridad de hecho"*. ISAAC GUY, «Manual de Derecho Comunitario General», Segunda Edición, Ariel Barcelona, 1991, p. 111.

¹⁸⁵ ISAAC GUY, «Manual de Derecho», ob. cit. p. 111.

¹⁸⁶ GADEA SANTAOLALLA, F.J. «Nota sobre la publicación del Derecho de las Comunidades Europeas», DA 1982, N.º 194, pp. 193 y ss.

analizó precedentemente¹⁸⁷, presenta también una originalidad propia que podría equipararse a una estructura federal. Sin embargo, parece más adecuada la posición alemana, que señaló que dentro de las particularidades del Derecho Comunitario, se debe diferenciar del Derecho Internacional clásico, por cuanto presenta características como son la aplicabilidad inmediata, el efecto directo y la primacía de sus normas comunitarias respecto de las competencias cedidas por los Estados miembros a la Unión Europea. También se menciona el carácter obligatorio u «efecto apremiante», así como la autonomía del Derecho comunitario¹⁸⁸.

Así se entiende que el fundamento jurídico del respeto por los Estados miembros de estas características propias del Derecho comunitario radica en el Artículo 5 del Tratado de la Unión Europea¹⁸⁹, que impone a los socios el deber de adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones y, en sentido negativo, la abstención de toda actividad que pueda poner en peligro los fines pactados¹⁹⁰.

Esta enunciación general del Artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, se concreta en el Artículo 189 también del mismo Tratado, en el que se confirma la obligatoriedad y vinculación de la normativa comunitaria en su respectivo grado¹⁹¹.

De esta manera, la configuración del Derecho Comunitario, con sus características particulares, permite calificar a la Unión Europea como una institución supranacional¹⁹² (o

¹⁸⁷ MAHON, VID ME, J. F. «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea», ob. cit., esp. pp. 5 y ss.

¹⁸⁸ MAHON, J. F. «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea», ob. cit., esp. pp. 5 y ss.

¹⁸⁹ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, denominación que sustituye a la anterior de Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) a partir de las modificaciones operadas en el mismo por el Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht.

¹⁹⁰ «El Tribunal de Justicia permanentemente recuerda a los órganos jurisdiccionales nacionales su responsabilidad en el incumplimiento del Derecho Comunitario por parte de las autoridades nacionales, siempre que ello cause perjuicio a los derechos subjetivos de los particulares». KOVAR R. «Relaciones entre el Derecho Comunitario y los derechos nacionales», Treinta años de Derecho Comunitario, p. 115 y ss., esp. p. 149

¹⁹¹ KOVAR R. «Relaciones entre el Derecho Comunitario y los derechos nacionales», ob. cit, p. 300.

supraestatal), creada por los Estados miembros, los cuales ceden parcelas de sus competencias soberanas en favor de este nuevo poder público autónomo e independiente.

Así se afirma la superación de la perspectiva internacionalista y federalista explicada ut supra¹⁹³, como de la funcionalista, o sea, la que configura a la Unión Europea como «una organización con fines específicos».

En armonía con esa visión se han contemplado los Tratados fundacionales como la Constitución de la Unión Europea¹⁹⁴, Norma fundamental y, por ende, inmediatamente obligatoria, que integraría, el Derecho Comunitario originario o primario¹⁹⁵. Esta identificación del Tratado de Roma con la Constitución europea es una expresión acuñada de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al afirmar que la Unión Europea es una «Comunidad de Derecho» y que el Tratado constituye una “Carta Constitucional Fundamental¹⁹⁶”. Así, las principales características del Derecho Comunitario son las siguientes:

¹⁹² Defiende la teoría de la supranacionalidad: BUENO ARUS F. «Características del ordenamiento jurídico comunitario», Iniciación al estudio del Derecho Comunitario europeo, Madrid 1984, p. 99 quien define a la supranacionalidad como «(...) fenómeno de integración, que supone una cesión de competencias soberanas en materias determinadas y una subordinación a las instituciones comunitarias en esas áreas limitadas transferidas»

¹⁹³ En cuya defensa también acude en algún momento la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, en la S. Van Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, cit. Los argumentos en favor de la teoría federalista se encuentran recogidos en la nota n.º 14.

¹⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRIA, E., «El Proyecto de Constitución Europea», y MANGAS MARTIN, A., «Reflexiones sobre el Proyecto de Constitución europea ante la perspectiva de la reforma de 1996», ambos en REDC 1995, n.º 45, pp. 9 y ss., y 135 y ss., respectivamente; así también Delgado-Iribarren García-Campero, M., «La reforma del control jurisdiccional comunitario en la Resolución sobre la Constitución de la Unión Europea aprobada por el Parlamento Europeo el 10 de febrero de 1994», N. UE, 1996, n.º 133, pp. 9 y ss., en relación con las innovaciones introducidas en el aspecto judicial.

¹⁹⁵ Comunitario primario que no sólo se compone de los Tratados fundacionales, sino que se añaden además los principios generales de Derecho Comunitario. En este sentido, consúltese Rideau, J. «El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; técnicas de protección», Tribunales Constitucionales europeos y Derechos Fundamentales, Madrid 1984, pp. 537 y ss., esp. p. 539. Sin atreverse a pronunciar tal afirmación, Sánchez Rodríguez, L.I. «Los Tratados constitutivos y el Derecho derivado», op. cit., sugiere que los Principios Generales de Derecho, entre los que cabe incluir a los Derechos Fundamentales, están «dotados de autoridad superior a Derecho Derivado» (p. 337).

¹⁹⁶ *Vid.*, igualmente, Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 18 de octubre de 1967.

A) La autonomía, por la cual, se entiende que el Derecho Comunitario Europeo no es un Derecho Extranjero, como ha puesto de relieve GUY ISAAC. Al contrario, es el Derecho propio de cada uno de los Estados Miembros. En este sentido, se configura como Derecho Autónomo, distinto del Derecho Internacional y del Derecho Interno de los Estados Miembros.

B) La unidad, puesto que no se trata de un conglomerado de normas dispersas en cuerpos distintos, sino de un solo cuerpo normativo, económico, orgánico y funcional orientado a la realización de los fines de los Tratados con carácter progresivo y dinámico.

C) Complementariamente, el Derecho Comunitario es complejo, porque en él se distinguen una serie de "Derechos", primario, derivado y complementario.

3.3 Características del Derecho Comunitario en la Comunidad Andina

Al igual que en el Derecho Comunitario Europeo¹⁹⁷, con la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se establecen los principios de aplicabilidad directa, preferente e inmediata de la norma comunitaria andina, por lo que en virtud de lo anterior, cuando se aborda el tema del Derecho Comunitario en la integración andina, debe plantearse el interrogante sobre el carácter vinculante de éste en cada uno de los Estados miembros.

¹⁹⁷ "A diferencia de las jurisdicciones internacionales clásicas (Tribunal Internacional de Justicia) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente de iure en los casos previstos en los tratados, sin que sea necesario que el Estado acepte dicha competencia. *La jurisdicción del Tribunal de Justicia es obligatoria*, y en el ámbito de su competencia exclusiva, las decisiones del Tribunal de Justicia se imponen a los Estados miembros, a las instituciones comunitarias, y a los particulares". JACQUES SANTER, "El Derecho Comunitario instrumento de la Integración Europea", Universidad de Alicante, 1995, p. 210.

Es por esto que la integración andina, considerará los principios básicos del Derecho Comunitario: 1) atribuir competencias específicas a organismos de carácter supranacional, 2) definir los efectos jurídicos de las normas que son proferidas por dichos organismos, 3) establecer la posición jerárquica que tienen estas normas frente a las del ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

Así se debe destacar que el Derecho Comunitario andino, para su conformación, aplicación y vigencia, tomará como fuente principal al Derecho Comunitario europeo, del que extraerá sus características principales. En ese sentido, se considera pertinente citar la reflexión de VIGIL TOLEDO:

En la Comunidad Andina se optó por el modelo europeo. De ahí que la estructura y las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina guarden tanta semejanza con las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y ello explica también que se siga de cerca el desarrollo de su jurisprudencia y que exista una relación mutua de cooperación entre ambos órganos jurisdiccionales, pues finalmente, la naturaleza y las características del Derecho Comunitario Andino son idénticas al Derecho de la Unión Europea, en lo fundamental¹⁹⁸.

El proceso de integración andino, se caracteriza por tener un ordenamiento jurídico autónomo, completo, dinámico y obligatorio para los Estados miembros que lo conforman, así como para los distintos organismos que participan en su funcionamiento¹⁹⁹, como ser los que integran el Sistema Andino de Integración (SAI). Este ordenamiento subregional formará parte, a su vez, de los ordenamientos jurídicos de los países miembros y se inscribe en el marco general del Derecho de Integración²⁰⁰.

¹⁹⁸ RICARDO VIGIL TOLEDO, «El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos», disertación expuesta en Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 10 de Febrer de 2011.

¹⁹⁹ LUÍS CARLOS, SÁCHICA y otros. «El Ordenamiento Jurídico Andino y su Tribunal de Justicia». En: *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI. 1985/ Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986. p. 5.

²⁰⁰ MANUEL, ORELLANA, «El Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena». En: *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino, la CEE, el CAME y la ALADI*, Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1983, p. 66.

Se dice que este ordenamiento es *autónomo* en el sentido de que no depende ni deriva de ningún otro ordenamiento jurídico. Si bien se encuentra vinculado con el Derecho Internacional Público y los ordenamientos nacionales de los países miembros, esta relación no es de dependencia²⁰¹. Por otro lado, se señala que el ordenamiento jurídico andino estaría *completo*²⁰² en la medida en que no sólo implica un conjunto de normas que regulan el proceso de integración sino, también, un conjunto de órganos y mecanismos que garantizan la legalidad de la actuación de los órganos comunitarios y de los propios Estados miembros al interior del proceso. A ello habría que agregar que el ordenamiento jurídico andino es un derecho *cambiante y dinámico*, no estático y definitivo. Se trata, por tanto, de un derecho evolutivo por los progresos que alcanza en su desarrollo²⁰³.

3.4 Concepción de soberanía en el Derecho Comunitario

La Unión Europea, sienta las primeras bases del Derecho Comunitario, desde el momento en que la misma “experiencia europea” con sus logros y fracasos se convierte en “paradigma” y en una guía para cualquier intento integracionista, teniendo como base primigenia el factor económico²⁰⁴, pero trascienden el mismo y necesitan consolidarse en una organización jurídica para afianzar su sobrevivencia. En este sentido, MONTAÑO afirma que:

²⁰¹ “Para la Doctrina europea, desde un principio ha de advertirse que el Derecho Comunitario trasciende de la perspectiva del Derecho Internacional clásico, puesto que disfruta de una característica particular cual es la de su peculiar «integración» en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros. Defendemos, pues, la tesis de la «integración» del ordenamiento jurídico comunitario en el Derecho interno, como modo de hacer posible su efectividad, aún reconociendo que ambos sistemas legales son distintos y diferentes”. MAR, JIMENO BULNES, “La Cuestión Prejudicial del Artículo 177”, Id. vLex: VLEX-OG504, p. 1.

²⁰² FABIÁN, NOVAK TALAVERA, «La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico», 2001, Editorial Universidad Católica de Lima, p. 34.

²⁰³ INSIGNARES CERA, «Las elecciones directas (...)», p.309.

²⁰⁴ MOLINA DEL POZO, asume una posición crítica en cuanto a que la Unión Europea estaría conformada básicamente por intereses económicos: «Hasta ahora se han tratado los temas y las políticas comunitarias, casi exclusivamente en sus aspectos económicos, cuando existe un problema mucho más fundamental, como es la base que sustenta y ordena todas las áreas, es decir el ordenamiento jurídico comunitario. No olvidemos que todo proceso económico tiene un basamento jurídico que es el que establece que se pueda llevar a cabo el intercambio

A ciencia cierta diremos que el Derecho no es ajeno al establecimiento de una correlación con la economía y sus problemas, lo que asegura una dinámica jurídico- económica inagotable y con múltiples efectos, enfocada a mejorar los sistemas económicos nacionales y como consecuencia de esto, el nivel de vida de toda la sociedad, cuestión en buena parte auspiciada hoy en día por el incremento de las relaciones internacionales, de la cooperación entre los países y el avance de los procesos de integración.²⁰⁵

Producto del avance de la globalización económica, las relaciones internacionales entre los países son mucho más intensas, e incluso la competencia comercial obliga a varios Estados a asociarse para poder competir en bloques regionales. Dichas asociaciones integracionistas necesitan de un cuerpo normativo de leyes cuyas instituciones no necesariamente reemplazan a los Estados sino que crea instancias de colaboración, donde éstos delegan determinadas competencias soberanas, originando las bases del Derecho comunitario.²⁰⁶ Es lo que en palabras de KAUNE se denomina “soberanía compartida”:

Soberanía compartida es la fusión de partes del ejercicio de la soberanía cedidas por los Estados Miembros a la organización supranacional, en virtud de la cual, aquellos en lugar de ver reducidos sus poderes soberanos los incrementan, al ejercer competencias sobre toda la Comunidad, resultando de mayor amplitud y significación de donde se explica que los Países Miembros, a través de la Comunidad participan en la regulación de determinadas materias y competencias que benefician y afectan a los mismos²⁰⁷

Es pertinente hacer una reflexión, y es que en la Unión Europea, producto de dos guerras mundiales, se ha establecido la necesidad de dejar de lado nociones nacionalistas y de

comercial. Pero aquí le hemos dado toda la importancia al intercambio comercial, olvidando los aspectos jurídicos que son fundamentales», extraído de «El Derecho Comunitario y su aplicación (...)».

²⁰⁵ CÉSAR MONTAÑO GALARZA, “Comentarios y reflexiones sobre el Derecho Comunitario”, en *FORO N° 1, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador – Corporación Editora Nacional, Quito, 2003. p. 203.*

²⁰⁶ MONTAÑO GALARZA, (ob.cit., p.206.) sitúa “(...) cronológicamente el nacimiento del Derecho Comunitario a mediados del siglo XX, cuando en 1951 el grupo de los Seis (Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Francia, Alemania, Italia) firmó en París el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA), y que hoy luego de poco más de medio siglo y de la adopción de importantes nuevos instrumentos, ampliaciones y reformas ha dado lugar al nacimiento de la Unión Europea”.

²⁰⁷ WALTER KAUNE ARTEAGA: *“Manual Introductivo sobre: el Tribunal Comunitario Andino dentro del contexto del Derecho Comunitario y sus competencias, responsabilidad patrimonial de los Países Miembros e indemnización de daños”, Quito, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, p.2.*

soberanía absoluta²⁰⁸, para enfrentar un nuevo tipo de integración. Sin embargo, el plantear que países pobres, muchas veces desestructurados internamente y con problemas fronterizos como Ecuador, Colombia, Venezuela o Perú, cedan su soberanía a una Organización supranacional, es posible, pero no necesariamente efectivo, por lo que incluso en el caso de la Comunidad Andina, podría hablarse de una integración más aparente que real, en vista de los nacionalismos muchas veces exacerbados que aún se presentan.²⁰⁹

Desde el punto de vista europeo, de lo que se trata en definitiva es que la concepción absolutista de soberanía²¹⁰, que justificó la existencia del Estado- Nación, se va a resquebrajar, dando nacimiento a un tipo de integración que va más allá de lo meramente comercial situando el compromiso del Estado en un nivel superior de compromiso y de obligatoriedad vinculante. Este nuevo ordenamiento jurídico- comunitario, en opinión de EKMEKDJIAN presenta las siguientes particularidades:

²⁰⁸ Se considera pertinente la argumentación de HANS KELSEN, reconociendo el concepto de soberanía absoluta y su relación con un orden jurídico internacional, al señalar que: "(...) se desprende que el Estado (en el sentido de un Estado particular dado históricamente) solo puede ser afirmado como verdaderamente soberano cuando estemos decididos a aceptar las dos consecuencias siguientes: 1. que no hay sobre el mismo ningún orden jurídico, ni siquiera el Derecho Internacional; y 2. consiguientemente que tampoco pueden ser reconocidas otras Comunidades jurídicas coordinadas a él, otros Estados que también sean soberanos junto a él. Si se quiere permanecer en la tesis de una multiplicidad de comunidades jurídicas coordinadas entre sí y designadas como Estados, entonces debe renunciarse a la soberanía como propiedad del Estado, debe abandonarse el primado de un orden jurídico estatal particular y dar paso a la idea de un orden jurídico internacional o Derecho de Gentes, que se halle por encima de todos los Estados, merced al cual éstos se coordinan y que sea el que delimite sus esferas de competencia, en suma hay que dar paso a la idea del primado del orden jurídico internacional» KELSEN, «Compendio de Teoría General del Estado» Editorial Gernika, México, 2009, p. 62.

²⁰⁹ Por ejemplo en enero y febrero de 1995, estalló la Guerra del Cenepa o Guerra de Tiwinza, conflicto bélico que enfrentó a las fuerzas armadas del Perú y Ecuador durante los meses de enero y febrero de 1995; nunca hubo declaración formal de guerra entre ambos países, ni llegó a generalizarse por toda la frontera común. Las operaciones militares se sucedieron en territorio que hasta ese entonces se hallaba no delimitado, correspondiente a la cuenca del Río Cenepa, que es una zona de selva alta de complicado acceso, donde los factores climáticos y logísticos dificultaron los desplazamientos militares. El conflicto se resolvió con el apoyo de Argentina, Chile, Brasil y EE. UU. (países garantes del Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Río de Janeiro del 29 de enero de 1942), y bajo su tutela se pudo terminar el proceso de demarcación, fijando la frontera entre los tramos pendientes comprendidos entre los hitos Cunhime Sur y 20 de Noviembre, y Cusumaza–Bumbuiza y Yaupi–Santiago. Extraído de la Página web: <http://www.zonamilitar.com.ar/foros/threads/conflicto-del-cenepa-1995-peru-vs-ecuador.14135/>.

²¹⁰ «No hay un significado fijo del concepto de soberanía». M KOSKENNIEMI, «La Estructura Hobbesiana del Discurso Legal Internacional», Londres, AVEBURY, 1989, p. 168.

Si bien es autónomo e independiente tanto del orden jurídico internacional como nacional, desde el momento que se "integra" a este último, da origen a una conflictiva convivencia que llama a la doctrina y a la jurisprudencia a replantearse, de manera constante, nociones clásicas que hasta no hace mucho, eran tenidas como dogmas irrefutables del Derecho constitucional. En especial tres son las nociones de este tipo que han sido alcanzadas de lleno por el impacto reformador del orden jurídico comunitario: La noción de soberanía, derivada de ésta, la de supremacía de la constitución y, la de control de constitucionalidad.²¹¹

En este sentido, desde la óptica europea, el Estado ya no es el gran proveedor de leyes para sus ciudadanos y es que por delegación de competencias soberanas, cede su lugar a una comunidad de Estados, que de forma autónoma, emite mandatos de tipo económico, político y cultural. En otras palabras, el afirmar que existe un "orden jurídico comunitario," por sobre las competencias estatales, significa que se debería asumir que es inviable una noción de soberanía absoluta; uno de los primeros efectos de esta última afirmación es el que establece que incluso la supremacía constitucional permitiría la creación de Organizaciones con características de supranacionalidad.²¹²

Se debe profundizar el concepto de supranacionalidad²¹³. Este término, aparte de estar relacionado con la teoría neofuncionalista, fue utilizado como una de las principales características del proceso de integración europeo y del proceso de integración andino, y se refiere a cómo el Estado otorga competencias a una instancia comunitaria superior relativizando su soberanía. Según MANGAS MARTIN:

²¹¹ MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN, "*Derecho Comunitario*", Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1996, p.76.□

²¹² CÉSAR MONTAÑO GALARZA, "Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Edición 2004, Tomo II, p. 968.

²¹³ El proceso de integración europeo de corte inicialmente funcionalista, sustentado en realizaciones concretas a través de las cuales se fueron creando solidaridades de hecho, se inicia el 9 de mayo de 1950 con la Declaración Schuman, en la cual el entonces Ministro de Asuntos Exteriores francés anunciaba la propuesta hecha a Alemania de creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero, abierta a la participación de otros países de Europa. Esta Organización vio la luz el 18 de abril de 1951 y con ella aparece una nueva expresión en el lenguaje jurídico internacional, la de "supranacionalidad" recogida en los Artículos. 5 y 6 de su Tratado constitutivo.

Sin embargo, en el orden supranacional se reconocen de algún modo un cierto poder por encima del Estado; las entidades nacionales jurídicamente personificadas en la forma de Estados soberanos, aceptan someterse a una entidad superior común. Quiere decirse que la entidad nacional recibe órdenes jurídicamente válidas de una potencia superior y se somete a ellas. Luego, el poder supremo del Estado, la soberanía, concurre ante el orden supranacional en situación de subordinación, ocasionando su deterioro²¹⁴.

En otras palabras, la supranacionalidad en el marco del funcionalismo de DAVID MYTRANI y el neofuncionalismo de HAAS y LINDBERG²¹⁵, es necesaria si se pretende la paz universal y una comunidad política institucionalizada. Desde perspectivas de integración como el federalismo, funcionalismo y neofuncionalismo, la soberanía debe ser abordada como un concepto con elementos limitados, en tanto se debe delegar sobre la variable de toma de decisión, en el marco del Estado-nación, para transferirla a Organizaciones comunitarias, entendiendo que el contexto del sistema internacional, debe buscar replantear el concepto de soberanía. Esto en palabras de CARLOS S. FAYT, significa que:

El Estado soberano deja de ser un protagonista para presentarse como un elemento dentro del orden internacional. Así se explica que si se quiere mantener la tesis de la multiplicidad de comunidades jurídicas coordinadamente entre ellas y consideradas como Estados, es preciso renunciar a la soberanía concebida como propiedad de cada Estado y admitir la idea de un orden jurídico internacional (derecho de gentes) que se halle por encima de todos ellos y mediante el cual se coordinen delimitando sus respectivas esferas de competencia. Esto significa aceptar el primado del orden internacional en lugar del primado de un orden jurídico estatal particular ²¹⁶

La noción de supranacionalidad importa entonces que debe existir una noción divisible de la soberanía, en consecuencia el Derecho Comunitario se asume distinto al Derecho

²¹⁴ ARACELI MANGAS MARTIN, «Algunas reflexiones en torno al proceso jurídico de la Unión Europea», Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, p. 407.

²¹⁵ ROBERTO MANRIQUE S, «El Derecho y la Globalización de la economía: supranacionalidad y tribunales comunitarios» En: «Integración Internacional». Ed Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 1998, p 78.

²¹⁶ CARLOS S FAYT, «La Constitución Nacional y los Tribunales Internacionales de Arbitraje», Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 38.

Internacional Público, que reposa sobre la soberanía²¹⁷ “una e indivisible”, o en “la igualdad²¹⁸ de los Estados”²¹⁹.

Según SALMON GARATE, es necesario establecer las características de una organización supranacional²²⁰:

- a) La primacía del interés común.
- b) La transferencia de competencias soberanas.
- c) La aplicabilidad inmediata de las decisiones adoptadas por sus órganos.
- d) El efecto directo de las normas a los nacionales de los Estados Miembros.
- e) La primacía del ordenamiento jurídico supranacional sobre cualquier norma del Estado.
- f) La presencia dentro de su estructura de por lo menos un órgano que ejerce la representación de los nacionales de los Estados miembros.
- g) La existencia de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación y cumplimiento de su ordenamiento jurídico.

De esta manera²²¹, la aplicación de las competencias supranacionales en la Unión Europea, no ha significado un impedimento para el desarrollo paralelo de la cooperación intergubernamental puesto que ambos mecanismos coexisten en un mismo proceso integrador. En efecto, mientras que todo lo comunitario se rige por lo supranacional, los aspectos de Justicia

²¹⁷ Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

²¹⁸ Se debe mencionar que la Paz de Westfalia en 1648, «(...) es la fecha de nacimiento convenida para el sistema moderno de Estados. El Derecho Internacional será entendido como el conjunto de normas que rigen las relaciones entre ellos (...)». (cursivas agregadas) MÓNICA PINTO, «El Derecho Internacional, Vigencia y Desafíos en un escenario globalizado», Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p. 15.

²¹⁹ Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

²²⁰ ELIZABET SALMÓN GARATE, «Evolución Institucional de la Comunidad Andina, Perspectivas y problemas», en *Derecho Comunitario Andino*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 34.

²²¹ SALMÓN, p. 34.

local penal, así como la Política Exterior y de Seguridad Común, siguen perteneciendo al rubro de la cooperación intergubernamental.

Se puede concluir que una de las manifestaciones más importantes en el último siglo para la noción de Estado en tiempos de paz, es relativizar la noción de soberanía²²², la que surge con el Derecho Comunitario Europeo, para demostrar fortaleza, unión y armonía entre sus miembros. No obstante, desafortunadamente, las realidades de los procesos de integración siempre son diferentes en cada región, por lo que se planteará que, a pesar del esfuerzo de construir una jurisdicción comunitaria andina²²³, ésta no necesariamente tendrá el éxito de la Unión Europea.

3.5 Fuentes del Derecho Comunitario Andino

A continuación se detallan las fuentes del Derecho Comunitario señalando sus principales características y concepto.

Para establecer cuáles son las fuentes del Derecho Comunitario resulta necesario referirse al Artículo 1° del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que

²²² En cuanto a las definiciones que se han formulado de la soberanía JELLINEK la concibe como «(...) la capacidad que tiene el Estado de determinarse asimismo desde el punto de vista jurídico», Rousseau como «(...) el ejercicio de la voluntad general» y Kelsen como «(...) una cualidad del orden jurídico que consiste en que este sea supremo, no derivando su vigencia de ningún orden superior. En este sentido un orden es supremo o soberano cuando no está subordinado a ningún otro: cuando su norma fundamental no pertenece a otro ordenamiento, o a otro sistema jurídico. En íntima relación con la formación y desarrollo del Estado nacional moderno, la declinación gradual del concepto de soberanía en cuanto a su forma tradicional corresponde al eclipse del Estado nacional, al surgimiento del Estado social y a la aparición de formas políticas supranacionales en el orden externo (*cursivas agregadas*) y a la democracia pluralista en el orden interno». CARLOS. S FAYT. «La Constitución Nacional y los Tribunales Internacionales de Arbitraje, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, Argentina, p. 12.

²²³ En lo que respecta a América Latina, según VIERA, se ha dejado de lado el debate teórico de la integración y resulta importante estudiar los avances teóricos producidos en Europa para analizar o encontrar los fundamentos que soporten nuestra integración, a partir de nuestras particularidades» CARLOS S FAYT, «La Constitución (...)», ob cit, p. 38.

establece expresamente el contenido de este ordenamiento jurídico²²⁴. El referido Artículo señala:

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la Integración Subregional Andina.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al igual que el Derecho Comunitario Europeo²²⁵ ha señalado «principalmente» la existencia de dos tipos de fuentes²²⁶, fuentes primarias y fuentes derivadas: El Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, constituyen el Derecho Primario, mientras que el Derecho Derivado, se encuentra constituido por más de 498 Decisiones aprobadas por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, más de 1015 Resoluciones del Secretario General.

²²⁴ El Artículo 1 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 28 de mayo de 1979, señala: «*El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena comprende: a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) El presente Tratado; c) Las Decisiones de la Comisión; y d) Las Resoluciones de la Junta*». (cursivas agregadas)

²²⁵ HAAS PETER, «*Introducción a las Comunidades Epistémicas y Políticas de Coordinación*», en Organizaciones Internacionales, Stanford, 1996, p. 92.

²²⁶ Así, en el Proceso N° 07-AÍ-99 del 12 de noviembre de 1999 (Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú por incumplimiento de obligaciones emanadas de los Artículos 5 del Tratado de Creación del Tribunal, 38 de la Decisión 344 de la Comisión y de las Resoluciones 079 y 106 de la Secretaría General), el Tribunal señaló: «El ordenamiento comunitario se compone, principalmente, de dos tipos de normas jurídicas que son "originarias", "primarias", o "constitucionales", las unas, contenidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, con sus respectivos y ya numerosos Protocolos modificatorios; y. "derivadas" o "secundarias", las otras, que son las contenidas en las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, y en las Resoluciones de la Secretaría General»

No obstante, la doctrina jurídica²²⁷ ha ampliado esta clasificación, señalando que las fuentes del Derecho Comunitario Andino pueden ser ordenadas hasta en cuatro grupos, que se detallan a continuación:

- Las fuentes primarias, conformadas por los primeros Tratados o tratados fundacionales, que originan la Comunidad.
- Las fuentes derivadas, que son aquellas que provienen de órganos comunitarios ya establecidos como la Comisión o el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.
- Las Fuentes Complementarias, integradas por Convenios de Complementación en su mayoría en el sector industrial.
- Por último, estarían otras fuentes auxiliares, como, por ejemplo, los Principios Generales del Derecho.

A continuación procederemos a exponer de manera separada cada una de las fuentes siguiendo este criterio doctrinal que, en nuestra opinión, resulta más completo y apropiado desde un punto de vista jurídico.

Las denominadas fuentes primarias básicas, originarias o de origen²²⁸ se encuentran conformadas por las normas constitutivas o fundacionales de este esquema de integración, a saber, los Tratados Internacionales que han creado o modificado el proceso de integración

²²⁷ ALVARO TEMPS, «El Derecho Andino en Colombia». Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 131.

²²⁸ FERNANDO, URIBE RESTREPO, *“El Derecho de la Integración en el Grupo Andino”*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 78.

andino. Se trata, por tanto, de normas de naturaleza convencional, cuya interpretación se rige por los principios generales de interpretación aplicables a cualquier Tratado Internacional y por el Derecho Internacional Público. En términos constitucionales, los Estados titulares del poder constituyente, atribuirían a la organización de integración supranacional ²²⁹ competencias y funciones en los tratados fundacionales. Por esa razón, las reformas a estos acuerdos fundantes requieren la intervención del poder constituyente, que, en este caso, radica en los Estados miembros²³⁰.

En este sentido, dentro del primer grupo de fuentes fundacionales se encuentra el Acuerdo de Integración Subregional del 26 de mayo de 1969, celebrado en la ciudad de Cartagena entre Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú; la Declaración de Compatibilidad con el Tratado de Montevideo (Resolución 179 del ALALC); los Instrumentos que determinaron la adhesión de Venezuela al Acuerdo (29 de noviembre de 1973); los Acuerdos que formalizaron la separación de Chile (5 de octubre de 1976); y los Protocolos Modificatorios del Acuerdo de 1969 (el Protocolo de Lima del 30 de octubre de 1976, el Protocolo de Arequipa del 21 de abril de 1978, el Protocolo de Quito del 12 de mayo de 1987, el Acta de Trujillo del 10 de marzo de 1996 y el Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996). Asimismo, forma parte de este primer grupo de fuentes el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 28 de mayo de 1979, así como sus posteriores modificaciones.

²²⁹ Según ORELLANA, "(...) cuando usamos el término organización supranacional, estamos haciendo énfasis en la presencia de un poder distinto y por encima del Estado. No olvidemos que el prefijo supra quiere decir arriba o sobre. Sin embargo, la supranacionalidad no sacrifica el Estado-Nación, simplemente atenúa su soberanía en mayor o menor medida y según los alcances de las competencias que transfiere a la organización de la que forma parte». ORELLANA, Manuel, *ob. cit.*, p. 76.

²³⁰ JOSÉ GUILLERMO, ANDUEZA, «La Aplicación Directa del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986, p. 34.

De lo anterior, en palabras de ORELLANA, "(...) incluso se podría concluir que las fuentes primarias no comprenderían otros acuerdos internacionales celebrados para promover la integración andina en otros sectores". (cursivas agregadas) Este es el caso del Convenio Andrés Bello sobre Educación, Ciencia y Cultura; el Convenio Simón Rodríguez en materia Laboral y Social; o el Convenio Hipólito Unanue, en el ámbito de la Salud²³¹. Tampoco estarían comprendidos dentro de las fuentes primarias, el Tratado que crea el Parlamento Andino²³², los que crean la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas, y el Acta Constitutiva de la Asociación de Empresas Estatales de Telecomunicaciones del Acuerdo Subregional Andino (ASETA).

Sin embargo, esta posición basada en la literalidad de la norma (falta de mención expresa de estos acuerdos) carece de mayor sentido, pues se trata de acuerdos internacionales que persiguen el mismo objetivo. En este sentido se manifiesta CASTRO, quien basándose en el literal e) del artículo I del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, incluye como parte de este ordenamiento a todos estos acuerdos dentro de las fuentes primarias del Derecho Comunitario Andino²³³.

Las denominadas fuentes secundarias o derivadas²³⁴, son aquellas compuestas por las normas dictadas por ciertos órganos comunitarios que, ejerciendo la competencia que les ha sido atribuida por los Estados miembros en el tratado fundacional, elaboran normas obligatorias

²³¹ Según la Secretaría General, en opinión señalada en la Resolución 341, la enumeración del Artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, es taxativa, y, por lo tanto, el Tratado de creación del Parlamento Andino no forma parte del Ordenamiento Jurídico Andino. Véase TANGARIFE, Marcel. «Sistema Jurisdiccional en el Proceso Andino». en: *Integración y Supranacionalidad, Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2001, p. 160.

²³² GALO PICO MANTILLA, "Derecho Andino". Quito: Tribunal del Acuerdo de Cartagena, 1989, p. 21.

²³³ JORGE, CASTRO BENIERI, «Reflexiones acerca del tema de las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina». *Agenda Internacional*, año VIII, N° 16, 2002, p. 84. El Artículo citado señala « (...) otros convenios adoptados por los países miembros de la Comunidad Andina en el marco del proceso andino de integración».

²³⁴ Las mismas son generadas por los órganos creados para dictar un marco normativo propio (Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión y Resoluciones de la Secretaría General).

para los Estados Miembros. Dentro de este grupo, encontramos, en primer lugar, las «Decisiones» dictadas por la Comisión de la Comunidad Andina²³⁵ y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; y, en segundo lugar, las «Resoluciones» dictadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina²³⁶.

Las Decisiones primero fueron promulgadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, para actualmente ser competencia del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina; no obstante, son expedidas en ejercicio de la facultad normativa concedida por el propio Acuerdo de Cartagena. Inicialmente dicho Acuerdo manifestaba que la Comisión es su “órgano máximo²³⁷” y que como tal tenía capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia y determinaba que expresaría su voluntad mediante “Decisiones”.

Posteriormente, mediante el Protocolo de Trujillo se crea la Comunidad Andina, la cual establece el Sistema Andino de Integración conformado entre otros órganos e instituciones, por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que expresa su voluntad mediante Declaraciones y “Decisiones²³⁸”, y por la Comisión de la Comunidad Andina que también expide

²³⁵ De acuerdo con el artículo 21 del Acuerdo de Cartagena, «La Comisión expresará su voluntad mediante Decisiones». El artículo 26 del mismo Acuerdo señala que estas Decisiones serán adoptadas con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y establece cuatro excepciones: a) las materias incluidas en el Anexo I, que deben ser aprobadas por mayoría absoluta sin que haya voto negativo; b) los casos que se enumeran en el Anexo II, que deben ser aprobados por mayoría absoluta y sin voto negativo; c) las materias relacionadas con el régimen.

²³⁶ Artículo 29 del Acuerdo de Cartagena: *“La Secretaría General se expresará mediante Resoluciones”*.

²³⁷ Según el Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969, en su Artículo 6, « La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y esta constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los Gobiernos de los Países Miembros. Cada Gobierno acreditará un representante titular y un alterno. La Comisión expresará su voluntad mediante Decisiones».

²³⁸ El Artículo 17 del Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Protocolo de Trujillo) señaló: «El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se expresará mediante Declaraciones y Decisiones, adoptadas por consenso. Estas últimas forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina».

“Decisiones²³⁹” las cuales, igual que las Decisiones del Consejo, forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y se publican en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

En ese sentido, las Decisiones son obligatorias para los Estados Miembros desde la fecha de su aprobación por parte del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión²⁴⁰. Tales instrumentos, en conjunto con las Resoluciones del Secretario General aplicables directamente a los Estados miembros, son aplicables desde el día en que son publicados en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que el Acto mismo indique una fecha posterior²⁴¹. Cuando el texto de cada Decisión así lo estipule, las mismas son incorporadas al derecho nacional mediante acto expreso en el que se señala la fecha que entrarán en vigor en cada Estado miembro.

Las Decisiones pueden tener un contenido muy variado, desde normas jurídicas, decisiones administrativas o financieras, hasta decisiones destinadas a controlar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Acuerdo. Estas Decisiones dictadas por la Comisión o por el Consejo Andino, pueden tratar la política general del Acuerdo, la coordinación de planes de desarrollo y la armonización de políticas económicas de los Países Miembros, tal como se observa en el siguiente cuadro en el que se organizan algunas de las principales decisiones de la Comunidad Andina, clasificadas por área, nombre, número y fecha:

²³⁹ El Artículo 21, del Protocolo de Trujillo, expresó: «*La Comisión expresará su voluntad mediante Decisiones*». (cursivas agregadas)

²⁴⁰ Al respecto el Artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 28 de mayo de 1996, señaló: «*Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina*».

²⁴¹ Artículo 3 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 28 de mayo de 1979.

ÁREA	DECISIÓN	Nº	FECHA
(General)	Acuerdo Marco de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Acuerdo de Cartagena y sus Países Miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela	329	22/10/1992
	Difusión de los Logros y Avances de la Comunidad Andina de la Unión Europea	540	11/03/2003
	Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)	563	25/06/2003
	Acuerdo de Dialogo Político y Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados , miembros, por una parte, y la Comunidad Andina y sus Estados miembros Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, por otra parte	595	11/07/2004

Barreras Comerciales: Sistemas de Información y Capacitación para su Manejo y/o Eliminación, temas aduaneros	Sistema Andino "JOSE CELESTINO MUTIS" sobre Agricultura, seguridad alimentaria u conservación del ambiente	182	25/07/1983
	Norma Subregional para la Conducción de Pruebas de Adaptación y Eficiencia de Materiales Vegetales	194	25/11/1983
	Norma Subregional para la Certificación y Control de Calidad para la Comercialización de Semillas	193	25/11/1983
	Programa Subregional Andino de Erradicación de la Fiebre Aftosa	255	12/09/1989
	Programa Andino de Prevención, Control y Erradicación de las Moscas de las Frutas	253	12/09/1989
	Tránsito Aduanero Internacional	327	22/10/1992
	Sanidad Agropecuaria Andina	328	22/10/1992
	Plan Andino de Acción para el Control y Erradicación de la Fiebre Aftosa y Apoyo al Programa de Emergencia del Perú	336	20/08/1993
	Arancel Externo Común	370	26/11/1994
	Valoración Aduanera	378	19/06/1995
	Declaración Andina de Valor	379	19/06/1995
	Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías	416	30/07/1997
	Criterios y Procedimientos para la fijación de Requisitos Específicos de Origen	417	30/07/1997
	Modificación de la Decisión 376 (Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología)	419	30/07/1997

Actualización de la Nomenclatura Común de los Países Miembros de la Comunidad Andina (NANDINA)	422	11/11/1997
Comité Andino de Autoridades Ambientales (CAAAM)	435	11/06/1998
Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola	436	11/06/1998
Procedimiento para la aplicación de preferencias arancelarias a productos incluidos en el Sistema Andino de Franjas de Precios	453	04/05/1999
Prórroga de los plazos establecidos en la Decisión 370 (Arancel Externo Común) para la última etapa de desmonte de la lista de excepciones al Arancel Externo Común	466	25/05/1999
Modificación y Actualización de los Anexos 1,2,3, y 4 de la Decisión 370, correspondiente al Arancel Externo Común	465	25/05/1999
Norma que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Tele-comunicaciones en la Comunidad Andina	462	25/05/1999
Tránsito Aduanero Internacional, sustitutoria de la Decisión 327 (Tránsito Aduanero Internacional)	477	08/06/2000
Asistencia Mutua y Cooperación entre las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina	478	08/06/2000
Normas para el registro, control, comercialización y uso de Productos Veterinarios	483	08/06/2000
Programa Estadístico Comunitario 2000-2004	488	07/12/2000
Reconocimiento y aceptación de certificados de productos que se comercialicen en la Comunidad Andina	506	22/06/2001
Actualización de la Nomenclatura NANDINA	507	22/06/2001
Adopción del Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios	510	30/10/2001
Elaboración de las estadísticas de comercio exterior de bienes de la Comunidad Andina y de sus Países Miembros	511	30/10/2001
Modificaciones a la Decisión 507 sobre actualización de la Nomenclatura NANDINA	517	08/03/2002
Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria	515	08/03/2002
Medidas para el comercio de productos de la cadena de oleaginosas	512	08/03/2002
Modificación de la Decisión 378 sobre Valoración Aduanera	521	07/06/2002

Modificación de la Decisión 371 sobre el Sistema Andino de Franjas de Precios	518	07/06/2002
Programa Subregional Andino de Erradicación de la Fiebre Aftosa (2002-2009)	519	07/06/2002
Nomenclatura de las Unidades Territoriales Estadísticas de la Comunidad Andina (NUTE ANDINA)	534	02/10/2002
Autorización para el diferimiento del Arancel Externo Común de productos de la cadena siderúrgica	533	02/10/2002
Arancel Externo Común	535	14/10/2002
Programas de Acciones de Convergencia (PAC)	543	14/04/2003
"Convenio de Financiación entre la Comisión Europea y la Comunidad Andina para el Proyecto de Cooperación UE-Comunidad Andina en Materia Estadísticas" ASR/AIDCO/2002/0390	556	25/06/2003
Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario	562	25/06/2003
Arancel Integrado Andino (ARIAN)	572	12/12/2003
Programa Común de Formación Aduanera Andina	573	12/12/2003
Criterios y Procedimientos para la reducción o suspensión transitoria del Arancel Externo Común para las importaciones de algodón de la su partida 5201.10.00.00	576	12/12/2003
Autorización de prórroga para el diferimiento del Arancel Externo Común de productos de la cadena siderúrgica	575	12/12/2003
Régimen Andino sobre Control Aduanero	574	12/12/2003
Valor en Aduana de la Mercancías Importadas	571	12/12/2003
Actualización de la Nomenclatura Común – NANDINA	570	12/12/2003
Modificación de la Decisión 535 (Arancel Externo Común)	569	12/12/2003
Modificación de la Decisiones 535 y 569 (Arancel Externo Común y Modificación)	577	28/02/2004
Modificación de la Decisión 535 (Arancel Externo Común) y otras disposiciones	580	04/05/2004
Modificación de la Decisión 371 (Traslado de las carnes de pollo sin trocear de la franja del Maíz Amarillo a la franja de los Trozos de Pollo de Sistema Andino de Franjas de Precios)	579	04/05/2004

	Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal		04/05/2004
	Modificación de la Decisión 535 (Arancel Externo Común) y otras disposiciones	580	04/05/2004
	Sistema Subregional de Información Estadística	115	
	Norma y Programa Subregional sobre Tecnología, Higiene e Inspección Sanitaria del Comercio de Ganado Bovino para Beneficio, Mataderos y Comercio de Carne Bovina	197	
	Creación del Consejo de Asuntos Aduaneros	166	

Cumplimiento de la Normativa Comercial Andina	Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena	184	19/08/1983
	Reconocimiento de la Confederación de Abogados de los Países Andinos como Órgano Subsidiario del Acuerdo	239	15/07/1988
	Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	472	28/05/1996
	Modificación del Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena	394	09/07/1996
	Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	500	22/06/2001

Negociaciones Comerciales Internacionales	Estructura, objetivos y funcionamiento del Consejo Andino de Ciencia y Tecnología	213	30/11/1986
	Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios	283	21/03/1991
	Relaciones comerciales con países de ALADI, Centroamérica y el Caribe	322	25/08/1992
	Eliminación de Subsidios y Armonización de Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales	330	22/10/1992
	Régimen Común de Protección a los derechos de los Obtenedores de Variedades Vegetales	345	21/10/1993
	Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos	351	17/12/1993
	Sistema Andino de Franja de Precios	371	26/11/1994
	Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina	439	11/06/1998

	Normas para prevenir o corregir las distorsiones de en la competencia generadas por prácticas de subvenciones e importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina	457	04/05/1997
	Normas para la adopción de medidas de salvaguardia a las Importaciones provenientes de países no miembros de la Comunidad Andina	452	12/04/1999
	Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en Importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina	456	04/05/1999
	Lineamientos para la negociación multilateral sobre la agricultura en la Organización Mundial del Comercio, la armonización de derechos consolidados y contingentes arancelarios y la coordinación ante dicha organización en materia de productos agropecuarios entre los Países Miembros	454	04/05/1999

Fuente: Elaboración propia, en base a información proporcionada por la Secretaria General de la Comunidad Andina en su página web: www.comunidadandina.org/sai/estructura_secretaria.html. Visitada el 11 de noviembre de 2011.

En cuanto a las Resoluciones, no se mencionan expresamente en el Acuerdo de Cartagena de 1969, por lo que será el Tribunal de Justicia de dicho Acuerdo el que las atribuya a la “Junta²⁴²”, delimitando sus competencias señalando que:

La Junta del Acuerdo, concretamente, como organismo técnico encargado en primer lugar de velar por la aplicación del Acuerdo (Artículo 15) y depositaria, por tanto, de una especie de “cláusula general de competencia”, debe estar dotada de facultades indispensables para cumplir su función frente al uso de las salvaguardias, para proteger el interés comunitario, evitar la inseguridad que puede afectar a otro País Miembro, o cualquier tipo de perjuicio injusto que pueda sufrir y para obtener y preservar el necesario y delicado equilibrio de intereses que se ha hecho mención.” (Proceso No. 1-N-86. G.O. N°. 21 de 15 de julio de 1987).

²⁴² El Artículo 13 del Acuerdo de Cartagena señaló: «La Junta es el órgano técnico del Acuerdo, estará integrada por tres miembros y actuará únicamente en función de los intereses de la Subregión en su conjunto», el Artículo 15, inciso a): “Corresponde a la Junta: Velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión”.

Así, dicho Tribunal señaló que las Resoluciones como instrumentos normativos de la Junta se norman en el Reglamento de la Junta del Acuerdo de Cartagena: “La determinación de que existió comercio significativo *debe ser hecha mediante Resolución*, (cursivas agregadas)) la cual debe reunir los requisitos exigidos por el Artículo 14 del Reglamento de la Junta del Acuerdo de Cartagena, aprobado por la Decisión 9 de la Comisión. En ella se deben indicar las disposiciones que le sirven de fundamento y las causas que la motivan. Estas causas son los hechos objetivos, debidamente comprobadas, que han determinado a la Junta a tomar su decisión.” (Proceso No. 1-N-85. G.O. No. 15 de 24 de marzo de 1986).

La Decisión 219 de 11 de mayo de 1987, modifica la referida Decisión 9 señalando en su Artículo 13 que: “*Las Resoluciones de la Junta entrarán en vigor a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (...)*”. (cursivas agregadas)

Así, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena a través de su jurisprudencia, establece una distinción entre las “Resoluciones” de la Junta, aprobadas con carácter obligatorio y publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo y las “decisiones internas” del mismo organismo, al señalar que “(...) debe afirmarse que una decisión interna de la Junta, de naturaleza administrativa no es susceptible de motivación razonada, en cambio una Resolución expresa la voluntad del Organismo en el campo jurídico, generando derechos y obligaciones para los Países Miembros”. (Proceso No. 1-N-86. G.O. No. 24 de 15 de julio de 1987).

Posteriormente el Protocolo de Trujillo establecerá que la Secretaría General²⁴³, actúa únicamente en función de los intereses de la región, al igual que la anterior Junta. No obstante,

²⁴³ El Artículo 29, del Protocolo de Trujillo expresó «La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y en tal carácter actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión. La Secretaría General otorgará apoyo técnico, cuando corresponda a los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

se señalará expresamente que manifestará su voluntad mediante “Resoluciones”, situación que para la Junta solo será delimitada mediante jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y señalada únicamente en su Reglamento.

En ese orden de ideas, no es casual que la Secretaría del Protocolo de Trujillo y la Junta del antiguo Acuerdo de Cartagena emitan Resoluciones, y que las mismas debieran *“actuar únicamente en función de los intereses de la región”*, (cursivas agregadas) mandato estrictamente supranacional que se subordina en el caso de la Secretaría General a una Institución Intergubernamental, cuando se señala en el Protocolo de Trujillo, en su Artículo 30, inciso b), que son funciones de dicha Secretaria: *“Atender los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión”*. (cursivas agregadas) Esta situación es diferente a la planteada por la Secretaría General de la Unión Europea, que se coordina directamente con otro organismo supranacional como es el Parlamento Europeo²⁴⁴, lo cual puede responder a las necesidades diferentes de las regiones.

No obstante, se refuerza la idea de que la Comunidad Andina es básicamente una Organización *sui generis* en la categorización señalada precedentemente sobre las teorías de integración.

En un tercer nivel normativo, encontramos a los Convenios de Complementación en el Sector Industrial, que son acuerdos celebrados entre dos o más Estados miembros de la

La Secretaría General estará dirigida por el Secretario General. Para el desempeño de sus funciones se apoyará en los Directores Generales, según el reglamento respectivo. Dispondrá además del personal técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus funciones. La Secretaria General se expresará mediante Resoluciones».

²⁴⁴ El Secretario General es el funcionario de mayor rango del Parlamento y como tal dirige la Secretaría General, cuya composición y organización dependen de la Mesa del Parlamento. El Secretario General es el responsable administrativo del Parlamento. Extraído de http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/00d7a6c2b2/La-Secretar%C3%ADa-General.html?tab=eParliament_secretariat_secretary. Página visitada el 21 de octubre de 2012.

Comunidad Andina con el propósito de impulsar determinado sector de la industria. Así lo señala el Artículo 62 del Acuerdo de Cartagena, al disponer que dichos Convenios “(...) tendrán por objeto promover la especialización industrial entre los Países Miembros y podrán ser celebrados y ejecutados por dos o más de ellos”.

Se trata de una fuente normativa distinta que no puede ser ubicada dentro de las fuentes secundarias, en la medida en que son normas de naturaleza convencional, a diferencia de las Decisiones y Resoluciones que no tienen dicho carácter, sino que derivan de decisiones dictadas por un órgano comunitario. Puede acá distinguirse claramente las discrepancias de orden intergubernamental, relativas a la voluntad de los Estados miembros, junto a las de naturaleza supranacional derivadas de dichos Órganos Comunitarios.

A modo de ejemplo, podemos citar el Convenio de Complementación en el Sector Automotor²⁴⁵, suscrito el 13 de noviembre de 1993 entre Colombia, Ecuador y Venezuela, y destinado a fortalecer el intercambio comercial y el mercado andino en el ámbito automotor. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia Andino, en el Proceso N.º 5-AI-98, ha confirmado la obligatoriedad de estos acuerdos al señalar:

Este convenio tiene como fundamento el Artículo 37 (actualmente 62) del Acuerdo de Cartagena, que estipula que los Convenios de Complementación Industrial tienen por objeto promover la especialización industrial entre los Países Miembros y podrán ser celebrados así como ejecutados por dos o más de ellos y que deben ser puestos en conocimiento de la Comisión, Asimismo, se basa en el Artículo 7 de la Decisión 370 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que establece: «los Países Miembros se comprometen a definir a la mayor brevedad una política común para el sector automotor» y que mientras se aprueba tal política Colombia, Ecuador y Venezuela podrán aplicar niveles arancelarios hasta del 40% para los vehículos automotores, y hasta del 5% a los vehículos y motocicletas desarmados. Prescribe, además, este Artículo que la Junta, mediante Resolución publicará los Convenios de Complementación en el Sector Automotor que suscriban los Países Miembros y los acuerdos que se alcancen en el desarrollo de los mismos. Si bien los Convenios de Complementación Industrial y específicamente los de Complementación en el Sector Automotor, no

²⁴⁵ Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 483 del 17 de setiembre de 1999: «*Celebrar el siguiente Convenio de Complementación Industrial en el Sector Automotor que tiene por objeto la adopción de una política comunitaria con el fin de facilitar una mayor articulación entre los productos subregionales, aprovechar los mercados ampliados de la región, así como subregional y un aumento de la competitividad y eficiencia.*».

estuvieron expresamente mencionados en el Artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como formando parte del Ordenamiento Jurídico, lo que si sucede en el Artículo 1 del Protocolo Modificador de Cochabamba, de 28 de mayo de 1996, el hecho legal es que el Convenio de Complementación Industrial en el Sector Automotor suscrito el 13 de noviembre de 1993 entre Colombia, Ecuador y Venezuela, para fines de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, adoptó la calidad de Resolución de la entonces Junta, bajo el número 355. El 9 de diciembre de 1994, en atención a lo dispuesto por el Artículo 7 de la Decisión 370, publicada el 2 de diciembre de 1994. Por lo anterior, el mencionado Convenio de Complementación, tiene plena vigencia y es de obligatorio cumplimiento a partir del 16 de diciembre de 1994, fecha de la publicación en la Gaceta Oficial N.º 168 de la referida Resolución 355.²⁴⁶

En ese sentido, de la lectura del Artículo I del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de la jurisprudencia dictada por dicho Tribunal, se deriva que los Convenios de complementación industrial son una fuente del Derecho Comunitario, aunque jerárquicamente por debajo del Derecho originario y derivado.

El sistema jurídico andino incluye como fuentes auxiliares a los Principios Generales del Derecho²⁴⁷ y los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad Andina, tal como se da en el modelo europeo. Con relación a los Principios Generales del Derecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reiteradamente se refirió a los relacionados con los tratados fundacionales de la Comunidad, a los del Derecho Internacional y a los principios comunes a los ordenamientos de los Estados miembros²⁴⁸ como una fuente del Derecho Comunitario Europeo.

Así, a dichos Principios se les ha atribuido una triple cualidad: informadores del orden jurídico, orientadores de la labor interpretativa y fuente en caso de insuficiencia de la Ley y la costumbre:

²⁴⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Proceso 5-A1-98*.

²⁴⁷ FERNANDO URIBE RESTREPO, Op. cit., p, 94; «En la subregión andina puede afirmarse que existe un solo sistema jurídico aunque los Derechos nacionales sean diferentes. Este sistema está compuesto por principios generales del Derecho que se conocen y aplican en los cinco países».

²⁴⁸ FERNANDO, URIBE RESTREPO, Ob. cit., pp. 90-91.

*(...) los principios generales del Derecho, cumplen una función informadora, fundamentadora del ordenamiento jurídico, así, propiamente deben ser valorados como superfuente o fuente de las fuentes e indirectamente están presentes en la ley o costumbre aplicables. Como orientadores de la labor interpretativa cumplen la función de criterio interpretador de ley y la costumbre (...)*²⁴⁹ (cursivas agregadas)

En consecuencia, los Principios Generales del Derecho forman parte del origen del Derecho Comunitario, guía de la labor interpretativa y garantía de la pervivencia del sistema. Así, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha basado en estos principios generales para resolver ciertas causas.²⁵⁰ Sobre el particular, según URIBE²⁵¹ señaló:

(...) muchas veces resulta necesario recurrir a estos principios (europeos) (paréntesis agregado) no solo para llenar las lagunas que presenta el ordenamiento jurídico comunitario sino, también, para facilitar la evolución de este sistema normativo (...).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, señaló en su parte considerativa a los Principios Generales del Derecho como base del Derecho Internacional Público y elemento esencial para construir una integración comunitaria:

Teniendo presentes los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades.

De esta manera, los Principios Generales del Derecho estructuran el modo de relacionamiento entre los Estados, porque suponen pautas de convivencia entre los Estados de una comunidad internacional, cualquiera que sean sus características, intergubernamentales o supranacionales. En ese sentido, un principio general del Derecho Internacional es la igualdad

²⁴⁹ URIBE RESTREPO, ob. cit, p. 99.

²⁵⁰ Véase las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos N° 1-IP-58, 7-1P-59 y 1-AI-97. En este último caso, el Tribunal hace mención a los principios de Derecho Internacional codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

²⁵¹ URIBE RESTREPO, ob. cit, p. 100.

soberana o la libre autodeterminación de los pueblos, por los cuales los países voluntariamente deciden ser parte de un proceso de integración.

Con relación a los Acuerdos internacionales que pueden ser suscritos por la Comunidad Andina, si bien éstos tampoco se encuentran contemplados en el Artículo I del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, según CHUECA, "(...) *forman parte del ordenamiento jurídico andino. Estos acuerdos suscritos por la Comunidad con un tercero (sea un Estado o una organización internacional) derivan de la subjetividad internacional de esta Organización, la misma que le confiere capacidad para celebrar tratados*".²⁵²(cursivas agregadas)

En efecto, según el Artículo 48 del Acuerdo de Cartagena: «*La Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional*». (cursivas agregadas) Precisamente, para el ejercicio de esa atribución, el Artículo 16, literal d) del mismo Acuerdo faculta al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores a «suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación». Así, por ejemplo, tenemos el caso del "Acuerdo para el Establecimiento de un Mecanismo de Consulta Política y Cooperación entre la Comunidad Andina y la República Popular China", suscrito el 30 de marzo del 2000.²⁵³ También el Acuerdo Marco para la Creación de una Zona de Libre Comercio entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR del 16 de abril de 1998, y el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación

²⁵² ÁNGEL, CHUECA SANCHO, «Aplicación de los Acuerdos Internacionales en el Orden Jurídico Comunitario». En: FERNANDO, MARINO, (ed.). *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1998, p. 294.

²⁵³ El Artículo I de este Tratado establece: «Las Partes deciden establecer formalmente un Mecanismo de Consulta Política y Cooperación con la finalidad de profundizar, fortalecer y diversificar los lazos de amistad, entendimiento y cooperación; y las relaciones comerciales, de inversión y culturales entre las Partes».

Económica entre los Gobiernos de las Repúblicas de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, países miembros de la Comunidad Andina, y el Gobierno de la República Argentina del 29 de Junio del 2000, entre otros. CHUECA, hace referencia a la jurisprudencia europea en los siguientes términos:

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto Kupferberg (26 de octubre de 1982): Incumbe, pues, tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros asegurar el respeto de las obligaciones derivadas de tales acuerdos. Al asegurar el respeto de los compromisos derivados de un acuerdo concluido por las instituciones comunitarias, los Estados miembros cumplen una obligación no solamente respecto a los países terceros afectados, sino también y sobre todo respecto a la Comunidad que ha asumido la responsabilidad de la buena ejecución del Acuerdo.²⁵⁴

También, se debe precisar que la costumbre internacional²⁵⁵ no suele ser reconocida como una fuente del ordenamiento jurídico andino, principalmente porque el proceso de integración implica la cesión de competencias soberanas que deben ser plasmadas en Tratados Internacionales. En palabras de SACHICA,

(...) estos tratados constituyen un poder armado de la Comunidad para hacerse obedecer, pues su fuerza proviene de la voluntad política de aquellos países consagrada precisamente en estos tratados fundacionales. Los cambios que se generan al interior de los Estados como resultado del proceso de integración son múltiples y pueden ser regulados por un tratado internacional.²⁵⁶

²⁵⁴ ÁNGEL CHUECA SANCHO, ob. cit, p. 297.

²⁵⁵ La Costumbre Internacional, descrita en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como "(...) *la práctica seguida por los sujetos internacionales que es generalmente aceptada por éstos como Derecho*»

²⁵⁶ Entre estos cambios se mencionan: 1. La transferencia del poder regulador en determinadas materias de interés común de los Estados a un órgano comunitario para alcanzar las metas de integración; 2. La creación de un órgano supranacional encargado de dictar las reglas aplicables al proceso de integración; 3. La presencia de un órgano jurisdiccional permanente con capacidad de declarar el Derecho Comunitario, solucionar las controversias y asegurar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los países miembros; y 4. La existencia de un sistema de cooperación entre el Tribunal Comunitario y el Juez Nacional para una aplicación uniforme de la ley. Véase ROBERTO, SALAZAR MANRIQUE, «Fundamentos Jurídicos del Derecho Comunitario Andino (Documento de Trabajo)». En: TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA-COMUNIDAD EUROPEA-CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos Europeos y Americanos*. Quito: Artes Gráficas Señal, 1997, pp. 83-84.

Lo mismo ocurre con la jurisprudencia y la doctrina, que, si bien constituyen mecanismos de apoyo y contribuyen a la evolución del ordenamiento jurídico andino, no implican normas de obligatorio cumplimiento.²⁵⁷

4. LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA COMUNITARIOS. IMPORTANCIA Y FINES.

4.1 Origen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Cumpliendo con la característica supranacional de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁵⁸ se encarga de la interpretación y cumplimiento del ordenamiento jurídico europeo²⁵⁹. Así, para que exista una Organización Supranacional es necesaria la existencia de un Tribunal Comunitario que vele por la jurisprudencia comunitaria, su uniformidad, y proporcione a los jueces nacionales, herramientas interpretativas para consolidar el Derecho comunitario.

²⁵⁷ Según JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA, Ob. cit., p. 34: «(...) ante la ausencia de la norma de Derecho Comunitario, se puede aplicar, como fuente subsidiaria, la costumbre jurídica, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina».

²⁵⁸ Mediante el Tratado de Lisboa, desaparece la estructura en pilares y la Unión Europea, dispone de un nuevo marco institucional. Como consecuencia de ello, a semejanza de las instituciones que cambian de denominación, la institución toma el nombre de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual comprende: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados.

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_69328/?hlText=interpretacion+prejudicial. Página visitada el 10 de mayo de 2011.

²⁵⁹ Los procedimientos dentro del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueden verse clasificados de la siguiente forma: a) interpretación prejudicial: como se verá más adelante, son cuestiones remitidas por los jueces de los distintos Estados Miembro, que requieren la interpretación o dirección del Tribunal en un tema específico. Esta competencia, se puede decir preliminarmente que no resuelve los temas de fondo, sino que aclara las cuestiones que le fueron consultadas, b) recursos de incumplimiento: son acciones presentadas en contra de los Estados miembro que incumplan las obligaciones del Derecho comunitario c) recurso de anulación son acciones que se presentan para derogar y remover del ordenamiento jurídico de la UE ciertos actos o decisiones ya porque se contradigan con otras medidas jurídicas o porque se encuentran en violación de los tratados d) recurso por omisión permite controlar ya no la violación de una medida de la UE de parte de un Estado miembro sino la omisión de acción; e) recurso de reexamen permite revisar y en algunos casos modificar las decisiones tomadas por el Tribunal de Primera instancia. http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_69328/?hlText=interpretacion+prejudicial.

Por todo ello, puede decirse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la institución jurisdiccional de la Unión Europea, y su principal tarea consiste en controlar la legalidad de los actos de la Unión y garantizar la interpretación y aplicación uniformes del Derecho que se ha ido construyendo en su interior²⁶⁰.

4.2 Origen del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

En la región andina, con relación a la creación de un órgano jurisdiccional comunitario, que garantice la preeminencia y primacía de la norma comunitaria, el 6 de diciembre de 1972, la Junta del Acuerdo de Cartagena presentó el primer documento para la futura suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, denominado “Bases de un Tratado para la Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena²⁶¹”, dando inicio de esa forma a la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional en el marco del Pacto Andino. Posteriormente, el 28 de mayo de 1979²⁶², se creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena²⁶³, a través de su respectivo Tratado²⁶⁴, como órgano Jurisdiccional Supranacional Comunitario²⁶⁵ con competencias y facultades atributivas de declarar y garantizar el respeto del Derecho

²⁶⁰ El Tribunal de Justicia interpreta el Derecho de la UE para garantizar que se aplique de la misma forma en todos los Países Miembros. También resuelve conflictos legales entre los gobiernos y las instituciones de la UE. Los particulares, las empresas y las organizaciones pueden acudir también al Tribunal si consideran que una institución de la UE ha vulnerado sus derechos. URUEÑA, «Derecho de las organizaciones internacionales», p. 30.

²⁶¹ “Testimonio Comunitario”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito 2004. p 63.

²⁶² Según CAVELIER, en Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Info lex Vol 1 Bogotá, p.67: «La creación del Tribunal fue el resultado de un proceso de varios años, de análisis y reflexión en el que a medida que el proceso de integración se fue afianzando, surgió la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional propio. Este proceso concluyó con la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal, el 28 de mayo de 1979».

²⁶³ Para el año 1979, después de una década de establecido el sistema subregional andino, los países miembros consintieron en la necesidad de crear un tercer elemento que completara la estructura de la integración a semejanza de las tres ramas clásicas del poder público: la Comisión como órgano legislativo, la Junta como ejecutivo y el Tribunal como judicial. Las dos primeras creadas por el propio Acuerdo y el último creado por Tratado especial

²⁶⁴ Adoptado el 28 de mayo de 1979 en Cartagena- Colombia. Entró en vigor el 19 de mayo de 1983.

²⁶⁵ Una distinción entre un Tratado fundacional de Derecho Comunitario y uno de Derecho Internacional Público, es que el primero no puede ser suscrito con reservas, tal como se desprende del Artículo 36 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena: «*El presente Tratado no podrá ser suscrito con reservas. Los Estados que adhieran al Acuerdo de Cartagena deberán adherir al presente Tratado*». (cursivas agregadas)

Comunitario en su interpretación y aplicación uniforme, ejercer el control de su legalidad y cumplimiento y resolver las controversias que surjan de su aplicación²⁶⁶.

Inicialmente el Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969, no contempló la creación de un Órgano Jurisdiccional Comunitario²⁶⁷, lo que se explica si se considera que dicho Acuerdo de Integración Subregional Andino, surgió como un Acuerdo de Integración dependiente y subordinado al Tratado de Montevideo de 1960 que crea la ALALC, según se desprende del Artículo 1 del Acuerdo²⁶⁸, lo que motivó que el Artículo 23 del mismo, remita a la Comisión del Acuerdo de Cartagena²⁶⁹, y en su caso al “Protocolo para la Solución de Controversias” suscrito en Asunción el 2 de septiembre de 1967, el cual se aplicará a discrepancias que se originen con motivo de la interpretación o ejecución del Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión. De esta manera, el Tratado de 28 de mayo de 1979 de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de

²⁶⁶ Artículos 17 al 31 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

²⁶⁷ Conviene destacar que inicialmente, el Acuerdo de Cartagena, firmado en 26 de mayo de 1969, y que dio origen a la Comunidad Andina, no contempló la creación de un Tribunal Comunitario. No obstante, según afirmó VIGIL TOLEDO, en ocasión del Encuentro de Facultades y Escuelas de Derecho de la Comunidad Andina, en 9 y 10 de junio de 2008, «(...) a medida que el proceso de integración fue evolucionando surgió la necesidad de contar con uno, considerando que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan, debían ser salvaguardados y protegidos por un órgano jurisdiccional, independiente de los gobiernos de los Países-miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena” ESPINOZA, Carlos Oswaldo Salgado. «El rol de los jueces nacionales en la aplicación del Derecho Comunitario». Disponible en:

<http://secgen.comunidadandina.org/eCANDocumento/Grupo0272/D11884.pdf>. Página visitada en 24 marzo de 2010.

²⁶⁸ El Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, establece que: «El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un mercado común, todo ello con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión».

²⁶⁹ La Sección D titulada: “De la Solución de Controversias”, Artículo 23 del Acuerdo de Cartagena señala: “Corresponderá a la Comisión llevar a cabo los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación que fueren necesarios cuando se presenten discrepancias con motivo de la interpretación o ejecución del presente Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión. De no lograrse avenimiento, los Países Miembros se sujetarán a los procedimientos establecidos en el “Protocolo para la solución de controversias”, suscrito en Asunción el 2 de setiembre de 1967 por los Ministros de Relaciones Exteriores de las Partes Contratantes del Tratado de Montevideo. Para los efectos contemplados en el inciso 3°. del artículo 16 de ese Protocolo, los Países Miembros declaran que se encuentran incluidas en él todas las materias comprendidas en el presente Acuerdo y en las Decisiones de la Comisión”.

Cartagena, implícitamente modifica dichas disposiciones, reiteradas en el Protocolo Modificatorio de Trujillo que entró en vigencia el 3 de junio de 1997.

Así, según BUENO- MARTÍNEZ²⁷⁰, se puede establecer cuáles fueron las razones que motivaron la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en los siguientes términos:

- 1 Necesidad de institucionalizar el proceso de integración.
- 2 Normar²⁷¹ el principio de aplicación inmediata a fin de lograr en los países miembros la observancia uniforme del ordenamiento jurídico comunitario toda vez que las Decisiones y Resoluciones entraban en vigencia según criterios y procedimientos distintos.
- 3 Establecer el alcance del principio de efecto directo en la creación de los derechos y obligaciones que emergen de la normativa comunitaria para las personas naturales o jurídicas como sujetos del Derecho comunitario.
- 4 Constituir mecanismos apropiados para la declaración, aplicación uniforme y preservación del ordenamiento jurídico comunitario y consiguiente solución de controversias.

Debe señalarse que el Primer Estatuto del Tribunal fue aprobado por la Decisión 184 de 19 de agosto de 1983, modificada y codificada posteriormente por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores el 22 de junio de 2001.

²⁷⁰ PATRICIO, BUENO MARTÍNEZ, «Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario, Tema: Sistema de Resolución de Conflictos y Derecho Comunitario, 1ra Edición, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito- Ecuador, 1997.

²⁷¹ Véase que la Declaración de la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo - 05 junio 1980) ya establecía los principios de primacía y de efecto directo, no obstante se necesitaba de un Órgano Jurisdiccional Comunitario que cree jurisprudencia y otorgue aplicación práctica a dichos principios.

4.3. Naturaleza del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Con la entrada en vigor del Tratado que crea el entonces Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena²⁷², se producen en el Grupo Andino una serie de cambios importantes con pretendidas características supranacionales ya señaladas precedentemente. Por el lado de su estructura jurídica, dicho Tratado ²⁷³, en palabras de GÁRATE, *“brinda a la organización, elementos tales como los principios de aplicación inmediata, de efecto directo y de primacía de las normas derivadas”*²⁷⁴. (cursivas agregadas)

En ese mismo sentido y siguiendo la noción de control jurisdiccional kelseniano-europeísta, el cambio de nombre a Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²⁷⁵, enfatiza en la noción supranacional y configura a dicho Tribunal como un órgano de solución de controversias,

²⁷² El Artículo 2 de dicho Tratado establece que: «Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión». El Artículo 3.: «Las Decisiones de la Comisión 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», y el Artículo 5: “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

²⁷³ La actual estructura institucional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se encuentra contenida en el “Protocolo Modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. suscrito el 28 de Mayo de 1996 y en vigencia a partir del 25 de agosto de 1999. La Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina lo codifica y precisa el ámbito y las funciones jurisdiccionales. Dicha norma, junto con la Decisión 500 (Estatuto de Tribunal de Justicia) y la Decisión 425 (Reglamento de Procedimientos Administrativos) constituyen el cuerpo orgánico jurídico de la administración de justicia comunitaria.

²⁷⁴SALMÓN GARATE, Ob. cit, p.37.

²⁷⁵ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, inició sus labores en enero de 1984 fecha en la cual ha ejercido funciones jurisdiccionales y de difusión de la normatividad comunitaria andina. El ordenamiento jurídico de la CAN está conformado por el conjunto de normas jurídicas comunitarias provenientes de la voluntad de los países miembros contenidas en tratados constitutivos de la Comunidad (Acuerdo de Cartagena, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Tratado Constitutivo del Parlamento Andino con sus respectivos protocolos modificatorios) por las normas derivadas generadas por los órganos creados para dictar un marco normativo propio (Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión y Resoluciones de la Secretaría General) y por los Convenios de Cooperación Industrial que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina con sus caracteres de autonomía, aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, de efecto directo y de primacía sobre el derecho interno al que se integra. Las Competencias del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, se encuentran en los Artículos 17 al 31 de su Tratado de Creación.

supervisor del control de la legalidad del ordenamiento jurídico comunitario, del cumplimiento de sus normas y de la interpretación del Derecho Comunitario andino.

De esta manera el Protocolo de Trujillo²⁷⁶ que entró en vigor el 30 de diciembre de 1997 estableció el Sistema Andino de Integración y modificó el nombre del “Acuerdo de Cartagena” por el de “Comunidad Andina” y el de “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” por el de “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. También se entiende que tal cambio de nombre se atribuyó, porque se deseaba establecer y consolidar la idea de “Comunidad”, como Organización supranacional y de un ordenamiento jurídico andino que cohesionara a los Estados miembros²⁷⁷, así el siguiente cuadro, describe, los cambios en las principales instituciones andinas

ORGANISMOS DE LA COMUNIDAD ANDINA

NOMBRE ANTERIOR	NUEVO NOMBRE SEGÚN EL PROTOCOLO DE TRUJILLO
Comisión del Acuerdo de Cartagena	Comisión de la Comunidad Andina
Junta del Acuerdo de Cartagena	Secretaría General de la Comunidad Andina
Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena	Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina

La entrada en vigencia del Protocolo de Cochabamba el 25 de agosto de 1999, amplió las competencias del Tribunal Comunitario, introduciendo el recurso por omisión o por inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral. De esta manera, se puede señalar que el

²⁷⁶ Su Artículo Primero señala: «(...) Sustituyase el Artículo II del Acuerdo de Cartagena, por el siguiente texto».

²⁷⁷ «En 1997, los presidentes decidieron, a través del Protocolo de Trujillo, introducir reformas en el Acuerdo de Cartagena para adaptarla a los cambios en el escenario internacional». Extraído de la página http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=95&Itemid=118. Visitada el 4 de febrero de 2013.

máximo organismo encargado de realizar el “control de comunitariedad” en la Comunidad Andina, es el referido Tribunal de Justicia²⁷⁸

4.3.1 Estructura orgánica: representación de los nacionales de los Estados Miembros y de la Interpretación y cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario.

4.3.1.1 Estructura Orgánica del Tribunal de Justicia de la Union Europea

Con relación a la estructura orgánica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, éste se encuentra compuesto por veintisiete jueces y ocho abogados generales; tanto los jueces como los abogados son elegidos entre personas que ofrezcan altas garantías de independencia e imparcialidad por los gobiernos de los Estados miembros. Los abogados profesionales son personas que tienen el mismo nivel profesional que los jueces, se encargan desde un punto de vista imparcial y jurídico de efectuar un dictamen sobre cuestiones particulares²⁷⁹.

4.3.1.2 Estructura Orgánica del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tiene su sede en la ciudad de Quito, República del Ecuador, y es el órgano jurisdiccional de este sistema de integración. Se rige por su Tratado de Creación, reformado en 1996, por el Estatuto del Tribunal y por el Reglamento Interno; en especial, todo lo relativo a su organización interna está básicamente establecido en el Estatuto que se encuentra contenido en la Decisión 184 de la Comisión del 19 de agosto de 1983, también existen algunas consideraciones de esta índole en su Reglamento Interno. De acuerdo al Tratado, es un órgano colegiado que está integrado por cuatro

²⁷⁸ Respecto al Control de Comunitariedad, GARRÓN BOZO, enfatizó: «Al igual que en la Union Europea en la Comunidad Andina, el Derecho Comunitario originario constituye el parámetro normativo supremo ante el cual se deberán realizar los Controles de Comunitariedad de la Normativa derivada, esto implica que los Tratados Constitutivos se utilizarán como parámetros de validez y de interpretación de la normativa comunitaria derivada y a su vez como parametros de interpretación del ordenamiento jurídico nacional relacionado o vinculado con el ordenamiento jurídico comunitario» GARRÓN BOZO, Ob cit, p 346.

²⁷⁹ URUEÑA, «Derecho de las Organizaciones Internacionales», p. 33.

magistrados, con un primer y un segundo suplente cada uno, quienes deben ser nacionales de origen de los Países Miembros y ser personas de la más alta consideración moral y reunir las cualidades y condiciones requeridas en su país para el desempeño de las más altas funciones judiciales o ser notables jurisconsultos.

Los Magistrados gozarán de plena y absoluta independencia en el ejercicio de sus funciones, no pudiendo desempeñar otro tipo de actividades profesionales, excepto las docentes; su designación se hará escogiendo de las ternas que al efecto presenten los Países Miembros y por el voto unánime de los Plenipotenciarios acreditados ad-hoc, para un período de seis años, con la posibilidad de ser reelegidos por una sola vez y renovados parcialmente cada tres años.

Dichos Magistrados podrán ser removidos solamente a requerimiento del Gobierno de uno de los Países Miembros y sólo por falta grave en el ejercicio de su cargo, las cuales están previstas en el artículo seis del Estatuto del Tribunal, y conforme al procedimiento pautado en él, según lo establecido en el artículo diez del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

4.3.1.3 Órgano que represente a los nacionales de los Estados miembros – Analisis comparativo entre el Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creacion del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Con relación a los intereses de personas particulares, pertenecientes a los Estados miembros y al acceso de las mismas a la justicia comunitaria andina, a continuación se realizará un análisis comparado entre el Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 28 de mayo de 1979 y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de

28 de mayo de 1996, que permita establecer las principales modificaciones con relación a la participación y acceso de las personas particulares a los recursos jurisdiccionales comunitarios.

En ese orden de ideas se analizará la acción de nulidad, acción de incumplimiento, interpretación prejudicial, recurso por omisión o inactividad, función arbitral y jurisdicción laboral.

Así, en una primera instancia, se debe señalar que el Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 28 de mayo de 1979, establecía las competencias de Acción de Nulidad, Acción de Incumplimiento e Interpretación Prejudicial.

En cuanto a la Acción de Nulidad²⁸⁰, el referido Tratado de 1979, establecía que los particulares podían ejercerla, sólo contra las Decisiones de la Comisión o Resoluciones de la Junta, cuando se cause algún perjuicio, según se desprende de su Artículo 19. Pero, para la interposición de dicha Acción de nulidad, el nuevo Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 1996 modifica el acceso de las personas particulares con relación a las resoluciones contra las cuales podría ejercerla. Así, su Artículo 19²⁸¹ señaló que se “(...) podrá interponer contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones

²⁸⁰ La acción de nulidad, ante el Tribunal Andino, además de los Países Miembros, de la Comisión y de la Junta, puede ser intentada también por las personas naturales o jurídicas, se entiende de la subregión, cuando las normas impugnadas les sean aplicables y les causen perjuicio, lo cual equivale a la condición de que para acudir al Tribunal Europeo es necesario que el acto comunitario le afecte directa e individualmente a la persona reclamante o que esta sea destinataria del mismo. Por tanto en las dos jurisdicciones, las restricciones son similares. La regulación europea cuando exige a los particulares que sean destinatarios de la norma controvertida y que les afecte directa e individualmente, cuando la decisión de que se trata sea dirigida a otra persona o aparezca como si se tratara de un Reglamento el cual, por su naturaleza, origina el mismo derecho para toda la Comunidad y es directamente aplicable, equivale al precepto andino de que las normas impugnadas sean Decisiones o Resoluciones y les sean aplicables y les causen perjuicio.

²⁸¹ En relación con el interés jurídico (legitimación para actuar), en el caso concreto de la acción de nulidad en cabeza de los particulares, autorizada en términos claros y precisos por el Artículo 19 del Tratado del Tribunal, la norma reglamentaria contenida en el Artículo 37—c) del Estatuto establece, en forma imperativa y categórica, que la correspondiente demanda deberá llevar anexa 'necesariamente', el 'ofrecimiento' de prueba de que la norma le es aplicable y le causa perjuicios a la persona natural o jurídica que la intenta.

Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General o de los Convenios que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”.

Nótese que el antiguo Artículo 19, señalaba que se podía interponer la acción de nulidad sólo contra resoluciones de la Comisión o de la Junta, los dos únicos organismos primigenios a los que se intentó dotar de características supranacionales como se analizó precedentemente; sin embargo, el nuevo Artículo 19 establece la interposición de la Acción de nulidad, en primer lugar contra decisiones de organismos intergubernamentales (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores) y luego de organismos supranacionales (Comisión o Secretaría General).

Con relación a la Acción de incumplimiento, el Artículo 27 del Tratado de 1979 dispuso: “Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del Derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 5 del presente Tratado, en casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

Por su parte la Acción de Incumplimiento, en el Artículo 25, del referido Tratado de 1996, señaló: “Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24. La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa.” Así el Artículo 31 manifestó: “Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4”.

Se entiende entonces que cuando un particular se encuentre afectado por el incumplimiento de un país miembro tiene la alternativa de recurrir a la Secretaria General, al Tribunal Comunitario o al Juez Nacional, al contrario de lo que pasaba con el antiguo Artículo 27 del Tratado de 1969 que sólo habilitaba al Juez Nacional, para la interposición del recurso.

En cuanto a la Interpretación Prejudicial, los particulares pueden solicitarla ante el Juez Nacional, quien establecerá la conveniencia de interponerla, según se desprende del Artículo 29 del Tratado de 1979:

Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, podrán solicitar la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que se hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. Si la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará la interpretación del Tribunal, de oficio, en todo caso, *a petición de parte si la considera procedente.* (cursivas agregadas).

El Artículo 33 del Tratado de 1996, no modifica la participación de la persona particular al señalar en su segunda parte: “En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en Derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”. Así, se puede establecer, tal y como se analizará en el capítulo respectivo, que la interpretación prejudicial es primordialmente una relación entre el juez nacional y el juez comunitario, siendo la participación de la persona particular, la de un peticionario ante el juez nacional, quien deberá analizar la pertinencia de la solicitud.

Se puede señalar que, en cuanto a la acción de nulidad y la acción de incumplimiento, el acceso de los particulares a los recursos comunitarios andinos sufrió determinados cambios, producto de la reestructuración de la Comunidad Andina y de la implementación de nuevos

organismos comunitarios intergubernamentales y supranacionales en el marco del Sistema Andino de Integración.

En ese sentido, el Tratado del Tribunal de Justicia de 1996 señaló nuevas competencias en las que pueden participar las personas naturales, como: el recurso por omisión o inactividad que se regula en el Artículo 37²⁸², el cual se ejerce cuando se produzca una abstención en el cumplimiento de la normativa comunitaria; o el Artículo 38, que crea un nuevo tipo de competencia para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la función arbitral, al señalar:

:

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.

Se infiere que la participación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, alcanza la esfera privada de las personas particulares, las cuales pueden recurrir en arbitraje a dicho Tribunal, y no sólo por el efecto de la acción u omisión del ejercicio de la norma comunitaria que les perjudique. Complementariamente, la Jurisdicción Laboral, regulada en el Artículo 40 señaló: “El Tribunal es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración”.

Aunque dicho Artículo no especifica que sean particulares los que puedan plantear demandas laborales, se entiende que el Tribunal de Justicia Comunitario conocerá dichas

²⁸² «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».

demandas, producto del ejercicio de funciones que se ejerzan en el ámbito de la Comunidad Andina.

En definitiva, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a través de sus Tratados de Creación de 1979 y de 1996, reconoce el principio de *“que todo ciudadano nacional es a la vez ciudadano comunitario”*²⁸³ (cursivas agregadas) al plantearse que el ciudadano participa de la interposición de diferentes recursos, junto a los organismos comunitarios y a los intereses de los Estados miembros. En otras palabras, al ser las normas comunitarias directamente aplicables en el territorio de los Países Miembros, pueden ser invocadas para resolver conflictos también entre particulares.

De esta manera, es necesaria una reflexión sobre el alcance e impacto que tiene el Derecho Comunitario en los particulares. Así, se puede establecer que el acceso a la justicia comunitaria es más factible para éstos en la interposición de una acción o recurso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, situación contraria a la participación en la conformación de otros organismos comunitarios o en la elección de sus representantes, por ejemplo en el Parlamento Andino²⁸⁴.

²⁸³ Por ejemplo en la Unión Europea, la importancia de ser ciudadano europeo, radica en el hecho de que sus ciudadanos gozan de derechos auténticos al amparo del Derecho comunitario europeo. Los derechos principales que confiere la ciudadanía con arreglo a la Parte 2 del Tratado de la Comunidad Europea son los siguientes: Derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y municipales del Estado miembro en el que resida; Derecho a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares; Derecho de petición ante el Parlamento Europeo; y Derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo”. ANDRÉS SANTOS, *Ciudadanía europea y ciudadanía cosmopolita. Convergencias y divergencias*, en “Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho”. Universidad de Valencia. Nº 15, 2007, p. 29.

²⁸⁴ En la Unión Europea, algunos de los derechos “más visibles” del concepto de ciudadanía europea consisten en la participación en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado Miembro en el que se resida.

Efectivamente, según GÁRATE²⁸⁵, la elección de representantes directamente elegidos por los ciudadanos andinos todavía se encuentra en evolución". Dicho Órgano deliberativo²⁸⁶, creado en 1979 y diseñado para ejercer la representación de los nacionales de los Estados miembros, se encuentra conformado en su mayoría por representantes de los Congresos Nacionales. No obstante, esta situación cambiaría con la entrada en vigor del "Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre Elecciones Directas y Universales de sus Representantes"²⁸⁷, que prevé la elección directa de parlamentarios sustituyendo la actual elección indirecta ejercida por los Congresos nacionales. No obstante de lo anterior el Presidente de Colombia Juan Manuel Santos justificó la decisión de clausurar el Parlamento Andino, con sede en Bogotá, indicando que de esta manera se reducirá la burocracia: "No creemos que deba haber un Parlamento Andino y otro de Unasur, son los mismos países"²⁸⁸, manifestó el mandatario colombiano. A dicho cierre el Parlamento Andino se opuso considerando que esa decisión atenta contra la democracia de la región. Así lo expresa a través de una declaración²⁸⁹ adoptada en la plenaria del organismo que sesionó en Bogotá y en la que demandan respeto por la "institucionalidad democrática", sustentada en la integración de los pueblos y no solamente de sus Gobiernos. En dicha declaración se agrega que la propuesta de acabar con el organismo deliberante es "un embate sin precedentes a la institucionalidad

²⁸⁵ SALMÓN GARATE, «Evolución Institucional de la Comunidad Andina (...)», p. 38.

²⁸⁶. En la página web de la Comunidad Andina http://www.comunidadandina.org/sai/parlamento_preguntas.html visitada el 2 de diciembre de 2011, se encuentra un cuestionario sobre las funciones del Parlamento Andino, se transcribe a continuación la siguiente pregunta, por la relación que tiene con el tema de investigación: "¿Cuál es la principal diferencia del Parlamento Andino con el Parlamento Europeo? En la actualidad la principal diferencia se refiere a la capacidad de co-legislación que tiene el Parlamento Europeo y que aún no la tiene el Parlamento Andino. Silvana Insignares Cera, "Las elecciones directas en el Parlamento Andino, un camino para fortalecer su papel como institución promotora de la Integración", en Revista de Derecho N° 32, Barranquilla, 2009, p. 302.

²⁸⁷ El 12 de julio de 2004, en el Acta de San Francisco de Quito, en su Capítulo sobre Institucionalidad Andina, se instauró la suscripción del Protocolo sobre Elecciones Directas del Parlamento Andino y se solicitó a los Congresos nacionales de los países miembros que realicen elecciones directas y universales de los representantes ante dicho Parlamento en los procesos electorales que estén próximos a ejecutarse, no obstante, dicha disposición no ha sido cumplida aún por la totalidad de los Países miembros, sólo parcialmente por Ecuador.

²⁸⁸ <http://www.larepublica.pe/26-09-2013/santos-confirmando-cierre-del-parlamento-andino-por-motivos-economicos>.
Página visitada el 2 de enero de 2014.

²⁸⁹ Dicha declaración no ha sido encontrada en la página oficial del Parlamento Andino, no obstante dan cuenta de ella el link http://www.rpp.com.pe/2013-09-27-parlamento-andino-rechaza-la-decision-de-tramitar-su-cierre-noticia_634657.html. visitado el 20 de enero de 2014.

comunitaria, a la democracia de los pueblos andinos, como también al mandato otorgado a través de las elecciones”, así se colige que la imposibilidad de realizar elecciones directas fue una de las causas por las que el Parlamento Andino no pudo trascender ni consagrarse como un órgano representativo de las poblaciones que lo integraban, demostrando con su cierre que la Comunidad Andina no pudo lograr los niveles de institucionalidad y representatividad que ostenta la Unión Europea.

4.3.1.4 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como Órgano jurisdiccional encargado de la interpretación y cumplimiento de su ordenamiento jurídico.

Desde la entrada en vigor el 19 de mayo de 1983 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, de 28 de mayo de 1979, el Proceso de Integración Andino cuenta con un órgano encargado de la tutela jurisdiccional de su ordenamiento jurídico originario y derivado²⁹⁰

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cumple funciones asimilables a un tribunal constitucional²⁹¹, cuando conoce de recursos interpuestos contra actos u omisiones comunitarios que violan las normas del Derecho Primario; a un tribunal contencioso-

²⁹⁰ Con relación al ordenamiento jurídico originario y derivado, GARRON BOZO señaló «Los sistemas comunitarios al igual que los sistemas internos de los Estados, tienen un sistema de fuentes originario y derivado. El Derecho originario está conformado por la voluntad de las partes que a este efecto operan como constituyentes de la nueva comunidad internacional (que conforme a su derecho interno podrán ser los representantes plenipotenciarios de los Estados, presidentes, primeros ministros, etc) En cambio el Derecho derivado es aquel que se desprende de los parámetros y alcances que el Derecho originario ha marcado como límite». En «El control de constitucionalidad y el control de comunitariedad de las normas de Derecho Comunitario derivado andino», en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, 2007, p. 345.

²⁹¹ «El equiparar el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a un Tribunal Constitucional puede enmarcarse dentro de la teoría del Constitucionalismo de la realidad, el que según Dromi está orientado a concretar prácticamente las declaraciones de derechos y garantías constitucionales, con lo cual el concepto de «Estado Poder» se transforma en «Estado de Derecho». Extraído de «Soberanía y Estado Constitucional, su importancia en la Integración y en el Derecho Comunitario», JUAN CARLOS DUEÑAS MUÑOZ, en Revista Internauta de Práctica Jurídica, Número 20, Julio- Diciembre de 2007, www.ripi.com/art_icos/art_icos/.../20-1%20Carlos%20Dueñas.pdf. Página visitada en septiembre de 2012.

administrativo, cuando se pronuncia sobre la legalidad de los actos u omisiones comunitarios; a un tribunal de casación, cuando interpreta uniformemente las normas andinas; a un tribunal internacional, cuando conoce de las acciones entre Países Miembros o entre éstos e instituciones comunitarias.

Así, el “control de comunitariedad” puede ser dividido en dos niveles, uno interno y otro comunitario. En el nivel interno, al ser las normas comunitarias directamente aplicables, la función de los jueces nacionales es de mayor importancia para que los particulares puedan hacer efectivos los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario. A ellos les corresponde asegurar el restablecimiento de las situaciones jurídicas individualizadas de los ciudadanos y tienen la responsabilidad de otorgar una protección judicial efectiva. En consecuencia, de acuerdo con las prescripciones del Derecho interno, los jueces nacionales tienen el poder y el deber de: inaplicar las normas internas que contravengan el orden jurídico comunitario; anular las disposiciones de naturaleza legislativa y administrativa que infrinjan el Derecho comunitario; y, además, establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, en las mismas condiciones que si se produjera una infracción al bloque de constitucionalidad y legalidad interno.

En el nivel *comunitario*, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, funciona con carácter permanente, tiene por función controlar que los actos adoptados por los órganos comunitarios, entre ellos las Decisiones y las Resoluciones, guarden conformidad con los Tratados Fundacionales, a través de lo que se conoce como la acción de nulidad. Asimismo, es competente para señalar a los órganos comunitarios, incluidos la Comisión y el Consejo, a que realicen una actividad por la que estuvieren expresamente obligados según el ordenamiento comunitario, en el marco del recurso por omisión o inactividad.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, también vela por el respeto de los Países Miembros a las normas comunitarias, mediante la acción de incumplimiento; y dispone de competencia para colaborar con los jueces nacionales en la interpretación de las normas comunitarias: interpretación prejudicial.

Finalmente actúa como juez laboral de los funcionarios y empleados de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, a través de su jurisdicción laboral, y puede intervenir como árbitro en las controversias que le sean sometidas por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, entre éstos y terceros o entre particulares, en ejercicio de su función arbitral²⁹².

Así, la función jurisdiccional de la Comunidad Andina se encuentra repartida entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia. Los primeros son los responsables de garantizar el efecto directo de las normas comunitarias en el territorio en el que ejercen jurisdicción, en tanto que el Tribunal de Justicia tiene por misión declarar el Derecho Comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, dentro del marco de competencias que le asigna su Tratado Constitutivo y su Estatuto.

4.4. Competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tienen la labor de dictar sentencias sobre los recursos que se le plantean, en ese orden de ideas, en la Unión Europea se aplican cinco ²⁹³ tipos de procedimientos:

²⁹² Dichas funciones se encuentran en la Decisión 500, de 22 de junio de 2001, «Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina»

²⁹³ http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_es.htm, página visitada el 12 de abril de 2011.

1. Cuestiones prejudiciales, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales piden al Tribunal de Justicia que interprete una cuestión de Derecho de la Unión Europea.
2. Recursos por incumplimiento, interpuestos contra los gobiernos de la Unión Europea por no aplicar el Derecho Comunitario.
3. Recursos de anulación, mediante los cuales se solicita la anulación de normas europeas que se considera que vulneran los Tratados o los derechos fundamentales de la Unión.
4. Recursos por omisión, contra las instituciones de la Unión Europea, por no haber tomado las decisiones que debían tomar.
5. Recursos directos, interpuestos por particulares, empresas u organizaciones contra decisiones o acciones de los organismos comunitarios.

4.5 Competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

En la Comunidad Andina, el control, administración y fiscalización del Derecho Comunitario Andino se realiza a través de un conjunto de acciones y recursos que el mismo proceso de integración dispone para precautelar la obligatoriedad, cumplimiento uniforme y pertinencia de sus actos. Tales instrumentos pueden ser ejercidos por los Estados Miembros, las instancias comunitarias e inclusive las personas particulares.

Es necesario enfatizar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es el organismo jurisdiccional encargado de realizar el control y tutela del Derecho Comunitario, estableciendo su correcta aplicación y precautelando principios a través de acciones concretas.

Así, puede destacarse el control del adecuado cumplimiento del principio de legalidad²⁹⁴, que consiste en que un Estado Miembro de una organización Comunitaria, no puede hacer sino aquello para lo que está previamente autorizado por el Compromiso Internacional reflejado en el Tratado²⁹⁵, de forma tal que todo exceso, usurpación o desviación de poder tiene como consecuencia que los respectivos actos sean de posible anulación.²⁹⁶ Precisamente, el ordenamiento jurídico andino prevé el control de la legalidad de los actos comunitarios a través de la acción de nulidad.²⁹⁷

Por otro lado, el Ordenamiento Jurídico Andino contempla a la acción de incumplimiento, mediante la cual se realiza el control jurisdiccional del incumplimiento por parte de los Estados Miembros del Derecho Comunitario. Mediante esta acción se vigila que los Estados Miembros, mantengan un adecuado comportamiento y cumplimiento de la normatividad andina.

También debemos destacar, por su importancia, al recurso por omisión o inactividad, que ejerce el control jurisdiccional del incumplimiento de los Órganos de la Comunidad Andina; están legitimados para interponerlo los particulares (personas naturales o jurídicas), los órganos comunitarios y las autoridades de los Países Miembros de la Comunidad Andina, y mediante el mismo conminan a instancias comunitarias, como ser el Consejo Andino de Ministros de

²⁹⁴ Según GUY: «El principio de legalidad presente en todo Estado de derecho, consiste en que un funcionario o agente del Estado no puede hacer sino aquello para lo que está previamente autorizado por ley, de forma tal que todo exceso, usurpación o desviación de poder tiene como consecuencia que los respectivos actos sean pasibles de anulación. Precisamente el ordenamiento jurídico andino prevé el control de la legalidad de los actos comunitarios a través de la acción de nulidad» ISAAC GUY, *ob. cit.*, p. 35.

²⁹⁵ El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de 28 de mayo de 1996, en su Artículo 4, señaló: «Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el 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. (Cursivas agregadas).

²⁹⁶ LUIS CARLOS SÁCHICA, «La Acción de Nulidad en el Ordenamiento Jurídico Andino», En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985, Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo. 1986, pp. 47-48.

²⁹⁷ ROBERTO SALAZAR MANRIQUE, *ob. cit.*, p. 109.

Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, a que cumplan con alguna disposición de Derecho omitida o incumplida.

Finalmente, se encuentra el Control de la Aplicación Uniforme de las Normas comunitarias, que se realiza por los jueces nacionales y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a través de la Interpretación Prejudicial.

En ese sentido mediante la acción de nulidad, los Países Miembros de la Comunidad Andina, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General y las personas naturales y jurídicas (estas últimas solo cuando las normas comunitarias impugnadas afectan sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos) pueden actuar contra las decisiones²⁹⁸, resoluciones y convenios de complementación industrial que hayan sido dictados o celebrados en violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino (Artículos 17 y 19 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).

El Artículo 101, del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señaló: “La acción de nulidad podrá incoarse ante el Tribunal con el fin de que éste declare la nulidad de las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1 del Tratado, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.”

²⁹⁸ Según consta en el archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia, el 25 de enero de 2010, se presentó demanda de acción de nulidad por parte del Estado Plurinacional de Bolivia contra la República del Perú, derivada de una supuesta ilegal aprobación de la Decisión N° 689 “Adecuación de determinados artículos de la Decisión N° 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los países miembros” ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En ese sentido, la acción de nulidad, presupone la existencia de un ordenamiento jurídico “jerarquizado”, en el que las normas de inferior jerarquía, sean dictadas siguiendo los preceptos establecidos por las normas de jerarquía superior²⁹⁹. Por lo que se busca resguardar que las decisiones y resoluciones dictadas no transgredan el Derecho primario u originario de jerarquía superior, una decisión adoptada por la Comisión o por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, o que los Convenios de Complementación se ajusten al Derecho originario y derivado.

Precisamente, sobre el objeto que persigue la acción de nulidad, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha enfatizado en su sentencia dictada en el Proceso N.º 24-AN-99:

Resulta por tanto de claridad meridiana que la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino, es la tutela del mismo, a fin de que aquélla quede sin efecto por contrariar las normas superiores de derecho; sin que a ese respecto la norma transcrita precise otras condiciones restrictivas para el pronunciamiento del Tribunal acerca de la decisión de la acción de nulidad interpuesta en tiempo hábil. (énfasis agregado). Esta acción, si bien subjetiva por lo que respecta a la legitimación para interponerla, es en cambio, de carácter predominantemente objetivo en cuanto se encuentra consagrada en interés general a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, y por ello en el sistema recursorio andino su ejercicio no persigue, cuando menos en forma directa, el restablecimiento de

²⁹⁹ “Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, el ordenamiento jurídico de un Estado implica que se observe la supremacía de la Constitución, asignando a dichas normas constitucionales tres funciones íntimamente relacionadas entre sí: a). la función de ordenación, b). la función de concordancia, c). la función fundacional.

a). La función de ordenación implica el gobierno absoluto de las normas constitucionales sobre el resto del conjunto de normas de derecho positivo. Mediante esta función, las normas constitucionales ordenan y acomodan jerárquicamente todo el bloque de normas inferiores, asignándole a cada norma su lugar dentro del orden jurídico.

b). La función de concordancia permite a las normas constitucionales dotar de validez a los actos y normas de un orden jurídico. En efecto, las normas constitucionales exigen una concordancia formal, esto es, que la norma o el acto en cuestión sean dictados por el órgano competente y conforme al procedimiento establecido para aquéllas. También se exige una concordancia material, es decir, las normas inferiores no pueden suprimir ni alterar per se las declaraciones, derechos y garantías que las normas constitucionales consagran. De la función de concordancia surge el concepto de norma o acto válido. En este sentido Pizzolo señala: Un acto o norma que integra el orden jurídico positivo gobernado por las normas constitucionales, son válidos cuando derivan de la Constitución a través de una cadena ininterrumpida de normas o actos formal y materialmente coherentes con ella.

c) La función fundacional, por la cual las normas inferiores son parte de un sistema jurídico sólo porque primero existen las normas constitucionales que dan contenido y forma a ese sistema. Estas tres funciones propias de las normas constitucionales son a la vez herramientas de análisis, mecanismos que sirven no sólo para interpretar sino también para acercarnos a la realidad del derecho constitucional, transformada en formas complejas de difícil estudio por el poder reformador del derecho comunitario”. JUAN CARLOS DUEÑAS MUÑOZ, “Constitución y Relaciones Internacionales. El Control Constitucional Previo en la Comunidad Andina, el Mercosur y su tratamiento en la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 407-408.

derechos particulares y concretos, sino, se repite, el imperio de la jerarquía normativa, característica de todo ordenamiento jurídico. (...).³⁰⁰

Según SÁCHICA, “(...) el requisito más frecuente para interponer la acción de nulidad está relacionado con la extralimitación de competencias por parte de alguna Institución Comunitaria, o por existir vicios en la formación de la norma, como cuando ésta se dicta sin seguir el procedimiento establecido o no se respetan las mayorías, cuando existe falta de motivación o cuando el contenido de la norma viola una normativa comunitaria de orden superior”³⁰¹. Se trata, por tanto, de una cuestión de puro derecho en la medida en que se discute la incompatibilidad entre dos normas de distinta jerarquía o el procedimiento de su aprobación.

En ese orden de ideas, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado que los motivos de impugnación en un proceso de nulidad son todos aquellos que puedan afectar la validez de un acto administrativo, sea en el fondo o en la forma y pueden desembocar en la nulidad absoluta o relativa del acto³⁰². Así, los requisitos para interponer la acción de nulidad han sido concretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

- La incompetencia, como vicio en el sujeto.

- El vicio de forma, atinente al elemento formal del mismo.

- La desviación de poder, relativo al vicio en el fin perseguido.

- El falso supuesto de hecho o de derecho, que tiene que ver con la causa.

³⁰⁰ Proceso N° 24-AN-99 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³⁰¹ LUIS CARLOS, SÁCHICA, y OTROS, «El Ordenamiento Jurídico (...)», p. 19; SÁCHICA, «La Acción de Nulidad (...)», p. 62.

³⁰² Sentencia dictada en el Proceso 5-AN-97. Accion de Nulidad interpuesta por la Republica de Venezuela.

- Y, finalmente, la imposibilidad, ilicitud o indeterminación del contenido del acto, referente al objeto de éste.

La incompetencia y el vicio de forma, tanto en la formación (irregularidad en el procedimiento) como en la expresión del acto, constituyen lo que la doctrina francesa conoce como la *"legalidad externa del acto"*, (cursivas agregadas) sobre los cuales se ejerce un control formal, mientras que la desviación de poder y la legalidad relativa al objeto y a la causa o motivos, configurarían los vicios que afectan la legalidad interna, sobre los cuales se ejerce un control material o de fondo de la actividad administrativa.³⁰³

Así también, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina expresamente ha excluido la posibilidad de ejercer la acción de nulidad contra resoluciones de la Secretaría General que contengan dictámenes de incumplimiento, en tanto éstas son actos administrativos de trámite que no ponen fin a una actuación y contienen opiniones prejudiciales en torno del incumplimiento de un País Miembro, que pueden ser o no acogidas por el Tribunal.³⁰⁴ Así, tenemos la sentencia del 2 de febrero del 2000, dictada en el Proceso N.º 24-AN-99, y la sentencia dictada en el proceso N.46-AI-99. En esta última, el Tribunal expresó:

(...) resulta claro para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que los dictámenes emitidos por la Secretaría General no son susceptibles de acciones de nulidad tendientes a que el juez comunitario decida acerca de su legalidad, toda vez que tanto por su naturaleza como por los objetivos que persigue dicho instituto jurídico, deben ser apreciados por la instancia judicial únicamente dentro del correspondiente juicio derivado de la acción de incumplimiento que ante ella se ventile (cursivas agregadas). El país Miembro afectado por el dictamen de incumplimiento, o en su caso el particular interesado, tienen siempre la oportunidad procesal de discutir, cuestionar y oponerse al dictamen de incumplimiento emitido por la Secretaría General alegando ante el Tribunal dentro del proceso que se adelante con ocasión de la acción de incumplimiento tanto inconformidades por razones de forma como por motivos materiales o de fondo. Igualmente es obligación del Tribunal cuando quiera que deba apreciar un dictamen de incumplimiento realizar, con base en las reglas de la sana crítica y de los poderes de juez, un análisis profundo del mismo, para determinar si lo acoge o lo desestima. [...] Observa el Tribunal que el

³⁰³ Proceso N.º 1-AN-98, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³⁰⁴ TANGARIFE, ob. cit, p. 177.

dictamen de incumplimiento, conforme se desprende de las normas del Tratado de Creación de este Tribunal, constituye un presupuesto procesal para iniciar una acción de incumplimiento y su finalidad no es otra que formalizar la posición de la Secretaría General en tomo a una conducta contraventora del ordenamiento jurídico comunitario por parte de un País Miembro, con la finalidad de requerirle a éste que ponga fin al incumplimiento, y así evitar una fase contenciosa ante el Tribunal. En efecto, la fase administrativa previa a la acción de incumplimiento concluye con un dictamen, el cual deberá ser motivado (Artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal), en el que se expresarán las razones que hayan llevado a la Secretaría General a la convicción de que un País Miembro ha quebrantado las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico andino; se fijará un plazo para poner fin a la contravención; y, cuando sea procedente, se indicarán los medios adecuados para restablecer la normativa comunitaria. El dictamen de incumplimiento, aunque se asemeja a una decisión motivada, no es materialmente Resolución, y, por tanto, no forma parte de las consagradas Resoluciones como tales por el Artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es decir de aquellas susceptibles de impugnación a través de la acción de nulidad. Las impugnaciones que un País Miembro demandado en un proceso por incumplimiento pudiere efectuar respecto de las consideraciones o motivos que la Secretaría General haya formulado en el Dictamen, únicamente pueden ser valoradas por el Tribunal dentro de la respectiva acción de incumplimiento, pero no a los fines de declarar la anulación o la invalidez de ese acto jurídico comunitario, sino con el objetivo de constatar y declarar con autoridad de cosa juzgada el demandado y previamente dictaminado incumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento andino a los Países Miembros³⁰⁵.

Por otro lado, en relación con las personas u órganos habilitados para interponer la acción de nulidad, la posibilidad de que los particulares puedan deducir esta acción denota que, más allá del interés general que normalmente es protegido por la acción de nulidad, se infiere que dicha acción además protege el interés particular o privado, con lo cual parecería apartarse de su concepción clásica de acción pública³⁰⁶.

Así, para que los particulares puedan interponer esta acción, se exige que estos cumplan con los requisitos de interés legítimo o afectación de un derecho subjetivo.³⁰⁷ De esta forma, dichos particulares³⁰⁸ “(...) tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de

³⁰⁵ Proceso N° 46-AI-99, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³⁰⁶ LUIS CARLOS SÁCHICA y OTROS. «El Ordenamiento Jurídico...», p. 20.

³⁰⁷ En el caso concreto de la nulidad, la reforma para consagrar esta concepción amplia de participación de los particulares, sustituyó el requisito existente en el Tratado originario de que el titular de la acción de nulidad debía ser, en el caso de los particulares, quien demostrará que la norma demandada le era aplicable y le causaba perjuicio, por el requisito mucho más amplio y genérico de que las normas acusadas afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

³⁰⁸ Según la Sentencia 14- AN-2001: “(...) el interés legítimo, se manifiesta en la necesidad que el ordenamiento comunitario original se conserve con fidelidad a sus metas y ámbito original así como a su espíritu particular,

sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración andino; es decir, se benefician directamente del ordenamiento jurídico, lo que los convierte, a la vez, en sujetos activos y obligados por el mismo”. En ese sentido, se trata de precautelar el principio de que todo ciudadano nacional es también ciudadano comunitario y por ende tiene acceso a interponer los recursos para garantizar el beneficio que el Organismo de Integración otorgue.

En cuanto a la definición de la Acción de Nulidad y resaltando la participación que de ella tienen los particulares, según VIGIL TOLEDO³⁰⁹: “(...) su aplicación en la Comunidad Andina se asemeja más a una Acción Popular, ya que permite un control objetivo y directo de la norma comunitaria por un particular, como quedó definido en el Proceso 14-AN-2001”.

En ese mismo orden, VIGIL TOLEDO, realizando una comparación con la Acción de Nulidad de la Unión Europea, señaló que los particulares en el caso de la Comunidad Andina tienen mayor facilidad para acceder a las acciones de nulidad, posibilidad que se encuentra restringida en el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), donde en la práctica sólo pueden hacerlo a través de la Interpretación Prejudicial.

Con relación a la capacidad de los Estados Miembros para interponer la acción de nulidad, el Artículo 18 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señaló que solo se podrá ejercer esta acción en relación con aquellas Decisiones o Convenios de Complementación que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo. Esta característica ha sido resaltada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

respetando el objetivo de establecer un espacio jurídico cierto, limitado a sus jurisdicciones territoriales, para conformar un mercado común”. (cursivas agregadas)

³⁰⁹ RICARDO VIGIL TOLEDO «El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos» Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2011, p. 2.

También es del caso anotar como circunstancia diferenciadora la imposibilidad en que se encuentran de incoar esta acción los Países Miembros contra aquellas Decisiones de la Comisión que hubieren sido expedidas con su voto afirmativo³¹⁰.

De este límite se deduce que los Países Miembros la Comisión, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Secretaría General podrán impugnar toda decisión o convenio no aprobado por ellos, así como todas las resoluciones, que consideren vayan contra el ordenamiento jurídico comunitario.

Sin embargo, debemos señalar que no deja de ser discutible la limitación impuesta en el Artículo 18 para los Estados Miembros. Así, para algunos autores como SACHICA, no se entiende por qué un país no puede rectificar una actuación suya que, a posteriori, considere ilegal³¹¹. Otros autores entienden que la limitación encuentra justificación en el principio de que nadie puede alegar hecho propio, es decir, que, si contribuyó con su conducta a la ilegalidad, luego no puede cuestionar su decisión³¹². No obstante, SACHICA afirma que lo que interesa en la acción de nulidad es resguardar la legalidad del ordenamiento jurídico comunitario, más allá de si el Estado votó a favor o en contra de la decisión impugnada³¹³.

La Acción de Nulidad debe ser ejercitada dentro de los dos años siguientes de la fecha de vigencia de la decisión, de la resolución o del convenio que se pretende impugnar³¹⁴ y no afecta a la vigencia y obligatoriedad de esta norma la simple apertura del proceso. La demanda debe reunir un conjunto de requisitos referidos en los artículos 45, 46, 47 y 48 del Estatuto del

³¹⁰. Proceso N°-45- AI-99, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³¹¹ LUIS CARLOS, SÁCHICA, Luis Carlos. «La Acción de Nulidad...», p. 56.

³¹² MARCEL TANGARIFE, *ob. cit.*, p. 190.

³¹³ SÁCHICA, «La Acción de Nulidad...», p. 58.

³¹⁴ Artículo 20 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina³¹⁵; de lo contrario, dicho Tribunal, dentro de los cinco días siguientes de recibida la demanda, fijará un plazo razonable para que el demandante la regularice. Si este plazo vence sin que se hayan subsanado las omisiones, el Tribunal devolverá la demanda.

En la acción de nulidad, no hay propiamente una *litis*, por lo cual no se corre traslado de la demanda³¹⁶; se trata, de una discusión de puro derecho, que tiene por objeto declarar la ilegalidad del acto impugnado y su posterior declaración de invalidez. De ello se deriva, también, que este proceso no pueda ser objeto de desistimiento o transacción; así lo ha establecido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al señalar:

Las características anotadas dan a esta acción comunitaria connotaciones emparentadas con las que en el Derecho interno tienen las de nulidad: acción pública, de orden público, y el encontrarse en ellas comprometido el interés general; todo lo cual determina que sea accesible a todos o a la mayor parte de los sujetos del ordenamiento jurídico correspondiente y que, por la finalidad que comporta la intangibilidad de dicho ordenamiento, no resulte pasible de desistimiento o de transacción³¹⁷.

Una vez concluido el proceso el Tribunal dictará sentencia y, en caso de que declare la nulidad total o parcial de la norma o convenio³¹⁸, señalará los efectos de la sentencia en el

³¹⁵ "Artículo 45.- Presentación de la demanda 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 se iniciará mediante demanda suscrita por la parte y su abogado, dirigida al Presidente del Tribunal y presentada ante el Secretario en original y tres copias. También podrá enviarse la demanda vía facsímil, por correo o por medios electrónicos con el debido soporte de confirmación de recibo por parte del Tribunal. En este caso, el demandante tendrá un plazo de tres días para remitir por correo el original de la demanda y sus anexos. Extraído de <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec500s.asp>. Página visitada el 20 de noviembre de 2012.

³¹⁶ MARCEL, TANGARIFE, ob. cit, p. 60.

³¹⁷ Proceso N.24-AN-99, Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³¹⁸ Como ejemplo de declaratoria de nulidad, podemos citar la Sentencia dictada el 1 de febrero del 2002, en el Proceso N°14-AN-2001, en la cual el Tribunal señaló: « (...) respecto a la impugnación del Artículo 279 de la Decisión 486, afirma el actor que la Comisión desconoció normas del Tratado de Creación del Tribunal al afirmar que el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes no vulnera la referida Decisión. El Tribunal encuentra válido el motivo de impugnación aducido por el demandante en la medida en que no es función de la Comisión expedir disposiciones de carácter general que, como la cuestionada, vendrían a exonerar de manera anticipada a los Países Miembros de posibles incumplimientos al suscribir con terceros países tratados públicos que estuvieran en contradicción con el ordenamiento jurídico comunitario andino. Dicha función ha sido deferida exclusivamente, para que la valoración se haga en cada caso particular y concreto, al Tribunal de Justicia. De lo anterior resulta que es

tiempo³¹⁹ (Artículo 22 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina); es decir, deberá determinar qué situaciones creadas por el acto anulado quedarán firmes y cuáles deben entenderse como anuladas. En consecuencia, una vez declarada la nulidad de la norma impugnada, ésta dejará de formar parte del ordenamiento jurídico andino. En este extremo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado:

(...) en el contencioso comunitario andino de anulación el tallador debe limitarse a confrontar la norma objeto de la demanda con la disposición superior que se alega como vulnerada, puesto que la controversia se desenvuelve en tomo a esos dos extremos, únicamente: la norma supuestamente transgredida y el acto imputado como transgresor. En el caso de que el juez llegare a encontrar valedera la denuncia de disconformidad con la normatividad superior, deberá decretar pura y simplemente la anulación de la norma demandada sin agregar ninguna declaración indemnizatoria, así encuentre que ella ha producido perjuicios al accionante o a terceros. Por ello en el contencioso comunitario andino, la sentencia anulatoria es simplemente declarativa y no de condena.³²⁰

Se debe señalar que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no requieren homologación ratificación o *exequátur* en ninguno de los Países Miembros y adquieren fuerza obligatoria (autoridad de cosa juzgada) a partir del día siguiente al de su lectura en audiencia pública³²¹. Es posible enmendar la sentencia que contenga errores manifiestos de escritura o cálculo, ampliarla en caso de que se haya omitido pronunciamiento sobre ciertos

contrario al ordenamiento jurídico comunitario y particularmente a las normas del Tratado que regula las competencias y funciones del Tribunal de Justicia, el haber expresado en el artículo 279 que el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes es ejemplo de tratados que no vulneran la decisión 486. Procede entonces la declaración parcial de nulidad de la norma acusada, suprimiendo de su texto la expresión que dice [...] tales como el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes».

³¹⁹ El Artículo 22 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina enfatiza: “Cuando el Tribunal declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo. El Órgano de la Comunidad Andina cuyo acto haya sido anulado deberá adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, dentro del plazo fijado por el propio Tribunal”.

³²⁰ Proceso N.º 24-AN-99 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³²¹ El Artículo 91 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala: “La sentencia tendrá fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente al de su notificación y es aplicable en el territorio de los Países Miembros sin necesidad de homologación o exequátur”.

puntos controvertidos, y aclararla en caso de ambigüedad³²². Sin embargo, estamos ante una instancia única, por lo cual no cabe recurso de apelación.

Con relación a la posibilidad de solicitar y aplicar medidas cautelares antes de resolverse la causa, hay que destacar que es posible instar la suspensión provisional del acto impugnado con el propósito de evitar que continúe el perjuicio o que éste se agrave.

La posibilidad de solicitar una medida precautoria está expresamente contemplada en el Artículo 21 del Acuerdo de Cartagena que, si bien establece como principio general que la acción de nulidad no afecte la eficacia o vigencia de la norma impugnada (con lo cual, se consagra una presunción de legalidad de las normas comunitarias), agrega que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la decisión, resolución o convenio acusados de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva³²³.

³²² El Artículo 92 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala con relación a la Enmienda y ampliación de las sentencias: "El Tribunal, de oficio o a petición de parte presentada dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la sentencia, podrá enmendarla o ampliarla. *La enmienda tendrá lugar si la sentencia contuviere errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes o si se hubiere pronunciado sobre un asunto no planteado en la demanda, y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. (cursivas agregadas)*) La solicitud de enmienda o de ampliación se pondrá en conocimiento de la otra parte, por cinco días, para que absuelva el trámite, si lo cree conveniente. El Tribunal dentro de los quince días siguientes al de la expiración del término a que se refiere el primer inciso, cuando la enmienda o ampliación fuese de oficio o agotado el término concedido a las partes, adoptará resolución sobre la enmienda o ampliación, la notificará a las mismas y la anexará a la sentencia. El trámite de la enmienda o ampliación no suspende la ejecución de la sentencia".

³²³ El Artículo 105 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señaló con relación a la Suspensión provisional y medidas cautelares: "La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados. Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad u otras medidas cautelares, de conformidad con las siguientes reglas:

1.Si la demanda de nulidad se dirige contra una disposición comunitaria de contenido general, basta que haya manifiesta violación de otra de superior categoría del mismo ordenamiento, que se pueda percibir mediante una elemental comparación entre ésta y aquélla;

2.Si la acción ejercitada tuviere como objeto la nulidad de una norma de contenido particular, deberán aparecer comprobados, además, los perjuicios irreparables o de difícil reparación que causa o pudiere causar al demandante, la ejecución de la norma demandada; y,

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado que la presunción de legalidad que proviene de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta o Resoluciones de la Secretaría General, está consagrada en el Artículo 21³²⁴ del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En ese sentido, ya hemos tenido la oportunidad de señalar que la iniciación de la acción de nulidad no afecta a la eficacia o vigencia de la norma impugnada. En otras palabras, hasta no producirse el fallo en firme dentro del curso de la acción de nulidad, el acto demandado continúa en vigor y a él le son imputables las reglas concernientes a la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión a que se refiere el Artículo 3³²⁵ del Tratado del Tribunal³²⁶.

En la misma línea jurisprudencial, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha esclarecido que la obligación de acatamiento de una norma comunitaria revestida de la presunción de legalidad, mientras no se impugne su validez, *“es un principio general de derecho que cobra mayor fuerza y se optimiza en su sistema de integración (...)”*³²⁷ (cursivas agregadas)

3. Si la medida se solicita y se sustenta de modo expreso en la demanda.

Si lo considera necesario, el Tribunal podrá exigirle al solicitante para que el decreto de suspensión se haga efectivo, constituir caución o fianza que asegure la reparación de los eventuales perjuicios que se generen por la suspensión cuando la sentencia que defina el proceso no sea de anulación. El afianzamiento podrá consistir en caución, garantía de compañía de seguros o aval bancario. Podrá asimismo disponer otras medidas cautelares”.

³²⁴ “Artículo 21.- La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados”.

³²⁵ Dicho Artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señalo: *“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”.*

³²⁶ Procesos N. 24-AN-99 y 1-AN-98, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³²⁷ Sentencia emitida dentro del proceso de nulidad 05-AN-97 instaurado por la República de Venezuela contra la Resolución N° 430 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y el Dictamen Motivado N° 15-96; publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo N° 361 del 07 de agosto de 1998.

La finalidad esencial de la presunción de legalidad de los actos de carácter decisorio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, va dirigida a garantizar la eficacia e inmediata ejecutividad de las Resoluciones, evitando de esta manera que la impugnación judicial por sí sola paralice la actividad administrativa de la Comunidad. En tal sentido, aparece como el principal efecto de la presunción de legalidad, el de trasladar al afectado la carga de interponer el respectivo recurso o acción contra el acto, si lo considera ilegítimo³²⁸. No obstante, se trata como ya lo hemos señalado, de un principio que no es absoluto, pudiendo solicitarse la suspensión provisional del acto impugnado, en caso que éste pudiere ocasionar perjuicios irreparables.

El Ordenamiento Jurídico Andino establece la acción de incumplimiento³²⁹ para controlar el comportamiento de los Estados miembros en relación con la normatividad andina.³³⁰ Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso N.º 07-AI-99, al decir que esta acción, «establecida y regulada en los Artículos 23 a 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina³³¹, constituye el instrumento por excelencia,

³²⁸ Proceso N.º 1-AN-98 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³²⁹ En palabras de ANIBAL SIERRALTA «Esta es una de las acciones más singulares en el ordenamiento jurídico andino, pues permite a los ciudadanos comunitarios plantear una acción de incumplimiento sobre cualquier disposición emanada por un órgano de la Comunidad Andina, previo agotamiento de una fase administrativa ante la Secretaría General. La sentencia correspondiente, cuando fuere un particular el reclamante, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere» (Artículo. 30 de la Decisión 472). ANIBAL SIERRALTA «Recursos jurisdiccionales andinos» Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 56.

³³⁰ ROBERTO, SALAZAR MANRIQUE, *ob. cit.*, pp. 109-110.

³³¹ El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala en su Sección Segunda lo siguiente: "Artículo 23.-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 24.-Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior.

mediante el cual el Tribunal está llamado a vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Países Miembros de acatar y no obstaculizar la aplicación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena». ³³²

Sobre los requisitos que deben cumplirse para poder interponer esta acción, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado que los mismos son:

- a) La nota de observaciones o pliego de cargos dirigido por la Secretaría General al País Miembro inculpado de incumplimiento en la que se le hacen saber las circunstancias de hecho y de derecho que configuran la conducta objeto de censura.
- b) La oportunidad procesal que debe otorgarse al País Miembro para rendir explicaciones o para corregir o enmendar su conducta.
- c) El dictamen de incumplimiento, de ser el caso.

Jurisprudencialmente se ha establecido, además, que debe existir correspondencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento y, por supuesto, entre éstas y las que sirven de fundamento a la demanda ³³³.

³³² Proceso N° 07-AI-99, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En el mismo sentido, véase la sentencia dictada en el Proceso N° 43-AI-99.

³³³ Proceso N° 09-AI-99, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En este punto se debe hacer referencia a los tipos de incumplimiento que pueden ser señalados en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Comunitario Andino. Así, el Artículo 57 de la Decisión 425 de 1997 establece como primer tipo de incumplimiento el denominado «incumplimiento flagrante³³⁴», definido como aquel que es «evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un país miembro, previamente declarado por la Secretaría General, incluso cuando este continúe mediante instrumentos distintos o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales la Secretaría General se hubiere pronunciado con anterioridad». Sobre esta primera modalidad de incumplimiento ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

La aceptación de un País Miembro sobre un incumplimiento o la deducción clara de una actitud de tal incumplimiento, ha conducido a que este Tribunal, el Europeo y la propia Secretaría General, traten de lo que es incumplimiento flagrante, figura prevista en las reformas al Tratado de creación del Tribunal. En el fallo referido al Tribunal Europeo se pronunció sobre lo que puede calificarse de incumplimiento no discutido. [...] El incumplimiento no discutido, puede asimilarse con el mismo alcance, a lo que el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, (Decisión 425, publicada en la G.O. N.º 314 de 18 de Diciembre de 1997) define como el incumplimiento «flagrante», y será tal 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, inclusive 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 anterioridad³³⁵. (cursivas agregadas)

³³⁴ IRIS, GONZALES DE TROCONIS, destaca el incumplimiento flagrante al señalar: “(...) por otra parte, se han diferenciado en el sistema, a nivel reglamentario y jurisprudencial, varias modalidades de incumplimiento. Así, el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General distingue la figura del incumplimiento flagrante, considerando que éste se constituye cuando es evidente, y que es evidente cuando es reiterado y previamente declarado por la Secretaría General, o cuando recae en aspectos sustantivos sobre los cuales ya se hubiese pronunciado la Secretaría General. En el caso del incumplimiento evidente por reiterado, el texto especifica que el supuesto se constituye también cuando el incumplimiento continúa mediante instrumentos formalmente distintos (Artículo 57). Independientemente del significado peculiar que la disposición atribuye a la idea de flagrancia, esta modalidad de incumplimiento genera efectos tales como la supresión del plazo previsto en el Tratado de Creación del Tribunal para que la Secretaría General emita el Dictamen motivado a partir del cual se podrá demandar el incumplimiento (Artículo 26)”. IRIS GONZALES DE TROCONIS “Solución de controversias por incumplimiento de los Estados, en el régimen jurídico de la Comunidad Andina, la Cuestión de la Efectividad”, Programa de Doctorado en Derecho, Universidad Andina Simon Bolivar, Quito, 2007, p. 34.

³³⁵ Proceso N.º 2-AI-97- Citado por MARCEL TANGARIFE, ob. cit, p. 197.

De igual forma, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se ha referido en otras ocasiones al denominado «incumplimiento objetivo³³⁶», al que define de la siguiente manera:

Este Tribunal, dentro del tantas veces referido proceso 3-AI-96, hizo mención al «incumplimiento objetivo», agregando ahora que «para cuya determinación basta la simple confrontación de los actos mandatorios de la Junta contenidos en las Resoluciones mencionadas», es decir, el que se aprecia por la simple lectura y análisis de los hechos inculcados de incumplimiento y el derecho violado³³⁷.

Con relación a los particulares, el ordenamiento jurídico andino consagra dos mecanismos: En primer lugar, el Artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, habilita a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro a acudir a la Secretaría General y al Tribunal, a fin de que aquélla realice las gestiones conducentes a subsanar tal incumplimiento. Recibida la respuesta del Estado o vencido el plazo establecido sin obtener resultados positivos, la Secretaría emitirá un dictamen motivado. Si el dictamen es de incumplimiento y el Estado persiste en su conducta, la Secretaría solicitará pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina³³⁸. También, el Artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dispone que la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal

³³⁶ “En la jurisprudencia se hace mención además del incumplimiento objetivo y no discutido. El Tribunal ha dicho que, para la determinación del incumplimiento objetivo, “(...) basta la simple confrontación de los actos mandatorios de la Junta contenidos en las Resoluciones mencionadas, es decir, el que se aprecia por la simple lectura y análisis de los hechos inculcados de incumplimiento y el derecho violado”; y que el objetivo se hace no discutido cuando el País Miembro no contesta oportunamente la demanda, o cuando la contesta pero no rechaza ni contradice en forma alguna el incumplimiento denunciado”. IRIS GONZALES DE TROCONIS “Solucion de controversias por incumplimiento (...)”

³³⁷ Ob. cit, p. 198.

³³⁸ Según el Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias, “(...) un Estado miembro o un particular afectado en sus derechos que considere que un Estado Miembro ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones comunitarias formulará por escrito su reclamo Si el reclamo es presentado por un Estado miembro, deberá ser suscrito por la autoridad nacional competente o por quienes fueron acreditados por dicha autoridad. Si es presentado por particulares deberá indicarse la dirección de lugar donde se harán las notificaciones, el número de teléfono, telefax o correo electrónico, acreditar su condición de persona natural o jurídica afectada en sus derechos, su representación legal o mandato así como la declaración de que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional”. Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de controversias, Secretaria General de la Comunidad Andina, p 15, Lima, 2008.

constituya título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda³³⁹.

En efecto, con el objeto de garantizar al País Miembro inculpado el derecho de defensa, tanto en la etapa prejudicial ante la Secretaría General como en el proceso ante el Tribunal, la jurisprudencia ha señalado que las razones fundamentales del incumplimiento que se impute al País Miembro tanto en la nota de observaciones como en el respectivo y posterior dictamen, guarden congruencia entre sí y con la demanda que llegare a intentarse ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para iniciar la subsiguiente vía judicial. En ese sentido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló:

(...) para este Tribunal Andino basta con que a su juicio exista suficiente congruencia en los tres momentos procesales, para que así se esté asegurando la unidad del objeto de la acción y garantizando el derecho de defensa del país vinculado como sujeto pasivo a la controversia³⁴⁰.

Sobre las personas u órganos que pueden interponer esta acción, el ordenamiento comunitario andino habilita a los Países Miembros, a la Secretaría General y a los particulares (personas naturales o jurídicas). En el caso de la Secretaría, puede iniciar de oficio o a solicitud de algún País Miembro o de un particular la acción de incumplimiento, cuando se considere que un Estado ha incumplido las obligaciones emanadas de las normas o convenios que componen el ordenamiento jurídico andino³⁴¹. Cuando la acción es promovida por algún País Miembro, debe acompañar a su reclamo ante la Secretaría los antecedentes del caso. Posteriormente, la

³³⁹ "Artículo 30.- La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere".

³⁴⁰ Proceso N° 12-IP-91, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³⁴¹ ESTUARDO, HURTADO LARREA, «Los Incumplimientos y la Acción Asignada a la Competencia del Tribunal». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALAD1, 1985/Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986, p. 75.

Secretaría debe formular sus observaciones por escrito al país supuestamente infractor, el cual debe responder dentro de un plazo que no podrá exceder los dos meses.

Luego de recibida la respuesta o vencido el plazo de dos meses sin haber obtenido contestación, la Secretaría emite un dictamen estableciendo si existe o no incumplimiento. Si la Secretaría opina que existe incumplimiento y el país persiste en su conducta, ésta puede llevar el caso ante el Tribunal de Justicia para obtener su pronunciamiento, con lo cual termina la fase administrativa³⁴² y se inicia la fase judicial. Entonces, será el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el que con competencia exclusiva determinará el incumplimiento o no del Estado. Así lo ha señalado este órgano judicial comunitario:

Sin perjuicio de la etapa prejudicial que se sustancia ante la Secretaría General, el control de la legitimidad de las actuaciones u omisiones de los Países Miembros frente al Derecho Comunitario corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano con la competencia exclusiva para declarar con autoridad de cosa juzgada judicial la existencia de un incumplimiento de las obligaciones impuestas a los Países Miembros en virtud del ordenamiento jurídico andino³⁴³.

En este punto, se debe precisar que si la Secretaría General no interpone la acción ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su dictamen o si la Secretaría no emite dictamen dentro de los tres meses siguientes a la fecha del reclamo o el dictamen no fuera de incumplimiento, el Estado reclamante podrá demandar directamente ante dicho Tribunal (Artículo 24 del Acuerdo de Cartagena)³⁴⁴.

³⁴² *“Este trámite previo fue establecido en el Tratado con la finalidad de que se llegue a un arreglo sin que un Estado o la Junta tengan que recurrir al Tribunal con una demanda que necesariamente produciría un impacto e implicaría la posibilidad de una sentencia condenatoria de un Tribunal de derecho y la imposición de sanciones, lo cual naturalmente afectaría al país demandado”.*HURTADO LARREA, «Los Incumplimientos y (...)», p. 76:

³⁴³ Proceso N° 43-AI-99, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³⁴⁴ Se debe precisar que el ordenamiento jurídico andino impide la aplicación unilateral de contramedidas por parte de un Estado miembro ante el incumplimiento de otro Estado. Así lo señaló el Tribunal de Justicia en un asunto en el que Ecuador impuso una serie de medidas unilaterales limitando el ingreso de licores de Colombia, como respuesta a las restricciones aplicadas por los departamentos de este último país a los licores ecuatorianos. El Tribunal señaló

Una vez que el caso se encuentra bajo conocimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, éste podrá emitir sentencia definitiva y con carácter obligatorio para las Partes. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, puede desestimar la demanda o considerar que la misma tiene fundamento³⁴⁵. Si se declara el incumplimiento del Estado, éste se encontrará obligado a adoptar las medidas pertinentes para cumplir con el fallo dentro de los dos meses siguientes a su notificación. Al respecto, ha precisado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

En cuanto hace a la naturaleza de la acción de incumplimiento, ésta es esencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no sólo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer (Couture). Así se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 25 (hoy 27) del Tratado de Creación del Tribunal, cuando establece que la sentencia de incumplimiento implica para el País cuya conducta ha sido objeto de reclamo, la obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, dentro del plazo determinado de tres meses, a partir de su notificación³⁴⁶.

Sin embargo, es posible que el Estado declarado culpable de incumplimiento se resista a ejecutar la sentencia. En esta situación extrema, se iniciará ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, un procedimiento sumario a fin de imponer las sanciones correspondientes al Estado infractor.

De este modo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el Estado reclamante o los otros miembros podrán restringir o suspender las ventajas que el Estado infractor está obteniendo por

que la conducta de Ecuador también constituía un incumplimiento. Véase CASTRO BERNIERI, Jorge. *Constituyente e Integración...*, p. 24.

³⁴⁵ Así, en el Proceso N° 26-AI-2000, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina desestimó la demanda interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia por presunto incumplimiento del Artículo 5° del Convenio de Complementación en el Sector Automotor y 4 del Tratado de Creación del Tribunal.

³⁴⁶ Proceso N°1-AI-96 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. También véase el Proceso N° 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999.

su participación en el proceso de integración. Esta sanción busca compensar a los demás países, por lo cual, más que una condena, se le considera una medida de equidad³⁴⁷.

Un ejemplo de este procedimiento sumario lo tenemos en el Proceso N.º 1-AI-96³⁴⁸, donde el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina estableció, ante el incumplimiento por parte del Ecuador de la sentencia dictada en este mismo proceso:

Que, pese a ese cumplimiento parcial informado por la República del Ecuador, se encuentran vigentes 23 Resoluciones impugnadas ante el Tribunal Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, expedidas contraviniendo el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, persistiendo así el incumplimiento de la mencionada Sentencia.- De conformidad con los Artículos 25 del Tratado de Creación del Tribunal y, 10 del Reglamento sobre Sumarios por Incumplimiento de Sentencias adoptado por este Tribunal el 7 de mayo de 1999 y publicado en la Gaceta Oficial N° 455 de 2 de julio de 1999. DECIDE: Suspender las preferencias en materia de origen de que goza el Ecuador, conforme a los incisos d) y f) del Artículo 2 de la Decisión 416 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por la que se concede un porcentaje del 60% del valor FOB de exportación de los productos, el cual en adelante será de 50% tal como se exige para Colombia, Perú y Venezuela. La presente sanción se mantendrá vigente hasta que la República del Ecuador elimine totalmente las causas que motivan el incumplimiento de la Sentencia proferida por este Tribunal el 30 de octubre de 1996, proceso 1-AI-96³⁴⁹.

Igual criterio se siguió en el Proceso N.º I-AI-97 del 20 de octubre de 1999, en el procedimiento sumario iniciado a solicitud de la República del Perú contra Venezuela por incumplimiento de la

³⁴⁷ ESTUARDO, HURTADO LARREA, *Ob. Cit.*, pp. 76-77. Para conocer en detalle el procedimiento a seguir en este proceso sumario, véase el Reglamento Especial dado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 7 de mayo de 1999.

³⁴⁸ La demanda de dicho caso se expone a continuación: “La Junta del Acuerdo de Cartagena por conducto de su Coordinador Ingeniero Rodrigo Arcaya Smith, solicita el pronunciamiento del Tribunal en torno a la aplicación por parte del Gobierno del Ecuador de normas contenidas en las disposiciones transitorias del Decreto Ejecutivo N° 1344-A dictado el 21 de diciembre de 1993 y de sus modificaciones introducidas por el Decreto N° 1738 del 30 de junio de 1994, por considerar que con dichas disposiciones se vulneran principios establecidos en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En el escrito de la demanda se pide: (...) de conformidad con lo previsto en el Artículo 25, que ese Tribunal ordene al Gobierno del Ecuador que revoque las disposiciones transitorias del Decreto Ejecutivo N° 1344-A, del 21 de diciembre de 1993, con las modificaciones incorporadas por el Decreto 1738, del 30 de junio de 1994, las cuales vulneran principios establecidos en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; así como que, conforme a lo previsto en el Artículo 52, letra a), de la Decisión 344, ordene al Gobierno del Ecuador que decrete la nulidad de cualesquiera registros de patentes concedidos conforme a las previsiones de las referidas disposiciones transitorias, y la inadmisibilidad de cualesquiera solicitudes de patentes presentadas conforme a las mismas previsiones; todo en un plazo perentorio que fije el Tribunal. Además solicita que, en forma previa y cautelar, el Tribunal requiera del Gobierno del Ecuador, la suspensión inmediata de todos los procedimientos de otorgamiento de patentes, al amparo de las disposiciones sobre pipeline previstas en las disposiciones transitorias del Decreto Ejecutivo N° 1344-A del Ecuador, hasta tanto el Tribunal dicte la sentencia definitiva”. Extraído de intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/1-AI-96.doc. Página visitada el 11 de noviembre de 2012.

³⁴⁹ Proceso N° 1-AI-97 de! Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

sentencia dictada en este mismo proceso. Aquí el Tribunal explicó sobre el significado del incumplimiento de las sentencias por parte de los Estados Miembros, señalando:

Que el desacato a un fallo de tal naturaleza constituye la más grave ofensa de cuantas puedan inferirse al Ordenamiento Comunitario pues lo 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 a 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 Estados 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.³⁵⁰

En otro proceso sumario, al decretar la sanción al Estado de Venezuela por incumplir una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, este último precisa claramente los límites (temporal, espacial y material) dentro de los cuales los demás Países Miembros pueden restringir o suspender ventajas para el Estado infractor. Así:

Se decide determinar los límites dentro de los cuales los Países Miembros podrán restringir o suspender las ventajas del Acuerdo de Cartagena que al momento benefician a la República de Venezuela, 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 efectúan a su territorio, procedentes y originarias de Venezuela. Los Países Miembros informarán al Tribunal, por intermedio de la Secretaría General de la Comunidad Andina, la lista de los productos objeto del gravamen sancionatorio, dentro de los veinte días siguientes a la comunicación de este auto a dicha Secretaría General. La presente sanción se mantendrá vigente hasta tanto la República de Venezuela demuestre fehacientemente ante el Tribunal que ha dado estricto cumplimiento a la sentencia del 11 de diciembre de 1997, proferida dentro del proceso I-AI-97.

³⁵⁰ Parte conclusiva del proceso N° 1-AI-97, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

A modo de conclusión, puede decirse que la acción de incumplimiento es el instrumento por el cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, está llamado a vigilar en última instancia el cumplimiento de las obligaciones que adquieren los Países Miembros de acatar y no obstaculizar la aplicación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

El recurso por omisión o inactividad³⁵¹ es un mecanismo que tienen los particulares (personas naturales o jurídicas), los órganos comunitarios y las autoridades de los Países Miembros de la Comunidad Andina para solicitar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General que cumplan con alguna función que viene siendo omitida o incumplida³⁵². Así lo establece el Artículo 37 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, agregando que, si dentro de los 30 días siguientes al requerimiento, no se accediera a la solicitud, el requirente podrá acudir al Tribunal para obtener su pronunciamiento.

En relación con este plazo de 30 días cabría comentar que, precisamente, su brevedad responde a la necesidad de ofrecer a las instituciones comunitarias la posibilidad de actuar cuando todavía su participación puede ser eficaz³⁵³. Un plazo excesivamente largo podría convertir en inútil la reclamación.

³⁵¹ Según el Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias: "El Recurso por Omisión o Inactividad es aquel que permite a los Países Miembros, particulares y órganos del Sistema Andino de Integración hacer un control de aquellos otros órganos que estuvieren obligados a ejercer alguna actividad con fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario, cumplan con sus obligaciones. Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias, p. 28.

³⁵² CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ, *"El Recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas"*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, 1993.

³⁵³ PALACIO GONZÁLES, JOSÉ. *El Sistema Jurídico Comunitario*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1996, p. 196.

La omisión por parte de los órganos comunitarios puede consistir no solo en una inacción de orden administrativo sino, también, en el incumplimiento de un deber de actuación normativa de carácter más general. En consecuencia, es preciso entender, por omisión, todo incumplimiento de un deber de actuación, a nivel normativo o ejecutivo, como impuesto por una disposición comunitaria.³⁵⁴

Por otro lado, cuando se señala que el órgano comunitario puede acceder o no al requerimiento del solicitante, la doctrina entiende que la respuesta deberá considerarse como positiva cuando el órgano accede a una «definición de posición». Por definición de posición se debe entender que el organismo demandado tiene una opinión oficial, que tiende a esclarecer la posición jurídica del demandante, en relación con la medida solicitada. En ese sentido no es suficiente con que se responda que la cuestión está en estudio o se remita a una posición jurídicamente preexistente»³⁵⁵.

Así, planteado el caso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, éste deberá emitir la providencia correspondiente dentro de los 30 días siguientes a la fecha de admisión del recurso y sobre la base de la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones del órgano objeto del recurso. Esta providencia deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano deberá cumplir con su obligación.

³⁵⁴ Ob cit., pp. 188-189.

³⁵⁵ Ob cit., p. 197.

Finalmente se debe señalar que la interposición de dicho recurso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha sido escaso puesto que desde 1985 hasta 2012, sólo se plantearon seis acciones, 2 en 2003, 2, en 2006 y 2 en 2007³⁵⁶.

En ese sentido se destaca la Sentencia 02-RO-2007³⁵⁷, por la cual, el señor Julio César Peñaherrera Astudillo presentó reclamo de incumplimiento ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, contra la República del Ecuador por supuesto incumplimiento de la normativa comunitaria, dado que en Providencia del 18 de diciembre de 2006 el Tribunal Contencioso Administrativo No. 3 de Cuenca no adoptó la Interpretación Prejudicial del 6 de abril de 2005, proferida dentro del proceso 165-IP-2004. Así, la Secretaría General mediante comunicación SG-F/5.11/347/2007, contestó el reclamo presentado en el sentido de declararlo inadmisibile. Al efecto, citando jurisprudencia del Tribunal de Justicia, adujo que el reclamante no tenía interés legítimo para presentar el reclamo, ya que no existía afectación a un derecho subjetivo y, por lo tanto, no se configuraban los requisitos establecidos en el Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento (Decisión 623).

Además, sostuvo que la afectación a los derechos del demandante no se ha configurado ya que el proceso judicial nacional objeto del reclamo se encuentra en trámite y, por lo tanto, no se evidencia que hubiese incumplimiento de la norma comunitaria. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señaló que:

El Recurso por Omisión o Inactividad persigue hacer cesar la inactividad y compeler, ya sea al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión o a la Secretaría General cuando se

³⁵⁶ Datos extraídos de la página web oficial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=27, página visitada el 6 de febrero de 2013.

³⁵⁷ Recurso por Omisión o Inactividad interpuesto por JULIO CÉSAR PEÑAHERRERA ASTUDILLO contra la SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, por la supuesta omisión de acatar los Artículos 14 y 15 de la Decisión 623 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a cumplir con su conducta de emitir el pronunciamiento. *En consecuencia, el recurso por omisión está previsto para los casos en los que los órganos encargados de cumplir y hacer cumplir una disposición de derecho comunitario no lo hacen y de esta manera infringen la normativa comunitaria al abstenerse de actuar*³⁵⁸ (cursivas agregadas)

Así también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cita a un autor de Derecho Comunitario europeo: “El tratadista Guy Isaac, sostiene que: El Tribunal de Justicia no sólo es competente para sancionar los actos irregulares adoptados por las instituciones comunitarias sino que también lo está para sus inacciones contrarias al derecho comunitario”³⁵⁹.

Complementariamente en la parte decisoria de la Sentencia 02-RO-2007, señaló:

Declarar procedente el Recurso por Omisión presentado por el señor Julio César Peñaherrera Astudillo contra la Secretaría General de la Comunidad Andina, por haber incurrido este Órgano en una conducta omisiva al no conceder un plazo de 15 días hábiles para que se regularizara el escrito de reclamo de incumplimiento presentado por el demandante.

Se puede apreciar que la parte Resolutiva de la sentencia, señala un incumplimiento del ordenamiento comunitario de la Secretaría General de la Comunidad Andina, evidenciando que su omisión en otorgar un determinado plazo, afectó los derechos de un particular. En ese orden de ideas el Tribunal Comunitario, manda a la Secretaría General a rectificar, al señalar:

Compeler a la Secretaría General de la Comunidad Andina para que en el plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, emita una resolución concediéndole 15 días hábiles para que subsane el reclamo de incumplimiento, de conformidad con el artículo 15 de la Decisión 623 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

³⁵⁸ Parte considerativa de la Sentencia 02-RO-2007.

³⁵⁹ISAAC GUY, « Manual de Derecho Comunitario General », Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1985, p. 285.

En ese orden de ideas es necesario revisar las dos principales funciones que ejercerá el Organismo Jurisdiccional Andino: como representante de los nacionales de los Estados miembros y encargado de la interpretación y cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario.

4.6 Relevancia de la Interpretación Prejudicial Europea y su incidencia respecto al papel de los tribunales de justicia nacionales en los procesos de integración supranacional: El control de comunitariedad y su impacto en la cuestión prejudicial europea

La inaplicación es la solución que ha de adoptar el juez nacional frente a las normas internas contrarias al Derecho Comunitario³⁶⁰. En principio, esta solución es viable independientemente de que la norma estatal sea anterior o posterior a la entrada en vigor de la norma europea a la que se opone. Sin embargo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, parece sugerir una solución más drástica respecto de las normas internas posteriores, al señalar que la primacía produce el efecto de "*(...) impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias*"³⁶¹, (cursivas agregadas) obviamente anteriores.

El enorme impacto de esta doctrina en el orden constitucional de los Estados miembros ha sido unánimemente subrayada por todos aquellos autores que se han aproximado al tema. Se puede hablar así de una modificación de hecho de los sistemas constitucionales nacionales, que

³⁶⁰ Según la Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2011/C 160/01), de 28 de mayo de 2011, en su Título «Función del Tribunal de Justicia dentro del procedimiento prejudicial, Numeral 8 señala que: El objetivo del Tribunal de Justicia cuando se pronuncia sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión es proporcionar una respuesta útil para la solución del litigio, pero es el órgano jurisdiccional nacional quien tendrá que deducir las consecuencias que corresponda y en su caso declarar inaplicable la norma nacional».

³⁶¹ FERNANDEZ SEGADO, Ob cit, p 50

vendría dada por la que THEO OHLINGER³⁶² denomina: "(...) *americanización estructural del derecho europeo continental*", (cursivas agregadas) que es la resultante del cambio del rol de los tribunales nacionales, que de órganos de aplicación del Derecho creado por el Parlamento, se convierten en órganos de revisión y fiscalización del mismo. Con esto, la tradicional equiparación euro-continental entre Derecho y Ley, siendo ya discutible desde una óptica teórico-jurídica, deja de ser válida también desde el punto de vista pragmático. En este sentido se establece que los tribunales de justicia pasan a ser de meros aplicadores de la ley³⁶³ a ser organismos que con sentido crítico la supervisan y aplican.

Esta concepción del "control de comunitariedad" incide sobre los presupuestos mismos en que se asienta el "control de constitucionalidad" en aquellos sistemas en que tal control se concentra en un único órgano, en Europa, normalmente un Tribunal Constitucional. De esta manera, con relación al control de comunitariedad, según FERNÁNDEZ SEGADO: "(...) el control de comunitariedad es también, en gran medida, un control concentrado, en tanto que en el Derecho Comunitario existe un instrumento análogo al instituto procesal de la prejudicialidad, en Italia, conocido en España como cuestión de inconstitucionalidad, y que, con una u otra denominación, hallamos, entre otros países, en Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Polonia, República Checa, República Eslovaca o España.

Dicho instrumento procesal comunitario sería lógicamente la "interpretación prejudicial", inicialmente contemplada por el Artículo 177 del Tratado de Roma, más tarde por el artículo 234

³⁶² THEO OHLINGER, "La influencia del Derecho Comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de americanización del Derecho europeo", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, p. 45.

³⁶³ La República Federal de Alemania, Italia, España, Portugal y casi todos los "Estados de la reforma" del centro y oriente de Europa siguieron, como es sabido, el modelo austriaco. Según *Binder*, *Die Verfassungsgerichte als „Hüter der Verfassung“ in Chile und Österreich*, *Juristische Ausbildung und Praxis* [Los Tribunales Constitucionales como "custodios de la Constitución" en Chile y Austria. Educación y Práctica jurídicas] 1999/2000, 201, el Tribunal Constitucional chileno sigue también esta tendencia.

del Tratado de la Unión Europea, con las modificaciones introducidas en él por el Tratado de Ámsterdam, y, con vistas al futuro, por el artículo III-274 de la Constitución Europea³⁶⁴.

Entonces se puede señalar que “la Interpretación Prejudicial”, puede considerarse un control de comunitariedad propio de la integración europea, por el que los jueces nacionales³⁶⁵ no solo aplican la ley sino que son sus supervisores y fiscalizadores. Con respecto a la Unión Europea, se puede definir a dicha Interpretación prejudicial como una competencia que concentra en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el “control de comunitariedad”, puesto que mientras los tribunales constitucionales se pronuncian acerca de si la ley estatal es contraria a la Constitución, el referido Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se limita a pronunciarse acerca de cómo debe interpretarse el Derecho Comunitario³⁶⁶.

Esto se traduce, como dice RUIZ JARABO³⁶⁷, en que los jueces nacionales son soberanos en su orden jurídico, en cuanto a la aplicación del Derecho Comunitario, incluso la afirmación de que todo juez nacional es garante y fiscalizador de dicho Derecho, es un principio básico de la construcción de la norma comunitaria³⁶⁸.

³⁶⁴ FERNÁNDEZ SEGADO. Ob cit. p 56.

³⁶⁵ En este sentido, según la Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2011/C 160/01), de 28 de mayo de 2011, en su Título «Cuando se debe plantear una Cuestión Prejudicial, Numeral 18:«El órgano jurisdiccional nacional puede remitir al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial tan pronto como estime que, para poder emitir su fallo, resulta necesaria una decisión sobre algún extremo de interpretación o de validez. Él es el mejor situado para apreciar la fase del procedimiento en que procede plantear tal cuestión».

³⁶⁶ Según la Nota Informativa (...), en su Título «Función del Tribunal de Justicia dentro del procedimiento prejudicial», Numeral 7, señala que: «En el marco del procedimiento prejudicial, la función del Tribunal de Justicia consiste en interpretar el Derecho de la Unión y no en aplicar este Derecho a los hechos concretos del procedimiento principal, labor de la que es responsable el órgano jurisdiccional nacional».

³⁶⁷ RUIZ-JARABO COLOMER, ob.cit, p.67.

³⁶⁸ Según la Página web: <http://www.elergonomista.com/tra60.html>. Pagina visitada el 11 de enero de 2012, «Los posibles conflictos entre el Derecho español y el Derecho Comunitario aplicable se someterán al principio de primacía; por tanto, la norma nacional, cualquiera que sea su rango, será inaplicable en beneficio de la norma comunitaria que resulte incompatible con ella. *El juez español será el juez encargado de garantizar el cumplimiento de la norma comunitaria. Es decir, el juez español es el juez comunitario ordinario, ya que a él incumbe la aplicación de dicho Derecho preferente.*» (cursivas agregadas)

En ese orden de ideas, la Resolución C 294 E/27 del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2008, sobre el papel del juez nacional en el sistema judicial europeo, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, de julio de 2008, observa que:

(...) la Unión Europea es una comunidad basada en el Estado de derecho³⁶⁹ ; que el Derecho comunitario es letra muerta si no es aplicado adecuadamente por los Estados miembros, y por ende por los jueces nacionales, que son, *por lo tanto, la piedra angular del sistema judicial de la Unión Europea* (cursivas agregadas) y que desempeñan un papel central e indispensable para la creación de un ordenamiento jurídico único europeo, igualmente en la perspectiva de las recientes decisiones del legislador comunitario en el sentido de una mayor participación y una mayor responsabilidad de los jueces nacionales en la aplicación del Derecho Comunitario³⁷⁰.

Según lo explicado, el hecho de que un juez nacional sea a la vez un juez comunitario y que en caso de duda de la aplicación del Derecho Comunitario se recurra en interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, deriva de una necesidad que asegure la uniformidad³⁷¹ en la interpretación del Derecho Comunitario³⁷² por igual al interior de los Estados Miembros. Dicha uniformidad plantearía, entonces la efectiva aplicación del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia Comunitario como del juez local.

³⁶⁹ Diario Oficial de la Comunidad Europea del Miercoles 9 de junio de 2008, C 294 E/27. Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2008, sobre el papel del juez nacional en el sistema judicial europeo.

³⁷⁰ Idem.

³⁷¹ «En forma similar a lo que aconteció con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha sentado una vasta jurisprudencia, contribuyendo a la interpretación y aplicación uniforme de la normativa jurídica comunitaria tanto dentro de la comunidad como de los países miembros, garantizando el equilibrio de las instituciones comunitarias y la observancia del orden jurídico comunitario, habiendo logrado clarificar y consolidar el sentido y alcance de los principios de la aplicación inmediata, efecto directo y primacía de la norma comunitaria que caracterizan al derecho comunitario andino y en base a ella se han elaborado los principios generales del mismo, constituyéndolos como fuentes del derecho comunitario, para llenar las lagunas del ordenamiento jurídico, ejerciendo el control jurisdiccional sobre los actos que en ejercicio de sus competencias realizan los órganos que conforman el SAI, así como cumpliendo las otras funciones y competencias que le han sido asignadas y que han contribuido a construir una verdadera institucionalidad comunitaria». KAUNE, ob.cit, p. 29.

³⁷² El Diario Oficial de la Comunidad Europea del Miercoles 9 de junio de 2008, C 294 E/27. «Resolución del Parlamento Europeo» de 9 de julio de 2008, sobre el papel que tiene la interpretación prejudicial en la uniformidad del Derecho Comunitario: «(...) considera que el procedimiento prejudicial es una garantía fundamental de la coherencia del ordenamiento jurídico comunitario y de la aplicación uniforme del Derecho Comunitario».

CAPÍTULO II

LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN LA COMUNIDAD ANDINA: ELEMENTOS SUSTANCIALES Y FINES

1 ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

1.1 Origen de la Interpretación prejudicial en la Union Europea

La interpretación prejudicial (en adelante también IP) fue incorporada por primera vez en el Capítulo Cuarto, Artículo 41 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, (CECA), firmado en París en 1951 con el siguiente enunciado: *“Solo el Tribunal será competente para pronunciarse con carácter prejudicial, sobre la validez de los Acuerdos de la Alta Autoridad y del Consejo, en caso que se cuestione tal validez en un litigio ante el Tribunal Nacional”*. (cursivas agregadas) Dicho Tratado instaura en la región prácticas propias del mercado común, la libre circulación de productos, la liberación de aranceles y prohíbe cualquier práctica discriminatoria, restrictiva o mecanismo de subvención entre los países miembros en Europa³⁷³.

En términos neofuncionalistas³⁷⁴, la figura regulatoria del Derecho Comunitario como la Interpretación prejudicial, fue producto de una iniciativa de carácter económico que perseguía la

³⁷³ El Artículo 3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero señaló: «Las Instituciones de la Comunidad deberán en el marco de sus respectivas competencias y el interés común: a) Velar por el abastecimiento regular del interés común, teniendo en cuenta las necesidades de los terceros países b) Asegurar a todos los usuarios del Mercado Común que se encuentren en condiciones comparables, la igualdad de acceso a las fuentes de producción c) velar por la fijación de precios al nivel más bajo posible en condiciones tales que no provoquen un aumento correlativo de los precios practicados por las mismas empresas en otras transacciones ni del conjunto de los precios en otro periodo de tiempo, permitiendo a la vez las amortizaciones necesarias y ofreciendo a los capitales invertidos posibilidades normales de remuneración».

³⁷⁴ Ver el Neofuncionalismo en el capítulo precedente.

defensa de un bloque progresista con miras a consolidar un mercado común³⁷⁵ que permitiera la libre circulación de los bienes en la comunidad.

Cabe afirmar, que desde sus orígenes, la Unión Europea ha estado organizada en el ámbito judicial sobre la base del llamado principio de subsidiaridad³⁷⁶, el cual fue explícitamente establecido por el Tratado de la Unión Europea (firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992 y en vigor desde el 1 de noviembre de 1993), en el sentido de que sólo se ha reservado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el mínimo de competencias exclusivas que no podían ser atribuidas a los órganos jurisdiccionales nacionales.

En ese orden de ideas, la Interpretación Prejudicial Europea se mantuvo hasta la actualidad en su estructura básica original. Posteriormente se extendió este mecanismo *“(...) a las cuestiones de interpretación de los Tratados fundamentales, a los de validez e interpretación*

³⁷⁵ Así, en el Artículo 2, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), se decía que la Comunidad tendría por misión promover un desarrollo armonioso del conjunto de su actividad económica, un crecimiento continuo y equilibrado y una elevación del nivel de vida de la misma. No obstante estos antecedentes, es en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) revisado en Maastricht (y posteriormente por los tratados de Ámsterdam y Niza) cuando se ofrece un perfil bastante acabado del modelo económico, como puede apreciarse tomando en consideración varios de sus Artículos. Sirvan, a modo de ejemplo, los tres siguientes: El artículo 2 del TCE determina que: *«La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y de la realización de las políticas y acciones comunes (...), un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto nivel de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de la mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros».*

El Artículo 4 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, en su apartado 1, establece que *« (...) para lograr los fines previstos por el Artículo 2 antes citado, la política económica de la Comunidad y de los Estados miembros, habrá de coordinarse y de llevarse a cabo de conformidad con el principio de una economía abierta y de libre competencia que favorezca»* (cursivas agregadas) añade el artículo 98 del TCE: *«(...) una eficiente asignación de los recursos».* Del mismo modo, el apartado 3 del citado artículo 4 especifica que *« (...) las acciones en política económica de los Estados miembros y de la Comunidad implicarán el respeto de los principios rectores: precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable».*

³⁷⁶ El principio de subsidiariedad persigue dos objetivos opuestos. Por un lado, permite a la Comunidad actuar si los Estados miembros no consiguen solucionar adecuadamente un problema con las medidas adoptadas por ellos. Por otro lado, intenta mantener la autoridad de los Estados miembros en aquellos sectores en los que la actuación comunitaria no es capaz de conseguir resultados más eficaces. El propósito de incluir este principio en los Tratados europeos es aproximar en la medida de lo posible al ciudadano el proceso de toma de decisiones dentro de la Comunidad. http://www.europarl.europa.eu/factsheets/1_2_2_es.htm, página visitada el 12 de marzo de 2011.

del Derecho derivado, y a los de interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo».³⁷⁷ (cursivas agregadas) De este modo, el poder judicial en la Unión Europea queda distribuido entre los órganos jurisdiccionales propios de la Comunidad, esto es el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia y los órganos jurisdiccionales nacionales, que actúan de forma congruente con la ejecución descentralizada del Derecho comunitario en su ámbito de competencia territorial y funcional.

La interpretación prejudicial fue regulada en los términos siguientes por el Artículo 234 del Tratado de la Unión Europea³⁷⁸:

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación del presente Tratado; sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad; [...] Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

Así también, el Artículo 220 del Tratado de la Unión Europea, sentenció: *“(...) el Tribunal de Justicia*³⁷⁹ *garantizará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado*”. (cursivas agregadas)

³⁷⁷ FERNANDO URIBE RESTREPO, «La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino», Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993, p. 22.

³⁷⁸ La Unión Europea, está actualmente constituida por los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia; y cuenta con los siguientes países candidatos para integrarla: Antigua República Yugoslava de Macedonia, Croacia y Turquía. En: http://europa.eu/abc/european_countries. Página visitada el 11 de mayo de 2011.

³⁷⁹ Según el Diario Oficial de la Unión Europea, Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2011/C 160/01), de 28 de mayo de 2011, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea y sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Esta competencia general le ha sido conferida por los Artículos 19, apartado 3, inciso b) del Tratado de la Unión Europea» (DOUE 2008, C 115, P.13; en lo sucesivo TUE) y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE 2008, C 115, p. 47; en lo sucesivo TFUE).

En otras palabras, es necesario para la Unión Europea, el establecimiento de un control jurisdiccional sobre el respeto de los tratados y la normativa de aplicación, es decir la administración y uso de Reglamentos, Directivas y Decisiones. En este sentido, aparte de ser menester y finalidad del Derecho Comunitario que sus normas sean uniformes, resulta importante que dicha norma sea *“(…) interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros”*³⁸⁰. (cursivas agregadas) Por lo que se puede afirmar que la competencia de la Interpretación prejudicial es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Unión Europea³⁸¹.

De esta manera, la Interpretación Prejudicial atribuida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para interpretar y uniformar el Derecho Comunitario, señalando la validez de los actos de las Instituciones Comunitarias, constituye el elemento más importante del conjunto del sistema judicial comunitario, puesto que son los órganos jurisdiccionales nacionales europeos, los que están encargados de aplicar la norma comunitaria en su ámbito de competencia territorial y funcional.

En ese sentido, la aplicación del Derecho Comunitario europeo lleva consigo la necesaria “uniformidad” de la interpretación de las normas comunitarias, que debe insertarse en un tejido normativo que engloba veintisiete tradiciones jurídicas diferentes³⁸². Por lo que se

³⁸⁰ ROBERT LECOURT, autor de «Le juge devant le Marché commun», fue Juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1962 a 1967 y Presidente del Tribunal de Justicia de 1967 a 1976. Fallecido en fecha 9 de Agosto de 2004. Información disponible en : <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>. Página visitada el 12 de abril de 2009.

³⁸¹ Según opinión de la Secretaría General de la Unión Europea, expresada en el Diario Oficial de la Unión Europea, «Nota Informativa sobre el Planteamiento de Cuestiones Prejudiciales por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales (2011/C 160/01)», de 28 de mayo de 2011, «*El sistema de remisión prejudicial es un mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales los medios para que la interpretación y la aplicación de este Derecho sean uniformes en todos los Estados miembros*» (cursivas agregadas).

³⁸² PATRICIO BUENO MARTÍNEZ «Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario», Tema: Sistema de Resolución de Conflictos y Órganos Jurisdiccionales, 1ra Edición, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito- Ecuador, 1997.

entiende que la interpretación prejudicial en la Unión Europea, únicamente puede ser interpuesta por los órganos judiciales previstos en el Artículo 2 del “Protocolo Relativo a la Interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio”, de 27 de septiembre de 1968, sobre la Competencia Judicial y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil.

Según TORRENS³⁸³, a raíz de la sentencia Foto-Frost³⁸⁴ todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, *están obligados a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia antes de declarar la invalidez de un acto comunitario*³⁸⁵. (cursivas agregadas)

Complementariamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dentro de las conclusiones del Abogado General, DÁMASO RUIZ-JARABO, en el proceso C-461/03, sobre la petición de decisión prejudicial planteada por el College Van Beroep Voor Het Bedrijfsleven (Países Bajos) en virtud de la carga y burocracia que aquello representa para el juez nacional, exponía:

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

³⁸³ JANER TORRENS, «La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos Nacionales por Infracción del Derecho Comunitario». Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 349.

³⁸⁴ Sentencia de 22 de octubre de 1987 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³⁸⁵ En el Caso Foto-Frost, el Tribunal declaró rotundamente que los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias. *«La unidad del ordenamiento comunitario y la exigencia fundamental de la seguridad jurídica así lo exigen de modo imperioso. Consecuentemente, el órgano jurisdiccional nacional puede desestimar los motivos de invalidez de un acto comunitario aducidos por las partes, concluyendo que el acto es plenamente válido, pero lo que no puede hacer es declarar su invalidez sin obtener con anterioridad el previo pronunciamiento en tal sentido por parte del Tribunal de Justicia»*.(cursivas agregadas) Extraído de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/13/ard/ard2.htm>. Página visitada el 1 de agosto de 2012.

No obstante de lo anterior, para aliviar dicha carga procesal, la jurisprudencia comunitaria en Europa, sentó las bases de las doctrinas interpretativas del acto claro y del acto aclarado³⁸⁶, que se constituyen en instrumentos para hacer más rápido y efectivo el procedimiento de interposición de la Interpretación Prejudicial, dar mayor libertad de decisión al juez nacional y crear conciencia de la aplicación del Derecho Comunitario; así como la creación del procedimiento prejudicial acelerado o de urgencia³⁸⁷, para situaciones específicas que requieren una respuesta en el menor tiempo posible del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, situación diferente de lo que ocurre en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, donde no se aplican ni las doctrinas del acto claro ni aclarado, menos el referido procedimiento prejudicial acelerado o de urgencia.

1.2 Concepto y naturaleza jurídica de la Interpretación Prejudicial

1.2.1 En la Comunidad Andina.

La interpretación prejudicial puede ser conceptualizada como una obligación de carácter jurídico que se origina en Tratados Fundacionales³⁸⁸. En virtud de esa coordinación, a los jueces nacionales les corresponde decidir qué norma comunitaria necesita interpretarse para aplicarla a un caso concreto, según las controversias que las partes litigantes les planteen, así

³⁸⁶ Dichas doctrinas se analizarán en el capítulo pertinente de la presente investigación.

³⁸⁷ Dicho procedimiento se analizará en el apartado respectivo.

³⁸⁸ Dicha cooperación, considerando la situación de primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno, puede calificarse como vertical, a diferencia del reenvío, "(...) instituto regulado por el Derecho Internacional Privado, el cual es horizontal, mecanismo de solución relacionado a problemas de jurisdicción, cuando surgen dos o más legislaciones de distintos ordenamientos jurídicos nacionales y que ninguna de ellas se atribuye competencia a sí misma para resolver el asunto". CARMEN GARCÍA MENDIETA, "Conflicto de Leyes" en Revista de Derecho Internacional Privado N°16, Lima, Agosto 2010, p. 56.

por ejemplo, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina le corresponde la competencia de interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.³⁸⁹

Con relación a la interpretación prejudicial andina, el Artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (modificado por el protocolo suscrito en Cochabamba- Bolivia) establece: 'Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros'.

La pretendida uniformidad económica que señala el Derecho Comunitario Europeo, la destaca el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al indicar en su sentencia 28 AI-2001:

(...) los Países Miembros se comprometieron a suprimir todo tipo de obstáculos que dificulten el intercambio intracomunitario de mercancías, como un medio para alcanzar un "mercado común" y una "Comunidad de Naciones", formas de integración mucho más profundas que la zona de libre de comercio y la unión aduanera (...),

Así también, se expresó la importancia de alcanzar un mercado común en la Sentencia 17-IP-98 con relación a la trascendencia que tiene el Arancel Externo Común 2008:

“Este Tribunal se ha pronunciado sobre la importancia para la consolidación de una Unión Aduanera, en la que no existan gravámenes ni restricciones entre los Países Miembros y en la que se establezca un arancel uniforme para la importación de bienes provenientes de países que no sean parte de la Comunidad y, de esta forma, lograr un mercado común que es uno de los objetivos del proceso de integración. (cursivas agregadas) El Arancel Externo Común conjuntamente con el Programa de Liberación constituyen los pilares fundamentales sobre los que descansa el Acuerdo de Cartagena y advierte que el incumplimiento de las normas que rigen estos dos mecanismos, y en especial el primero de los mencionados, crea inseguridad jurídica en las transacciones comerciales con terceros países que no forman parte de la Subregión, lo que genera condiciones inequitativas en la competencia entre los Países Miembros y desmerece la seriedad del proceso de integración andino frente a la Comunidad Internacional.

³⁸⁹ JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA, «La Interpretación Prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, 1986, p, 104. Véase también TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso N° 2-IP-91: «[...] es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso, antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial».

Con relación a la aplicación de la interpretación general y uniforme del Derecho Comunitario, objetivo último de la Interpretación Prejudicial, dentro del proceso 4-IP-1989, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sostuvo:

Además, debe tenerse en cuenta que los jueces nacionales, que son por supuesto autónomos para la interpretación y aplicación del derecho interno, son los jueces "ordinarios", "naturales" o "de derecho común" para la aplicación del Derecho Comunitario andino, y que este Tribunal tan sólo tiene una competencia excepcional, específica o de mera "atribución" para interpretar el Derecho integracionista por la vía prejudicial, *a fin de procurar la indispensable uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho común. (cursivas agregadas)* Esta competencia sui generis, por lo demás, tiene una finalidad eminentemente práctica ya que obedece a un mecanismo de cooperación o articulación judicial con inevitable incidencia en la sentencia que haya de dictar el juez nacional, pero tan sólo cuando deba aplicar el Derecho Comunitario.

En este sentido, al crearse un sistema jurídico comunitario, se entiende que existirán órganos comunitarios con competencias para establecer normas jurídicas y procedimientos de cumplimiento obligatorio para los países miembros, lo que garantizaría su interpretación general y uniforme. Conforme sostiene DIEZ MORENO,³⁹⁰ *"(...) la normativa comunitaria tiene consecuencias inmediatas por cuanto se entiende plenamente integrada al ordenamiento interno de los Estados, las mismas que deben ser aplicadas de manera directa, salvo que se disponga lo contrario y tienen primacía sobre las normas ordinarias". (cursivas agregadas)*

Estas características de las normas comunitarias han sido reconocidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina³⁹¹, al declarar lo siguiente: *"(...) debe tenerse en cuenta el principio de la primacía de las normas comunitarias y el de la aplicación directa de las mismas (...)"(cursivas agregadas)*

³⁹⁰ FERNANDO DÍEZ MORENO, "Derecho de la Unión Europea", Editorial Murcia, Madrid, 2004, p. 67.

³⁹¹ Proceso 5 IP-89 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

1.2.2 En la Unión Europea

Conforme lo sostiene BORCHANDT³⁹², en el Sistema Europeo, la Interpretación Prejudicial tiene el objetivo de “garantizar una interpretación uniforme del Derecho Comunitario”; no obstante, como se pudo determinar en el capítulo referente al Derecho Europeo, la interpretación prejudicial europea y su pretendida uniformidad se basó no solo en el objetivo de aplicar una misma norma comunitaria³⁹³ para hacer que ella tenga igual vigencia en los Estados miembros, sino en la aplicación de una misma política económica que se aplique por igual y con el mismo sentido en todo el territorio europeo, con el objetivo de conformar un Mercado Común³⁹⁴, al que acompañaría- respaldaría la uniformidad en la interpretación jurídica.

Sobre el tema ALONSO GARCÍA³⁹⁵ señala: *“Asumido que la mayor parte del Derecho Comunitario es desarrollado y ejecutado por los Estados miembros, parece claro que la “Comunidad” propia de la fase de producción normativa (en el sentido de una norma común europea para todos los Estados miembros) correría el riesgo de ruptura si la fase aplicativa, que*

³⁹² KLAUS DIETER BORCHARDT, “El ABC del Derecho Comunitario”, Edición Tecnos, Madrid 1999, p.78.

³⁹³ OLESTY RAYO explica de manera enfática la relación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los intereses económicos de la Unión: *«La valoración positiva de estos resultados tiene que ver con la contribución del TJCE a un sabio enmarque de las reglas específicas de la libre circulación de mercancías con otras reglas del Tratado, singularmente con las reglas que rigen la libre competencia. Es más, desde este punto de vista, se puede estimar que existe un régimen general de la libre circulación que contempla la supresión de toda medida estatal que obstaculice los intercambios comunitarios».* (cursivas agregadas) ANDREU OLESTY RAYO «Europa, la Integración Económica, el Mercado Común, y la Unión Económica y Monetaria», Editorial Hispano Americana, Mexico, 2011, p, 300.

³⁹⁴ En ese mismo sentido RAYO señala que: «Para la formación del mercado común, se prevé una serie de medidas encaminadas a facilitar el juego de la libre competencia entre los distintos factores que intervienen en la producción y el intercambio comunitarios; asegurando la libre circulación de mercancías (Artículos 23 a 31), la libre circulación de personas y servicios (Artículos 39 a 55) y la libre circulación de capitales (Artículos 56 a 60). Se trata con ello de conseguir que la producción y el intercambio se realicen como si se tratara de un mercado nacional (un mercado interior), esto es, un mercado único común a todos los Estados miembros. La noción de mercado común no aparece explicitada en el texto del Tratado constitutivo, aunque puede ser definida como la creación de un espacio económico, comprendido por el territorio de los Estados, en el que los diferentes factores de producción están liberalizados en unas condiciones análogas a las de un mercado interno de un Estado; o, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado, la noción de mercado común responde a *«la eliminación de todos los obstáculos a los intercambios intracomunitarios con la idea de fusionar los mercados nacionales en un mercado único, realizando, tanto como sea posible, las condiciones similares a las de un mercado interior»* (cursivas agregadas) b) Con la entrada en vigor del Acta Única Europea, surge la noción de mercado interior, que a tenor del Artículo 14 segundo párrafo del Tratado de la Comunidad Económica Europea, se define como «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado». OLESTY RAYO «Europa, la integración (...)», p.302.

³⁹⁵ RICARDO ALONSO GARCÍA. Sistema Jurídico de la Unión Europea, Primera Edición, 2007, Editorial Aranzadi S.A, Quito, p. 141-142.

opera según se acaba de señalar en régimen de descentralización se dejara por completo en manos de los Estados miembros con posibilidad de divergencias entre unos y otros y por tanto de quiebra en la práctica de la "Comunidad", para evitar tal riesgo está destinado el mecanismo de la cuestión prejudicial". (cursivas agregadas)

1.3 Objeto y finalidad de la Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario.

1.3.1 En la Comunidad Andina

La Interpretación Prejudicial tiene por objeto lograr la coordinación entre el Tribunal Supranacional y los Tribunales Nacionales Internos para lograr una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del Derecho Comunitario andino³⁹⁶. En otras palabras, la principal finalidad de la interpretación prejudicial es asegurar la unidad y la supranacionalidad de la norma comunitaria. En este sentido, afirma acertadamente ANDUEZA que, *"De permitirse que los Tribunales nacionales puedan interpretar de manera unilateral y conforme a su derecho interno las normas comunitarias, se podría generar, en la práctica, dos o más interpretaciones divergentes, hecho que atentaría contra la uniformidad que debe regir todo sistema jurídico de normas".*³⁹⁷ (cursivas agregadas)

Empero, se subraya que lo que se pretende con tal sistema no es "unificar" las legislaciones internas de los países miembros, sino que la norma sea interpretada de la misma manera y con una única percepción de lo que quiso decir el legislador comunitario andino al

³⁹⁶ Según la «Nota informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales», elaborada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su numeral 1, *"(...) su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme por todos los jueces en el territorio de los Países Miembros".*(cursivas agregadas)

³⁹⁷. Ob cit, pp. 92, 97 y 98.

crear la norma comunitaria³⁹⁸. Por ende, se puede decir que la interpretación prejudicial tiene por objetivo consolidar la base interpretativa común en el bloque comunitario, planteando como situación ideal que el Derecho Andino tenga fuerte cohesión, con vistas a brindar estabilidad y seguridad jurídica a las relaciones entre los ciudadanos de los países miembros de la Comunidad Andina.

Las características de la Interpretación Prejudicial Andina son prácticamente, las mismas que la europea. No obstante, debemos exponerlas a la luz de su propia legislación y jurisprudencia, para definir posteriormente su naturaleza jurídica.

Así, en primer lugar se puede señalar que tiene carácter incidental, por lo que, de acuerdo con lo establecido por la “Nota informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales”, publicada por la Secretaria General de la Comunidad Andina en su página oficial³⁹⁹, “(...) la interpretación prejudicial no es ni puede asimilarse a una prueba, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni está llamada a constituirse en un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal. *Su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso.*” (cursivas agregadas)

Complementariamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que es un “(...) *presupuesto procesal de la sentencia, requisito sine qua non que debe observar el juez nacional, antes de dictar sentencia coadyuvando en la finalidad de lograr que se aplique uniformemente el Derecho Comunitario en el territorio de los países miembros*

³⁹⁸ Secretaría General de la Comunidad Andina, “Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias”, Lima, 2008, p. 26.

³⁹⁹ http://www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/interpretacion_prejudicial_2.htm. Página visitada el 10 de octubre de 2012.

*con miras a crear una doctrina armónica y estable a favor del proceso de integración*⁴⁰⁰.
(cursivas agregadas)

En segundo lugar, presenta *ausencia de formalismos*, (cursivas agregadas) puesto que los Artículos 122 y 123, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señalan que la interpretación podrá ser presentada mediante “simple oficio⁴⁰¹”.

En tercer lugar, destaca *el efecto vinculante* (cursivas agregadas), en virtud del cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emite una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada y no una mera directiva o sugerencia⁴⁰².

En cuarto lugar se encuentra *el carácter uniforme* (cursivas agregadas) que, como se señaló precedentemente, pretende asegurar la supranacionalidad del Derecho Andino, evitando criterios jurisprudenciales dispares en la Comunidad.

En quinto lugar, debe destacarse *la relación entre el juez nacional y el juez comunitario* (cursivas agregadas), que señala que la interpretación prejudicial es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, correspondiendo a este último, representado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretar en forma objetiva

⁴⁰⁰ Proceso 6-IP-99, «Hollywood Lights, etiqueta» de 18 de junio de 1999.

⁴⁰¹ La Jurisprudencia emanada del propio Tribunal andino reitera la ausencia de formalismos en los siguientes términos: «(...) *los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas integrantes del ordenamiento jurídico de la comunidad, podrán solicitar directamente, mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en el derecho interno*», (cursivas agregadas) (Proceso N° 165-lp-2004), «Caso sobre programas de ordenador y base de datos elaborados en ejercicio del cargo de registrador de la propiedad», de 6 de mayo de 2005.

⁴⁰² VIGIL TOLEDO, ob.cit, p 944.

la norma comunitaria, mientras que al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno⁴⁰³.

Se puede definir que la naturaleza de la Interpretación Prejudicial es la de un recurso incidental, que no presenta formalismos en su interposición ante el Tribunal comunitario y cuyo propósito es a través de la obligatoriedad de su sentencia el de uniformizar el Derecho Comunitario andino, estableciendo una cooperación de lealtad y cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario.

1.3.2 En la Unión Europea

En ese orden de ideas, partiendo de la premisa de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por medio de la Interpretación Prejudicial, tiene como objetivo asegurar la aplicación en la interpretación uniforme⁴⁰⁴ del Derecho Comunitario Europeo, se verifica que la finalidad máxima es armonizar la jurisprudencia de las jurisdicciones nacionales para garantizar la unidad del sistema jurisdiccional del bloque comunitario⁴⁰⁵.

En ese sentido, ALONSO GARCÍA señaló que *“(...) el fallo interpretativo proveniente de la cuestión prejudicial tiene una doble finalidad: por un lado, facilitar al juez o tribunal nacional que planteó la cuestión prejudicial los elementos interpretativos necesarios para dictar su*

⁴⁰³ Según la “Nota informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales”, ob.cit, Numeral 1.

⁴⁰⁴ Según FERNÁNDEZ SEGADO: «En una Comunidad esencialmente legislativa como la Comunidad Económica Europea, con un sistema de aplicación de su ordenamiento llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales nacionales, y por lo mismo notablemente descentralizado, la importancia de salvaguardar un derecho uniforme en todo su ámbito territorial, se convertía en consustancial a la propia existencia de la Comunidad» FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «El Juez nacional como Juez Comunitario Europeo de Derecho Común, las transformaciones constitucionales dimanantes de ello», en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, UNAM, 2010, p 121.

⁴⁰⁵ SANTA MARÍA SÁENZ, «Introducción al Derecho de la Unión Europea» Eurolex, Madrid, 1999, p. 534 y 535.

*sentencia en el litigio nacional concreto, origen de la cuestión, y, por otro lado, el objetivo primordial de asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario en todos los Estados miembros*⁴⁰⁶. (cursivas agregadas) En este mismo orden de ideas, ÁNGEL SÁNCHEZ, sostiene que: *“(...) el mecanismo de las interpretaciones prejudiciales presenta una finalidad objetiva y otra subjetiva: la primera intenta dotar de unidad al Derecho Comunitario Europeo, haciendo que el interés regional supranacional prevalezca sobre el interés nacional, mientras la segunda busca proteger los derechos de los particulares ofreciéndoles de este modo un medio indirecto de acceso a la jurisdicción del Tribunal de Justicia*”⁴⁰⁷. (cursivas agregadas) Se puede afirmar que la interpretación prejudicial europea tiene como objetivos principales garantizar la uniformidad del Derecho Comunitario, favorecer su desarrollo y asegurar la protección jurídica de los particulares⁴⁰⁸. Así, es necesario examinar los supuestos de hecho que autorizan el uso de la interpretación prejudicial.

1.3.2.1 Elementos de hecho de la Interpretación Prejudicial Europea

A continuación se explican los elementos de hecho de la Interpretación Prejudicial europea, en el ámbito de aplicación material.

Según el Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *“(...) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, será competente para pronunciarse con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los tratados; b) sobre la validez e interpretación de los*

⁴⁰⁶ RICARDO ALONSO GARCÍA, «Sistema Jurídico de la Unión Europea», Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 23.

⁴⁰⁷ ÁNGEL SÁNCHEZ LEJIDO, «El mecanismo de las cuestiones prejudiciales», en FERNANDEZ TOMAS ANTONIO y otros, Instituciones de Derecho Comunitario, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 304.

⁴⁰⁸ SANTA MARÍA, ob. cit, p. 304.

*actos adoptados por las Instituciones, órganos u organismos de la Unión*⁴⁰⁹. (cursivas agregadas) En ese sentido para RUIZ DÍAZ, “(...) cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede solicitar al Tribunal de Justicia la interpretación de una norma de Derecho Comunitario contenida en los tratados o en una disposición de Derecho derivado, si lo considera necesario para conocer un litigio del que esté conociendo”⁴¹⁰ (cursivas agregadas). Así también el Tribunal de Justicia, en la sentencia Foglia Novello de 16 de diciembre de 1981, advirtió que la función de la cuestión prejudicial es “(...) proporcionar a los jueces de la comunidad los elementos de interpretación del Derecho Comunitario necesarios para la solución de los litigios que se conocen”⁴¹¹ (cursivas agregadas) Es decir, si un juez de un Estado miembro tiene dudas respecto a una regla del Derecho Comunitario, podrá solicitar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que interprete el Derecho, aclarándolo y determinando su alcance y extensión para que tal interpretación pueda contribuir para la posterior aplicación de este Derecho.

De esta forma los actos normativos que pueden ser objeto de interpretación en consonancia con el referido Artículo 267, son: El Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento, así como los demás tratados del bloque y actos adoptados por las instituciones, órganos y organismos comunitarios.

Por otra parte, cabe destacar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no tiene total libertad en el momento de apreciar una cuestión prejudicial que le fue planteada, porque la

⁴⁰⁹ El Artículo 234, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, determinaba lo mismo con otra redacción: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación del presente Tratado; sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

⁴¹⁰ ROBERTO RUÍZ DIAS LABRANO «Mercosur, Integración y Derecho», Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p 173.

⁴¹¹ MARTÍN GONZALES, «El Tribunal,...» ob. cit, p. 566.

interpretación a ser realizada encuentra límites marcados por la propia competencia de los distintos órganos que componen el sistema jurisdiccional europeo.

Así su labor interpretativa deberá respetar los siguientes límites: a) el objeto de la interpretación solamente puede ser el Derecho de la Unión y nunca el Derecho nacional, b) el Tribunal no puede aplicar el Derecho de la Unión a un caso determinado porque no es competente para resolver el litigio principal, c) el Tribunal no puede declarar la incompatibilidad de una norma nacional con el derecho del bloque, d) el Tribunal no puede pronunciarse sobre cuestiones de hecho y e) el Tribunal no es competente para examinar los motivos que llevaron al juez nacional a plantear la cuestión prejudicial⁴¹². De esta manera una vez dictada la sentencia prejudicial, pasará a formar parte del acervo jurisprudencial de la Unión Europea, sirviendo de parámetro legal para todos los jueces de los Estados miembros.

Por lo que como se señalará más adelante, fueron fijándose diversos principios de especial relevancia en el seno del bloque europeo, tales como el de primacía del Derecho de la Unión sobre cualquier norma nacional, el del efecto directo, entre otros, convirtiendo con ello a los órganos judiciales nacionales⁴¹³ en garantes primarios del respeto del Derecho Comunitario en los Estados miembros⁴¹⁴, situación diferente a la que se podrá observar más adelante, en la relación juez nacional- juez comunitario en la Comunidad Andina.

⁴¹² SANTA MARÍA SÁENZ, ob.cit, p. 340.

⁴¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, ilustra el tema al señalar: «Si a todo esto se añade que el Derecho Comunitario, como ya dijimos y es, por lo demás, reiterada doctrina del Tribunal, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, crea derechos que entran a formar parte del patrimonio jurídico de los particulares, con la lógica consecuencia de que tal Derecho pueda ser invocado por los ciudadanos europeos, la conclusión es patente: el juez comunitario de derecho común es el juez nacional» ob.cit, p. 122.

⁴¹⁴ ÁNGEL SÁNCHEZ LEJIDO, «El mecanismo de las cuestiones prejudiciales», ob.cit. p. 304.

2. ASPECTOS PROCESALES DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

2.1. El Procedimiento de la Interpretación prejudicial en la Unión Europea

Se debe destacar que la interpretación prejudicial se caracteriza por ser de sometimiento mediato y no tener naturaleza contenciosa⁴¹⁵, es decir, no es un proceso contradictorio para decidir un litigio entre partes, sino que excede el interés de las partes y se asocia por su propia naturaleza al interés público

Cabe ahora mencionar el procedimiento para la interposición de una interpretación prejudicial. Así se debe señalar que dicho procedimiento⁴¹⁶ en la Unión Europea, se encuentra normado en el Artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en los Artículos 103 y 104 del Reglamento de Procedimientos de dicho Tribunal, por lo que se considera pertinente dividirlo, en dos momentos, el primero relacionado con el juez nacional y el segundo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.1.1. El Procedimiento de la Interpretación Prejudicial ante el Juez Nacional

Delante de una duda respecto a la interpretación del Derecho Comunitario o a la validez de un acto de una Institución, u organismo comunitario que se presente en un proceso nacional, el juez nacional presentará ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el requerimiento en el cual señala la interpretación de la norma comunitaria en cuestión sin exigencia de formalismos.

2.1.2. Competencia Exclusiva del Juez Nacional

⁴¹⁵ NIP, n. 5, in fine: «(...) su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso». La afirmación se recoge en una sentencia posterior: Joseph E. Seagram & Sons Inc [2002] GOAC 845-1, de 4 de setiembre de 2002.

⁴¹⁶ La «Nota Informativa (...)» de 28 de mayo de 2011, señaló «(...) una serie de indicaciones prácticas que no tienen carácter obligatorio para orientar a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial.»

En la Unión Europea, el juez nacional⁴¹⁷ de cada Estado Miembro, tiene la exclusiva facultad de promover la interpretación prejudicial de acuerdo con el Derecho interno de cada país⁴¹⁸. En ese sentido, la decisión de plantear la interpretación prejudicial implica la suspensión⁴¹⁹ del proceso principal⁴²⁰. Así, una vez remitido el auto o resolución jurisdiccional de planteamiento de la Interpretación prejudicial a la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con Sede en Luxemburgo (junto con la documentación necesaria) inicia el procedimiento prejudicial comunitario⁴²¹ en sí; es decir, aquel que se desarrolla ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴²².

⁴¹⁷ Según la Nota Informativa (...) de 28 de mayo de 2011, en su Numeral 11: «*Cualquier órgano jurisdiccional está facultado para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión, si lo considera necesario para resolver un litigio del que esté conociendo.*»

⁴¹⁸ Tales resoluciones jurisdiccionales adoptarán la forma establecida en cada uno de los Estados miembros para los supuestos de este tipo; salvo las especialidades indicadas para Italia y Reino Unido, cuya legislación prescribe el modo de efectuar los reenvíos prejudiciales comunitarios, en los demás casos se aplicará la norma común. Por lo que respecta a España, la decisión de reenvío mediante la cual se suspende además la tramitación del proceso principal adoptará la forma de auto; es esta también la opinión unánime de la literatura especializada.

⁴¹⁹ Según la Nota Informativa (...) de 28 de mayo de 2011, en su Numeral 17, respecto a dicha suspensión señala: «*No obstante, cuando el juez nacional tenga serias dudas sobre la validez de un acto de una institución, de un órgano o de un organismo de la Unión que sirva de base a un acto interno podrá, de modo excepcional, acordar la suspensión provisional de éste u otro tipo de medida cautelar respecto del acto nacional (énfasis agregado). En tal caso está obligado a someter al Tribunal de Justicia la cuestión de validez, indicando las razones por las que considera que dicho acto no es válido.*» Dicha Nota Informativa también señala como «**Efectos de la Remisión prejudicial en el procedimiento nacional**», numerales 26 y 27: «*El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia lleva consigo la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie. (énfasis agregado) Sin embargo, el juez nacional seguirá siendo competente para adoptar medidas cautelares, especialmente en el caso de haberse planteado una cuestión de validez (véase el punto 17).*».

⁴²⁰ MAR XIMENO BULNES, «Procedimiento de la Cuestión Prejudicial del Artículo 177», Id. vLex: VLEX-OL504, p 453.

⁴²¹ Conforme asevera CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO, « (...) en la tramitación del incidente prejudicial existen fundamentalmente dos fases una primera de planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial nacional y una segunda de enjuiciamiento y decisión de la cuestión principal por el Tribunal de Justicia Comunitario Europeo», Ob cit, p 454.

⁴²² Según la Nota Informativa sobre el Planteamiento de Cuestiones Prejudiciales por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales (2011/C 160/01), de 28 de mayo de 2011, elaborada por la Secretaría General de la Unión Europea, «En el marco del procedimiento prejudicial, la función del Tribunal de Justicia consiste en interpretar el Derecho de la Unión o pronunciarse sobre su validez y no en aplicar este Derecho a los hechos concretos del procedimiento principal, labor de la que es responsable el Órgano jurisdiccional nacional. Al Tribunal de Justicia no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el marco del litigio principal, ni tampoco resolver las diferencias de opinión sobre la interpretación o la aplicación de las normas del Derecho nacional».

En ese sentido, frente a la interposición de una interpretación prejudicial, el juez nacional, seguirá siendo competente para adoptar medidas cautelares. Igualmente debe señalarse que dicho procedimiento prejudicial puede ser propuesto en cualquier fase o momento de tramitación del proceso nacional, quedando tal decisión en las manos del juez nacional, el cual deberá decidir el momento oportuno observando consideraciones de economía y utilidad procesal⁴²³.

2.2. El Procedimiento de la Interpretación Prejudicial en la Comunidad Andina

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena señalaba el procedimiento en los Artículos 28 al 31 de su versión original, así como en los Artículos 61 a 64 del Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Dichas normas se inspiraron claramente en el Artículo 177 del Tratado de Creación de la Unión Europea.⁴²⁴ Señalando estos primeros lineamientos procedimentales, es necesario establecer el procedimiento de la Interpretación Prejudicial ante el Juez Nacional, para luego determinarlo ante la jurisdicción comunitaria andina.

2.2.1 Facultad del Juez Nacional

Así, la Interpretación Prejudicial Andina tiene su origen en un proceso pendiente ante un órgano jurisdiccional interno, cuando surge en el juez nacional, de oficio o a instancia de parte,

⁴²³ No obstante la decisión del momento para la presentación de la interpretación prejudicial, es competencia única y exclusiva del Órgano jurisdiccional nacional, «(...) el Tribunal de Justicia, ha señalado la conveniencia de que el planteamiento de la cuestión prejudicial no se verifique hasta tanto, tras un debate contradictorio entre las partes, los hechos del litigio principal se encuentren definitivamente fijados (...) », ÁNGEL SÁNCHEZ LEJIDO, «El mecanismo de las cuestiones prejudiciales», ob.cit, p. 308.

⁴²⁴ PATRICIO BUENO MARTÍNEZ; "La cooperación judicial a través de la interpretación prejudicial", p. 101. En CSB/TJAC, Seminario internacional, cit, pp. 99 a 132. Concretamente, el ámbito de cuestión prejudicial europea es más amplio, puesto que no sólo se refiere a la interpretación del Derecho Comunitario vigente, cómo en la CAN (cuestión prejudicial de interpretación), sino que se extiende también al examen de la validez de los actos normativos y ejecutivos derivados de los Tratados constitutivos (cuestión prejudicial de validez). Cfr. al respecto ANDRÉS/ GONZÁLEZ/ FERNÁNDEZ, Introducción(...), ob, cit, pp. 536-537.

una duda razonable acerca de la interpretación que debe recibir el Derecho comunitario, cuya resolución por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es necesaria para emitir el fallo.

KAUNE con relación a este tema manifestó:

La cuestión prejudicial es, sin duda el mecanismo de cooperación por excelencia entre el juez nacional y el juez comunitario, mediante el cual este último, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria con el fin de que el primero, el juez nacional competente, la aplique al caso concreto que se ventila en el orden interno. Su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso y obligatorio cuando quiera que el juez nacional deba aplicar una norma comunitaria de cualquier rango para lo cual sea competente⁴²⁵.

La función en general primordial de la cuestión prejudicial es permitir pronunciamientos acerca de la interpretación o la validez del Derecho Comunitario. En definitiva, sólo el juez nacional⁴²⁶ puede solicitar la Interpretación Prejudicial, siempre y cuando se den los supuestos procesales para la formulación de la pretensión, es decir, que exista un proceso y que en él sea necesaria la aplicación de una norma de Derecho Comunitario andino. A decir de ALVARADO BAENA:

Las partes no podrán acudir directamente al Tribunal, y por el contrario deberán solicitar el juez nacional que promueva la interpretación prejudicial para el caso concreto⁴²⁷

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado que *“(...) la legitimación para solicitar a este Tribunal una interpretación jurídica por vía prejudicial, está reconocida únicamente a los Jueces nacionales de los Países Miembros, en el caso específico señalado en el artículo 29 del Tratado. Ninguna otra persona tiene facultad para promover dicha interpretación”*. (cursivas agregadas)

⁴²⁵ WALTER KAUNE ARTEAGA. “De la necesidad de la integración y su proyección”, inédito, Quito, 2003. p. 32.

⁴²⁶ Según la «Nota Informativa sobre el (...)» en su numeral 3: «Cualquier juez de un País Miembro puede, de oficio o a petición de parte, solicitar del Tribunal de Justicia Andino la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina -contenidas en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; en el Tratado de Creación del Tribunal y sus Protocolos Modificatorios; en las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión; en las Resoluciones de la Secretaría General; y, en los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros en el marco del proceso de integración andina, en todos aquellos casos en que éstas deban ser aplicadas o sean controvertidas por las partes en un proceso interno».

⁴²⁷ VIVIÁN ALVARADO BAENA. “Las pretensiones de nulidad, incumplimiento e interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. Centro Colombiano del Derecho de Autor, Bogotá, 2004, p. 365.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, carece de competencia para conocer solicitudes de Interpretación prejudicial que provengan de personas particulares y solo atenderá aquellas solicitudes de jueces nacionales que estén conociendo una causa concreta en la cual deba aplicarse el ordenamiento jurídico de la integración andina, puesto que evidentemente las providencias que en esta materia dicta el Tribunal Andino, no están destinadas simplemente a absolver consultas o esclarecer los alcances de normas comunitarias de modo general.

Por el contrario, tales pronunciamientos están destinados a resolver controversias jurídicas concretas sometidas a la decisión de Jueces nacionales, en los términos del Artículo 29 del Tratado, conforme antes se indicó⁴²⁸. De esta manera, determinando que es competencia exclusiva de los jueces nacionales, el interponer la interpretación prejudicial, se deben señalar las condiciones y requisitos que los mismos deben cumplir para formular dicha consulta ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

2.2.2. Condiciones y requisitos para la formulación de la Consulta en la Comunidad Andina

Cuando el juez nacional de uno de los Estados parte de la Comunidad Andina envía una consulta prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respecto a la interpretación de una norma comunitaria, debe tener en cuenta una serie de requisitos que son esenciales para el buen funcionamiento del trámite prejudicial. En ese orden de ideas, el cumplimiento de esos requisitos tiene por finalidad *"(...) permitir al Tribunal de Justicia enfocar u orientar la interpretación al caso concreto, de suerte que ésta resulte efectivamente útil para el juez que*

⁴²⁸. Sentencia. 1-89 Gaceta oficial No. 43 de 30 de mayo de 1989.

<http://intranet2.unete.com.bo/derechoteca/html/tjca/jurisprudencia.php>. Página visitada el 12 de febrero de 2010.

*debe fallar. De otro modo, la interpretación que adopte el Tribunal podría resultar demasiado general y abstracta en el inagotable universo de la teoría jurídica e inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario*⁴²⁹.

(cursivas agregadas)

De esta forma, el propio Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su Artículo 125, enumera las condiciones y los requisitos para la formulación de la consulta en los siguientes términos: *"La solicitud de interpretación que los jueces nacionales dirijan al Tribunal deberá contener: a) el nombre e instancia del juez o tribunal nacional consultante; b) la relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere; c) la identificación de la causa que origine la solicitud; d) el informe sucinto de los hechos' que el solicitante considere relevantes para la interpretación; y, finalmente, e) el lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta"*.(cursivas agregadas)

Con relación a la formulación del pedido, PEROTI señala que: *"(...) la consulta del juez nacional no debe ser abstracta o hipotética, ni aún general o ficticia. Sino regirse a normas andinas que sean susceptibles de ser aplicadas en el caso concreto en el cual se encuentra*

⁴²⁹ Según la Nota Informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N°693, de 2 de agosto de 2000, «(...) respecto a los requisitos para la formulación de la consulta prejudicial, conviene destacar lo que dijo el propio Tribunal Andino, por ocasión del juzgamiento del proceso 31- IP-2005, según el cual la solicitud del juez nacional debe motivarse de manera sucinta pero completa a objeto de que el Tribunal alcance una comprensión de conjunto del tema sometido a consulta. En particular la solicitud debe incluir un informe sucinto de los hechos que el consultante considere relevantes, la relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere, así como las alegaciones formuladas en torno a su aplicación. Además la solicitud deberá ir acompañada de una copia de los documentos necesarios que sustenten el informe sucinto de los hechos y las disposiciones nacionales aplicables, todo ello con el objeto de hacer útil al juez nacional la interpretación prejudicial que emane de este Tribunal. De otro modo la citada interpretación podría alcanzar tal grado de generalidad y abstracción, que resultaría inútil tanto para decidir el caso concreto como para asegurar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario» (Proceso 31-IP- 2005, Victorias Secret de 30 de marzo de 2005)

*interviniendo. Es decir, la solicitud de interpretación requiere una justificación práctica, dada por su utilización en el procedimiento principal*⁴³⁰. (cursivas agregadas)

Además es necesario que se acompañe a la solicitud prejudicial una copia de los antecedentes administrativos, para que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tenga conocimiento de la integridad del caso⁴³¹. Es decir la petición debe contener en anexo, los documentos necesarios que sustenten el informe sucinto de los hechos y de las disposiciones nacionales aplicables. La no observancia de estos requisitos podría llevar a que el Tribunal desestimara la consulta prejudicial por adolecer de un vicio sustancial⁴³².

2.2.3. Remisión de la Consulta

Se debe mencionar que el juez nacional está facultado a ofrecer la interpretación prejudicial en cualquier momento dentro del proceso siempre que ésta se realice antes de la sentencia. Dicha regla fue establecida por primera vez en la sentencia Aktiebolaget-Volvo de 3 de diciembre de 1987, en la que se estableció con toda claridad que *“la consulta prejudicial puede solicitarse en cualquier momento”*. (cursivas agregadas) Dicho fallo europeo, sirvió de precedente jurisprudencial para la solución de muchos otros casos en el Tribunal de Justicia de

⁴³⁰ URIBE RESTREPO, ob.cit, p. 65.

⁴³¹ VIVIAN ALVARADO BAENA. «Las pretensiones, (...)» ob.cit, p. 29.

⁴³² Por ejemplo en el Proceso N° 1 –IP- 89, Auto emitido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con relación a la solicitud formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 44 del 7 de junio de 1989, el Tribunal desestimó la solicitud prejudicial aludiendo que: *« (...) a la luz de los criterios que vienen de señalarse, observa el Tribunal que la presente solicitud de interpretación adolece de un vicio sustancial que la hace inadmisibile, ya que resulta claro que en el proceso en cuestión no serían aplicables las normas comunitarias que el juez solicitante relaciona. Porque como el mismo declara en la demanda, no se especifican cuales son los fundamentos de derecho y cuáles las normas violadas ya que apenas se señalan normas potencialmente violadas en forma difusa. Por otra parte el propio juez, solo vislumbra la cita de algunas normas comunitarias las que evidentemente nada tienen que ver con la litis»*

la Comunidad Andina, en los cuales estaba involucrada la cuestión del momento procesal para la presentación de la solicitud procesal.

Como ejemplo de lo expuesto, se puede citar el caso “Escorial”, proceso N° 70-IP-2002, resuelto el 5 de agosto de 2002, donde se sostuvo: *“La Consulta Prejudicial puede presentarse en cualquier momento antes de dictar sentencia, aunque para lograr una comprensión global del asunto debatido y que la respuesta del Tribunal de Justicia resulte útil, es deseable que la decisión de plantear una solicitud de interpretación prejudicial se adopte después de haber oído a las partes de modo que el juez nacional tenga los elementos de juicio necesarios para resumir en la correspondiente solicitud el marco fáctico y jurídico del litigio”*. (cursivas agregadas) El mismo razonamiento se usó en otros fallos como por ejemplo 3-IP-90, 91- IP- 02, 141-IP-03, 31-IP-05, entre otros.

Establecido que el objeto de la interpretación prejudicial es obtener una interpretación general y uniforme del Derecho Andino, se debe señalar que la Institución encargada de lograr tal objetivo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no tiene la competencia para resolver todo el contexto fáctico y jurídico que rodea a dicha interpretación. Es decir, la labor de dicho Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se limita a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico comunitario⁴³³, no extendiéndose esta facultad a las normas internas de los Estados miembros ni a los hechos materia del proceso.

Sobre este particular, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se ha pronunciado en su sentencia dictada en el Proceso N° I-IP-87:

⁴³³. No obstante, según la «Nota Informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales», elaborada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su numeral 2, *“(…), el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada”*.(cursivas agregadas)

Función de Tribunal.- Es función básica de este Tribunal, indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas «a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros» (Art. 28 (hoy 34) del Tratado de creación del Tribunal), objetivo fundamental que está lógicamente fuera de las competencias de los jueces nacionales. [...] Se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de integración, competencia que les atribuye el Derecho Comunitario y, por supuesto, las del Derecho Interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, *sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno (Art. 34 del Tratado), para no interferir con la tarea que es de la exclusiva competencia del juez nacional. (cursivas agregadas)* Alcance de la interpretación. La función de este Tribunal, en consecuencia, en el tipo de acción de que se trata, es únicamente la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico. Por tal interpretación debe entenderse la búsqueda de la significación de la norma para precisar su alcance y su sentido jurídico, tarea esencialmente distinta a la de aplicar la norma a los hechos, la cual está reservada al juez nacional, como ya se indicó, dentro de las correspondientes esferas de competencia. No puede referirse entonces el Tribunal al cotejo y adaptación entre el contenido general de la norma que interpreta y los hechos concretos y particulares. La exigencia del Estatuto, de que tales hechos se informen al Tribunal de manera sucinta, ha de entenderse entonces no en el sentido de que éste se ha de pronunciar sobre ellos, lo cual le está vedado, sino para que, conociéndolos, pueda el Tribunal enfocar u orientar la doctrina de suerte que su interpretación resulte útil para el juez nacional que debe fallar. De otro modo, la interpretación que adopte el Tribunal podría resultar demasiado general y abstracta, en el inagotable universo de la teoría jurídica e inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario. Conviene advertir que, en el caso de que la norma comunitaria, objeto de la consulta, haya sido adoptada como norma interna en el País Miembro de donde proviene dicha consulta, no por ello pierde su competencia el Tribunal Comunitario, ya que la norma continúa perteneciendo al ordenamiento jurídico del Acuerdo, sin perjuicio de que también sea norma nacional.⁴³⁴

En ese sentido, de igual manera que en el recurso jurisdiccional europeo de interpretación prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no analiza el contenido del Derecho interno de los Estados Miembros, ni valora los hechos, sino únicamente se pronuncia sobre la aplicabilidad y pertinencia de la norma comunitaria y de cómo ésta debe ser entendida en el caso concreto⁴³⁵. Así lo ha establecido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su jurisprudencia de la siguiente manera: *“Se enfatiza que de acuerdo con el Artículo 30 (hoy 34) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el Tribunal debe limitarse a precisar el contenido y alcance de la norma del ordenamiento jurídico subregional y en ningún caso interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar*

⁴³⁴ .Proceso N.º 1-1P-57, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁴³⁵ Así también, la Nota Informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N.º 694, de 3 de agosto de 2001, en su Numeral 2; *«(...) la función del Tribunal Comunitario, es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia. No obstante, el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.»*

*los hechos materia del proceso, tal y como lo hace el Tribunal con acierto dentro de dicha interpretación*⁴³⁶. (cursivas agregadas)

En definitiva, es de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el establecer qué normativa comunitaria andina se va a interpretar⁴³⁷, de tal manera que dicho Tribunal analizará la pertinencia o no de dichas normas. El juez nacional consultante, al ser notificado con la Interpretación Prejudicial, deberá continuar la respectiva tramitación del proceso, es decir una vez resuelto el incidente procesal⁴³⁸ *está obligado a adoptar*⁴³⁹ (cursivas agregadas) el pronunciamiento del Tribunal comunitario en su respectiva sentencia según establece el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Proceso N° 1-AI-96, del mismo Tribunal.

⁴³⁷ La referida Nota Informativa sobre el (...) en su numeral 8: «(...) *Requerida la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar, adicionando o restringiendo, según el asunto de que se trate, el acervo de las normas sugeridas o no por el requiriente; le corresponde también absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente*». (cursivas agregadas)

⁴³⁸ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señala en su sentencia 11-Ip-96 que «La interpretación prejudicial no es ni puede asimilarse a una prueba, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni está llamada a constituirse en un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal. *Su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso*». (cursivas agregadas)

⁴³⁹ Según la Nota Informativa sobre (...), « La interpretación prejudicial es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y *al primero le corresponde aplicar*» (cursivas agregadas).

⁴⁴⁰ «*De la interpretación prejudicial*

Art. 32.- Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros

Art. 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

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

Art. 34.- En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

De esta manera, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina debe limitarse, a precisar el contenido y alcance de las normas sobre las que se solicita la interpretación, sin entrar en el derecho nacional ni calificar los hechos controvertidos⁴⁴¹. Así lo establece el Artículo. 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, modificado por el Protocolo de Cochabamba, el cual establece los límites a los que está vinculado el Tribunal mencionado⁴⁴².

En ese orden de ideas, VIGIL TOLEDO resume perfectamente los límites impuestos al Tribunal Comunitario:

a) el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no puede interpretar el derecho nacional, ya que esta interpretación queda bajo la exclusiva competencia de los jueces nacionales; b) el Tribunal no puede aplicar el Derecho Comunitario, se limita a interpretarlo; la aplicación de su interpretación al caso concreto es de exclusiva, responsabilidad de los jueces nacionales; c) el Tribunal no puede pronunciarse sobre los hechos, comprobar su exactitud o decidir sobre su calificación, ya que este ejercicio es privativo de las competencias del juez nacional en el caso concreto⁴⁴³.

Con relación a los hechos del caso, aunque el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no pueda decidir sobre ellos, si puede, conforme a la parte final del Artículo, 34, del referido Tratado de Creación, "(...) referirse a estos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada"⁴⁴⁴, (cursivas agregadas) por lo que se debe observar que dicho

Art.35 El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.

Art.36. Los países miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección" Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, Modificado por el Protocolo de Cochabamba.

⁴⁴¹ SÁNCHEZ CHACÓN, «El Tribunal de Justicia, ob cit.», p.43.

⁴⁴² El Artículo 126 del Estatuto del Tribunal de Justicia contempla las mismas limitaciones mencionadas por el Artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal al señalar: *"En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referidas al caso concreto. El Tribunal no interpretará el contenido y alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso, pero podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada".*

⁴⁴³ VIGIL TOLEDO, «La Cooperación (...)», ob. cit, p.23.

⁴⁴⁴ Esta es la orientación formulada por el apartado 2 de la Nota Informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales, al sostener: "La función del Tribunal comunitario en estos casos, es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado

Órgano Jurisdiccional Supranacional, *tiene libertad para determinar cuáles son las normas del ordenamiento jurídico comunitario que serán interpretadas en la consulta prejudicial, sin limitarse únicamente a la interpretación de las normas que fueron indicadas por el juez nacional. (cursivas agregadas)* Por lo que reafirmando la libertad interpretativa del Tribunal Comunitario, para VIGIL TOLEDO, éste "(...) puede interpretar tanto las normas solicitadas como otras que considere pertinentes para el caso en cuestión"⁴⁴⁵. (cursivas agregadas)

Así, se señala la opinión sentada en jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: *"Requerida por un juez nacional al juez comunitario, la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia de este alto Tribunal el determinar cuáles son en definitiva, las normas pertinentes a interpretar, sugeridas o no por el requirente y todo con el fin de lograr una comprensión global del caso consultado; le corresponde también absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente"*⁴⁴⁶. (cursivas agregadas) En ese sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina *tiene la facultad de interpretar la norma comunitaria más conveniente para el caso nacional,* (cursivas agregadas) aunque dicha norma no haya sido objeto de solicitud de interpretación por el juez nacional.

2.2.4 Remisión Facultativa y Obligatoria

2.2.4.1 En la Unión Europea

para precisar su alcance, función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia. *No obstante el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada"* (cursivas agregadas) (Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Lima, de 3 de agosto de 2001, N° 694, pp 4 y 5.

⁴⁴⁵ VIGIL TOLEDO, ob cit, p. 943.

⁴⁴⁶ Proceso N° 1-IP-94, «Mac Pollo, Su Rico Pollo»

Aunque compete a los jueces nacionales, invocar la solicitud de Interpretación Prejudicial, el Artículo 267⁴⁴⁷ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, establece un límite entre los jueces que están facultados a hacerlo y los jueces que tienen la obligación de hacerlo. Así, dicho Artículo señala que cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal, por lo que se deduce que la remisión prejudicial es facultativa⁴⁴⁸ para todos los órganos jurisdiccionales inferiores, pero obligatoria para los órganos jurisdiccionales supremos.

Por lo tanto, conforme a la regulación del Artículo 234⁴⁴⁹ se puede distinguir entre facultad y obligación de plantear la interpretación. Existe facultad cuando la decisión que adopta el órgano jurisdiccional es susceptible de un recurso judicial según el derecho interno; esto es, los órganos que no actúan en última instancia gozan de poder discrecional para acudir o no al Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁵⁰. En ese sentido, los órganos nacionales son los que

⁴⁴⁷ “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; *cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.* (cursivas agregada) Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

⁴⁴⁸ Según CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO, « (...) cuando haya una duda razonable respecto a la interpretación de una norma del bloque o respecto a la validez de un acto de una institución, órgano u organismo de la Unión, el tribunal inferior estaría obligado a plantear la cuestión prejudicial», «Manual de Derecho de la Comunidad Europea, Trivium, Madrid, 1997, p 307.

⁴⁴⁹ Actual Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁴⁵⁰ Se debe mencionar que « (...) un Órgano jurisdiccional cuyas decisiones puedan ser objeto de recurso puede decidir por sí mismo cual es la interpretación correcta del Derecho Europeo y su aplicación a los hechos que considere probados, en especial cuando estime que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia proporciona indicaciones suficientes. Ahora bien una remisión judicial puede resultar útil en la fase adecuada del procedimiento

han de determinar si una duda respecto a la interpretación o validez de una norma regional es relevante o pertinente para la resolución del litigio principal⁴⁵¹.

Así, se enfatiza que solamente el juez nacional puede plantear la interpretación prejudicial. En ese sentido se deduce que el envío de la solicitud de interpretación prejudicial es facultativa para todos los órganos jurisdiccionales inferiores pero obligatoria para los órganos jurisdiccionales supremos⁴⁵²

2.2.4.2 En la Comunidad Andina

Con relación a la Comunidad Andina el Artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia señaló:

Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

En este sentido se puede establecer que la consulta de interpretación prejudicial es facultativa si la sentencia es susceptible de recursos en derecho interno, incluso se señala que el juez nacional andino, tiene la potestad de decidir sobre norma comunitaria, si ya tuviere que emitir sentencia, no obstante la norma no aclara si dicho juez nacional, podrá consultar

cuando se suscite una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados Miembros o cuando la jurisprudencia existente no parezca aplicable a una situación inédita». (Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales)

⁴⁵¹ ÁNGEL SÁNCHEZ LEGIDO, destacó que «(...) según el Tribunal de Justicia en efecto, es al juez nacional a quien corresponde primordialmente verificar la necesidad de un pronunciamiento prejudicial puesto que es el único que tiene un contacto directo con las partes y, consiguientemente un conocimiento directo de los hechos del litigio principal y, por que es el quien ha de asumir la responsabilidad del fallo que lo resuelva», SÁNCHEZ LEJIDO, «El mecanismo de las cuestiones prejudiciales», ob. cit. p. 308.

⁴⁵² LUCIANE CLAIINE VIEIRA. «El Mecanismo de la Interpretación Prejudicial en la Comunidad Andina», Revista de Doctrina Extranjera, N° 32, Marzo- Abril. 2010 Bogotá, p. 16.

jurisprudencia o valerse de la “claridad” de sus conocimientos jurídico- comunitarios y dicha consulta será obligatoria incluso para el juez nacional de primera instancia si la misma no es susceptible de recursos.

No obstante se debe aclarar que con base en lo expuesto que el sentido que se busca para tal obligatoriedad sería evitar las consecuencias que para el Derecho Comunitario pueden surgir a partir de una “irreversible” sentencia nacional que aplique o interprete de forma errónea el ordenamiento regional. De esta forma con la adopción de este mecanismo procesal se evita la formación de jurisprudencia dispar en el seno del proceso de integración⁴⁵³

Sin embargo en el Derecho Comunitario Europeo se establece que el juez nacional tiene mayor participación en la creación de jurisprudencia comunitaria, puesto que la obligatoriedad de la remisión de interpretación prejudicial encuentra dos excepciones a saber en la segunda parte del Artículo 104, párrafo 3 del Reglamento de Procedimientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que origina y regula la teoría del acto claro:

El Tribunal podrá asimismo resolver mediante auto motivado tras haber informado al órgano jurisdiccional remitente, vistas, cuando se hayan presentado las observaciones de los interesados a los que se refiere el Artículo 23 del Estatuto y oído el abogado general cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable.

Así también se debe mencionar que el mismo Artículo 104, párrafo 3 describe la teoría del acto aclarado al enfatizar:

(...) cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto o cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal, oído el Abogado General podrá resolver en cualquier momento mediante Auto motivado remitiéndose en caso necesario a la sentencia anterior o a la jurisprudencia aplicable.

⁴⁵³ CLAINE VIEIRA, ob cit , p. 62

En ese sentido en el Capítulo respectivo, se desarrollará con mayor énfasis la conveniencia de que el juez nacional andino desarrolle y aplique las teorías del acto claro y aclarado, así se destaca que al juez nacional europeo le es otorgada la posibilidad de un nuevo planteo prejudicial también frente a un caso análogo ya decidido si lo que busca es una nueva interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por no considerarse satisfecho con la interpretación anteriormente ofrecida o por considerar que la sentencia proferida no es lo suficientemente explícita⁴⁵⁴

2.3 El procedimiento ante los tribunales comunitarios europeo y andino.

2.3.1 Procedimiento de la Interpretación prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con relación al procedimiento que debe seguir la solicitud de Interpretación Prejudicial, a continuación se realiza un análisis del mismo, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En ese sentido, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo, la Resolución Jurisdiccional⁴⁵⁵, mediante la cual se plantea la

⁴⁵⁴ CLAINE VIEIRA, ob cit , p. 21

⁴⁵⁵ Según la Nota Informativa (...) de 28 de mayo de 2011, en su Título: Forma de la petición de decisión procesal, numerales 20 al 23, recomienda: «La decisión mediante la cual el Juez Nacional somete una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia puede revestir cualquiera de las formas admitidas en su Derecho interno para los incidentes procesales. Ahora bien, debe tenerse presente que este documento servirá de base al procedimiento que se siga ante el Tribunal de Justicia y que éste debe disponer de los elementos que le permitan proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional. Además, la petición de decisión prejudicial es el único documento que se notifica a las partes interesadas que pueden presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia, en especial, los Estados miembros y las instituciones y el único que se traduce. La necesidad de traducir dicha petición aconseja una redacción sencilla, clara y precisa, sin elementos superfluos. Una decena de páginas suele bastar para exponer de modo adecuado el contexto de una petición de decisión prejudicial. Sin dejar de ser sucinta, la decisión debe ser suficientemente completa y contener toda la información pertinente, de modo que tanto el Tribunal de Justicia como las partes interesadas que pueden presentar observaciones comprendan adecuadamente el marco fáctico y normativo del asunto principal. Así, la resolución de remisión deberá: incluir una breve exposición del objeto del litigio, así como de los hechos pertinentes que se consideren probados o, al menos, explicar los supuestos de hecho en que se basa la cuestión prejudicial; reproducir el tenor de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables e indicar, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente, proporcionando en todo caso las referencias

Interpretación Prejudicial, se inscribe en el respectivo Registro, para proceder a discutir su admisibilidad⁴⁵⁶ por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; éste habrá de examinar si se considera competente para interpretar y/o apreciar la validez solicitada⁴⁵⁷. Para ello, el Presidente del Tribunal designa un Magistrado Ponente⁴⁵⁸, que se encarga del estudio del asunto del que se trate para lo que realiza una «Instrucción», como también al Abogado General que habrá de elaborar las respectivas conclusiones⁴⁵⁹.

En cuanto a la inadmisión de la interpretación prejudicial, ésta se puede dar por los siguientes motivos: en relación con un posible «error manifiesto», porque no se solicita la interpretación o apreciación de validez de norma alguna de Derecho Comunitario, o bien porque, aún solicitándose, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que dicha normativa no es aplicable al supuesto de hecho.

precisas (por ejemplo, la página del diario oficial o recopilación correspondiente; eventualmente, acompañada de una referencia de Internet); identificar con la mayor precisión posible las disposiciones del Derecho de la Unión pertinentes en el litigio principal; explicar las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal; incluir, en su caso, un resumen de los argumentos esenciales de las partes del procedimiento principal que resulten pertinentes. Conviene numerar los apartados o párrafos de la resolución de remisión para facilitar su lectura y la posibilidad de hacer referencias. Por último, el órgano jurisdiccional remitente puede, en su caso, indicar de modo sucinto su punto de vista sobre la respuesta que deben recibir las cuestiones planteadas con carácter prejudicial». (cursivas agregadas)

⁴⁵⁶ La remisión de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se realiza a la Secretaría de Luxemburgo a partir de la Secretaría de Juzgado nacional, sin admitirse vía alternativa distinta, como podría ser la vía diplomática o consular. No obstante, se presentan a menudo inconvenientes a esta comunicación entre Secretarías de Juzgado y, así por ejemplo, se dio el caso de un auto de reenvío que tardó 6 meses en llegar, concretamente en la S. Procureur de la République, de 7 de febrero de 1985, as. 240/83, Rec. 1985, pp. 531 y ss., esp. FJ 1; el auto era de fecha de 23 de marzo de 1983 y fue registrado en 24 de octubre de 1983. No obstante, todavía puede señalarse un caso posterior en el que el auto de reenvío tarda casi un año en llegar a la Secretaría de Luxemburgo; así ocurrió en la S. Baux, de 29 de junio de 1994, as. 403/92, Rec. 1992, pp. 2961 y ss., en la que, si bien el auto de reenvío dictado por el Tribunal de Casación francés es de fecha de 17 de diciembre de 1991, no se registra en la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hasta el 2 de diciembre de 1992” Ximeno Bulnes, “Procedimiento de la Cuestión (...)” p. 456.

⁴⁵⁷ Para el caso en el que haya de proceder a la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial propuesta, se «declarará incompetente» para conocer de dicha cuestión.

⁴⁵⁸ Artículos 37-54 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁴⁵⁹ A tenor de la cláusula impuesta por el Artículo. 103.1 del nuevo Reglamento de Procedimiento, es de aplicar también, para el caso del procedimiento prejudicial, los Artículos 9.2 y 10.2 del citado Reglamento; según los mismos, «el Presidente del Tribunal, en cuanto se presente la demanda, designará entre sus miembros al Juez ponente» y «el primer Abogado General decidirá la atribución de los asuntos a los Abogados Generales inmediatamente después de que el Presidente haya designado al Juez Ponente». (cursivas agregadas)

Admitida la interpretación, tiene lugar una primera fase de documentación⁴⁶⁰, en la que se hace acopio de informes y memorias para pasar seguidamente, en la mayoría de los casos, al desarrollo de una vista pública con intervención de una serie de participantes.

La Secretaria de Luxemburgo⁴⁶¹ efectuará la notificación⁴⁶² a todos los posibles participantes; estos no son más que los enumerados en el Artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que la comunicación se realiza *«(...) a las partes litigantes, a los Estados miembros y a la Comisión, así como al Consejo cuando el acto cuya validez o interpretación se cuestiona, emane de este último»*. Practicadas las respectivas notificaciones en el idioma correspondiente, comienza a contarse el plazo en el que todos los destinatarios de la oportuna resolución jurisdiccional pueden presentar *«memorias u observaciones escritas»*. (cursivas agregadas) El plazo establecido por la ley para la presentación de tales observaciones escritas es de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de la respectiva notificación. Con relación a dicho plazo MOLINA DEL POZO, señalo: *“Transcurrido el plazo de dos meses, el resto del procedimiento pasa a regularse por las normas del procedimiento ordinario, señalado en los Artículos 43 y siguientes del Reglamento*

⁴⁶⁰ Según la Nota Informativa (...) de 28 de mayo de 2011, en su Título «Correspondencia entre el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia», numeral 30: *«La resolución de remisión y los documentos pertinentes (especialmente, en su caso, los autos del asunto, eventualmente mediante copia) deben ser enviados directamente al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional nacional mediante correo certificado (dirigido a la Secretaría del Tribunal de Justicia, L-2925 Luxemburgo, teléfono. +352 4303-1)»*. (cursivas agregadas)

⁴⁶¹ Según la Nota Informativa (...) de 28 de mayo de 2011, en su título «Correspondencia (...)», numeral 31: «Hasta que se dicte la decisión, la Secretaría del Tribunal de Justicia se mantendrá en contacto con el órgano jurisdiccional nacional, al que transmitirá copia de los escritos procesales».

⁴⁶² Una vez traducida la demanda de cuestión prejudicial, el Secretario del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encarga de notificarla a las partes litigantes en el procedimiento original, así como a los Estados miembros, a la Comisión y, en su caso, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Parlamento cuando el acto cuya validez o interpretación se cuestiona emane de estos últimos.

del Procedimiento, por lo que el Tribunal, podrá ordenar las medidas de instrucción que considere convenientes⁴⁶³.” (cursivas agregadas)

Posteriormente, tiene lugar el nombramiento de un Juez ponente por el Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁶⁴. Una vez concluido el procedimiento escrito, el juez ponente presenta al Tribunal un informe previo o para la vista.

Así comienza la fase oral, en la cual el juez ponente⁴⁶⁵ elabora dicho informe para la vista. Se trata de un documento público de importancia capital⁴⁶⁶. Su finalidad es profundizar y poner de relieve los diferentes elementos del asunto. Además, permite a las partes comprobar si todos los aspectos del litigio han sido tomados en cuenta. El informe para la vista constituye la base para la discusión del asunto.

Dicho Informe para la vista, contiene propuestas sobre la procedencia de practicar medidas de instrucción u otras diligencias preparatorias. Entonces, el juez ponente expone los problemas del litigio evocando las cuestiones jurídicas planteadas en los escritos de las partes.

⁴⁶³ MOLINA DEL POZO, ob cit, pag 309, según dicho autor, *«(...) la participación en el procedimiento oral, así como la presentación de memorias u observaciones escritas, no son actos obligatorios».* (cursivas agregadas)

⁴⁶⁴ Según se determina en el Artículo. 9.2 del Reglamento de Procedimiento, *«el Presidente del Tribunal, en cuanto se presente la demanda, atribuirá el asunto a una sala con miras a las eventuales diligencias de prueba y designará entre sus miembros al Juez Ponente».* (cursivas agregadas) En el procedimiento prejudicial del Artículo 177, al carecerse de demanda en sentido estricto es, sin embargo, ahora el momento de proceder al nombramiento de Juez ponente; así también, Silva de Lapuerta, R. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, op. cit., esp. p. 198.

⁴⁶⁵ En esta etapa, es aplicable la clausula genérica que establece el Artículo 18 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para todos los procesos comunitarios, por cuanto también para este caso, *«el procedimiento oral comprenderá la lectura del informe presentado por un juez ponente, la audiencia por el Tribunal de los agentes, asesores y abogados y las conclusiones del Abogado General».*

⁴⁶⁶ Decidida la apertura de vista pública tendrá lugar en ella la intervención de los sujetos interesados (en todo caso, los previstos en el Artículo 20 del Estatuto: partes a quo, Estados Miembros e instituciones comunitarias). Todos ellos, en este mismo orden, podrán, si así lo desean, presentar «observaciones orales» sin necesidad de haberlas redactado y remitido previamente por escrito.

El juez ponente⁴⁶⁷ también se pronuncia sobre la oportunidad de remitir el asunto a una sala. En el proceso prejudicial pueden presentar observaciones escritas y orales no solamente las partes en el proceso principal, sino también todos los Estados miembros⁴⁶⁸ de la Comunidad, así como la Comisión de la Unión Europea y, en su caso, el Consejo (cuando se discute la validez de uno de sus actos). Aún cuando el Tratado no prevé la intervención del Parlamento Europeo en los procesos prejudiciales, el Tribunal suele invitar a éste a presentar observaciones cuando un proceso prejudicial plantea problemas relacionados con actos adoptados por el Parlamento Europeo o con el ejercicio de las competencias de esta institución.

Cabe señalar que las partes tienen que intervenir de manera preceptiva a través de un abogado⁴⁶⁹. No existe la acreditación de colegio de abogados de los países miembros ante el Tribunal. Cualquier abogado inscrito en un colegio de abogados de un Estado miembro tiene el derecho a actuar ante el Tribunal. Corresponde a las partes elegir libremente a sus abogados de cualquier Estado miembro. De hecho, en la vía prejudicial son los mismos abogados los que llevan el asunto ante la jurisdicción nacional y ante el Tribunal, el cual aplica las mismas normas de representación de las partes que las de la jurisdicción nacional de la que emana el recurso.

⁴⁶⁷ Según ROSARIO JIMÉNEZ: *«El Órgano Jurisdiccional Nacional plantea una cuestión o varias cuestiones relativas a la interpretación o validez de una disposición comunitaria, generalmente en forma de resolución judicial, adaptada a las normas procesales nacionales. Una vez haya sido recibido por el Tribunal de Justicia el escrito que contiene la resolución con las cuestiones planteadas, se designa a un juez ponente y a un abogado general para la tramitación del asunto»* (énfasis agregado). ROSARIO LEÓN JIMÉNEZ, «Procedimientos y aspectos formales de la Cuestión Prejudicial, presentada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» Ed Tecnos, Madrid, 2005, p. 75.

⁴⁶⁸ *«Una vez traducida la demanda de cuestión prejudicial, el Secretario del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se encarga de notificarla a las partes litigantes en el procedimiento original, así como a los Estados miembros, a la Comisión y, en su caso, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Parlamento cuando el acto cuya validez o interpretación se cuestiona emane de estos últimos»* (cursivas agregadas), LEÓN JIMÉNEZ, ob cit, p. 76.

⁴⁶⁹ El principio de intervención preceptiva de abogado quedó establecido en el Artículo 17 del Estatuto del Tribunal de Justicia: Únicamente un abogado que esté facultado para ejercer ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro podrá representar y asistir a una parte ante el Tribunal de Justicia. Los abogados que comparezcan ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, gozarán de los derechos y garantías necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones. «Apartado A 2a, de la Guía para los abogados y representantes, de las partes en relación con las fases escrita y oral del procedimiento ante el TJCE», citado por LEÓN JIMÉNEZ, ob. cit. p. 76.

Los Estados miembros y las instituciones de la Comunidad son representados por agentes⁴⁷⁰ nombrados especialmente para cada asunto.

Después se presentan las conclusiones del Abogado General⁴⁷¹. Posteriormente el Tribunal delibera y decide el asunto de que se trata sobre la base de un proyecto de sentencia presentado por el Juez Ponente. Las posibles diferencias y sugerencias de otros jueces que pueden surgir no deben hacerse públicas. Las deliberaciones son secretas y no se admite la publicación de opiniones disidentes⁴⁷².

Cada interpretación prejudicial se desarrolla en la lengua utilizada por la jurisdicción nacional que ha recurrido al Tribunal. El tratamiento de los actos procesales se realiza en diversas secciones lingüísticas de la Secretaría, de esta manera, el régimen lingüístico del Tribunal de Justicia de la Unión Europea implica que la Secretaría trate los documentos procesales en todas las lenguas oficiales de la Comunidad y las utilice para comunicarse por escrito con los representantes de las partes en el litigio.

La Secretaría se ocupa del tratamiento integral de los documentos procesales, del seguimiento de los asuntos, de la distribución interna así como de las notificaciones, citaciones y

⁴⁷⁰ El Artículo 19 de la versión consolidada del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló: «*Los Estados Miembros, así como las instituciones de la Unión, estarán representados ante el Tribunal de Justicia por un agente designado para cada asunto; el agente podrá estar asistido por un asesor o un abogado*» (cursivas agregadas), por lo que debe entenderse que el «agente» es el representante de los Estados miembros o de las Instituciones comunitarias europeas.

⁴⁷¹ En cuanto a las conclusiones del Abogado General: «*La intervención del Abogado General termina con la presentación y lectura ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de sus conclusiones, unas semanas después de la vista oral, en audiencia pública. En ellas, el Abogado General analiza con detalle los antecedentes de hecho y aspectos jurídicos de las cuestiones planteadas, revisa la legislación comunitaria y nacional al respecto, repasa la jurisprudencia del órgano jurisdiccional comunitario y propone al Tribunal de Justicia la solución que él considera debe darse al problema. Con esta actuación finaliza la fase oral del procedimiento*» (cursivas agregadas). LEÓN JIMÉNEZ, «Procedimientos y aspectos (...)», p. 77.

⁴⁷² Por su parte, los miembros del Tribunal de Justicia podrán formular las preguntas e interpelaciones pertinentes, hecho que hace adquirir a esta vista la apariencia de un auténtico debate, sin que ello comporte derecho de réplica, dado que no estamos ante un proceso de naturaleza contenciosa.

comunicaciones a las partes⁴⁷³. En las sentencias habrá de recogerse el pronunciamiento sobre las costas procesales⁴⁷⁴. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es gratuito⁴⁷⁵. En los casos del recurso prejudicial, al constituir un trámite incidental en el asunto planteado ante el juez nacional⁴⁷⁶, no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre las costas; será el juez nacional en el litigio principal quien habrá de determinarlos al dictar el fallo final en el asunto ante él promovido. Los gastos de los Estados miembros y de las instituciones de la Comunidad no son reembolsables. Si una parte⁴⁷⁷ se encuentra en la imposibilidad de hacer frente a las costas del juicio, podrá solicitar el beneficio de la justicia gratuita. Las demandas al respecto se presentan sobre todo en el marco de los recursos prejudiciales.

A modo de conclusión puede afirmarse que, según hemos visto, la interpretación prejudicial se concreta en un procedimiento de tres fases⁴⁷⁸:

⁴⁷³ «El Secretario dispone asimismo que se publique en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas un anuncio en el que se indiquen las partes del litigio y el contenido de las cuestiones». LEÓN JIMÉNEZ, «Procedimientos y aspectos (...)», p. 77.

⁴⁷⁴ No hay que olvidar que el mecanismo descrito en el Tratado de Roma es calificable de incidente en el curso de un proceso principal; de aquí que se defiera al juez nacional el pronunciamiento sobre las costas.

⁴⁷⁵ En principio, todos los procedimientos desarrollados ante los Tribunales comunitarios son gratuitos, por tanto, también el reseñado en el Artículo. 177 TCE. No obstante y por lo que respecta a este último, es inevitable que se ocasionen una serie de gastos para aquellos sujetos que intervengan durante el curso del mismo; pensemos solamente en las partidas de traducción de la correspondiente documentación y representación en Luxemburgo. Por lo que a éstos se refiere, también varía la regulación prevista según que los participantes sean sujetos individuales o autoridades públicas.

⁴⁷⁶ Según la Nota Informativa (...) de 28 de mayo de 2011, en su título: "Costas y beneficio de justicia gratuita", numeral 28, «El procedimiento prejudicial es gratuito y el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre las costas del litigio principal. Corresponderá al órgano jurisdiccional nacional decidir sobre este particular.»

⁴⁷⁷ Según la Nota Informativa (...) de 28 de mayo de 2011, en su título: «Costas y beneficio de (...)», numeral 29, «En el caso de que alguna de las partes carezca de recursos suficientes, y en la medida en que las normas nacionales lo permitan, el órgano jurisdiccional nacional puede concederle una ayuda que cubra los gastos ocasionados por su intervención ante el Tribunal de Justicia, en particular, los de representación. Este último puede conceder también una ayuda de esta índole en el supuesto de que la parte de que se trate no disfrute ya de una ayuda en el ámbito nacional o en la medida en que dicha ayuda no cubra, o cubra sólo parcialmente, los gastos ocasionados por su intervención ante el Tribunal de Justicia.»

⁴⁷⁸ KURT RIECHENBURG, "El proceso prejudicial en la Unión Europea", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, Editora Konrad Adenauer Stiftung, 2004, p. 1001.

- a) En una primera fase aparece el problema de Derecho Comunitario ante el juez nacional, quien va a plantear la cuestión prejudicial, de interpretación o de validez y la remitirá al Tribunal comunitario.
- b) La segunda fase es el proceso ante el Tribunal de Justicia, que culmina en la respuesta a la cuestión planteada.
- c) La tercera fase es la decisión del proceso por el juez nacional a la luz de la respuesta proporcionada por el Tribunal Comunitario.

2.3.2 Procedimiento de la Interpretación Prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Con relación a la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al admitir la consulta que formule el Tribunal o juez nacional⁴⁷⁹ obligado a aplicar una disposición del ordenamiento comunitario a un caso concreto, debe pronunciarse mediante la expedición de una providencia en que se precise el contenido y alcance de la norma comunitaria pertinente y adecuada para la resolución del caso en cuestión, colaborando de este modo con el juez nacional en la configuración de la sentencia que debe emitir en la causa sometida a su conocimiento.

En cuanto al procedimiento a seguir, en sí, se debe señalar que contrariamente a lo ocurrido en la Unión Europea, el trámite previsto para la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina es más rápido. Así lo señala VIGIL TOLEDO: *“(...) a diferencia del Tribunal Europeo, el trámite de la consulta prejudicial, desde la formulación por el juez nacional hasta la absolución por parte del Tribunal Andino, no excede a lo sumo de dos meses lo que contrasta con su par europeo donde demora por término medio dos años debido en gran parte al proceso*

⁴⁷⁹ Según el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *«(...) una vez notificada la interpretación prejudicial al juez nacional, éste continuará la tramitación del proceso interno y en su sentencia deberá adoptar el pronunciamiento del Tribunal Andino.»* (cursivas agregadas). El Nuevo Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su Artículo 128, tercer párrafo, señaló: *«Además, el juez nacional remitirá al Tribunal de Justicia, la sentencia dictada en los casos objeto de interpretación prejudicial»*

de traducción y edición en los 15 idiomas oficiales de la Unión Europea⁴⁸⁰. (Ahora 25⁴⁸¹)
(cursivas agregadas)

2.4 Efectos de la sentencia de Interpretación Prejudicial

2.4.1 En el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Con relación a los efectos de la solicitud de Interpretación Prejudicial, el Artículo 126, del Estatuto de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señaló: *“Recibida la solicitud de consulta, el secretario la sellará y remitirá al presidente para su consideración por el Tribunal. Dentro del término de 30 días siguientes al de la admisión de la solicitud por el Tribunal, éste dictará sentencia”*. (cursivas agregadas) Cabe señalar que el juez que esté obligado a plantear la cuestión prejudicial debe suspender el proceso principal hasta recibir la sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia, por lo que una vez dictada, se debe notificar a dicho juez nacional para que siga el proceso principal, observando obligatoriamente la interpretación dictada por el Tribunal Andino.

En ese orden de ideas, según la Secretaría General de la Comunidad Andina: *“Una vez notificada la interpretación prejudicial al juez nacional, éste continuará la tramitación del proceso interno y en su sentencia, deberá adoptar el pronunciamiento del Tribunal Andino. Además el juez nacional remitirá al Tribunal de Justicia la sentencia dictada en los casos objeto de interpretación prejudicial”*⁴⁸². (cursivas agregadas) En otras palabras el juez nacional debe enviar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina copia de la decisión adoptada en el proceso que solicitó la interpretación prejudicial, conforme señala el Artículo 128, parte final del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁴⁸³: *“En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial”* (cursivas agregadas). En ese sentido

⁴⁸⁰ VIGIL TOLEDO, ob. cit, p. 243.

⁴⁸¹ El primer Reglamento comunitario por el que se fijaba el régimen lingüístico se aprobó en 1958. En él se establecían como lenguas oficiales y de trabajo el alemán, el francés, el italiano y el neerlandés, que eran las lenguas de los Estados Miembros de aquel momento. Desde entonces, su número ha aumentado con la sucesiva incorporación de nuevos países. Sin embargo, hay menos lenguas oficiales que Estados miembros, puesto que algunos de ellos comparten las mismas. Por ejemplo, en Bélgica, las lenguas oficiales son el alemán, el francés y el neerlandés, y en Chipre la mayoría de la población habla griego, que tiene rango de lengua oficial. Se debe señalar que la Unión Europea, cuenta con 23 lenguas oficiales: alemán, búlgaro, checo, danés, eslovaco, esloveno, español, estonio, finés, francés, griego, húngaro, inglés, irlandés, italiano, letón, lituano, maltés, neerlandés, polaco, portugués, rumano y sueco. Extraído de http://ec.europa.eu/languages/languages-of-europe/eu-languages_es.htm. Página visitada el 12 de octubre de 2012.

⁴⁸² Nota Informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N°693, de 2 de agosto de 2000, en su numeral 9.

⁴⁸³ Decisión 500.

el juez nacional cumple con informar el cumplimiento de la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Una vez dictada la sentencia⁴⁸⁴ prejudicial por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ésta vincula al juez nacional solicitante que conoce del proceso interno según establece el Artículo 127 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los siguientes términos: *“El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”*. (cursivas agregadas) Igualmente, el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, determina que *“El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”*. (cursivas agregadas)

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al afirmar:

Obligatoriedad de la interpretación: De acuerdo con lo ya indicado, *resulta que la sentencia interpretativa es obligatoria para el juez nacional, quien no puede apartarse de los criterios que señale este Tribunal comunitario en cuanto a lo que debe ser el correcto entendimiento de las normas del derecho de la integración. Así lo dispone el Artículo 31 (hoy 35) del Tratado en los siguientes términos: «El Juez que conozca del proceso deberá adoptar la decisión del Tribunal»*. Además, *debe tenerse en cuenta que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objetivo de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos*. (cursivas agregadas) Sin embargo, debe considerarse que la finalidad propia de la consulta prejudicial, de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en los Países Miembros, se completa, obviamente, con la de ir formando una jurisprudencia o doctrina uniforme en la Subregión. No en vano en el preámbulo del Tratado constitutivo del Tribunal se expresa que algunas de las dificultades que se presentan en la ejecución del Acuerdo de Cartagena y de los actos que lo desarrollan obedecen, entre otras razones, a la complejidad de su ordenamiento jurídico.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ También es importante señalar que las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pueden ser materia de aclaración o ampliación, así como de un recurso de revisión por el mismo Tribunal, a petición de la parte que no fue favorecida por el fallo, cuando se conozca un nuevo hecho ignorado por el recurrente en la fecha del fallo cuya revisión se solicita y que se considera influirá decisivamente en el resultado del proceso. Este recurso de revisión debe ser interpuesto dentro de los noventa días siguientes de conocido el nuevo hecho y dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia (Artículo 29 de Acuerdo de Cartagena).

⁴⁸⁵ Proceso N° 2-IP-87 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el mismo sentido, véase la sentencia dictada en el Proceso N° 2-IP-96, del mismo Tribunal.

El juez nacional, al adoptar la interpretación del Tribunal Comunitario, observa principios básicos comunitarios como ser el efecto directo, la aplicación inmediata o la primacía de la norma comunitaria. No obstante, se debe enfatizar que dicha aplicación de la norma comunitaria no convierte al juez nacional en juez comunitario, ni ayuda a que se construya uniformidad en el Derecho Comunitario andino, puesto que contrariamente a lo que ocurre en la Unión Europea, en la Comunidad Andina, la decisión dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina vincula únicamente a los jueces involucrados en el caso determinado y particular y no a los demás jueces del bloque⁴⁸⁶.

Dicha situación sucede porque el Tribunal de Justicia Comunitario únicamente adoptó la teoría del litigio concreto, por la cual los jueces de última instancia están obligados a hacer la remisión prejudicial, aunque la materia esté clara o ya haya sido resuelta en otro fallo emitido por el propio Tribunal de Justicia comunitario. En otras palabras, la no adopción de las teorías del acto claro y del acto aclarado no permite la vinculación de los jueces del sistema de integración, ni tampoco se logra alcanzar la uniformidad en la interpretación del Derecho, porque a cada caso que deba ser resuelto en última o única instancia donde se plantee la interpretación prejudicial, se obligará a los jueces a que adopten la interpretación emanada del órgano comunitario, no a interpretarla, ni a asumir como propios los postulados y principios del Derecho Comunitario ya explicados, puesto que no participarían de su construcción ni se identificarían con su uniformidad, no siendo suficiente el recurrir a la Acción de Incumplimiento según el Artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para obligar a los jueces nacionales a adoptar la interpretación prejudicial como ejercicio del efecto vinculante : *“Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la*

⁴⁸⁶ ROBERTO CHAMBI CALLE, señaló que el efecto de la sentencia prejudicial es relativo, inter partes o circunscrito al proceso de que se trate, «La interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: el caso boliviano(...) Incumplimiento?», en Revista de Derecho Internacional y del Mercosur N° 1, febrero, 2003, Buenos Aires, p. 95.

acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal”.

De esta forma, se puede señalar que la iniciativa otorgada a los particulares y a los Estados Miembros de defender el Derecho Comunitario, contrasta con la poca participación que tienen en la asimilación, identificación y creación los jueces nacionales, respecto a la interpretación prejudicial.

2.5 Consecuencias del no planteamiento de la Interpretación prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Con relacion al no planteamiento de la Interpretacion Prejudicial, “los países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la accion de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada esta no la incorpore en su sentencia”⁴⁸⁷

Por otro lado, el Artículo 31⁴⁸⁸ del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señala que los particulares, sean estos personas naturales o jurídicas, tienen derecho a acudir a los Tribunales nacionales competentes cuando los países miembros no cumplan con el ordenamiento jurídico andino y sus derechos resulten vulnerados por dicho incumplimiento. Por su parte, complementando lo anterior, la jurisprudencia andina estableció que la acción de incumplimiento también puede ser interpuesta por los particulares en procesos judiciales internos en los que los jueces nacionales tienen competencia para definir los incumplimientos de un país que puedan afectar los derechos de los individuos. Dicha acción

⁴⁸⁷ Según el “Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias”

⁴⁸⁸ “Artículo 31.- Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

tiene por objeto ofrecer al ciudadano garantía procesal para asegurarle la aplicación, por los Países Miembros, de las obligaciones que impone el Tratado".⁴⁸⁹

Para la interposición de la acción de incumplimiento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló la existencia de tres pasos previos ante el Tribunal, bien sea que ésta la proponga la Secretaría General o bien que la formule alguno de los Países Miembros: Primero, la formulación de observaciones por escrito, hecha por la Secretaría General al País Miembro al que se imputa el incumplimiento (observaciones que se formulan de oficio, o por reclamo que presente un País Miembro o personas particulares).

Segundo, la respuesta del país cuya conducta es objeto de las observaciones, la cual deberá realizarse dentro de un plazo que no excederá de dos meses. Y, Tercero, la elaboración y emisión de un dictamen por la Secretaría General, el cual puede ser de incumplimiento, en el caso de que así resulte cuando el País Miembro inculcado no haya dado respuesta a las observaciones o que éstas no sean satisfactorias; o, correlativamente, de cumplimiento si las explicaciones rendidas así lo ameritan.

3 EFECTOS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL A LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN EUROPEO Y ANDINO.

3.1 En relación con las competencias de las organizaciones supranacionales.

3.1.1 En el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La Interpretación prejudicial, previene divergencias de interpretación del Derecho Comunitario, que han de aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales, garantizando su uniformidad e igual aplicación en los Estados que conforman la Unión Europea. .

⁴⁸⁹ Proceso N° 1-AI-96 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Así también, se debe aclarar quiénes son las personas legitimadas a presentar ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una interpretación prejudicial. De esta forma, partiendo de la redacción del Artículo 267⁴⁹⁰ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se establece que solo los jueces nacionales pertenecientes a uno de los Estados Miembros del bloque, tienen competencia para emplear ese mecanismo procesal⁴⁹¹. Eso significa que ni las partes, aunque puedan sugerir al Juez del litigio principal que plantee ante el Tribunal de Justicia Comunitario, la interpretación prejudicial, ni el Estado, *ni las Instituciones supranacionales, órganos u organismos de la Unión Europea o Comunidad Andina, tienen competencia o están autorizados a utilizar este recurso.* (cursivas agregadas)

Según ARACELI MANGAS MARTIN y DIEGO J LIÑAN NOGUERAS, *“(...) las cuestiones prejudiciales únicamente pueden ser planteadas por los órganos jurisdiccionales ya que el mecanismo prejudicial es un sistema de cooperación entre el Juez nacional y el Tribunal*

⁴⁹⁰ Dicho Artículo señaló: *«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, será competente para pronunciarse con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los tratados, b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho Interno. Dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se pronunciará con la mayor brevedad»* (cursivas agregadas). La antigua redacción del Artículo 234, del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, señaló: *«El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse con carácter prejudicial: a) sobre la Interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE; c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos Estatutos así lo prevean. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una Decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho Interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia»*. Como se puede advertir el Tratado de Lisboa descrito en el apartado correspondiente introdujo expresamente en el Artículo 267 un cambio pertinente al procedimiento de urgencia el cual deberá ser empleado cuando una persona esté privada de libertad, lo que será desarrollado en el apartado correspondiente.

⁴⁹¹ *«Los jueces nacionales pueden incluso solicitar de oficio una interpretación prejudicial sin que las partes lo hayan solicitado»*. MARTÍN GONZÁLES, «El Tribunal,...» ob. cit, p. 570.

de Justicia de la Unión Europea⁴⁹². Sin embargo, no se precisa qué se debería interpretar por “Órgano Jurisdiccional”, expresión contenida en el actual Artículo 267, por lo que la sentencia europea prejudicial Vaassen Goebbels, de 30 de junio de 1966, aclaró que se debe considerar así, “(...) a todo organismo permanente, constituido conforme a la legislación nacional al que se le ha atribuido una competencia vinculante, sometido a normas de procedimiento contradictorio análogas a las que rigen el funcionamiento de los tribunales ordinarios y que debe aplicar normas jurídicas”.⁴⁹³

A partir de ese concepto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, rechazó la posibilidad de que puedan utilizar la interpretación prejudicial los árbitros⁴⁹⁴ y órganos cuya composición dependa de una disposición de las partes, como los de carácter administrativo, aunque deban aplicar el Derecho comunitario para la resolución de los litigios⁴⁹⁵.

3.2 En relación con la jurisprudencia, jerarquía y la aplicación de las normas comunitarias en la Unión europea

En cuanto a los efectos de la Interpretación prejudicial en el proceso de Integración europeo, en relación a la jurisprudencia, jerarquía y la aplicación de las normas comunitarias, el

⁴⁹² ARACELI MANGAS MARTIN y DIEGO LIÑÁN NOGUERAS, «Instituciones y Derecho de la Unión Europea» Mc Graw Hill, Madrid, 1996, 452.

⁴⁹³ Conforme destaca ÁNGEL SÁNCHEZ LEGIDO: «(...) para determinar los órganos jurisdiccionales autorizados a plantear la interpretación prejudicial, el Tribunal de Justicia desde sus primeras sentencias, adoptó una noción funcional que atiende no a la denominación del órgano o a su ubicación dentro del Poder Judicial nacional sino a su función y al lugar que el mismo ocupa en el sistema de protección jurisdiccional. De esta manera, los órganos calificados por el Derecho Interno como jurisdiccionales están legitimados para plantear la interpretación prejudicial independientemente del tipo de procedimiento del que estén conociendo, incluso si se trata de un procedimiento de carácter urgente o sumario y con tal de que sea necesaria para su resolución solventar una duda relativa al Derecho comunitario» ÁNGEL SÁNCHEZ LEJIDO, «El mecanismo de las cuestiones prejudiciales», Ob cit. p 309.

⁴⁹⁴ «El rechazo se debe a que los tribunales arbitrales son órganos que no tienen una jurisdicción de carácter obligatorio y que derivan de un acuerdo de voluntad entre las partes» MARTIN GONZALES, «El Tribunal,...», ob. cit p. 578.

⁴⁹⁵ ÁNGEL SÁNCHEZ LEJIDO, «El mecanismo de las cuestiones prejudiciales», ob. cit. p. 304.

Artículo 234 del Tratado de la Unión Europea, establece, una *“colaboración judicial por la que el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, en el marco de sus competencias propias están llamados a contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión con objeto de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros”*⁴⁹⁶ (cursivas agregadas).

Por tanto, la aplicación uniforme del Derecho Comunitario sirve a una tarea común de órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios, pero reconociendo y respetando las facultades y responsabilidades de cada uno. Así el expresidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre 1967 y 1976, Robert Lecourt⁴⁹⁷, calificó a la interpretación prejudicial como *“la piedra angular de la Comunidad”*, lo que significó que no se interpretaba sólo una misma norma común, sino que esa norma fuera interpretada y aplicada de igual manera en toda su extensión territorial por los tribunales de los Estados miembros.

De aquí la relevancia del instituto procesal instituido por el Artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, cuya función primigenia es garantizar la unidad del Derecho Comunitario en su aplicación por los jueces nacionales, propiciando de esta forma una *“aplicación uniforme”* así, como dijera PESCATORE⁴⁹⁸, *“(…) se refiere no sólo al contenido material de las disposiciones del derecho comunitario, sino también, e incluso de modo especial, a la determinación uniforme de su alcance, de sus efectos y de su eficacia”*. (cursivas agregadas)

⁴⁹⁶ Sentencia Schwarze del 1 de diciembre de 1965, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁴⁹⁷ PIERRE PESCATORE, "Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, GIL CARLOS y LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO J. (dirs.), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Editorial Civitas, 1993, p. 200.

⁴⁹⁸ PESCATORE, «Las cuestiones (...)» ob cit, p. 206.

En ese mismo orden de ideas para ALONSO GARCIA, la piedra angular de la Comunidad, es una norma *"interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros"*⁴⁹⁹ (cursivas agregadas) agréguese en un mismo espacio económico y geográfico⁵⁰⁰. Para la Unión Europea, como se señaló precedentemente, la interpretación prejudicial es considerada como: *"la figura procesal básica del derecho comunitario"*⁵⁰¹ y por ello, *"no es casual, que haya sido en ejercicio de la misma, (de su jurisprudencia) que se hayan extraído las doctrinas centrales de toda la construcción técnica del Derecho Comunitario"*⁵⁰², (cursivas agregadas) así como su perfeccionamiento y progreso.

⁴⁹⁹ RICARDO ALONSO GARCÍA. "El Juez español y el Derecho Comunitario". Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2003, p. 214.

⁵⁰⁰ *«Un gran objetivo económico del proceso de integración europeo, que se incorpora mediante el Tratado de la Unión Europea es la consecución de la unión económica y monetaria. La preocupación por la obtención de esta finalidad ha sido una constante a partir de la finalización del período transitorio previsto para la consecución del Mercado Común. La articulación jurídica del Tratado de la Unión Europea, exige únicamente una unión monetaria, pues la pretendida unión económica, es solo una coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros. La integración monetaria diseñada en el Tratado de la Unión Europea no se ha sustentado sobre la unificación de las políticas económicas de los Estados miembros, sino sobre la consecución del mercado interior. Probablemente porque fundamentar la unión monetaria sobre la primera hubiera supuesto una verdadera unión económica que requiere un mayor grado de unidad política; mientras que, la justificación de la unión monetaria en la necesidad de mejorar el funcionamiento del mercado interior le confiere un carácter técnico (integración económica) que la desvincula de un componente que sugiere una cierta integración política».* PASTOR RIDRUEJO JOSÉ, «Curso de Derecho internacional Público y Organizaciones Internacionales», Editorial Madrid, Tecnos, 2009, p. 68.

⁵⁰¹ Sentencia de Asuntos Acumulados, T-49/02 a T-51/02, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2005.

⁵⁰² En ese sentido, la Unión Europea tiene su mayor fruto jurídico en la vigencia del Derecho Comunitario. Esta nueva disciplina jurídica detenta entre sus premisas básicas, la de "primacia", que se funda en la soberanía transferida por los Estados parte a la Comunidad. Así el Derecho Comunitario tiene la pretensión de encabezar el orden jurídico nacional de los Estados parte al que se incorpora. De estar por encima de todo el Derecho Interno en lo que hace claro está a las materias que han sido objeto de transferencia, inclusive sobre la propia Constitución Nacional. Con relación a estos nuevos principios que establece el ordenamiento comunitario, GRAIG Y BURCA, señalan lo siguiente: *«La Unión Europea significó no solo una unión, visión y política común entre los Estados miembro, sino un mecanismo mediante el cual la soberanía y poder local iban disminuyendo poco a poco, mientras la soberanía y poder de la Unión Europea, iba cada vez más en aumento. Sin embargo este paso no ha sido nada fácil para las partes involucradas, en especial en materia de aplicación local del derecho comunitario».* GRAIG Y DE BURCA, Law, Oxford, Oxford University Press, p. 34, 2009.

En otras palabras, en base a dicha construcción de jurisprudencia⁵⁰³, es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los jueces nacionales de los Estados miembros, trabajan juntos, de manera coordinada⁵⁰⁴. En este sentido, es importante enfatizar sobre esa coordinación, puesto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no es un Tribunal Superior en la Comunidad, al que estén sometidos los órganos jurisdiccionales nacionales, sino el Tribunal al que está reservado, en última instancia, interpretar el Derecho Comunitario y pronunciarse sobre la validez de los actos comunitarios, en los supuestos en que los jueces nacionales deban aplicar ese derecho o esos actos⁵⁰⁵.

De esta manera, para GUY ISAAC, la interpretación prejudicial constituye un “(...) *mecanismo de cooperación judicial, por el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia en el orden de sus propias competencias son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión*”⁵⁰⁶ (cursivas agregadas)

⁵⁰³ Una de las características principales de la jurisprudencia de la Interpretación Prejudicial, es que ha derivado de la aplicación de la interpretación prejudicial, necesaria para la uniformidad del Derecho europeo a través de la jurisprudencia europea que sea constante y uniforme. A través de su jurisprudencia, el TJUE ha establecido la obligación de las administraciones y de los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar plenamente el Derecho de la Unión dentro de su esfera competencial y de proteger los derechos que éste otorga a los ciudadanos (aplicación directa del Derecho de la Unión), descartando para ello cualquier disposición contraria del Derecho nacional, ya sea anterior o posterior a la norma de la Unión (primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho nacional). En la sentencia Flaminio Costa contra ENEE de 15 de julio de 1964, el Tribunal señalaba «que a diferencia de los tribunales nacionales ordinarios el Tratado de la Comunidad Económica Europea, creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los países miembros que vincula a sus órganos jurisdiccionales». Dicha jurisprudencia se expresa a través de casos emblemáticos como ser la Sentencia Van Gend Loos, por la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, consideró que la Unión Europea, constituía “*un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros si no también sus nacionales*”, con lo cual el Derecho Comunitario europeo, respecto a la legislación de los Estados miembros “*al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, esta también destinado a crear derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico*”. Esto supone el reconocimiento de que el ordenamiento jurídico comunitario esta llamado a establecer relaciones jurídicas no solo entre el Estado y sus ciudadanos, sino tambien de estos entre sí

⁵⁰⁴ LEONARDO BARRIGA LÓPEZ, “Compendio, Integración y Mercados económicos”, Editorial Pedro Jorge Vera, Quito, 2009, p. 39.

⁵⁰⁵ JESÚS FUENTETAJA PASTOR, “El Proceso Judicial Comunitario”, Marcial Pons Editorial Jurídicas Social SA, Madrid, 1996, p. 90.

⁵⁰⁶ ISAAC GUY, «Manual de Derecho Comunitario General», Editorial Ariel, SA, Barcelona, 1995, p 285.

En efecto, el órgano jurisdiccional nacional es el “juge de droit commun del derecho comunitario”⁵⁰⁷. Está llamado, en primer lugar, a aplicar el Derecho Comunitario en las relaciones entre los ciudadanos de la Comunidad entre sí y en sus relaciones con las autoridades nacionales⁵⁰⁸.

Así también, es necesario recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para admitir una solicitud de interpretación prejudicial, tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas por parte del órgano, así como su independencia⁵⁰⁹ (sentencia “Dorsch Consult” de 17 de septiembre de 1967). Las sentencias “Gabalfrisa”⁵¹⁰ de 21 de marzo de 2000 y Abrahamson, de 6 de julio de 2000, permitieron al Tribunal de Justicia precisar el requisito relativo a la independencia del organismo remitente. En este sentido se debe destacar por ejemplo que las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como el

⁵⁰⁷ KURT, ob cit, p. 1002.

⁵⁰⁸ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también ha reconocido el principio de la responsabilidad de los Estados Miembros en caso de incumplimiento del Derecho de la Unión que, por una parte, refuerza de forma decisiva la protección de los derechos que las normas de la Unión otorgan a los particulares y, por otra, contribuye a que los Estados miembros ejecuten dichas normas con mayor diligencia. Las infracciones que éstos cometan pueden, por tanto, generar obligaciones de indemnización, que en algunos casos tendrán graves consecuencias para sus erarios públicos. Por otra parte, todo incumplimiento del Derecho de la Unión por parte de un Estado miembro puede ser objeto de un recurso ante el Tribunal de Justicia y, en caso de que no se ejecute una sentencia en la que se declare tal incumplimiento, dicho Tribunal está facultado para imponer al Estado miembro una multa coercitiva o el pago de una suma a tanto alzado. No obstante, en caso de que no se hayan comunicado a la Comisión las medidas tomadas para la adaptación del Derecho interno a una directiva, el Tribunal de Justicia, a propuesta de la Comisión, podrá imponer una sanción pecuniaria a un Estado miembro en la primera sentencia por incumplimiento.

⁵⁰⁹ Según una reiterada jurisprudencia, para apreciar si el órgano remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido de dicha disposición, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia deberá tener en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véanse, en particular, las sentencias de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. 1-4961, apartado 23, y de 31 de mayo de 2005, Syfait y otros, C-53/03, Rec. p. 1-4609, apartado 29).

⁵¹⁰ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de marzo de 2000 (sentencia Gabalfrisa), ha declarado que el Artículo 17 de la Directiva 77/388/CEE se opone a una normativa nacional como la prevista en el artículo 111 de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

interpretar una norma de derecho comunitario a través de una solicitud de interpretación prejudicial se basan en la obligatoriedad que imponen los Tratados Fundacionales resultado del Proceso de Integración.

En el caso *Gabalfrisa*, el Tribunal de Justicia Comunitario, recibió una cuestión prejudicial de un tribunal económico-administrativo, competente en la administración tributaria española para conocer de las reclamaciones fiscales en el marco de un tipo de recurso administrativo interno.

Así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras constatar que estaba garantizada por ley la separación funcional entre los servicios de la administración tributaria, responsables de adoptar las decisiones, por una parte y por otra, los tribunales económico-administrativos, que resuelven las reclamaciones presentadas contra las decisiones de dichos servicios sin recibir instrucción alguna de la administración tributaria, dedujo que dichos tribunales tienen la calidad de tercero en relación con los servicios que adoptaron la decisión objeto de la reclamación y la independencia necesaria para poder ser considerados órganos jurisdiccionales en el sentido del Artículo 234 del Tratado⁵¹¹.

En el asunto *Abrahamson*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se refirió a los mismos criterios, la separación funcional y la calidad de tercero, para concluir que el órgano de que se trataba, una comisión de recursos competente, en Suecia, para examinar de forma autónoma los recursos interpuestos contra las resoluciones de contratación de la universidad y de las escuelas superiores, poseía la independencia necesaria para ser considerado un órgano jurisdiccional en el sentido del Artículo 234 del Tratado.

Este Artículo condiciona la posibilidad de ejercitar el derecho a la deducción de las cuotas soportadas con anterioridad al inicio de la actividad empresarial o profesional a la presentación de una declaración previa antes de haber soportado dichas cuotas y al inicio de la realización de las operaciones en el plazo de un año desde la presentación de la citada declaración.

3.2.1 Fundamento económico de aplicar la Interpretación prejudicial europea

Ahora bien, como se mencionó precedentemente, existe un fundamento económico en el que se basa la jurisprudencia elaborada por la Interpretación Prejudicial, en otras palabras, dicha jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha tenido como propósito principal la formación del Derecho Comunitario, en base a postulados de Libre Mercado⁵¹², en ese sentido, ya en sus primeras sentencias, el entonces Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puso de relieve, de modo implícito, cuál debía ser la función del juez nacional como juez comunitario en dicho contexto económico, al subrayar que las autoridades internas tendrían que proteger los derechos engendrados por el ordenamiento comunitario en favor de los ciudadanos⁵¹³ y primordialmente en favor del mercado⁵¹⁴. Con respecto a los derechos de los particulares, cabe subrayar que la jurisprudencia del Tribunal ha transformado las libertades económicas reconocidas en los tratados (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales), concebidas inicialmente como factores económicos de liberalización del mercado común⁵¹⁵, en auténticos derechos fundamentales de los ciudadanos⁵¹⁶ de la Comunidad, en un reconocimiento

⁵¹² La adecuación progresiva del ordenamiento jurídico y de la estructura productiva se hace también patente en los Estados que sucesivamente se han adherido a la Unión Europea. En cada Acta de adhesión se han previsto disposiciones que tratan de amortiguar tanto el efecto que la adhesión pudiera comportar para el nuevo Estado miembro, como las repercusiones que para el funcionamiento de la Unión Europea tiene la adhesión de un nuevo Estado. FUENTETAJA PASTOR JESÚS, «El Proceso Judicial Comunitario (...)», p. 90.

⁵¹³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, "Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 103, julio-septiembre de 1999, p. 56.

⁵¹⁴ El principio de no discriminación con el nacional está contenido en su formulación general en el Artículo 12 del Tratado de la Comunidad Económica Europea y ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia comunitaria. (sentencia de 17 de julio de 1963, República Italiana contra Comisión). En dicho Artículo se prevé que en el ámbito de aplicación del Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad entre las personas físicas y jurídicas de los Estados miembros; asimismo se prohíben las restricciones a la libre circulación de mercancías por su origen comunitario y a los capitales. FUENTETAJA PASTOR JESÚS «El Proceso Judicial Comunitario (...)», p. 125.

⁵¹⁵ Para la formación del mercado común, en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, se prevé una serie de medidas encaminadas a facilitar el juego de la libre competencia entre los distintos factores que intervienen en la producción y el intercambio comunitarios; asegurando la libre circulación de mercancías (Artículos 23 a 31), la libre circulación de personas y servicios (Artículos 39 a 55) y la libre circulación de capitales (Artículos 56 a 60). Se trata con ello de conseguir que la producción y el intercambio se realicen como si se tratara de un mercado nacional (un mercado interior), esto es, un mercado único común a todos los Estados Miembros.

⁵¹⁶ Según el «Libro Verde, Reparación de daños y perjuicios (...)», p. 6. «Por razones prácticas será muy improbable, por no decir imposible, que consumidores y compradores con pequeñas reclamaciones interpongan una

tácito del libre comercio⁵¹⁷ verdadero objetivo en común de los Estados miembros de la Unión Europea⁵¹⁸.

La jurisprudencia comunitaria ha contribuido de forma decisiva al establecimiento progresivo del Mercado Común. Es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha definido esta noción como un sistema que comprende la eliminación de todas las trabas a los intercambios intracomunitarios con vistas a la fusión de los mercados nacionales en un mercado único⁵¹⁹ que funcione en condiciones lo más similares posible a las de un verdadero mercado interior⁵²⁰. Entre estas disposiciones destacan las referentes a las libertades de circulación de los factores productivos⁵²¹.

acción por daños y perjuicios por incumplimiento de la legislación de defensa de la competencia. Deberían, por tanto, buscarse maneras en las que estos intereses puedan ser mejor protegidos por acciones colectivas. Más allá de la protección específica de los intereses de los consumidores, las acciones colectivas pueden servir para reunir toda una serie de pequeñas indemnizaciones en una demanda, ahorrando así tiempo y dinero».

⁵¹⁷ *“Libre Comercio es un concepto económico, referente a la venta de productos entre países, libre de aranceles y de cualquier forma de barreras comerciales. El libre comercio supone la eliminación de barreras artificiales (reglamentos gubernamentales) al comercio entre individuos y empresas de diferentes países. En una zona de libre comercio los países firmantes del tratado se comprometen a anular entre sí los aranceles en frontera, es decir, los precios de todos los productos comerciales entre ellos serán los mismos para todos los integrantes de la zona, de forma que un país no puede aumentar (mediante aranceles a la importación) el precio de los bienes producidos en otro país que forma parte de la zona de libre comercio”.* (cursivas agregadas) Extraído del Documento “Qué es el libre comercio” del Diario Exterior, México,

http://www.eldiarioexterior.com/imagenes%5Cfotosdeldia%5CQu%C3%A9_es_el_libre_comercio.pdf.

Página visitada el 12 de diciembre de 2012.

⁵¹⁸ «La aplicación de la Legislación de Defensa de la Competencia, *es un instrumento importante para crear y mantener una economía competitiva*». (cursivas agregadas) «Libro Verde», ob. cit, p. 7.

⁵¹⁹ Originariamente, la inclusión del concepto de mercado común en las finalidades del Tratado de la Comunidad Económica Europea, respondía a una determinada concepción de la economía. La liberalización de los factores productivos, en un marco de competencia perfecta, permitiría incrementar el desarrollo en los Estados Miembros, y a la vez, por la misma acción del mercado, disminuir los desequilibrios regionales. Se trataba en definitiva de realizar una reasignación de los recursos productivos.

⁵²⁰ La noción de mercado común no aparece explicitada en el texto del Tratado constitutivo, aunque puede ser definida como la creación de un espacio económico, comprendido por el territorio de los Estados miembros, en el que los diferentes factores de producción están liberalizados en unas condiciones análogas a las de un mercado interno de un Estado; o, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado, la noción de mercado común responde a «(...) *la eliminación de todos los obstáculos a los intercambios intracomunitarios con la idea de fusionar los mercados nacionales en un mercado único, realizando, tanto como sea posible, las condiciones similares a las de un mercado interior*» Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de mayo de 1982, asunto 15/81, Schul. Roe. 1982, p. 1409.

⁵²¹ Ahora bien, la distribución de la riqueza a la que conduciría la acción del mercado no se produjo. Así, tras la constatación de este hecho, se crea en 1975 el Fondo Europeo de Desarrollo Regional como instrumento de la

Los interlocutores principales para el desarrollo de esta jurisprudencia fueron las jurisdicciones nacionales, en este sentido, esta evolución ha culminado con la creación de una ciudadanía europea⁵²², consagrada por el Tratado de Maastricht.

Aparte del Derecho a no sufrir discriminaciones en razón de la nacionalidad, dicha ciudadanía comporta el derecho a circular y residir libremente en otro Estado miembro y el derecho de sufragio en elecciones locales y europeas, por lo que se puede señalar que la interpretación prejudicial, es un reflejo del modo de integración económica de la Unión Europea, la cual comporta principalmente una “Organización Económica de Mercado Común, con libre intercambio de productos y uniformidad de aranceles”, requisito sine quanon en todos los países miembros, para la interpretación uniforme del Derecho Comunitario a través de la interpretación prejudicial.

En ese orden de ideas, a continuación, se repasan cuales han sido algunas de las Sentencias fundamentales, que dieron origen a la uniformidad en el Derecho Comunitario, a través de una interpretación prejudicial, y como dicho recurso, ha permitido la construcción de un mercado común, construido en base a jurisprudencia comunitaria.

política regional. Posteriormente, con la adopción del Acta Única Europea, se incorpora al Tratado de la Comunidad Económica Europea, un capítulo relativo a la cohesión económica y social, aspectos que se vieron complementados con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea y la regulación de un nuevo fondo estructural, denominado fondo de cohesión.

⁵²² Para la realización de las libertades comunitarias, en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCE) se prevé toda una serie de medidas a adoptar por las instituciones comunitarias y por los Estados miembros, en torno a tres principios. Estos principios son : el principio de progresividad, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y el principio de equivalencia en las condiciones de acceso al interior en toda la Comunidad; junto al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, se perfila también la noción de eliminación de otros tipos de restricciones.

Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha consagrado cuatro principios básicos que son generalmente considerados como los más característicos del ordenamiento jurídico comunitario. Se trata de los principios del efecto directo, la primacía del Derecho Comunitario, así como el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares como consecuencia de una violación del derecho comunitario y que todo juez nacional es juez comunitario.

Dicho principio fue identificado en la sentencia Van Gend & Loos⁵²³ de 1963⁵²⁴, radica en la posibilidad de que los particulares invoquen ante los tribunales nacionales los derechos que les confieren las normas comunitarias sin ninguna normativa complementaria de derecho interno, a condición de que dichas normas sean suficientemente precisas e incondicionales. En esta sentencia el Tribunal caracterizó al Derecho Comunitario como “un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional”.

El efecto directo de las normas comunitarias no es, por consiguiente, una mera técnica de inserción en el ordenamiento interno, sino el resultado de una concepción del Derecho Comunitario, como un ordenamiento cuyos sujetos no son solamente los Estados, sino también los particulares⁵²⁵.

⁵²³ El efecto directo está identificado en la célebre sentencia Van Gend en Loos de 5 de febrero de 1963 (26/62) que indica que las disposiciones comunitarias imponen a los Estados Miembros una obligación precisa que no requiere la adopción de ninguna otra medida por parte de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados Miembros y que no deja a éstos ninguna facultad de apreciación en relación con su ejecución y en consecuencia faculta a que los particulares invoquen ante los tribunales nacionales los derechos que les confieren las normas comunitarias sin ningún elemento complementario de Derecho interno, y en donde se concluye que el Derecho comunitario es un ordenamiento cuyos sujetos no son solamente los Estados sino también los particulares.

⁵²⁴ KURT RIECHENBERG, «Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» en conferencia “El proceso Prejudicial en la Unión Europea”. Centro de Altos Estudios de Derecho de Integración. Granada Nicaragua, 7 Febrero 2003.

⁵²⁵ JAVIER PÉREZ LASO, «Cooperación Legal en el Ordenamiento Comunitario », Editorial Colex Madrid, 2001, p. 89.

Conviene destacar el papel clave de los órganos jurisdiccionales nacionales en este proceso, en otras palabras, se puede señalar que las normas comunitarias europeas, tienen capacidad para generar derechos y obligaciones para los ciudadanos de los Estados miembros inmediatamente después de ser promulgadas, o sea tienen aplicabilidad directa. Sobre esta particularidad de la jurisprudencia del Derecho comunitario, EKMEKDJIAN señaló que:

Además de su incorporación automática al Derecho interno, el Derecho comunitario reconoce a todos sus habitantes del Estado parte, la facultad de exigir ante sus jueces nacionales el reconocimiento de los derechos que les confieran los tratados, reglamentos, directivas⁵²⁶ o decisiones comunitarias y la correlativa obligación de los jueces nacionales de aplicarlos, cualquiera que sea la legislación del país al cual pertenezca⁵²⁷.

Es decir el Derecho Comunitario Europeo ha reconocido legitimidad a las personas particulares para exigir el cumplimiento de sus normas. En el Derecho internacional⁵²⁸ en cambio no se reconoce tal capacidad a los particulares⁵²⁹, salvo casos muy excepcionales. Para el ordenamiento Jurídico Comunitario las personas particulares vendrían a ser las nuevas protagonistas de este Derecho que las reconoce como sujetos titulares de todas las prerrogativas que plantea ser parte de una Comunidad; en primer lugar el sentido de pertenencia a un país se amplía a una región, al igual que el reconocimiento de la dignidad y la libertad personales, aspectos fundamentales para garantizar una integración sostenida en el tiempo y con bases estables en la ley común y en la administración transparente y equitativa del Derecho

⁵²⁶ En principio, salvo excepciones en la Unión Europea, las directivas no tienen aplicabilidad ni efecto directos frente a los particulares. <http://infomadera.net/book/view/15103>, página visitada el 12 de Marzo de 2011.

⁵²⁷ EKMEKDJIAN, op.cit, p.44.

⁵²⁸ ANNE MARIE SLAUGHTER, «International Law and International relations», en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, vol 285, p. 28.

⁵²⁹ Para JOSÉ A. GIRÓN LARRUCEA, «En el contexto de los Tratados Constitutivos, se pueden considerar normas de aplicabilidad directa, (self executing), aquellas que crean derechos y obligaciones respecto de los Estados Miembros como de los particulares en el nivel de las relaciones jurídicas interpersonales. En este sentido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia LUTTIKE de 16 de junio de 1966, considera que este tipo de normas produce efectos inmediatos y genera derechos para los particulares, que las jurisdicciones nacionales deben proteger». JOSÉ A. GIRÓN LARRUCEA, «La Unión Europea, la Comunidad Europea y el Derecho Comunitario», Universidad de Sevilla, Secretaría de Publicaciones, Sevilla, 2002, p. 69.

comunitario por parte de los jueces nacionales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en última instancia.

De esta manera en el caso "Van Gend & Loos", se afirma que *"(...) la Comunidad es un nuevo orden jurídico cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus ciudadanos"*⁵³⁰, (cursivas agregadas) quedando establecido que dicho principio jurisprudencial, no surge de los Tratados, salvo para las decisiones del Consejo⁵³¹, sino de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Continuando con el efecto directo, se reflejó en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una vez más en la causa Simenthal II: *"El efecto directo significa que las reglas del Derecho Comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos, de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante todo su periodo de validez. Por lo tanto estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de los particulares que son parte en las relaciones jurídicas sometidas al Derecho Comunitario. Este efecto incide igualmente en todo juez que conociendo un asunto en el marco de su competencia, tenga por misión como órgano de un Estado miembro, salvaguardar los derechos conferidos a los particulares por el Derecho Comunitario"*⁵³² (cursivas agregadas)

Las personas particulares en este caso tendrían entonces la posibilidad de ser parte de todas las prerrogativas y facultades que dispongan para ellas la Comunidad; son parte activa de ella y pueden demostrarlo cuando alguno de sus derechos se vean restringidos; en estos casos

⁵³⁰Testimonio Comunitario. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2004. p. 59.

⁵³¹ Artículo 189 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

⁵³² GABRIEL ROA BASTOS, *Relaciones internacionales y Estado*, Editorial Porrúa, México, 1999, p.121.

se encuentra para ellos vigente la protección de los jueces nacionales que ya no actúan sólo en representación del Estado parte sino que se vuelven órganos activos internos de la Organización Comunitaria. Con referencia a este principio el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló: *“Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales”*.⁵³³ (cursivas agregadas)

Continuando con la causa Simenthal II, sancionada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se determina que: *“El juez nacional encargado de aplicar, dentro de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicadas, si fuera necesario, por su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, aún posterior sin que tenga que esperar la eliminación previa de dicha norma, sea por la vía legislativa o por la vía constitucionalmente prevista en el orden interno”*⁵³⁴.(cursivas agregadas)

Dicha sentencia señala claramente el papel del juez nacional en el sistema jurídico comunitario el cual puede calificar de inaplicable cualquier disposición nacional que contradiga la norma comunitaria supliendo incluso el papel del legislador nacional puesto que califica evalúa y dictamina una norma previendo la primacía y el efecto directo de la norma comunitaria.

⁵³³ Sentencia N° 2-86 de 15 de julio de 1987. <http://intranet2.unete.com.bo/derechoteca/html/tjca/jurisprudencia.php>. página visitada el 20 de junio de 2011.

⁵³⁴ ROA BASTOS, Ob.cit p.122.

Con relación a los requisitos exigidos para la aplicación del efecto directo, es necesario señalar que las normas comunitarias que se incorporan de forma automática y simple, deberán ser expresadas con la mayor claridad⁵³⁵ posible⁵³⁶, reconociendo los derechos respectivos puntualmente o estableciendo las obligaciones en forma precisa, no se debe olvidar que en Europa la norma comunitaria, rige para varios millones de personas que hablan distintos idiomas y su traducción, debe reflejar de forma fiel lo que la Organización Comunitaria establece para todos los habitantes de los Estados-parte. Ekmekdjian complementa esta atribución comunitaria al señalar lo siguiente:

Para que la aplicabilidad directa tenga lugar, debe haberse cumplido con los requisitos del ordenamiento comunitario para la entrada en vigencia de las normas comunitarias y, además dichas normas deben ser completas y jurídicamente perfectas, precisas, claras e incondicionales, vale decir, es necesario que se basten así mismas, que sean operativas⁵³⁷(cursivas agregadas)

⁵³⁵ Según la página:

http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/1013_es.htm, visitada el 17 de octubre de 2011; en 2005, la Comisión Europea puso en marcha el programa «Legislar mejor», a fin de simplificar la masa legislativa existente y futura, con el objetivo de imprimirle claridad y eficacia. Esta Comunicación pretende evaluar los progresos realizados desde 2005 y las acciones que quedan por llevar a cabo. “Legislar mejor”, es, ante todo, modernizar la legislación vigente, pero también preparar mejor las propuestas y hacer que se aplique la legislación europea. Para ello, la Comisión ha puesto en marcha simplificar la legislación. La Comisión considera que la simplificación constituye una de las principales prioridades de acción de su programa de mejora de la reglamentación. La Comisión ya ha realizado importantes progresos, en particular en el ámbito aduanero y en el ámbito del reciclado de residuos. Además, ha actualizado su estrategia de simplificación del entorno reglamentario, extendiéndola a numerosos ámbitos, como la agricultura, el etiquetado, la pesca y la estadística. No obstante, conviene seguir realizando esfuerzos para simplificar la legislación y facilitar la adopción de propuestas de simplificación. Para ello, la Comisión propone: integrar el programa de simplificación en su programa legislativo; reforzarlo, añadiendo más de cuarenta proyectos adicionales; acelerar el proceso de adopción de medidas propuestas por la Comisión en el ámbito de la simplificación. Asimismo, se anima a los Estados miembros a poner en marcha sus propios programas de simplificación. La Comisión se refiere de manera particular a los textos que resultan de la transposición de una directiva comunitaria, ya que a veces incluyen un exceso de reglamentación que no existía en la legislación comunitaria.

⁵³⁶ El Tribunal de Justicia en la Sentencia Van Gend Loos, indicó que para que el principio de efecto directo sea posible, las obligaciones comunitarias deben ser *precisas, claras, incondicionales y no requerir medidas complementarias*, (cursivas agregadas) tanto de carácter nacional como europeo. Así también, en la sentencia Becker (sentencia de 19 de enero de 1982), el Tribunal de Justicia rechaza el efecto directo en cuanto los Estados poseen un margen de maniobra relativa a la aplicación de la disposición contemplada (sentencia de 12 de diciembre de 1990, Kaefer y Proccaci), por muy mínima que sea. Extraído de:

http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114547_es.htm, en fecha 7 de enero de 2012.

⁵³⁷ EKMEKDJIAN, ob.cit. p.44.

Entonces se infiere que la transparencia y coherencia de las normas comunitarias, son un requisito ineludible que debe ser cumplido en forma sistemática y metódica. En este sentido, brevemente se describen cuales fueron las peculiaridades de los hechos que motivaron la sentencia Van Gend & Loos de 1963⁵³⁸. La empresa de transportes Van Gend & Loos tuvo que pagar, al importar mercancías de la República Federal de Alemania a los Países Bajos, unos aranceles que estimaba contrarios a la norma del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE), que prohibía a los Estados miembros aumentar los derechos de aduana en sus relaciones comerciales mutuas. El recurso presentado, planteaba la cuestión del conflicto entre una normativa nacional y las normas del Tratado de la Comunidad Económica Europea. El Tribunal de Justicia Comunitario se pronunció sobre la misma, a raíz de la petición de decisión prejudicial de un tribunal neerlandés, proclamando la doctrina del efecto directo, que en este caso otorgaba a la empresa de transportes una garantía directa ante el órgano jurisdiccional nacional de sus derechos derivados de la normativa comunitaria⁵³⁹.

En otras palabras, el efecto directo es la aptitud que tiene la norma comunitaria de crear derechos y obligaciones para los habitantes de la comunidad, convirtiéndolos en ciudadanos

⁵³⁸ Si bien el principio de primacía regula la relación entre el Derecho Comunitario y el derecho local, el principio de efecto directo regula el efecto del Derecho Comunitario, esto es, los tratados, la legislación secundaria y los acuerdos internacionales firmados por la Unión Europea. Al igual que el principio de primacía, el efecto directo fue creado y desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming Van Geed En Loos vs Nederlands Administratieve der Belagisten (1962). En tal ocasión, el Gobierno de los Países Bajos impuso nuevos aranceles a cierta línea de productos en contravención con lo establecido por el Tratado de la Comunidad Económica Europea. Van Geed Loos, una compañía alemana que exportaba químicos a ese Estado resultó afectada. El problema jurídico que fue objeto de debate por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea fue entonces ¿pueden los nacionales de un Estado Miembro, teniendo como base el Tratado de la Comunidad Económica Europea, reclamar protección ante una corte de su propia jurisdicción? Uruña, «Derecho de las Organizaciones Internacionales», p. 36.

⁵³⁹ Tomado de: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/. Página visitada el 21 de junio de 2011.

comunitarios tanto en sus interrelaciones particulares como con los Estados miembros y con los órganos de la Comunidad, dentro del ámbito del Derecho Comunitario⁵⁴⁰.

En consecuencia, se puede determinar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, consagró por primera vez el principio de efecto directo en la Sentencia Van Gend & Loos y lo hizo en palabras de FERNÁNDEZ SEGADO⁵⁴¹, *“(...) objetivando al máximo la voluntad de las partes contratantes que pretendieron involucrar, no solo a los respectivos gobiernos, sino también a los ciudadanos, mediante la búsqueda de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos”*. (cursivas agregadas) De esta manera, en su fundamentación, la sentencia recurre al Artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma en 1957, que contempla la “cuestión prejudicial” cuya finalidad es garantizar la unidad de interpretación del tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, lo que confirma que *“(...) los Estados han reconocido al Derecho Comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos”*⁵⁴² (cursivas agregadas)

En la sentencia FRANZ GRAD⁵⁴³, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, extendería la eficacia directa a las decisiones, *“(...) puesto que si bien los efectos de una decisión pueden no ser idénticos a los de un reglamento, esta diferencia no excluye que el resultado final sea el mismo, que el de un reglamento directamente aplicable: la posibilidad de que los justiciables los invoquen ante sus propios órganos jurisdiccionales”*. (cursivas agregadas)

⁵⁴⁰ WALTER KAUNE ARTEAGA, «Manual Introductorio dentro del Contexto del Derecho Comunitario y sus Competencias Responsabilidad Patrimonial de los Países Miembros e Indemnización de Daños». Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2007, p. 10.

⁵⁴¹ FRANCISCO, FERNÁNDEZ SEGADO, «El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo de Derecho común, las transformaciones constitucionales dimanantes de ello» en la Revista de Cuestiones Constitucionales N°13, Editorial Lex, México, 2005, p. 20.

⁵⁴² FERNÁNDEZ SEGADO, ob. cit. p. 23.

⁵⁴³ Sentencia de 6 de octubre de 1970, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El efecto directo reviste dos aspectos: un efecto vertical y un efecto horizontal. El efecto directo vertical interviene en las relaciones entre los particulares y el Estado, lo que significa que los particulares pueden valerse de una norma europea frente al Estado. El efecto directo horizontal interviene en las relaciones entre particulares, lo que significa que un particular puede hacer uso de una norma europea frente a otro particular⁵⁴⁴.

Por su parte en la Sentencia VAN DUYN⁵⁴⁵, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, admitió que las Directivas podían contener preceptos que confirieran a los particulares derechos alegables ante los tribunales de un Estado miembro, que debían tutelar. Explicado en otras palabras, mientras las normas de los tratados y los reglamentos otorgan a los individuos derechos que pueden utilizarse tanto frente al Estado (efecto directo vertical) como frente a los particulares (efecto horizontal directo o efecto directo inter privatos) las Directivas solo tienen efecto directo vertical, tal como manifiesta el Tribunal en el Caso MARSHALL versus SOUTHTAMPTON⁵⁴⁶.

En su jurisprudencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, exigió a las directivas un conjunto de requisitos con el propósito de que la norma comunitaria tuviera tal efecto directo siendo los principales: que las disposiciones desde el punto de vista de su contenido sean incondicionales y suficientemente precisas⁵⁴⁷, que sean claras ⁵⁴⁸ y que sean completas y

⁵⁴⁴ Extraído de la página web:

http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114547_es.htm, página visitada en fecha 7 de enero de 2012.

⁵⁴⁵ Sentencia *del 4 de diciembre de 1974*, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁵⁴⁶ Sentencia de 26 de febrero de 1986, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁵⁴⁷ Sentencia Becker de 19 de enero de 1982, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁵⁴⁸ Sentencia Luck de 4 de abril de 1968, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

jurídicamente perfectas⁵⁴⁹. Por lo que en palabras de FERNÁNDEZ, “(...) parece evidente que la eficacia directa del Derecho Comunitario es la consecuencia inexcusable de su pretensión de uniformidad en todo el ámbito territorial de la Comunidad (Hoy Unión) y de su misma finalidad integradora”⁵⁵⁰. (cursivas agregadas)

Complementariamente, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina entiende por efecto directo, que: “El efecto directo, se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras sus efectos generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales”⁵⁵¹. (cursivas agregadas) En ese mismo orden de ideas y señalando la misma normativa europea, para aplicarla al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, VIGIL TOLEDO, señaló:

El efecto directo está identificado en la célebre sentencia Van Genn En Loss de 5 de febrero de 1963 (26/62) que indica que las disposiciones comunitarias imponen a los Estados miembros una obligación precisa que no requieren la adopción de ninguna otra medida por parte de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados Miembros y que no deja ninguna facultad de apreciación en relación con su ejecución y en consecuencia faculta a que los particulares invoquen ante los tribunales nacionales los derechos que les confieren las normas comunitarias, sin ningún elemento complementario de derecho interno y en donde se concluye que el Derecho Comunitario es un ordenamiento cuyos sujetos no son solamente los Estados, sino también los particulares⁵⁵²

Es decir el efecto directo se asume característico del Derecho Comunitario por el que se acercan las obligaciones del Derecho Comunitario al ciudadano común, generando como se

⁵⁴⁹ Sentencia Molkerey Zentrale de 3 de abril de 1968, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁵⁵⁰ FERNÁNDEZ, p 34

⁵⁵¹ Proceso 2-AI-86, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 21 de 15 de julio de 1987.

⁵⁵² RICARDO VIGIL TOLEDO «La Cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La Consulta Prejudicial» en «Testimonio Comunitario». Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2007, p. 10.

analizó en párrafos precedentes, acciones concretas por parte de la Comunidad para la defensa de los derechos ciudadanos ante el incumplimiento del Derecho Comunitario. Así también es importante destacar que para que exista un principio de efecto directo, previamente el ciudadano debe conocer cuál es la normativa comunitaria que podría invocar a la hora de hacer respetar sus derechos comunitarios, hecho que como se verá más adelante, se da en menor medida en la Comunidad Andina, dada la escasa participación de los países y de los particulares en la aplicación de la Interpretación Prejudicial.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea introdujo por primera vez en 1964, en el caso 6-64 Flaminio Costa v ENEL, el principio de la primacía⁵⁵³ absoluta e incondicional del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno de los Estados miembros. Comenzaba señalando el Tribunal que, *“En contraste con cualquier tratado internacional, el Tratado de la Comunidad Económica Europea creó un nuevo sistema jurídico que fue parte integral del sistema jurídico de cada uno de los Estados Miembros y que las diferentes cortes deben aplicar, creando una Comunidad sin tiempo de duración específica, la cual cuenta con sus propias instituciones, su propia personalidad, su propia capacidad legal y capacidad de representación en el ámbito internacional, muy particularmente poderes reales de delimitación de la soberanía de los Estados Miembros o transferencia de los poderes de los Estados miembros a la comunidad; los Estados*

⁵⁵³ Según el Diario Oficial de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010, con el título de «Declaraciones al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental del Tratado de Lisboa» de 13 de diciembre de 2007, en cuanto a la Primacía del Derecho Comunitario señaló: *«Declaración relativa a la primacía. La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260): Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007. Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64 (se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad.) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia.»* (cursivas agregadas)

miembros limitaron sus propios derechos soberanos y crearon un cuerpo de leyes que une tanto a sus nacionales como a ellos mismos (...).(cursivas agregadas) Y a continuación, formuló el principio de primacía en los siguientes términos: *“Las obligaciones contraídas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad, no serían absolutas sino solamente condicionales, si las partes signatarias pudieran eludirlas mediante actos legislativos posteriores. La primacía del Derecho Comunitario está confirmada por el Artículo 189. Esta disposición carecería de alcance, si un Estado pudiera unilateralmente anular sus efectos mediante un acto legislativo que prevaleciese sobre los actos comunitarios”*.⁵⁵⁴

Si bien en la actualidad, esta competencia se encuentra definida, en su momento el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fue revolucionario⁵⁵⁵. En efecto el principio de primacía implicó:

- a) Que la leyes nacionales de cada uno de los Estados miembros, se encuentran subordinadas a las medidas comunitarias adoptadas.
- b) Que los tribunales y Cortes nacionales deberán aplicar en primera medida las medidas comunitarias.
- c) Que los tribunales y Cortes nacionales deberán abstenerse de aplicar las medidas nacionales si se encuentran en oposición a las medidas comunitarias o si impiden su aplicación⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ EKMEKDJIAN, op.cit., p.54.

⁵⁵⁵ URUEÑA, «Derecho de las Organizaciones Internacionales», p 35.

Asimismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señaló la primacía del Derecho Comunitario en el caso "*Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*" donde señaló:

El tratado de Roma es más que un Acuerdo que crea obligaciones recíprocas entre las partes pues la comunidad constituye un ordenamiento jurídico de un nuevo género, en virtud del cual los Estados han renunciado, en sectores limitados a su poder soberano; por lo demás, ese ordenamiento reconoce como sujetos no sólo a los Estados miembros, sino también a sus ciudadanos.⁵⁵⁷

Con este fallo se puede confirmar la integración que se ha ido dando con las normas comunitarias a la legislación interna de un Estado, adquiriendo la supremacía total y absoluta sobre toda la legislación interna. El fallo "Costa c. Enel " de 15 de julio de 1964, también fue utilizado como referencia por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

(...) al derecho nacido del Tratado en razón de su naturaleza específica original, no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la comunidad.⁵⁵⁸

Así, la primacía⁵⁵⁹ del Derecho Comunitario, significa, que sus normas tienen preferencia sobre las del Derecho nacional, de modo tal que, en caso de colisión o conflicto entre unas y

⁵⁵⁶ Caso 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato vs Simmenthal. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, determinó que no es necesario que un Tribunal o Corte invalide o anule una medida nacional en aras de aplicar una medida de la Comunidad. La medida nacional puede quedar incólume en el sistema jurídico nacional y ser aplicada a casos en los cuales el Derecho Comunitario no sea aplicable.

⁵⁵⁷ CALOGERO PIZZOLO, "*Pensar el Mercosur*", Ediar, Buenos Aires, 1999, p.66

⁵⁵⁸ Sentencia N° 3- AI-89 de 12 de octubre de 1993 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. <http://intranet2.unete.com.bo/derechoteca/html/tjca/jurisprudencia.php>. Página visitada el 12 de octubre de 2011.

⁵⁵⁹ Esta primacía, como lo señala la jurisprudencia antes citada se basa fundamentalmente en los objetivos fundacionales de la Unión Europea, según la página web: http://europa.eu/scadplus/constitution/objectives_es.htm, visitada el 16 de octubre de 2011, los siguientes: *Libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales en la Unión (las famosas «cuatro libertades»* (cursivas agregadas), prohibir estrictamente toda discriminación por razón de nacionalidad. Por lo que se refiere a las relaciones entre la Unión y los Estados Miembros, el Tratado Constitucional agrupa las disposiciones pertinentes de los actuales tratados en el Artículo 1-5, concretamente el respeto de la identidad nacional y de las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros. El principio de cooperación legal también está integrado en este Artículo. El Artículo 1-6 del Tratado Constitucional versa sobre el Derecho de la Unión y define el principio de la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho de los Estados miembros. Este principio, elaborado por el Tribunal de Justicia a lo largo de su

otras, han de prevalecer las normas comunitarias, cualquiera que fuere el rango de las normas internas y con independencia de que hayan sido aprobadas con posterioridad, es decir, al margen de cualquier criterio de rango temporal.

Se puede inferir que la primacía del Derecho Comunitario se relaciona de modo inmediato con su propio efecto directo; es obvio que éste quedaría seriamente afectado si las normas comunitarias pudiesen verse desplazadas por otras de derecho interno contrarias a aquéllas. Continuando con la Sentencia Flaminio Costa de 1964, el Tribunal Comunitario Europeo vino a establecer este principio con base en dos argumentos incontestables: *“a) Que al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica y de poderes reales derivados de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía en materias específicas, no pudiendo prevalecer contra tal limitación un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad, y b) Que la fuerza vinculante del Derecho Comunitario no puede variar de un Estado a otro, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado y sin causar una discriminación contraria al mismo”*⁵⁶⁰. (cursivas agregadas)

En virtud del principio de primacía, como dijera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Caso Simmenthal⁵⁶¹: *“Las disposiciones del tratado y los actos de las*

jurisprudencia, se reconoce desde hace tiempo como un principio básico y un eslabón central del funcionamiento de la Unión. La Constitución lo hace simplemente más perceptible al asignarle un lugar destacado en el Tratado. El artículo I-7 dota a la Unión Europea de personalidad jurídica. Al fusionar la Comunidad Europea con la Unión Europea, la nueva Unión tendrá, por lo tanto, el derecho de celebrar acuerdos internacionales, como la Comunidad Europea actual, sin poner en tela de juicio la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros.

⁵⁶⁰ PESCATORE, Pierre, "Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, GIL CARLOS y LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Editorial Civitas, 1993, p.23.

⁵⁶¹ Sentencia de 9 de marzo de 1978, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

instituciones directamente aplicables tienen por efecto en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias". (cursivas agregadas)

En otras palabras, la evolución de la jurisprudencia, derivada de la Interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contribuye a la creación de un espacio jurídico para los ciudadanos mediante la protección de los derechos que la normativa del proceso de integración europeo reconoce en los distintos aspectos de la vida cotidiana⁵⁶². De esta manera, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la primacía del Derecho Comunitario tiene como destinatarios primigenios a los jueces nacionales. Esto, sin embargo, no se hará patente en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sino hasta la segunda sentencia dictada en el Caso Simmenthal, en marzo de 1978⁵⁶³.

Es necesario destacar, que ya se establece la necesidad de independencia y reconocimiento que se le debe asignar al Derecho Comunitario, tomando en cuenta su naturaleza distinta de los demás ordenamientos jurídicos tanto del orden nacional como internacional. Es así que el Derecho Comunitario debe ser considerado como una disciplina jurídica que regula la forma en que los Estados miembros se integran a la organización comunitaria, estableciendo dentro de ésta y para los integrantes una autonomía y primacía que no deberían cuestionarse para evitar susceptibilidades entre sus componentes.

⁵⁶² JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, "Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional". Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 54, abril-junio de 1987.

⁵⁶³ ANA CARMONA CONTRERAS, "El Poder Judicial europeo: renovación *versus* continuidad", en GÓMEZ CORONA, Esperanza *et al.* (coords.), *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, Cizur-Menor, Navarra, Aranzadi, 2004.

En "Simmenthal", el Tribunal enérgicamente afirmó que el juez nacional tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de las normas comunitarias, "*(...) dejando inaplicable toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea anterior o posterior a la regla comunitaria*". (cursivas agregadas) Incluso, el Tribunal afirmó la obligación de los Estados Miembros de derogar las normas incompatibles con el Derecho Comunitario, aún cuando la aplicación directa de la norma comunitaria no esté supeditada a tal derogación⁵⁶⁴.

La importancia del anterior fallo es determinante para establecer hasta qué punto una norma interna puede ejercer su poder sin entrar en conflicto con una norma comunitaria; esto significa que los ordenamientos internos tienen que tener compatibilidad con el orden comunitario, deben adecuarse a él, en reconocimiento a la primacía que plantea el Derecho Comunitario.

Esta idea de primacía comunitaria implica también la igualdad para todos los Estados Miembros, por lo que ninguno puede hacer prevalecer sus disposiciones internas en detrimento de los que sí aceptaron ser parte del organismo comunitario.

De esta manera prevalece la primacía de las normas comunitarias frente a las Constituciones de los Estados Miembros⁵⁶⁵ en estos términos: "*(...) la invocación de atentados contra los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado Miembro (...) no podrán afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto directo sobre el territorio de ese Estado*"⁵⁶⁶.(cursivas agregadas) Es decir que las normas comunitarias,

⁵⁶⁴ Asunto 165/85, "Comisión c/ Italia".

⁵⁶⁵ CARLOS MOLINA DEL POZO, «Procedimiento y Recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea». Editorial Revista del Derecho Privado. Madrid, 1987. Pág. 110.

⁵⁶⁶ Casos "Handelsgesellschaft" del 17 de diciembre de 1970 y "Leonsio" del 17 de mayo de 1972.

en un principio, no se encuentran sujetas a un control de constitucionalidad por parte de los Estados Miembros de la Unión Europea⁵⁶⁷.

HESSE, se refiere a dicha primacía de la siguiente manera:

Esta primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno de los Estados miembros es incondicional y absoluta. Se funda en la particularidad y originalidad del Derecho Comunitario como ordenamiento jurídico autónomo. La misma es indispensable, ya que como expresa el Tribunal de Justicia, si mediante medidas unilaterales posteriores, los Estados miembros pudieran poner en tela de juicio una norma comunitaria, se pondría en peligro la existencia misma de la Comunidad, menoscabando la confianza mutua⁵⁶⁸.

En definitiva, ningún Estado podrá alegar dificultades internas o disposiciones de su ordenamiento jurídico nacional, incluso constitucional, para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos resultantes de una norma comunitaria. (cursivas agregadas) El recurso a disposiciones, aún constitucionales, del orden jurídico interno para limitar el alcance de las normas del Derecho Comunitario no podría admitirse porque afectaría a la unidad y a la eficacia de este Derecho ya que la primacía es una característica propia y esencial del Derecho Comunitario y en tal sentido es una “regla fundamental para la existencia de la Comunidad⁵⁶⁹”.

Complementariamente este principio ha sido incorporado en el Artículo I-6 del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 pero que no entró en vigor, en estos términos: “La Constitución y el Derecho adoptado por

⁵⁶⁷ No obstante, a nivel interno los Tribunales Constitucionales de la Unión Europea han discutido esta aseveración, como tendremos la oportunidad de ver en el siguiente epígrafe.

⁵⁶⁸ HESSE KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 89.

⁵⁶⁹ ALAN DASHWOOD y AUGUS JONSTON. *The Future of the Judicial System of the European Union*, Centre for European Legal Studies, University of Cambridge. Oxford and Portland, Oregon USA. 2002, p 90.

las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros⁵⁷⁰.

En otras palabras, LUDUEÑA, con relación a este principio, enfatiza que: *“En definitiva en los asuntos bajo el ámbito de competencia del Derecho Comunitario, en la cúspide de la pirámide de cada uno de los Estados miembros, ya no se encuentra la Constitución sino el Derecho Comunitario”*⁵⁷¹ (cursivas agregadas)

Como se analizó precedentemente, por el principio de la Primacía del Derecho Comunitario Europeo, se debe considerar, que un juez europeo ante una norma nacional contraria a la comunitaria se vea obligado a considerar la primacía⁵⁷² del Derecho Comunitario frente a la supremacía constitucional⁵⁷³. Frente a esta dicotomía Derecho Comunitario- Derecho

⁵⁷⁰ <http://www.eumed.net/libros/2010a/631/APROXIMACION%20AL%20DERECHO%20DE%20LA%20INTEGRACION.htm>. Página visitada el 12 de noviembre de 2011.

⁵⁷¹ URUEÑA, «Derecho de las Organizaciones Internacionales», p 36.

⁵⁷² Según BAÑO DE LEÓN: “El Tribunal Constitucional, en fecha 13 de Diciembre de 2004, emitió una Declaración concluyendo que no existía contradicción entre la Constitución española y la legislación europea, considerando suficiente el Artículo 93 de la Constitución española y estableciendo, como consecuencia, que no era necesaria la reforma constitucional española. La citada Declaración es muy descriptiva en su conclusión básica: *la primacía de la Constitución europea no afecta a la supremacía de la Constitución española*. El origen de esta idea se encuentra en la famosa teoría del ordenamiento jurídico de SANTI ROMANO, según la cual, en un mismo Estado, confluyen una pluralidad de ordenamientos jurídicos que se interrelacionan entre sí en base a los principios de competencia, preclusión, supletoriedad, prevalencia y el de primacía de un ordenamiento sobre otro. Este último implica la aplicación preferente de un ordenamiento y la consecuente inaplicación del otro, mediante la *técnica del desplazamiento*. Efectivamente, el ámbito cuya regulación corresponde al derecho comunitario, no puede verse afectado por el derecho aprobado por los Estados miembros, ya que constituye un ámbito de competencias reservado a las comunidades europeas. Por tanto, las relaciones entre uno y otro ordenamiento se concretan en el plano de la determinación de la norma aplicable mediante la referida técnica de desplazamiento (ya la propia sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de Marzo de 1978, caso Simmenthal, decía que los tratados reconocían a la Unión Europea la capacidad de poder crear su propio ordenamiento, que se imponía al de los Estados Miembros de la Unión). BAÑO LEÓN: “La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas”, Revista de Administración Pública n° 151, enero/abril 2001, pág. 12.

⁵⁷³ La Declaración señalada ut supra, explica que “primacía” y “supremacía” son categorías que se desenvuelven en órganos diferenciados. *La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y es fuente de validez de las que están por debajo, que son inválidas si contradicen lo dispuesto en la primera. Sin embargo, la primacía no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la capacidad de una norma de desplazar a la otra también válida, en virtud de su aplicación preferente.* (cursivas agregadas) La supremacía, prosigue el Tribunal Constitucional, implica primacía, salvo que la norma suprema haya previsto en algún ámbito su inaplicación, siendo éste el caso de la Constitución española, en su Artículo 93. La Declaración, dice textualmente *“(…) en suma, la*

Nacional, los tribunales constitucionales europeos han tratado de establecer límites a los alcances absolutos del principio de primacía del Derecho Comunitario, en defensa de las Constituciones Nacionales⁵⁷⁴.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España ha reconocido, en su Sentencia 45/1996, del 25 de marzo de 1996, el principio de primacía del Derecho comunitario europeo, pero con precisiones⁵⁷⁵, al señalar:

(...) la integración consiguiente del Derecho Comunitario en el nuestro, impone límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el Artículo. 93 del Tratado de la Comunidad Económica Europea posibilita, presenta a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (Artículo. 10.1 del Tratado de la Comunidad Económica Europea

Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud del Artículo 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio". Incluso el propio Tribunal, recuerda su jurisprudencia acerca de la primacía del Derecho Comunitario europeo desde el mismo momento de la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea (Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 28/1991, de 14 de Febrero). BAÑO LEÓN: "La influencia del Derecho (...)", p. 23.

⁵⁷⁴ Practicamente, todos los Estados constitucionales, miembros del sistema de integración europeo, prevén en sus respectivas Normas Fundamentales, una disposición habilitadora que legitima la recepción del Derecho Comunitario europeo. Citamos algunos ejemplos concretos muy indicativos, para, posteriormente, describir un panorama general esquemático de las diferentes alternativas adoptadas en el Derecho comparado.

Art. 23 Constitución Alemana 1949: *"Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea(...). A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere, la aprobación del Bundesrat(...)."*

Art. 80 Constitución Italiana 1947: *"Las Cámaras autorizarán mediante ley la ratificación de los tratados internacionales que sean de naturaleza política o prevean arbitrajes o decisiones judiciales o lleven aparejadas modificaciones en el territorio o gravámenes para la Hacienda o modificación de las leyes".*

Art. 54 Constitución Francesa 1958: *"Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos asambleas o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional, sólo podrá otorgarse previa revisión de la Constitución."*

Art. 164 Constitución Portugal 1976: *"Competen a la asamblea de la República: j) aprobar los tratados que versen sobre materias de su exclusiva competencia legislativa, los tratados de participación de Portugal en organizaciones internacionales (...)."*

⁵⁷⁵ S.CORROCHANO JEREZ, "Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1996, de 25 de marzo, y la incidencia del Derecho Comunitario", Poder Judicial n.º. 41-42, 1996, Madrid, págs. 510-522.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional español afirmó que: *“Sobre la base de esas garantías debe destacarse además que la primacía que para el Tratado y su Derecho derivado se establece en el cuestionado art. I-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión”*⁵⁷⁶. (cursivas agregadas)

Y por último dicho Tribunal español señaló:

En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros.⁵⁷⁷

De lo anteriormente expuesto, se puede señalar que el principio de primacía, ha sido cuestionado desde el Derecho constitucional. En teoría, cualquier Estado miembro, siguiendo este principio, debería adaptar, en caso de ser necesario, su Constitución a las exigencias comunitarias antes de la integración en el proceso⁵⁷⁸ Esta previsión inicial no toma en cuenta la

⁵⁷⁶ S. MUÑOZ MACHADO, “Los principios de articulación de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva”, en libro: «El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea», Civitas, Madrid, Tomo II, 1986, pp. 115 y ss. También R. ALONSO GARCIA, «El Juez español y el Derecho Comunitario», CGPJ, Madrid, 2003.

⁵⁷⁷ MORENO MOLINA, «Contratos públicos: Derecho Comunitario y Derecho español», Mac Graw Hill, Madrid, 1996, p. 148.

⁵⁷⁸ Así parecen entenderlo A.MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, op.cit., p. 429, amparados, entre otros argumentos, en la propia sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto Costa c. ENEL de 15 de julio de 1964, donde se afirma la primacía del Derecho Comunitario, respecto de cualquier texto interno. En jurisprudencia posterior el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido idéntica posición. No obstante, a juicio de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y U.WOELKER, en «Derecho Comunitario, Derechos Fundamentales y Control de Constitucionalidad. La decisión del Tribunal Constitucional federal alemán de 22 de octubre de 1986», R.I.E., 1987-3, pp. 667-681, «(...) éste es un conflicto hipotético que no llega a consumarse puesto que el Derecho

existencia práctica de problemas que a posteriori se presenten entre alguna de las Constituciones estatales y las normas de Derecho Comunitario, ya sea por una ausencia de adecuada reforma a priori de la Constitución, o por el nacimiento de un problema que en el momento de la adhesión al proceso de integración no podría producirse dado el grado de evolución de éste. En este sentido, afirmar la absoluta primacía del Derecho Comunitario⁵⁷⁹, y la necesidad de proceder a una reforma constitucional que garantice un adecuado cumplimiento de los objetivos comunitarios⁵⁸⁰, se ha visto incumplida en la práctica.

En los supuestos donde, hasta el momento, los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros han tenido que pronunciarse ante estas cuestiones, la respuesta ha sido clara: la primacía comunitaria queda en manos, para su ejercicio práctico, de los tribunales nacionales, que no siempre admitirán un poder absoluto del mencionado principio⁵⁸¹. De este modo, podemos apreciar el complejo equilibrio en un espacio integrado consolidado, como el de la Unión Europea, entre el Derecho Comunitario y los derechos estatales.

Comunitario asume como propio los principios constitucionales comunes a los Estados miembros». (cursivas agregadas)

⁵⁷⁹ Confirmada en vía jurisprudencial por numerosas sentencias como indica G.C.RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Tribunales constitucionales y Derecho comunitario», Hacia un nuevo orden internacional y europeo (Homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco), Madrid, 1993, pp. 1175-1200, p. 1176.

⁵⁸⁰ Es posición común en la doctrina, pero puede realizarse un examen más detallado en A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, op. cit, pp. 429-430 y R. ALONSO GARCÍA, ob. cit, pp. 630-664. En definitiva, el problema se reduce a las fricciones con los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones de los Estados miembros y no con la totalidad de éstas, según indica, entre otros, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, ob. cit, p. 1200. 478.

⁵⁸¹ Conocido es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, consecuencia del nuevo volumen de competencias de la Comunidad Económica Europea, resultante del Tratado de Maastricht, según el cual la interpretación extensiva del Artículo 235 del Tratado de Creación de la Comunidad Económica Europea no podrá continuar. Caso de no ser tenida en cuenta esta decisión el Tribunal alemán advierte que Alemania no se considerará obligada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Vid. el texto de la sentencia en R.I.E. 1993-3, pp. 975-977. De ahí que existan proyectos docentes y de investigación que muestran la interdependencia entre Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea, como el de J. DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Proyecto docente para la plaza de catedrático de Universidad del área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, presentado en Madrid, 1997.

CAPITULO III

PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN LA COMUNIDAD ANDINA

1 El pretendido principio del juez nacional como juez comunitario y sus efectos sobre el ordenamiento jurisdiccional nacional

1.1 En la Unión Europea

Sería en la referida Sentencia del Caso Simmenthal⁵⁸², donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, iba a extraer de la combinación del principio de primacía y del efecto directo, unas consecuencias que, como dice RUIZ JARABO⁵⁸³, van mucho más lejos que las que resultarían tan sólo del análisis de esos dos principios; en efecto, tras la Sentencia SIMMENTHAL, las normas comunitarias reciben *ipso iure el estatuto de derecho positivo en el orden jurídico interno de los países miembros*. (cursivas agregadas) En razón de su superioridad en la jerarquía normativa, deben ser aplicadas por el juez nacional, no obstante la existencia de cualquier otra norma interna contraria. De lo señalado se puede establecer que así como los jueces nacionales protegen y resguardan los derechos de los particulares, también se constituyen en los protectores del Ordenamiento Jurídico Comunitario⁵⁸⁴ y tienen toda la potestad de sancionar previo proceso toda violación e incumplimiento a las obligaciones que se imponen a los mencionados particulares del Estado parte. Lo dicho es una consecuencia lógica de la Integración europea: el que los jueces nacionales se integren al ordenamiento comunitario

⁵⁸² Para VALLE: «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la primacía del Derecho Comunitario tiene como destinatarios primigenios a los jueces nacionales. Esto, sin embargo, no se hará patente en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sino hasta la segunda sentencia dictada en el Caso Simmenthal, en marzo de 1978». (cursivas agregadas) VALLE GÁLVEZ, A., "El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, núm. 2, p. 78.

⁵⁸³ RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Fundación Universidad Empresa-Editorial Civitas, 1993, p. 67.

⁵⁸⁴ Según la Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2011/C 160/01), de 28 de mayo de 2011, «(...) el procedimiento prejudicial se basa en la colaboración entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales (...)» (cursivas agregadas)

y apliquen las disposiciones de la Comunidad es una forma de manifestar que la Integración no es una estructura intocable o todopoderosa que sólo está entre las más altas esferas a nivel de Estados⁵⁸⁵, sino que es una realidad que toca al ciudadano común, que lo hace partícipe del proceso comunitario, dándole la posibilidad de acudir a su juez nacional⁵⁸⁶ para reclamar el efectivo cumplimiento de los derechos que se le otorgan como miembro activo de la Comunidad. En este sentido, la integración que plantea el Derecho Comunitario, supone la mutua convivencia de las normas comunitarias junto a las normas nacionales, las cuales, según se expuso precedentemente, son administradas por los jueces nacionales que se constituyen en una parte trascendental de la justicia comunitaria. PIZZOLO plantea al respecto lo siguiente:

En este rumbo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es el Superior Tribunal de Justicia de alzada final de todos los jueces nacionales, que ejerce el control de constitucionalidad y unifica la jurisprudencia interpretativa de las normas comunitarias por vía de distintos recursos y acciones. Así en el caso "Foglia c. Novello" este tribunal expresó: El Artículo 177 se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional y el juez comunitario, en el interés de la correcta aplicación y de la interpretación uniforme del Derecho Comunitario en conjunto de los Estados miembros. De acuerdo con el sistema del Artículo 177, compete al juez nacional valorar la necesidad de obtener la solución de las cuestiones interpretativas planteadas⁵⁸⁷.

El juez nacional es entonces un eslabón de la organización comunitaria donde el máximo tribunal encargado de administrar justicia y sentar jurisprudencia es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que dicho Tribunal es competente para conocer de litigios en los que pueden ser parte los Estados miembros, las instituciones comunitarias, las empresas y los particulares.

⁵⁸⁵ El Referido Diario Oficial de la Comunidad Europea, enfatiza: «*Considerando que el Derecho Comunitario no debe percibirse como un ámbito exclusivo de un cuerpo de especialistas de élite y que las oportunidades de formación en este campo no deben quedar reservadas a los jueces de los tribunales superiores sino hacerse extensivas a los jueces a todos los niveles del sistema judicial*». (cursivas agregadas).

⁵⁸⁶ Dicho Diario Oficial también esclarece que «(...) en un ordenamiento jurídico comunitario con descentralización y madurez, los jueces nacionales no deberían ser marginados sino, por el contrario, recibir más responsabilidades y ser alentados en su papel de primeros jueces del Derecho comunitario; por ello se insta a la consideración de un sistema de «luz verde» en el que los jueces nacionales incluirían sus propuestas de respuesta a las cuestiones que remiten al Tribunal de Justicia, el cual podría decidir entonces, dentro de un determinado plazo, si acepta la resolución propuesta o dicta él mismo sentencia a modo de tribunal de apelación». (cursivas agregadas)

⁵⁸⁷ MICHELE VERDROSS, «*Droit international public et droit interne. Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques*», citado por Humberto Nogueira Alcalá. en "Las Constituciones Latinoamericanas, los Tratados Internacionales y los Derechos Humanos" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Edición 2000, p. 166.

En este sentido, según la Resolución C 298 E/27 del Parlamento Europeo de 10 de agosto de 2010, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 12 de marzo de 2009, se pueden encontrar los siguientes inconvenientes en el acceso y conocimiento que implica el principio del juez nacional como juez comunitario:

—las disparidades significativas en el conocimiento del Derecho Comunitario por parte de los jueces nacionales en el conjunto de la Unión Europea, siendo a veces muy limitada la sensibilización a ese respecto,

—la urgente necesidad de mejorar en general los conocimientos de lenguas extranjeras de los jueces nacionales,

—las dificultades que encuentran los jueces nacionales para acceder a información específica y actualizada sobre el Derecho Comunitario,

—la necesidad de mejorar e intensificar la formación inicial y continua de los jueces nacionales en materia de Derecho comunitario,

—una relativa falta de familiaridad de los jueces con respecto al procedimiento prejudicial, y la necesidad de intensificar el diálogo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia,

—el hecho de que muchos jueces tienen la impresión de que el Derecho comunitario es excesivamente complejo y opaco,

—la necesidad de velar por que el Derecho comunitario se preste a una mejor aplicación por parte de los jueces nacionales

Dicha publicación señaló además: que: *“(…) ningún punto de la presente Resolución debe verse como un elemento que afecte a la independencia de los jueces y de los ordenamientos jurídicos nacionales, de conformidad con la Recomendación no R(94)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la Carta Europea de 1998”*⁵⁸⁸ (cursivas agregadas). En consecuencia, los jueces nacionales tienen el carácter de jueces nacionales y jueces comunitarios⁵⁸⁹. Así lo dispuso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través del caso SIMMENTHAL⁵⁹⁰, señalado líneas arriba.

En otras palabras, el primer guardián encargado de velar por la primacía, legalidad y vigencia del Derecho Comunitario europeo en los países miembros, es el juez nacional. Esta afirmación es de vital importancia, puesto que, por ejemplo, las teorías interpretativas que se plantean para la Interpretación prejudicial, como la doctrina del acto claro y aclarado, están directamente relacionadas con la posibilidad de otorgar al juez nacional la discrecionalidad necesaria para la aplicación y vigilancia de la primacía del Derecho Comunitario.

Dicha doble faceta de los jueces nacionales y al mismo tiempo jueces comunitarios, *“(…) se explica de la siguiente manera como solución a posibles conflictos de competencia por la asignación y tareas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”* (cursivas agregadas):

⁵⁸⁸ Diario Oficial de la Unión Europea de Miércoles 9 de junio de 2008.

⁵⁸⁹ *“Ya en sus primeras sentencias, el Tribunal de Justicia puso de relieve, de modo implícito al menos, cuál debía ser la función del juez nacional como juez comunitario al subrayar que las autoridades internas venían obligadas a proteger los derechos engendrados por el ordenamiento comunitario en favor de los ciudadanos”*. (cursivas agregadas) FERNANDEZ SEGADO. Ob cit. p 56.

⁵⁹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Simmental, N° 106/77, 9 de marzo de 1978. <http://intranet2.unete.com.bo/derechoteca/html/tjca/jurisprudencia.php>. Página visitada el 10 de mayo de 2011.

Aunque el Tribunal de Justicia es la única jurisdicción comunitaria, no es el único juez que aplica el Derecho Comunitario. En una singular solución los tratados en lugar de crear un complejo orden de tribunales propios, necesariamente implantando a lo largo y ancho del territorio de las comunidades, lo que daría como resultado una organización difícil y dispendiosa y de dudosa eficacia por los conflictos jurídicos con los tribunales nacionales, ha convertido en tribunales comunitarios a todos y cada uno de los jueces y tribunales de los Estados miembros, consiguientemente en un sentido amplio puede sostenerse que el poder judicial de la Europa Comunitaria reside en todos los órganos que integran ambos niveles, tribunal, judicial y los jueces nacionales⁵⁹¹

Sobre la vinculación entre el juez comunitario y el juez nacional HORSTPETER

KREPEL⁵⁹² explica el asunto en los siguientes términos:

¿Qué sucederá si colisionan el Derecho comunitario y el Derecho nacional? Estas cuestiones no vienen reguladas explícitamente en el Tratado. Ahora bien, ¿qué quedaría de la Unión Europea si la norma comunitaria no precediera a la norma nacional? NADA! En este contexto, la principal contribución del Tribunal de Justicia ha sido su jurisprudencia, que define las dos reglas esenciales sobre las que se basa la Comunidad de Derecho que es la Unión Europea: La aplicación directa del derecho comunitario en los Estados miembros, y la primacía de la norma comunitaria sobre la norma nacional. Gracias a esta jurisprudencia, cuyos principales jalones son las sentencias en el asunto 26/62 Van Gend en Loos, en el asunto 6/64 Costa/ENEL y en el asunto 106/77 Simmenthal, los ciudadanos europeos pueden invocar ante sus jueces las disposiciones de los Tratados, reglamentos y directivas comunitarias, y solicitar que no se les aplique una ley nacional si es contraria a la legislación comunitaria. (*cursivas agredidas*) Así, toda norma nacional (incluidos los convenios colectivos) contraria a las disposiciones comunitarias es inaplicable de pleno derecho.

En definitiva, en la Unión Europea la aplicación directa y la primacía del Derecho Comunitario implican un carácter garantista de vigencia y uniformidad por sobre las disposiciones locales; además de que implica el dotar de una nueva naturaleza al ciudadano de un Estado miembro, puesto que lo convierte en un ciudadano comunitario sujeto a esa legislación comunitaria antes que a la de su país de pertenencia. En otras palabras, dicho carácter garantista lo otorga la doble faceta: juez nacional- juez comunitario.

⁵⁹¹ MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN, *Derecho Comunitario*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1996, p.76

⁵⁹² Juez del Tribunal Laboral de Frankfurt/Main, "El Planteamiento de la Cuestión Prejudicial Los Problemas Sustantivos y Procesales". Ponencia para el Seminario "De las Directivas 2000/43 y 2000/78 a las Leyes 51/03 y 62/03" organizado por "Jueces para la Democracia" en colaboración con el IMSERSO. Madrid, 3 y 4 de junio de 2004.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señaló la obligación de los jueces nacionales de inaplicar la normativa nacional cuando ésta contravenga disposiciones comunitarias. Así, la causa Simenthal II determinó que:

El juez nacional encargado de aplicar, dentro de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicadas, si fuera necesario, por su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, aún posterior sin que tenga que esperar la eliminación previa de dicha norma, sea por la vía legislativa o por la vía constitucionalmente prevista en el orden interno⁵⁹³.

Conviene realizar una síntesis de dicha sentencia y de los hechos principales que la motivaron. Desde 1973, la sociedad italiana comercial SIMMENTHAL importaba carne bovina de Francia, pagando unos derechos de inspección sanitaria que la administración italiana le exigía en virtud de una Ley de 1934, modificada en 1970. La sociedad recurrió ante el *Pretore* de Susa, al entender que no estaba obligada al pago de tales derechos por cuanto los mismos suponían un obstáculo a la libre circulación de mercancías⁵⁹⁴, contrario al Derecho Comunitario.

La cuestión prejudicial planteada ante el *Pretore de Susa* dio lugar a la Sentencia de 15 de diciembre de 1976, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que los derechos de inspección sanitaria percibidos en la frontera por la administración italiana eran medidas equivalentes a "(...) *restricciones cuantitativas a la importación*" (cursivas agregadas), prohibidas por el Artículo 30 del Tratado de Roma. Como consecuencia, el *Pretore* dictó una

⁵⁹³ ROA BASTOS.ob.cit, p.122.

⁵⁹⁴ Se hace hincapié en este principio de la integración europea, puesto que la Interpretación prejudicial como recurso integrante de otros mecanismos jurídicos y de toda una estructura de integración andina, ha querido emular a la integración europea, como ejemplo de integración a seguir en una suerte de clonación de un Derecho europeo, que ha surgido en una región con distintas características y supliendo necesidades diferentes (de mercado, jurídicas y sociales) a las de la región andina.

resolución conminatoria ordenando al Estado italiano que reembolsara los derechos indebidamente percibidos, más los intereses.

El Estado italiano se opuso, y a la vista de los argumentos aducidos por las partes en el curso del procedimiento que siguió a dicha oposición, el *Pretore* constató la existencia de una contradicción entre determinadas normas comunitarias y una ley nacional posterior, la Ley N°. 1239-1970. Y aunque en ese momento una reiterada jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* se inclinaba por una solución de tales problemas, basada, con apoyo en el artículo 11 de la Constitución Italiana, en el planteamiento ante la propia *Corte Costituzionale* de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley controvertida, el *Pretore* optó por plantear una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo.

La respuesta del Tribunal de Justicia, en su segunda sentencia del Caso Simmenthal, fue rotunda e inequívoca:

El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional⁵⁹⁵

Resulta necesaria la reflexión, que parte del comentario que hace URIBE RESTREPO⁵⁹⁶:

La solución jurisdiccional a cargo de un tribunal independiente y permanente, indispensable para que pueda hablarse de un verdadero ordenamiento jurídico solo existe en la Comunidad Económica Europea y, a ejemplo suyo en el Pacto Andino. (*cursivas agregadas*)

⁵⁹⁵ DIEGO LÓPEZ GARRIDO,, "Código de la Comunidad Europea", t. II: *Derecho derivado. Sentencias del Tribunal de Justicia*, Madrid, Eurojuris, 1992.

⁵⁹⁶ FERNANDO URIBE RESTREPO, «La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino», Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1993, p. 67.

1.2 En la Comunidad Andina

Cómo se señaló a lo largo de la presente investigación, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, va a adoptar los postulados europeos, o lo que en palabras de PEROTI:

“Siguiendo el esquema europeo, el Pacto Andino reguló la principal herramienta de cooperación entre el juez nacional y la jurisdicción supranacional, cual es el mecanismo de la interpretación prejudicial”. (cursivas agregadas) Así, la Comunidad Andina⁵⁹⁷ estableció la herramienta de cooperación entre el juez nacional y la jurisdicción supranacional, a través del establecimiento de la figura de la interpretación prejudicial. En ese sentido: *“(…) a ejemplo de lo sucedido en la Unión Europea, en la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia igualmente ejerce un papel crucial para el logro de la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en todos los Países miembros del bloque económico”*⁵⁹⁸. (cursivas agregadas)

Se pretende establecer con esta afirmación, la intencionalidad de que exista una interpretación homogénea⁵⁹⁹ del Derecho Comunitario en la Comunidad Andina, situación que no necesariamente es compatible con la realidad puesto que en palabras de VIGIL TOLEDO⁶⁰⁰:
“(…) sigue siendo motivo de preocupación que esta cooperación no se haya cristalizado lo

⁵⁹⁷ CARLOS A. DE TOMASO R. *“La Interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”* en Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, N° 41, Guayaquil, p. 34.

⁵⁹⁸ LUCIANE CLAINÉ VIEIRA. «El Mecanismo de la Interpretación Prejudicial en la Comunidad Andina», Revista de Doctrina Extranjera, N° 32, Marzo- Abril. 2010 Bogotá, p. 23.

⁵⁹⁹ *«Al igual que en el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) la interpretación prejudicial también llamada consulta prejudicial es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina por cuanto mediante dicho mecanismo el Tribunal asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino y convierte automáticamente en jueces comunitarios a los jueces nacionales de los cinco Países-Miembros, estableciendo con ello una cooperación horizontal con los órganos jurisdiccionales nacionales»* (cursivas agregadas). TOLEDO, «La cooperación entre los Órganos Jurisdiccionales Nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la consulta prejudicial», en “Seminario sobre ‘la consulta prejudicial’”. Granada, 2006. Disponible en: <http://www.ccj.org.ni/press/seminarios/granada-oct06/La%20coop%20órganos%20jurisdiccionales%20nacionales%20y%20el%20Tribunal%20de%20Just%20de%20la%20Com%20Andina>. pdf. Página visitada el 19 de marzo de 2009.

⁶⁰⁰ RICARDO VIGIL TOLEDO, «Reflexiones en torno a la Construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones» Editorial Artes Graficas Señal, 2006, Quito, p. 9.

suficiente como para coadyuvar a la profundización de integración regional y para que los beneficios de este proceso lleguen a los justiciables (...)". (cursivas agregadas)

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁶⁰¹, declaró que en virtud de la aplicabilidad inmediata y directa de las normas comunitarias en el territorio de los Países miembros, los particulares pueden invocarlas ante sus jueces nacionales. De esta característica, surgió la necesidad de contar con un mecanismo que garantice que la aplicación e interpretación del Derecho Andino por parte de los distintos jueces nacionales, se realice de manera uniforme en los cuatro Países Miembros. Dicho procedimiento, que persiguió esencialmente la aplicación uniforme del derecho regional, se basó en una particular relación de lealtad y cooperación entre la jurisdicción nacional y comunitaria⁶⁰²

No obstante, el desconocimiento del Derecho Comunitario Andino por parte de los jueces nacionales resultó en el uso poco frecuente de la Interpretación prejudicial por parte de los países miembros de la Comunidad Andina⁶⁰³ (a excepción de Colombia). Incluso, equiparando la problemática de la Interpretación Prejudicial Andina a la de la Interpretación Prejudicial Europea, VIGIL TOLEDO, señaló que:

(...) en palabras de PESCATORE, que fuera egregio Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Comunidad es un sistema que únicamente puede funcionar dentro de un espíritu de cooperación y de mutuo respeto. Tal vez la solución al problema resida en un adecuado sistema de difusión, no solo en Coloquios y Seminarios como el que organizara el Tribunal de las Comunidades Europeas, sino en la inclusión del tema en los programas académicos de Derecho de los países miembros, pero sobre todo, dotando a los magistrados de las jurisdicciones nacionales de los medios y las facilidades necesarias para la correcta aplicación en todo el territorio comunitario de este nuevo Derecho positivo y vinculante del que depende el futuro de la integración regional⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ El Acuerdo de Cartagena, fue suscrito el 25 de mayo de 1969. Posteriormente se han suscrito varios Protocolos Modificatorios.

⁶⁰² ALEJANDRO DANIEL PEROTTI, «Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino», Biblioteca Digital Andina, Secretaría General de la CAN, Lima, 2005 p. 3.

⁶⁰³ Véase el gráfico de la página 350.

⁶⁰⁴ RICARDO VIGIL TOLEDO, «Reflexiones en torno (...)» p. 10.

En ese orden de ideas, cabe preguntarse si la interpretación prejudicial, como competencia comunitaria andina, atraviesa por las mismas problemáticas que presentó originalmente su par europea⁶⁰⁵, de desconocimiento y falta de aplicación- valoración del Derecho Comunitario por parte del juez nacional⁶⁰⁶.

Debe señalarse que la primera sentencia de Interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, N° 1-IP-1987, va a referirse a la jurisprudencia europea con relación a los métodos de interpretación europeos de la Interpretación Prejudicial:

En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el aporte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación de este derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, sin perder de vista el fin permanente de la norma.⁶⁰⁷

En ese sentido, no obstante la referencia a la importancia de los métodos de interpretación europeos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como se analizó precedentemente a lo largo de esta investigación, no aplica en la promulgación de sus sentencias las doctrinas

⁶⁰⁵ En palabras de VIGIL TOLEDO, «*Esta falta de acceso al Derecho Comunitario no es privativa de nuestra Subregión. También ocurre en la Unión Europea, donde fue creado. Basta revisar las actas de la V Asamblea de la Asociación de Jueces y Magistrados, en Puerto de la Cruz, España, en 1991, para constatar este hecho pues ahí se concluía que los jueces españoles, en general, fundamentan esporádica y escuetamente en sus sentencias el Derecho Comunitario europeo. La formación jurídico comunitaria en el Juez es insuficiente y la Política del Consejo General del Poder Judicial respecto del perfeccionamiento judicial en esta materia es deficiente o inexistente.*» (cursivas agregadas)

⁶⁰⁵ VIGIL TOLEDO, «Reflexiones en torno (...)», p. 10.

⁶⁰⁶ En ese sentido, con relación a la falta de aplicación de los jueces europeos del Derecho Comunitario, según el informe del Grupo de Reflexión sobre el Futuro del Sistema Jurisdiccional de la Comunidad o Unión Europea, "Informe de Ole Due", se decía: "*El Grupo no oculta que el aspecto esencial de las reformas propuestas es una mejor aptitud de los jueces nacionales para solucionar por sí mismos, con clarividencia un número creciente de cuestiones de Derecho Comunitario que surgen en el ejercicio de sus competencias nacionales y este resultado sólo puede obtenerse mediante: a) una mejor formación en Derecho Comunitario a través de las consultas prejudiciales; b) disposición de estos profesionales de los medios que les permitan conocer los elementos de legislación y jurisprudencia en esta materia*" (cursivas agregadas) en "La cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La Consulta Prejudicial", Ponencia del Magistrado VIGIL TOLEDO, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Quito, febrero de 2007.

⁶⁰⁷ ALEJANDRO DANIEL PEROTTI, ob. cit, p. 90.

interpretativas del acto claro y del acto aclarado, lo que afecta directamente al conocimiento del juez nacional del Derecho Comunitario. Asimismo, la poca participación de los Países Miembros en su interposición ante el Tribunal Comunitario incide directamente en la uniformidad del Derecho Comunitario.

En otras palabras, se puede señalar que la no identificación del juez nacional con los postulados comunitarios, por no sentirse partícipe de los mismos y la escasa participación de los países miembros son factores que atentan directamente en la pretendida interpretación uniforme de la norma comunitaria y hacen fracasar el postulado de que la interpretación prejudicial es *“la piedra angular de la integración”*. (cursivas agregadas)

Por lo que desde el punto de vista de los esfuerzos de integración que emprenden los Estados, la interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la aplicación del Derecho Comunitario, en cuya virtud, los tribunales nacionales, actúan como jueces comunitarios, al aplicar la norma comunitaria en base a la interpretación que derive del Tribunal de Justicia Comunitario.

No obstante, la cooperación entre el juez nacional y juez comunitario se fundamenta como un verdadero principio de la Interpretación prejudicial andina, que legitime al juez comunitario nacional como ejecutor, conocedor e intérprete de la norma comunitaria. Con relación a dicha característica, desde el punto de vista europeo, COLOMER,⁶⁰⁸ abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, manifiesta que la misma: *«Constituye una característica esencial para determinar el sentido del derecho comunitario, puesto que se*

⁶⁰⁸ Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

necesita la colaboración de los órganos jurisdiccionales internos, a través de ese mecanismo de cooperación técnica que es la cuestión prejudicial⁶⁰⁹». (cursivas agregadas)

De ésta manera, para el Derecho Europeo, la Interpretación prejudicial se ha constituido en la principal herramienta de colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario, con el objetivo último de construir un derecho comunitario uniforme. En ese orden de ideas, desde el punto de vista europeo, la necesidad de la interpretación prejudicial, surge de los siguientes aspectos:

La existencia de un órgano judicial común a los países integrantes. La consideración de que los diversos órganos judiciales propios de los diversos Estados miembros son los jueces de Derecho Comunitario, no creándose por tanto una estructura judicial propia. Finalmente en una relación de colaboración entre los jueces nacionales y el T.J.C.E ante la inexistencia de un mecanismo de casación europea centralizada, el establecimiento de un sistema basado en la atribución exclusiva de la competencia al T.J.C.E, para decidir sobre la interpretación o validez del derecho comunitario a través de la llamada cuestión prejudicial a interponer por parte de los órganos judiciales de los Estados Miembros que quedan vinculados por la decisión del órgano comunitario ⁶¹⁰.

Con relación al Derecho Comunitario Andino, se debe establecer en qué consiste el vínculo entre el juez comunitario y el juez nacional⁶¹¹, por lo que en la jurisprudencia del Tribunal

⁶⁰⁹ DAMASO COLOMER, RUÍZ, «Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario, Modelos Europeos y Americanos»; Santafé de Bogotá, abril 24, 25 y 26 de mayo de 1995. Primera Edición Universidad de los Andes, pp 169- 173.

⁶¹⁰ J. RENTENO, JOVER P. ARAMENDI SÁNCHEZ y J F LOUSADA AROCHENA, «La cuestión prejudicial y los órganos judiciales sociales. Introducción a la cuestión prejudicial comunitaria», en Arazandi Social, N° 1-2006. Pamplona, 2006, p. 60.

⁶¹¹ Cualquier juez de un País Miembro puede, de oficio o a petición de parte, solicitar del Tribunal de Justicia Andino la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina contenidas en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; en el Tratado de Creación del Tribunal y sus Protocolos Modificatorios; en las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión; en las Resoluciones de la Secretaría General; y, en los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros en el marco del proceso de integración andina-, en todos aquellos casos en que éstas deban ser aplicadas o sean controvertidas por las partes en un proceso interno. Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno o si sólo fueran procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria, están obligados, en todos los procesos en los que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial, *incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la misma materia debatida o sobre casos similares o análogos.* (cursivas agregadas). Caso "Aktiebolaget VOLVO", ya citado, p. 105. "Nota Informativa sobre (...)"

de Justicia de la Comunidad Andina dicha vinculación se expresa de la siguiente manera en la sentencia 11-IP-1996:

Aparte de los jueces de primera instancia, para quienes la consulta es facultativa, los jueces nacionales de única o de última instancia que conozcan en un proceso judicial interno de cualquier norma comunitaria de los señalados protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado del Tribunal, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, que vaya a ser aplicada en un juicio interno, deben suspender el proceso y solicitar al Tribunal Andino la interpretación de dicha norma, en los términos establecidos en el Artículo 29 de dicho Tratado. La obligatoriedad se predica de los jueces cuyas providencias no fueren susceptibles de recursos en derecho interno.

En cuanto a la fuerza vinculante entre el juez nacional y el juez comunitario que establece la interpretación prejudicial, la misma sentencia reza:

La interpretación prejudicial no es una prueba en el derecho andino, no es la simple absolución de un cuestionario, no está llamada a constituirse como un informe de expertos o como una opinión jurídica de tipo doctrinal. Su fuerza vinculante para el juez nacional se deriva de la atribución fundamental de este Tribunal supranacional con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, como reza el preámbulo de su Tratado de Creación que es instrumento orientador para la hermenéutica de su ordenamiento básico primario.

La Sentencia 9-IP-2008, señaló en cuanto a la relación juez nacional – juez comunitario que: *“La consulta es obligatoria para los Tribunales Nacionales de última instancia, sin que esto signifique que se atenta contra su independencia pues, en este caso el Juez Nacional actúa como Juez Comunitario. Además, el Juez Nacional debe suspender el procedimiento, hasta que el Tribunal Comunitario dé su interpretación, la cual deberá ser adoptada por aquél”*. (cursivas agregadas)

En ese orden de ideas, se puede señalar que el juez nacional deviene en juez comunitario únicamente porque realiza la consulta de la interpretación prejudicial sobre los

alcances de la norma comunitaria, mas no por la interpretación que haga o tenga de la misma, lo cual no le está permitido, debiendo aplicar sólo y exclusivamente lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁶¹², cuando idealmente lo que se busca, en palabras de PESCATORE, es “un sistema descentralizado de la aplicación del Derecho Comunitario”⁶¹³, principal garantía de su uniformidad.

De lo expuesto, se colige que una de las necesidades básicas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es no sólo el establecer una línea doctrinal, o principista del Derecho Comunitario andino, *sino lineamientos jurisprudenciales que coadyuven a su uniformización.* (cursivas agregadas) En este sentido, el juez nacional, debería necesariamente interpretar la norma comunitaria para ser partícipe en la construcción de la jurisprudencia, situación que se da en el proceso jurídico de la Unión Europea.

Así, en la Comunidad Andina los jueces nacionales son jueces comunitarios, solo por “aplicar” la sentencia comunitaria, ya que su interpretación está restringida única y exclusivamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. De esta manera, en cuanto a la posibilidad de que el juez nacional pueda negarse a cumplir lo establecido por el mandato del Tribunal Comunitario andino, la sentencia 11-IP-1996, establece el rechazo a dicha posibilidad al declarar que:

No es concebible para este Tribunal, que el juez, por si mismo o a pedido de las partes o sus representantes en los procesos internos pueda resistirse a dar cabal cumplimiento a la petición de

⁶¹² La primera sentencia de Interpretación Prejudicial 1-IP-87, matiza de la siguiente manera la relación juez nacional juez comunitario: «Se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el derecho comunitario y, por supuesto, las del derecho interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, (cursivas agregadas) sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno (Artículo. 30 del Tratado), para no interferir con la tarea que es de la exclusiva competencia del juez nacional.»

⁶¹³ PAUL MORALES, “Foro sobre lo jurídico (...)”.

interpretación prejudicial. Las consecuencias de esta conducta “contra legem” puede derivar en acciones de incumplimiento o en vicios procesales de consecuencias impredecibles.

Cómo se señaló en el Capítulo sobre la Interpretación prejudicial europea, el mecanismo de colaboración judicial entre el juez nacional de los Estados Miembros, y el Tribunal comunitario, se manifestará a partir de las doctrinas interpretativas⁶¹⁴ de la interpretación prejudicial; esto, en aquellos casos en que los Jueces Nacionales puedan plantearse dudas acerca de la aplicación o interpretación del Derecho Comunitario en el marco de un proceso instado ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. Por lo que necesariamente la conversión del juez nacional en juez comunitario y la construcción de un auténtico proceso de uniformidad del Derecho Comunitario andino, debe realizarse necesariamente a través de las referidas doctrinas interpretativas.

A continuación se explica la doctrina del acto claro y del acto aclarado en los tribunales de Justicia Comunitarios Andino y Europeo.

⁶¹⁴ Para los fines de la presente investigación, se analizan las teorías interpretativas que podrían vincular al Juez Nacional con el Derecho Comunitario, y no así las teorías interpretativas que utiliza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al momento de dictar una sentencia. En este sentido deberá consultarse: «La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino», de Fernando Uribe Restrepo, del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 2003, o la Primera Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1–Ip-1987, que con relación a los métodos interpretativos utilizados por el Tribunal señaló: «En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el aporte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, Tribunal único de las Comunidades Europeas en la aplicación de este derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, *sin perder de vista el fin permanente de la norma. Por estas consideraciones corresponde el empleo preferente de los métodos de interpretación llamados “funcionales”, como los métodos sistemáticos y de interpretación teleológica, (cursivas agregadas) sin dejar de utilizar, si fuese el caso, los demás universalmente admitidos, con la advertencia de que el método teleológico, que adquiere connotación especial en el derecho comunitario como normativa de un proceso de realizaciones conjuntas para el logro de un objetivo común, es el que mejor se adapta a la naturaleza propia de la decisión prejudicial en cuanto tiene en cuenta “el objeto y fin” de la norma, o sea, en último término, el proceso de integración de la Subregión Andina que es el propósito que inspira la suscripción del Acuerdo de Cartagena*».

2. Doctrinas Interpretativas (Acto claro y aclarado) como herramientas que ayuden a la interpretación uniforme de la Interpretación Prejudicial

Se puede afirmar que el fundamento de la doctrina del acto claro⁶¹⁵ se basa en que solamente la ausencia de duda razonable exceptuaría al juez de la obligación de plantear la interpretación prejudicial; sin embargo esta ausencia de duda debe ser el resultado de una certeza razonable de que la "claridad" en ese caso en particular, se impondrá con la misma evidencia a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y al propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La Doctrina del Acto claro⁶¹⁶ se encuentra expresamente dispuesta en el Artículo 104, párrafo tercero⁶¹⁷, del Reglamento del Tribunal de Justicia Europeo. Se puede señalar entonces que la doctrina del acto claro, parte de una convicción profunda del Juez nacional de que un determinado caso merece una sola interpretación desde el Derecho Comunitario y éste tendrá el mismo efecto para todos los órganos jurisdiccionales nacionales de la Unión Europea.

⁶¹⁵ "La Doctrina del "Acto claro" surgió en una antigua sentencia de la Cour de Cassation francesa, siendo posteriormente desarrollada por Laferriere en 1896. El nacimiento de esta doctrina se vincula estrechamente con el reparto de poderes entre el Ejecutivo y el Judicial en orden a la interpretación de tratados internacionales. En Francia, como recuerda Charles Rousseau, con base en la idea de que el Ejecutivo es el único competente para la dirección de las relaciones internacionales, se entendió que los tribunales debían mostrar una gran reserva en todo lo concerniente a la interpretación de tratados; así, salvo en los litigios de interés privado, se entendió que los tribunales administrativos debían suspender todo pronunciamiento hasta que les fuera aportada una "interpretación oficial" del tratado, dada por el Ministerio de Asuntos Exteriores. Con la finalidad de limitar la función del Ejecutivo en este campo, con la influencia que esto le permitía ejercer sobre la misma jurisprudencia, los tribunales desarrollaron la doctrina del "acto claro", reservándose el control de la existencia o no de verdaderas dificultades interpretativas, y por lo mismo, una amplia facultad de apreciación". FERNANDEZ SEGADO, "El Juez nacional como juez comunitario europeo (...)", ob cit, p 130.

⁶¹⁶ RICARDO ALONSO GARCÍA, «Sistema Jurídico de la Unión Europea», ob.cit, p. 239.

⁶¹⁷ La segunda parte de este Artículo señala que: «*El Tribunal podrá asimismo resolver mediante auto motivado, tras haber informado al órgano jurisdiccional remitente, vistas, cuando se hayan presentado las observaciones de los interesados a los que se refiere el Artículo 23 del Estatuto y oído el Abogado General, cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable*».

Complementariamente, la Teoría del Acto aclarado, acogida por el citado Artículo 104, párrafo tercero⁶¹⁸, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, se basó en la Decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al analizar el caso “S Da Costa”, de 27 de marzo de 1963, donde se expuso que no existe obligación de interpretación prejudicial, *“cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una cuestión que ya haya sido objeto de una decisión a título prejudicial en un caso análogo*⁶¹⁹. El referido párrafo tercero del Artículo 104 señaló: *“(…) cuando exista una cuestión prejudicial idéntica a otra ya resuelta, el Tribunal resuelva el caso dictando un auto motivado, haciendo referencia a la sentencia anterior”*. (cursivas agregadas)

Se debe resaltar que el juez nacional, tiene la posibilidad de presentar un nuevo requerimiento prejudicial frente a un caso análogo ya decidido si lo que busca es una nueva interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no considerarse satisfecho con la interpretación anteriormente ofrecida o por considerar que la sentencia proferida no es lo suficientemente explícita⁶²⁰.

A continuación se detallan los considerandos 13 y 21 del caso CILFIT, pertinentes a la Teoría del Acto Aclarado; el referido considerando 13 señaló:

Hay que recordar al respecto que este Tribunal de Justicia declaró en su sentencia de 27 de marzo de 1963, Da Costa en Schaake NV y otros (asuntos acumulados 28/62 a 30/62,-) Rec. pp. 59 y ss, especialmente p. 75), «(…) que si bien el último párrafo del Artículo 177 obliga, sin restricción alguna, a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, a someter al Tribunal de Justicia toda cuestión de interpretación suscitada ante los mismos, la doctrina interpretativa sentada por este Tribunal en virtud del artículo 177 puede, no obstante, privar a dicha obligación de su causa y vaciarla así de su contenido; que ocurre así, en especial, cuando la

⁶¹⁸ Dicho Artículo señala que: *«Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto o cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal, oído el Abogado General podrá resolver en cualquier momento mediante auto motivado, remitiéndose en caso necesario a la sentencia anterior o a la jurisprudencia aplicable»*.

⁶¹⁹ SANTA MARÍA SÁENZ, ob.cit, p. 340.

⁶²⁰ GRACIELA ORTÍZ, «La Normativa comunitaria en materia de libre competencia en la Comunidad Andina». Themis, Revista de Derecho Lima, N° 34, p. 157.

cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo.

El considerando 21 de dicho Caso se refiere a ambas teorías, del Acto claro y del Acto aclarado:

Habida cuenta del conjunto de estos razonamientos, ha de responderse a la Corte Suprema di Cassazione que el párrafo tercero del artículo 177 debe ser interpretado en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia (Se entiende acá la Doctrina del Acto aclarado⁶²¹), o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna (Se entiende la Doctrina del acto claro); la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad.

Complementando la utilidad en la aplicación de dichas teorías para el juez nacional, la Secretaria General de la Unión Europea expresó su criterio en la Nota Informativa sobre el Planteamiento de Cuestiones Prejudiciales por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales (N°2011/C 160/01), de 28 de mayo de 2011, en el siguiente apartado: “La Decisión de Plantear una Cuestión Prejudicial, Cuestiones de Interpretación”, Numeral 12, establece lo siguiente:

No obstante, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están obligados, en principio, a someter al Tribunal de Justicia tales cuestiones, salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia (y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar la jurisprudencia existente) o cuando la manera correcta de interpretar la norma jurídica de que se trate sea de todo punto evidente.

Se debe destacar que las Doctrinas del Acto claro como del Acto aclarado, más allá de aliviar la carga procesal al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, presentan una realidad inobjetable y es que su aplicación tiene como fundamento principal *el que el juez nacional considere en primer lugar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que*

⁶²¹ El paréntesis es nuestro.

implica que la conozca y aplique (Doctrina del acto aclarado) consagrando en este sentido su carácter de juez comunitario y, en segundo lugar que el conocimiento de dicha jurisprudencia y normativa comunitaria no deje duda de que dicha normativa que aplique al caso concreto es la correcta (Doctrina del Acto claro). (cursivas agregadas)

2.1 Doctrina del Acto claro y aclarado concepto y diferencias.

Previamente a abordar la problemática que implica la aplicación de las Doctrinas Interpretativas en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es necesario realizar algunas consideraciones sobre sus orígenes y ámbito de aplicación.

En el Derecho Comunitario Europeo la interpretación prejudicial *se consideraba obligatoria* (cursivas agregadas) en sus más estrictos términos⁶²², llegando a afirmarse que su contenido *"(...) obliga sin restricción alguna"*⁶²³ (cursivas agregadas). En ese sentido el Artículo 234 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señaló *"(...) los tribunales superiores no tendrán obligación de plantear cuestión prejudicial cuando no exista duda razonable sobre la interpretación del texto comunitario aplicable al litigio"*⁶²⁴. (cursivas agregadas)

⁶²² ELENA MANZANO SILVA, «La Obligación de Plantear Cuestión Prejudicial ante el T.J.C.E.», Universidad de Extremadura, Extremadura, 2007, p. 34.

⁶²³ Así lo dispone el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia Da Costa de 27 de Marzo de 1963 y la sentencia Francovich y Bonifaci de 19 de noviembre de 1991.

⁶²⁴ R. ALONSO GARCÍA y J. M BAÑO LEÓN, «El recurso de amparo frente a la negativa de plantear la cuestión prejudicial, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» en Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 29, 1990, p.198.

En ese orden de ideas el incorporar la doctrina del Acto Claro en el Derecho Comunitario Europeo se baso en la necesidad de evitar un trabajo redundante al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con cuestiones de casos semejantes⁶²⁵.

Por su parte, la resistencia⁶²⁶ a la aplicación de dicha doctrina se baso en que su aplicación atentaría a una jurisprudencia uniforme y a la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁶²⁷

Por lo que se deberá analizar si si las doctrinas del acto aclarado y del acto claro⁶²⁸ ayudan a a una mayor comprensión de lo que es el Derecho Comunitario Andino por parte del juez nacional. Poer lo que la inaplicación de dichas teorías, implicaría que no se cumple en el proceso de integración andino el principio de que todo juez nacional es juez comunitario, en desmedro de la integración andina.

⁶²⁵ «En cuanto a la efectividad en la aplicación de la Doctrina del Acto Claro, según la base de datos del Tribunal Supremo español, con relación al número de solicitudes de interpretación prejudicial, se tiene que dicho Tribunal Supremo ha necesitado la ayuda interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un 2.81% de los casos. Visto a la inversa: el Tribunal Supremo ha considerado que existía un acto claro en un 97.19 % de los casos». DANIEL SARMIENTO, «La Cuestión Prejudicial Comunitaria y el Tribunal Supremo», Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 3.

⁶²⁶ «El Abogado General CAPOTORTI se opuso frontalmente al reconocimiento del acto claro, al entender que los Tribunales nacionales se sentirían invitados a no plantear cuestiones prejudiciales, y por tanto a eludir las garantías que los Tratados han establecido para asegurar la unidad y coherencia del ordenamiento comunitario». DANIEL SARMIENTO, «Las Interpretaciones estratégicas del Derecho Comunitario y la crisis de la Doctrina del Acto Claro», Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, p. 10.

⁶²⁷ Idem, p. 45.

⁶²⁸ Haciendo una comparación entre el Derecho norteamericano y el Derecho Comunitario europeo, los autores RICHARD T. STIHN y JOSEPH H. H. WELLER en la obra «Dos visiones norteamericanas(...)», señalaron las facultades interpretativas que presentan los tribunales nacionales europeos, al destacar que: «En la Unión Europea, los tribunales de los Estados miembros pueden ignorar una interpretación anterior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y pedir que la haga de nuevo, esto es una apertura al diálogo entre tribunales, (énfasis agregado) que no tenemos en los Estados Unidos, donde los tribunales inferiores (estatales y federales) tienen que seguir en todo caso las interpretaciones de un tribunal superior, aun cuando en un caso les parezca que el tribunal superior ha cometido un error muy grave, los tribunales inferiores no pueden hacer que revise la sentencia».

En ese sentido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no utiliza ⁶²⁹las doctrinas del acto claro ni del acto aclarado⁶³⁰ como instrumentos de celeridad, uniformidad o legitimación del principio de juez nacional como juez comunitario, en consecuencia la acción del juez nacional en la aplicación del Derecho Comunitario se reserva al de un aplicador de la norma comunitaria, con la consecuente sobrecarga de casos similares

No obstante de lo anterior, en cuanto a la consideración de aplicar las referidas doctrinas interpretativas, en interpretaciones prejudiciales andinas, es importante hacer referencia a la autocrítica y reflexión sobre la no aplicación del acto aclarado que realiza el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su Testimonio Comunitario⁶³¹:

Pero tal vez convendría revisar la posibilidad de aplicar la doctrina del caso claro en el caso de la Comunidad Andina, porque a diferencia de la Unión Europea, los sistemas jurídicos y el idioma en nuestros países, son iguales y no concurren los problemas para asegurar una interpretación uniforme. De otro lado las interpretaciones prejudiciales del Tribunal Andino, versan en su gran mayoría en cuestiones de interpretación de la normativa andina sobre Propiedad Intelectual, donde se ha elaborado una valiosa jurisprudencia que en muchos casos se repite de manera inmisericorde relegando el valor de este mecanismo a un trámite más que dilata innecesariamente la tramitación de un juicio. *Esto demuestra que no se pueden copiar formulas que corresponden a realidades y circunstancias diferentes. Tal vez sea tiempo de revisar la posibilidad de un cambio en la práctica del Tribunal, al respecto que sin derogar la obligación de la formulación de la consulta, por lo menos su absolución debería hacerse de plano, mencionando únicamente la jurisprudencia sentada al respecto*⁶³² (cursivas agregadas)

Realizando un análisis de lo señalado precedentemente, se puede establecer que dicho comentario, no delimita lo que implica la doctrina del acto claro y la del acto aclarado,

⁶²⁹ Incluso, prohibiendo todo margen de interpretación por parte del Juez Nacional, la Decisión 500 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su Artículo 128 señala: *“Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal”*.

⁶³⁰ «La interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto por lo que la “teoría del acto claro” no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino» (sentencia de 7 de agosto de 1995, proferida en el proceso 4-IP-94, caso “EDEN FOR MAN-ETIQUETA”, publicada en el Tomo IV de la Jurisprudencia del Tribunal). «Nota Informativa sobre (...)».

⁶³¹ Testimonio Comunitario es la obra que sintetiza los principales elementos doctrinales relativos al Derecho Comunitario y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁶³² Testimonio Comunitario, ob.cit, p.145.

confundiendo la doctrina del acto claro (se menciona como caso claro) con la del acto aclarado al señalarla como “valiosa jurisprudencia”; no obstante es necesario destacar el reconocimiento de la necesidad de empezar a construir un pensamiento jurídico andino común, que no “copie formulas” foráneas⁶³³, reconociendo las particularidades y diferencias de cada Estado miembro de la Comunidad Andina y las realidades de cada juez nacional, puesto que sólo en ese sentido se podrá construir jurisprudencia uniforme.

A continuación es menester desarrollar en qué consisten las Doctrinas interpretativas del Acto claro, Acto aclarado y Litigio concreto, junto a sus particularidades y diferencias, que permitan delimitar su utilidad para lograr la premisa de la uniformidad del derecho comunitario andino y así, verificar si se cumple o no el principio del juez nacional- juez comunitario.

Con relación a la Doctrina del Acto Claro, tiene su origen en el Derecho Comunitario europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el fundamento 16 de la Sentencia CILFIT, señaló:

(...) la correcta aplicación del Derecho comunitario, puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Tan sólo si éstas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad⁶³⁴.

⁶³³ Por ejemplo SARMIENTO, planteando dudas sobre la eficacia de la teoría del Acto Claro en la Unión Europea planteaba las siguientes interrogantes: «Como consecuencia de esta desfiguración de la doctrina CILFIT hemos llegado a una situación que comienza a resultar preocupante. Ha llegado el momento de que comencemos a plantearnos no cuántas cuestiones prejudiciales llegan al Tribunal de Justicia, sino cuántas no llegan. ¿Qué ocurre actualmente en los Tribunales nacionales? ¿Cómo se aplica en estos momentos el Derecho Comunitario? (cursivas agregadas) Y lo que es mas importante, ¿cómo ha contribuido la doctrina CILFIT a generar una situación actual, en la que parece mas evidente que la aplicación judicial nacional del Derecho comunitario, tras cincuenta años de existencia, no resulta del todo satisfactoria?», DANIEL SARMIENTO, Ob, cit, p.10.

⁶³⁴ Asunto S.r.l. CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA vs Ministerio della sanità 283/81, de 6 de octubre de 1982.

Con carácter adicional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incorporó algunos requisitos adicionales⁶³⁵ a cumplir por el órgano jurisdiccional nacional previamente a considerar la posible aplicación de la doctrina del Acto claro:

1. El juez nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia Comunitario.
2. Asimismo, debe tenerse en cuenta que los textos de Derecho comunitario están redactados en varias lenguas y que las diversas versiones lingüísticas son auténticas por igual; por tanto, la interpretación de una imposición de Derecho comunitario supone una comparación de las versiones lingüísticas.
3. Debe observarse que, incluso en caso de exacta concordancia de las versiones lingüísticas, el Derecho Comunitario utiliza una terminología propia. Por lo demás, ha de subrayarse que los conceptos jurídicos no tienen necesariamente el mismo contenido en el Derecho Comunitario y en los diferentes Derechos nacionales.
4. En último término, el juez nacional tiene que recordar que cada disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución.

⁶³⁵ DANIEL SARMIENTO, ob, cit, p. 10.

Con relación a las diversas versiones lingüísticas, VIGIL TOLEDO, realizando una comparación con la realidad andina y a favor de la aplicación de la doctrina del Acto claro, señaló:

“(…) a diferencia de la Unión Europea, los sistemas jurídicos y el idioma en nuestros países es uniforme y no concurren los problemas que tienen los europeos para asegurar una interpretación uniforme⁶³⁶”.

Se puede decir que en la doctrina del Acto claro la obligación de consulta desaparece, toda vez que más allá de que no exista una duda razonable, existe el convencimiento legítimo en el juez nacional sobre el sentido que debe darse a la norma comunitaria, por lo que la interpretación prejudicial debe considerarse tomando en cuenta que el Derecho Comunitario es diferente al Derecho nacional, esto es, entendiendo que su alcance va más allá de las fronteras nacionales.

Ese es el sentido que tiene que tener el juez nacional de la norma andina, el pensarla-aplicarla, en términos de “comunidad”, considerando que forma parte de toda una estructura jurisdiccional andina, que también aplicará esa misma interpretación. Lo contrario, es decir, el ejercerla solo pensando en términos nacionales- locales, daría lugar a que algunos Tribunales nacionales actúen con un objetivo claramente estratégico: *“(…) hacer un uso instrumental del Derecho comunitario con el único fin de circunvalar su Derecho interno y así alcanzar un resultado interpretativo concreto según sus intereses”⁶³⁷*. (cursivas agregadas)

⁶³⁶ VIGIL TOLEDO, ob cit, p 34.

⁶³⁷ Para RASMUSSEN, el juez nacional usa la teoría del Acto claro solo para manipular el Derecho Comunitario; sería un *free rider*, en los siguientes términos: «Por tanto, el free rider puede definirse como un órgano jurisdiccional que instrumentaliza el Derecho Comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para alcanzar un objetivo interpretativo propio. Estamos, pues, ante una conducta no cooperativa e individualista, que persigue la satisfacción de un interés particular, pero que no duda en utilizar los instrumentos de cooperación y diálogo para beneficiarse de ellos y así alcanzar unas metas que sólo a él le interesan». RASMUSSEN, H., «The European Court's Acte Clair Strategy» Boston University, 2004, p. 4.

Al igual que la doctrina del acto claro, la doctrina del acto aclarado, como se señaló en el capítulo pertinente, se originó en el Derecho Comunitario europeo. En ese orden de ideas, la consagración de la misma quedó plasmada en los fundamentos 5 y 6 de la Sentencia europea Da Costa en los siguientes términos:

(...) que, si bien el último párrafo del Artículo 177 obliga, sin restricción alguna, a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, a someter al Tribunal toda cuestión de interpretación planteada ante los mismos, la doctrina interpretativa sentada por este Tribunal en virtud del artículo 177 puede, no obstante, privar a dicha obligación de su causa y vaciarla así de su contenido; lo que ocurre cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo⁶³⁸.

Así la doctrina del Acto aclarado, se caracteriza cuando un supuesto ya fue analizado anteriormente, habiendo similitud o analogía material con el caso *subjudice*. En tal caso, el juez nacional ya no estaría vinculado con el compromiso de remitir una consulta prejudicial al Tribunal Comunitario. De esta manera, "(...) una vez interpretada la disposición por el Tribunal de Justicia ya no existiría para el juez nacional el deber de plantear la cuestión, aun cuando su decisión sea irrecurrible"⁶³⁹. En ese orden de ideas se realizará un estudio comparado que señale las diferencias entre la doctrina del acto aclarado con la del acto claro.

En ese sentido el acto aclarado puede definirse como la doctrina por la cual un juez nacional podrá eximirse de llevar adelante la interpretación prejudicial, ya que el Tribunal supranacional sentó previamente jurisprudencia y existe sustancial analogía, de hecho y de

⁶³⁸ CIENFUEGOS MATEO, M, «Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados Miembros», Barcelona, 1998, ps. 122 a 126.

⁶³⁹ DANIEL SARMIENTO, ob, cit, p.16.

derecho, con el asunto que se tramita ante la justicia nacional, sólo y únicamente en función de dicha circunstancia⁶⁴⁰.

De esa manera, la aplicación de la doctrina del acto aclarado, tiene por finalidad evitar el desgaste judicial que significa, tanto para la jurisdicción supranacional como para la nacional, el tener que poner en funcionamiento de forma mecánica el procedimiento de la interpretación prejudicial, existiendo ya jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad, emitida en un expediente similar y sustancialmente análogo

Se puede colegir que la doctrina del acto claro y la doctrina del acto aclarado, *son distintas por el rol desempeñado por el juez nacional al momento de aplicar normativa comunitaria así, la primera se basa en el convencimiento íntimo o subjetivo del juez nacional, de cómo aplicar una normativa comunitaria y la segunda toma en cuenta jurisprudencia comunitaria*⁶⁴¹ (cursivas agregadas)

Por lo que el único juez que conoce el caso concreto es el juez nacional, pues tuvo el conocimiento directo del mismo, por lo que debería ser el principal involucrado en la interpretación de la norma comunitaria⁶⁴².

En la interpretación prejudicial europea, para la aplicación de la Doctrina del Acto claro y aclarado, el juez nacional es determinante y tiene la facultad de decisión en temas comunitarios,

⁶⁴⁰ PATRICIO BUENO MARTÍNEZ Y ALEJANDRO DANIEL PEROTTI «La Teoría del Acto Aclarado, ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?» Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2003, p. 21.

⁶⁴¹ En el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aproximadamente el 85% de las interpretaciones prejudiciales desde 1985 hasta 2010, versan sobre propiedad intelectual, fuente: <http://www.tribunalandino.org.ec/>.

⁶⁴² En palabras de VIGIL TOLEDO: "(...) no obstante que la consulta se aplica sólo al caso concreto, es innegable que sienta un valor jurisprudencial al declarar el sentido último de la norma comunitaria que será de persuasivo seguimiento en casos similares (...)". Testimonio Comunitario, ob.cit, p. 145.

lo que no acontece actualmente en la Comunidad Andina, ya que su Tribunal de Justicia, utiliza exclusivamente la doctrina del litigio concreto⁶⁴³ en la resolución de sus interpretaciones comunitarias. En otras palabras, para el Derecho Andino,

(...) la interpretación prejudicial rige para el caso concreto, lo que significa que los jueces deberán solicitar la interpretación en cada caso, aunque ya existieran interpretaciones del Tribunal Andino sobre la misma materia y aunque el juez nacional esté claro del significado de la norma comunitaria que forma parte del proceso⁶⁴⁴.

2.2 La negativa a utilizar las doctrinas del acto claro y aclarado en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y doctrina a favor de su implementación.

La negativa a utilizar las doctrinas del Acto claro y aclarado, por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, plantea como criterio general que el juez nacional tiene la obligatoriedad de plantear la interpretación prejudicial, para cada caso en particular, con el objetivo de construir una jurisprudencia comunitaria uniforme y armónica en los países miembros de la subregión, aún cuando el caso sobre el que se presente dicha solicitud, sea idéntico a otros ya resueltos o el juez tenga suficientes conocimientos sobre el alcance de dicha interpretación.

Dicha orientación jurisprudencial fue manifestada por primera vez en el caso “Aktiebolaget Volvo” de 3 de diciembre de 1987, y allí quedo establecido que

(...) incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la misma materia debatida o sobre casos similares o análogos, los jueces nacionales cuyas resoluciones no sean susceptibles de un recurso ulterior están obligados en todos los procesos en los que se controvierta una

⁶⁴³ Por la que toda duda en el juez nacional de última instancia sobre Derecho Comunitario, deberá contar necesariamente con la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁶⁴⁴ MARTÍNEZ Y PEROTTY, ob. cit, p. 23.

norma del ordenamiento jurídico andino en los que se haya invocado o en los que esta deba aplicarse a solicitar la interpretación prejudicial⁶⁴⁵.

Tal fallo sirvió de base para la elaboración de la “Nota Informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial”, que menciona los mismos términos del fallo citado:

Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno o si solo fueran procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria, están obligados en todos los procesos en los que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria a solicitar la interpretación prejudicial incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la misma materia debatida o sobre casos similares análogos⁶⁴⁶.

En ese orden de ideas, dicho razonamiento que niega la aplicación de las doctrinas interpretativas, sigue siendo utilizado como parámetro en las sentencias del Tribunal de Justicia Andino. Así, por ejemplo, en el caso CIBA GEIGY AG⁶⁴⁷, en el cual el Tribunal Comunitario Andino nuevamente demostró su total reticencia a la aplicación de la doctrina del acto aclarado en los siguientes términos: *“Los dictámenes del Tribunal son actos judiciales que por su propia naturaleza se refieren al asunto sub judice en cada caso. De ahí se desprende que la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal se refiera a la misma materia debatida en un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de interpretación”*. (cursivas agregadas)

⁶⁴⁵ SALGADO ESPINOZA, ob cit, p. 29.

⁶⁴⁶ Nota Informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N°693, de 2 de agosto de 2000, p. 5.

⁶⁴⁷ Proceso 7-IP-89, de 18 de diciembre de 1989.

Tal negativa de aplicar las doctrinas interpretativas se justificó en un caso más reciente: “Fresh Up”⁶⁴⁸, donde el referido Tribunal Andino, señaló que la finalidad de la consulta prejudicial obligatoria es *“(...) lograr que se aplique uniformemente el Derecho Comunitario en el territorio de los países miembros, buscando de esta manera crear una doctrina armónica y estable favorable al proceso de integración, de donde los principios interpretativos contenidos en cada sentencia del Tribunal Comunitario deben ser aplicados exclusivamente al caso concreto consultado”*. (cursivas agregadas)

De ahí se desprende que la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida de un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de requerir la interpretación. Asimismo, bien podría el Tribunal Comunitario variar y aún cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo⁶⁴⁹.

Complementariamente en la Sentencia 4-IP-94, dicho Tribunal Comunitario Andino, rechazó enfáticamente la “teoría del acto aclarado” al considerar que cada proceso interno tiene «una individualidad jurídica», lo que le permite al juez nacional, con base en la interpretación prejudicial, «(...) aplicar las normas comunitarias, según las circunstancias, o los hechos y los fundamentos de derecho que rodean al proceso: Habiendo considerado el Tribunal *que la interpretación prejudicial constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, de lo cual resulta claro que la interpretación no es ni puede asimilarse a la prueba*”⁶⁵⁰. (cursivas agregadas)

⁶⁴⁸ Proceso 91-lp-2008, de 28 de octubre de 2008.

⁶⁴⁹ Proceso 3-lp-93, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 138, de 4 de agosto de 1993.

⁶⁵⁰ Tal afirmación categórica podría impedir que en la Comunidad Andina se acepte la Teoría del “acto aclarado”.

Aunque el Tribunal Andino no acepta las doctrinas interpretativas señaladas, cabe resaltar que parte de la doctrina aboga por su adopción, lo que parece ser plenamente plausible.

En este sentido, PEROTTI advierte que:

(...) cabe esperar que si la evolución normal del número de cuestiones prejudiciales que actualmente arriban a los estrados del Tribunal Andino continúa en aumento (como se vislumbra en la actualidad), la jurisdicción comunitaria deberá reconocer la vigencia de una o ambas teorías en el derecho andino⁶⁵¹.

A favor de la vigencia e implementación de dichas doctrinas interpretativas en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se las ha considerado como un sistema con “ventajas prácticas”⁶⁵². En esa orientación se ha dicho que de existir en el Derecho Comunitario andino una jurisprudencia constante y uniforme, la teoría del acto aclarado podría aplicarse para eximir al juez nacional de su deber de acudir al mecanismo prejudicial cuando existan los siguientes elementos: Interpretación auténtica en virtud de un tratado, doctrina uniforme del Derecho Andino, la norma en cuestión haya sido interpretada por el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en un caso materialmente idéntico o lo ha sido en un caso análogo en virtud del procedimiento de interpretación prejudicial⁶⁵³. Adoptando igual razonamiento, TABÓN añade que:

(...) aplicar la doctrina del acto aclarado en la Comunidad Andina no significaría ningún riesgo para los particulares, pues la función del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al hacer interpretaciones prejudiciales es la de “interpretar” la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, para precisar su alcance y no la de valorar las pruebas o aplicar la norma a los hechos concretos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ PATRICIO BUENO MARTÍNEZ, «*La Teoría del acto aclarado, resulta necesario su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?*» Secretaría General de la Comunidad Andina. Lima, 2003, p. 2.

⁶⁵² BUENO MARTÍNEZ, “La Teoría (...)” ob, cit. p. 4.

⁶⁵³ IDEM, Ob cit, p. 28.

⁶⁵⁴ NATALIA TABÓN, «La Doctrina del Acto claro y la interpretación prejudicial, en la Comunidad Andina», en *Universitas*, N° 109, Bogotá, 2005, p. 471.

En ese sentido, como se demostrará más adelante, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina acumuló lineamientos jurisprudenciales en materia de propiedad intelectual, la principal materia decisional de interpretación prejudicial, que permite la adopción de por lo menos la teoría del acto aclarado.

2.3 Fundamento jurídico comunitario de aplicar la doctrina del acto aclarado

En ese orden de ideas debe plantearse la interrogante de si en la relación juez nacional - juez comunitario se puede utilizar la doctrina del acto aclarado que planteó la existencia de una jurisprudencia uniforme en relación a la interpretación prejudicial⁶⁵⁵

Así la doctrina del acto aclarado aplicada en Europa⁶⁵⁶, pareciera ser la respuesta para la Comunidad Andina, ya que la jurisprudencia desarrollada por dicho Organismo, sobre todo en materia de marcas y patentes⁶⁵⁷ alcanzaría para dicho propósito. Por ejemplo entre 1987 y 2011, se tienen un total de 749 interpretaciones prejudiciales, en materia de Propiedad Intelectual. Siendo Colombia el principal Estado miembro en participar en la construcción de

⁶⁵⁵ La Teoría del acto claro, como se analizó previamente, aún da mayor libertad interpretativa al juez ya que no se basa en la jurisprudencia como lo hace la teoría del acto aclarado, sino en la convicción íntima y personal de un juez de que no tiene duda ninguna sobre la aplicación del Derecho Comunitario.

⁶⁵⁶ "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró en su sentencia Van Gend (7) que el (antiguo) Artículo. 12 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, en tanto y en cuanto constituía una norma clara, precisa e incondicional, tenía efecto directo, es decir que podía ser invocada en forma automática por los particulares ante los jueces nacionales y éstos, en consecuencia, debían salvaguardar los derechos que dicho Artículo podía generar en cabeza de las personas físicas o jurídicas. La decisión del Tribunal fue emitida en atención a la interpretación prejudicial que le fuera cursada por la Tariefcommissie de Amsterdam (tribunal fiscal). El pleito a nivel nacional, en cuyo marco se planteó la cuestión prejudicial, se inició a partir del recurso incoado por un particular, la empresa Van Gend (que importaba determinados productos de Alemania), contra la Aduana holandesa por el cobro de aranceles a la importación por un monto superior a los que regían al momento de la entrada en vigor del TCEE (1 de enero de 1958). La consulta remitida por el juez nacional al TJCE hacía relación a saber si el mencionado Artículo. 12 era susceptible de ser invocado por los particulares". PATRICIO BUENO MARTÍNEZ, ob cit, p.3.

⁶⁵⁷ La Decisión 486 en sustitución de la Decisión 344, que se encuentra en vigencia desde el 1 de diciembre del 2000, incorporó nuevos elementos como el tratamiento de los circuitos integrados y las medidas de control en frontera contra la piratería. Iera cuerpo a la idea, se optó por mantener la opción de la Decisión 344 y por ende el carácter accesorio del lema. Para mayor información visitar la página web: <http://www.comunidadandina.org/propiedad/intelectual2.htm>. Visitada el 13 de enero de 2012.

dicha jurisprudencia comunitaria andina. En otras palabras utilizar la doctrina del acto aclarado daría la pauta al juez nacional como el máximo uniformador del Derecho Comunitario. (cursivas agregadas)

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se niega⁶⁵⁸ a aplicar dicha doctrina, por el desconocimiento que muestra el juez nacional sobre la jurisprudencia andina, por lo que no podría garantizar efectivamente la interpretación uniforme de una norma comunitaria. Por lo que se recomienda capacitar al juez nacional sobre los principios y jurisprudencia comunitaria evitando la interpretación de una misma temática, lo cual tiende a ser redundante.

A continuación y a manera de ejemplo, se presentan algunos temas sobre los que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha venido realizando interpretación y sobre los que se ha conformado jurisprudencia bastante y suficiente:

Relación Derecho Comunitario - Derecho Interno, complemento indispensable (8-IP-1995, 9-IP-1996, 27-IP-1998), principio de libertad económica (87-IP-2002), principio de especialidad (95-IP-20.), principio de territorialidad (106-IP-2003, 44-IP-2002), fuentes del Derecho Comunitario, jerarquía normativa: originario, derivado (1-IP-1996, 10-IP-94, 1-IP-87, 6-IP-89), aplicación uniforme (11-IP-1996, 3-IP-1994, 6-IP-1993), teoría del Acto Claro y aclarado (4-IP-1994, 1-IP-87, 3-IP-88, 4-IP-88, 5-IP-94, 9-IP-94, 91-IP-2002.), obligaciones del juez nacional consultante (141-IP-2003, 10-IP-94, 1-IP-2002, 1-IP-87, 4-IP-94, 6-IP-99, 11-IP-96, 30-IP-99, 1-IP-94, 91-IP-2002, 97-IP-2002, 7-IP-96, 17-IP-2001, 36-IP-99, 8-IP-98, 8-IP-95), principio Audiatur Altera Pars (Óigase a la otra parte): (4-IP-1995, 8-IP-1995). En materias de normativa andina: Emisión de la factura comercial desde un tercer país. (18-IP-2004, 35-AN-2001, 6-IP-93, 10-IP-94), mercaderías expedidas directamente. (18-IP-2004, 35-AN-2001, 6-IP-93, 10-IP-94), de la declaración del productor y la certificación de origen. (18-IP-2004, 35-AN-2001, 6-IP-93, 10-IP-94). En materia de propiedad intelectual: La Marca gráfica – Figurativa: (9-IP-1994, 1-IP-87, 4-IP-88, 4-IP-91), dilución de la marca (31-IP-1996, 4-IP-94), abandono de la solicitud de patente. (106-IP-2002, 47-IP-99, 34-IP-95), marcas defensivas (92-IP-2002, 100-IP-2002, 97-IP-2002), marcas derivadas (92-IP-2002, 100-IP-2002, 97-IP-2002) y Conexión competitiva (26-IP-2003, 77-IP-2001)⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ Para PATRICIO BUENO MARTÍNEZ, «La Teoría del acto aclarado, (...)» p. 4: «Por su parte, el Tribunal Andino de Justicia no ha aceptado en su jurisprudencia la aplicación de la doctrina del acto aclarado. Esto demuestra que aún cuando exista similitud fáctica y de derecho entre ambos asuntos el juez nacional debe solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia».

⁶⁵⁹ Extraído de Dueñas, en « Anuario (...) », Ob cit , p. 50.

Por lo que al analizar el conjunto de Interpretaciones emitidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en materia de Propiedad Intelectual y sobre Signos Distintivos, cabe destacar que en algunos de los subtemas identificados, se observa una visible tendencia a la reiteración de criterios expresados en Interpretaciones Prejudiciales anteriores. Tal reiteración es doble, por un lado el juez nacional del País Miembro solicitante, persiste en consultar la interpretación de normas sobre cuyo sentido y alcance ya se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, por otro lado, dicho ente comunitario jurisdiccional, al ser consultado sobre las mismas normas, reitera los criterios ya sentados en pronunciamientos previos.

Un ejemplo concreto de lo anteriormente indicado se expresa en el caso de las Interpretaciones Prejudiciales referidas a los subtemas⁶⁶⁰: “problema”, “reglas de determinación”, “riesgos de confusión”, “signos y productos”, “signos genéricos y descriptivos”, “requisitos”, “registro, marcas y pruebas”, “notoriedad”, tal como se demuestra en el siguiente cuadro N°III⁶⁶¹:

CUADRO N°III

Subtema Problema	Identificación de Interpretación Prejudicial	N°
Reglas de Determinación- Riesgos de Confusión- Signos Productos.	4-IP,88, 4-IP-91, 9-IP-94,21-IP-95, 32-IP-96, 16-IP-96, 27-IP-96, 13-IP-98,14-IP-98, 17-IP-97,27-IP-97, 28-IP-97, 1-IP-98, 6-IP-98, 10-IP-98,11-IP-98, 16-IP-98,18-IP-98,	280

⁶⁶⁰ Dichos subtemas fueron elaborados en base a la revisión de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁶⁶¹ Para fines expositivos, se mencionan algunas de las Interpretaciones prejudiciales, no coincidiendo necesariamente con el número expuesto en el cuadro.

	<p>13-IP-99,17-IP-99, 25-IP-98,5-IP-98, 36-IP-98, 23-IP-98, 43-IP-98, 44-IP-98, 34-IP-98, 45-IP-98, 9-IP-98,4-IP-99, 2-IP-99, 3-IP-99, 37-IP-98, 56-IP-99, 5-IP-2000, 40-IP-99, 12-IP-2000, 57-IP-2000, 56-IP-2000, 49-IP-2000, 57-IP-2000, 12-IP-2000, 63-IP-2000, 102-IP-2000, 13-IP-2000, 50-IP-2000, 20-IP-2000, 29-IP-2001, 59-IP-2000, 4-IP-2001, 9-IP-2001, 20-IP-2001, 29-IP-2001,58-IP-2001, 59-IP-2001, 62-IP-2001.99-IP-2001,102-IP-2001,13-IP-2001,50-IP2001, 60-IP-2001, 66-IP-2001,70-IP-2001,6-IP-2001,11-IP-2001, 36-IP-2001, 40-IP-2001, 55-IP-2002, 99-IP-2002, 7-IP-2002, 18-IP-2002,21-IP-2002, 29-IP-2002, 58-IP-2001,59-IP-2001, 62-IP-2001, 7-IP-2002, 18-IP-2002, 21-IP-2002, 29-IP-2002,41-IP-2002, 45-IP-2002, 78-IP-2002, 4-IP-2002, 44-IP-2002, 2-IP-2002, 39-IP-2002-43-IP-2003, 11-IP-2003, 12-IP-2003, 55-IP-2003, 55-IP-2003, 62-IP-2003, 63-IP-2003, 71-IP-2003, 78-IP-2003, 88-IP-2003, 18-IP-2003, 42-IP-2003, 54-IP-2003, 59-IP-2003, 127-IP-2003,</p>	
Signos genéricos y	6-IP-2003, 12-IP-2003, 14-IP-2003, 12-IP-	159

descriptivos	1996, 13-IP-1996,30-IP-1996, 14-IP-1998, 12-IP-1998, 13-IP-2001, 7-IP-2001, 13-IP-2002, 14-IP-2000, 43-IP-2006, 85-IP-2007, 1-IP-2007, 67-IP-2007, 81-IP-2008, 90-IP-2003, 101-IP-2004, 108-IP-2005, 126-IP-2003, 71-IP-2004, 76-IP-2004, 77-IP-2005, 37-IP-2007, 56-IP-2007, 58-IP-2007, 81-IP-2008, 90-IP-2008, 94-IP-2008, 30-IP.1998, 40-IP-1998, 18-IP-1997,	
Requisito registro marcas	30-IP-1988, 3-IP-1999, 2-IP-2000, 16-IP-2000, 15-IP-1998, 19-IP-1999, 7-IP-2001,11-IP-2001, 12-IP-99, 9-IP-2003, 7-IP-2003, 12-IP-2004, 2-IP-2001, 29-IP-2001, 21-IP-2001, 40-IP-2003, 42-IP-2003, 29-IP-2003, 112-IP-2003, 112-IP-2003, 125-IP-2003, 22-IP- 41, 28-IP- 2002.	171
Prueba Notoriedad.	8-IP-2001, 81-IP-2002, 12-IP-2002, 19-IP-2003, 29-IP-2005, 5-IP-2004, 40-IP-2007, 49-IP-2008, 76-IP-2004, 78-IP-2004, 79-IP-2005, 143-IP-2006, 57-IP-2004, 67-IP-2009,	90

Se demuestra que se tienen acumulados criterios sobre los que se debe capacitar al juez nacional, Así este no solo sería el juez que repite la ley, sino que sería el constructor de la jurisprudencia andina Sin lugar a dudas, esta es una de las grandes ventajas de aplicar la teoría del acto aclarado en la normativa comunitaria andina.

En ese sentido, siguiendo dichas líneas jurisprudenciales de comprobarse similitud entre un proceso presente y uno anterior, no sería necesario el envío de la cuestión prejudicial al Tribunal Comunitario dando cumplimiento a la finalidad del Artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal Comunitario: *“asegurar su aplicación uniforme”*. (cursivas agregadas)

Sin embargo, en el inicio de la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es comprensible la reiteración manifiesta, de los pronunciamientos prejudiciales toda vez que era necesario construir criterios para la determinación del sentido y alcance de las normas, a objeto de ilustrar a los jueces nacionales en materias poco difundidas y altamente técnicas como las del Derecho Comunitario y la Propiedad Intelectual.

Con relación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los casos descritos, se han repetido insistentemente los mismos criterios, obviando que la interpretación, además de cumplir con la Uniformidad en la Interpretación del Derecho comunitario, es un mecanismo de cooperación con el juez nacional, como se explicó a lo largo de la presente investigación. En tal sentido, la interpretación que se hace en forma aislada de la norma comunitaria por parte de la Corte Comunitaria no permite conocer las particularidades de la realidad del caso, situación que sí se da con el juez nacional.

Respecto a dicha reiteración, BUENO ⁶⁶² ha señalado que dicha jurisprudencia puede, además de asegurar la aplicación uniforme de la interpretación del Derecho Comunitario andino en los países miembros, permitir que los jueces nacionales no tengan la necesidad de acudir al

⁶⁶² PATRICIO BUENO MARTÍNEZ, «(...) La Teoría del acto aclarado,(...)» p. 4.

Tribunal Andino en los casos en los que éste haya desarrollado una sólida línea jurisprudencial con supuestos análogos⁶⁶³.

A continuación se exponen algunos cuadros que representan la evolución del número de interpretaciones prejudiciales presentadas ante el TJCAN, la participación de los países andinos sobre dicha competencia jurisdiccional andina y los años en los que más se presentó la misma.

El siguiente Cuadro N°IV, expone los números de interpretaciones prejudiciales presentadas y solucionadas por el TJCAN, desde 1985, hasta 2009

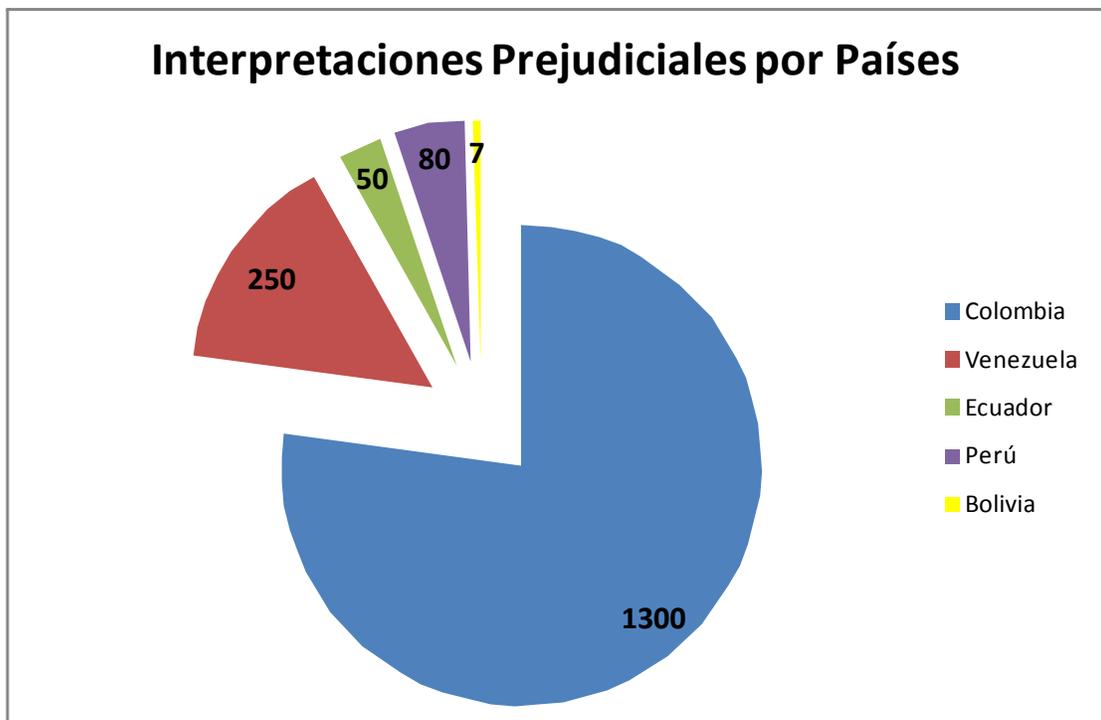
INTERPRETACIONES PREJUDICIALES			
AÑOS 1985 - 2009			
Año	Procesos	Año	Procesos
1985	0	1998	45
1986	0	1999	41
1987	1	2000	77
1988	4	2001	70
1989	7	2002	100
1990	6	2003	134
1991	4	2004	171
1992	3	2005	233
1993	6	2006	198
1994	10	2007	199
1995	34	2008	131
1996	32	2009	149
1997	32	TOTAL	1687

Fuente: Elaboración propia en base a información del Tribunal de Justicia de la CAN:
<http://www.tribunalandino.org.ec/index.php>

⁶⁶³ En ese sentido, el referido autor se plantea la interrogante sobre «(...)si resulta necesaria la aplicación de la teoría del acto aclarado en el marco de la Interpretación prejudicial andina, es decir, la posibilidad de que el juez nacional esté eximido de reenviar la consulta al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en aquellas situaciones en que el ente supranacional haya sentado previamente jurisprudencia en relación a aquellos casos que guarden analogía o identidad, tanto en los hechos como en el derecho aplicable». PATRICIO BUENO MARTÍNEZ, *ibidem* (...), p.6.

El cuadro N°IV, explica la tendencia ascendente en la cantidad de interpretaciones prejudiciales de cada año desde cero, los dos primeros años, hasta 149 interpretaciones solicitadas el año 2009. Desde el año 2000 se puede evidenciar que el número de interpretaciones prejudiciales solicitadas, prácticamente se duplicó, llegando incluso a triplicarse en los últimos años).

Cuadro N°V

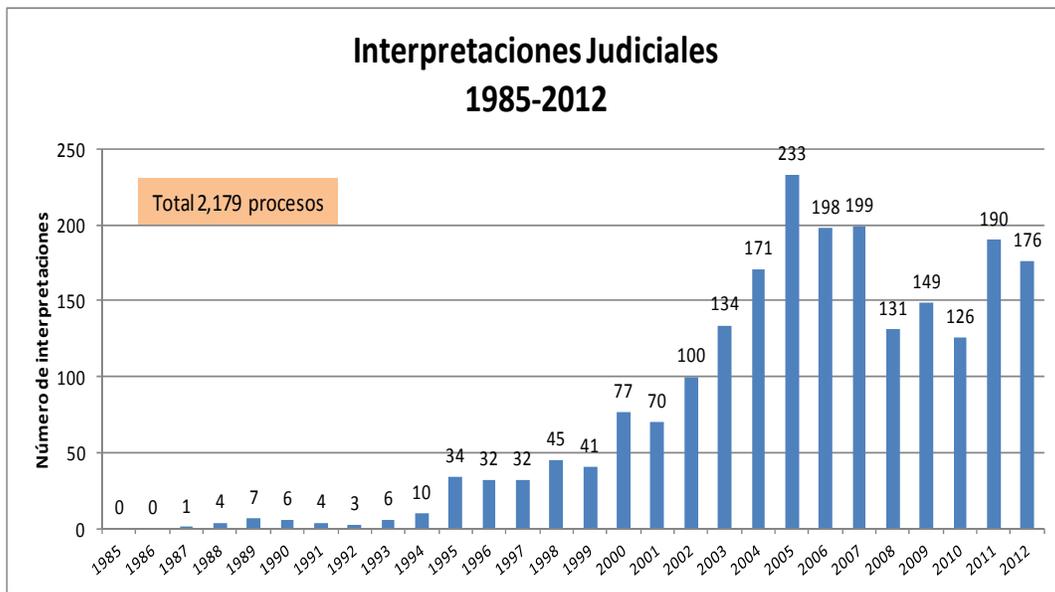


Fuente: Elaboración Propia en base a información del Tribunal de Justicia de la CAN:

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

El cuadro N°V establece el número de interpretaciones prejudiciales que le corresponde a cada país, siendo una abrumadora mayoría a favor de Colombia con 1300 IPs y la menor participación de Bolivia con solo 7 IPs.

La situación descrita permite establecer que de los cinco países miembros, solo uno es el mayor beneficiario de la labor interpretativa del Tribunal, Colombia, y en mucha menor medida, por este orden, Venezuela, Perú, Ecuador y Bolivia, por lo que se puede inferir que con la aplicación de la teoría interpretativa del litigio concreto, la Interpretación prejudicial no está cumpliendo con su objetivo esencial de coadyuvar a la interpretación uniforme del Derecho Comunitario Andino o de "(...) ser la piedra angular del desarrollo uniforme del proceso jurídico comunitario.⁶⁶⁴"

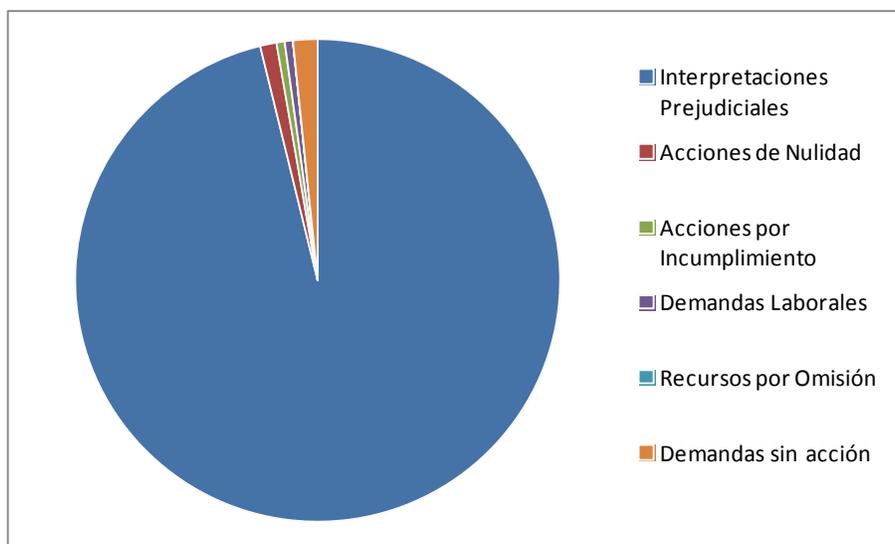


PERÍODO ENE/12 A DIC/12

1. CAUSAS RECIBIDAS Fuente: Documento Informe Gestion 2012 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

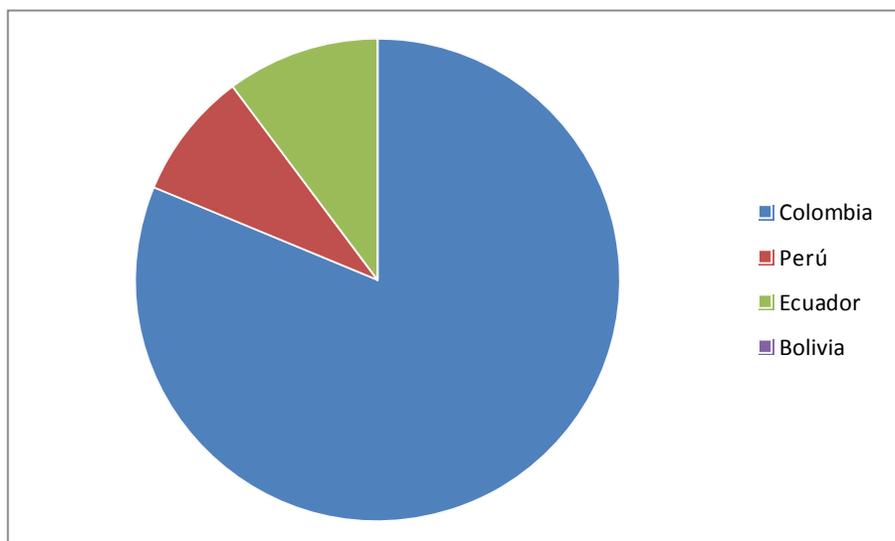
⁶⁶⁴ Sentencia 11-IP-96, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

CAUSAS RECIBIDAS 2012	
Tipo	Cantidad
Interpretaciones Prejudiciales	176
Acciones de Nulidad	2
Acciones por Incumplimiento	1
Demandas Laborales	1
Recursos por Omisión	0
Demandas sin acción	3
TOTAL	183



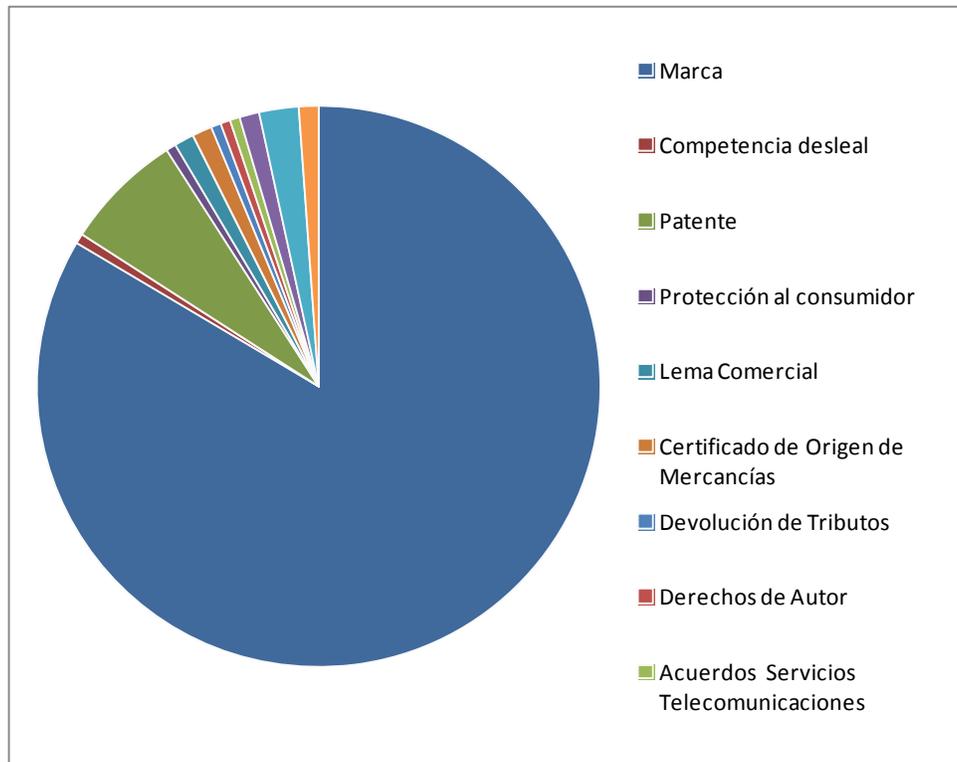
2. INTERPRETACIONES PREJUDICIALES RECIBIDAS POR PAÍSES

País	Cantidad
Colombia	143
Perú	15
Ecuador	18
Bolivia	0
TOTAL	176



3. INTERPRETACIONES PREJUDICIALES RECIBIDAS POR TEMAS

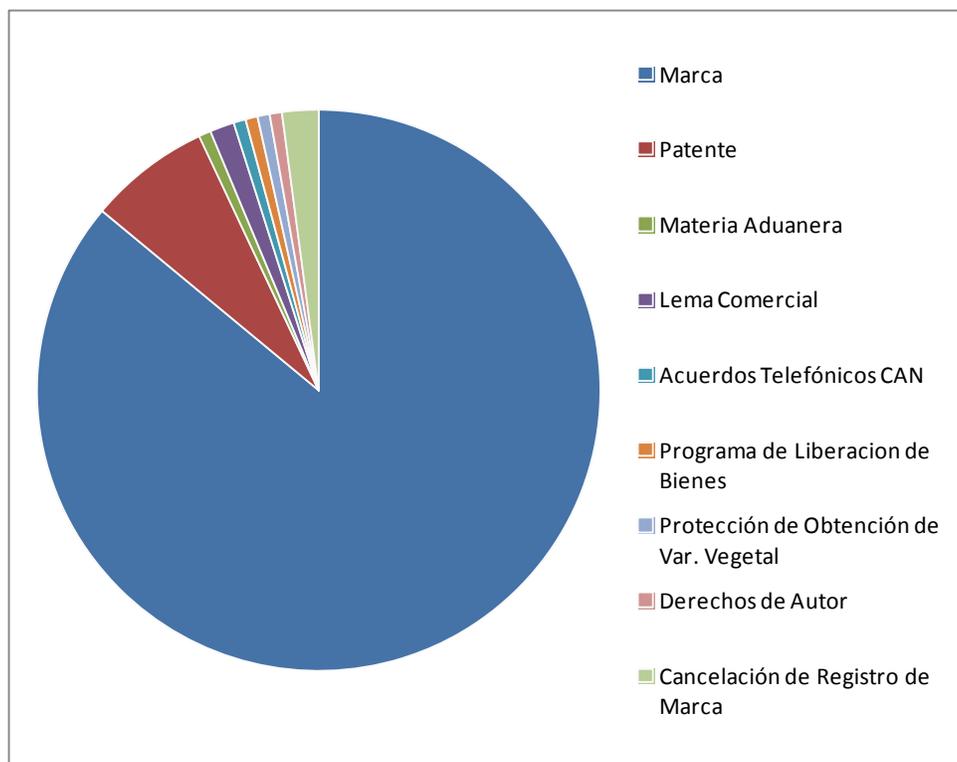
Tema	Cantidad
Marca	147
Competencia desleal	1
Patente	12
Protección al consumidor	1
Lema Comercial	2
Certificado de Origen de Mercanc	2
Devolución de Tributos	1
Derechos de Autor	1
Acuerdos Servicios Telecomunica	1
Protección de Obtención de Var. Vegetal	2
Cancelación de Registro de Marca	4
Materia Aduanera	2
TOTAL	176



4. INTERPRETACIONES PREJUDICIALES RECIBIDAS POR PAISES Y POR TEMAS

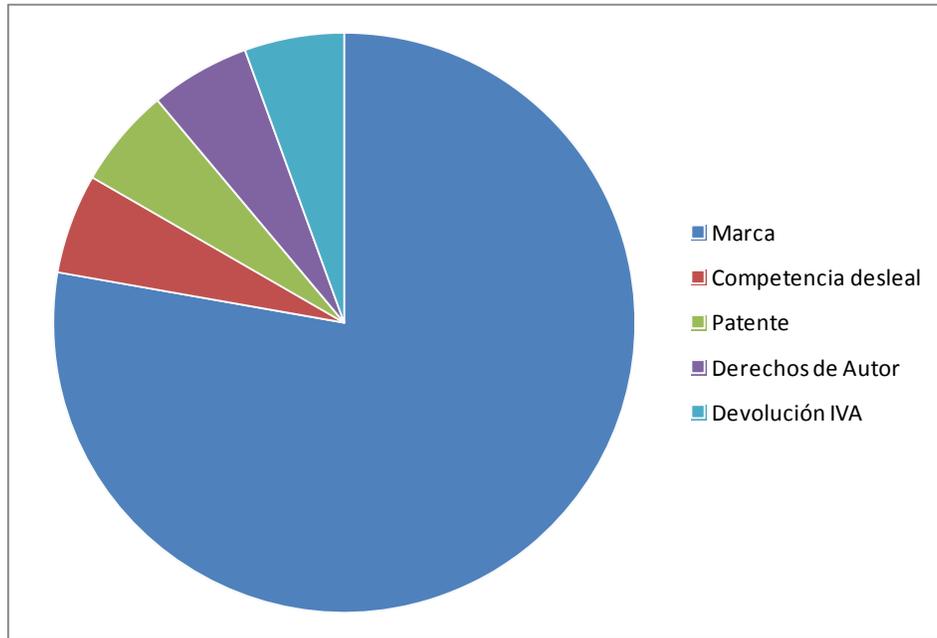
a. COLOMBIA

Tema	Cantidad
Marca	123
Patente	10
Materia Aduanera	1
Lema Comercial	2
Acuerdos Telefónicos CAN	1
Programa de Liberación de Bienes	1
Protección de Obtención de Var. Vegetal	1
Derechos de Autor	1
Cancelación de Registro de Marca	3
TOTAL	143



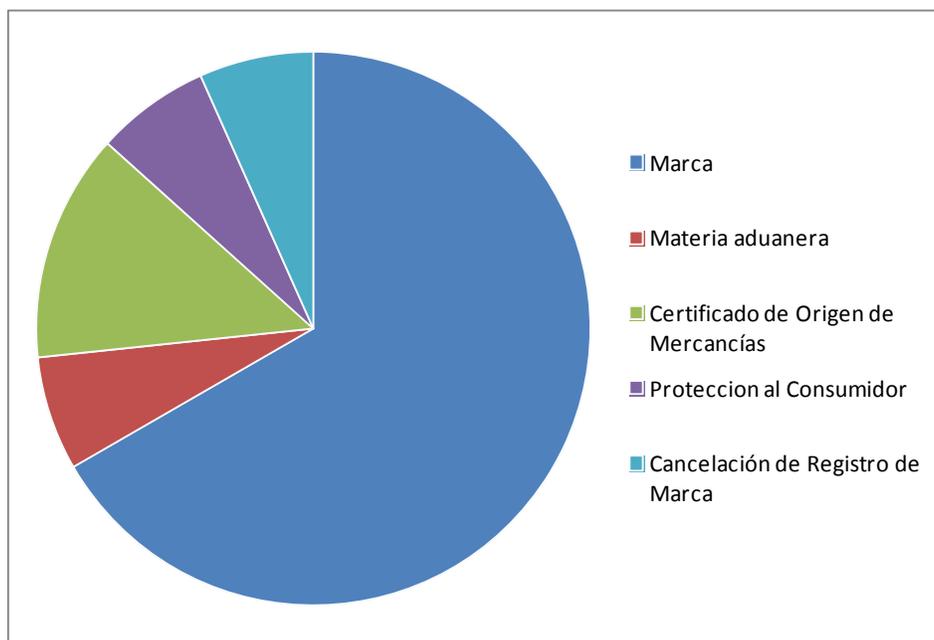
b. ECUADOR

Tema	Cantidad
Marca	14
Competencia desleal	1
Patente	1
Derechos de Autor	1
Devolución IVA	1
TOTAL	18



c. PERÚ

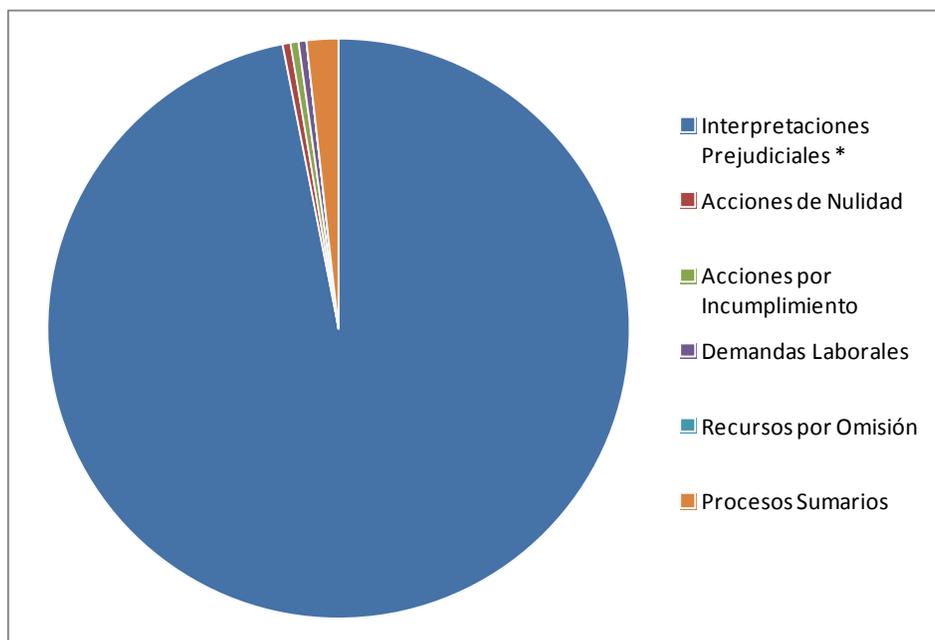
Tema	Cantidad
Marca	10
Materia Aduanera	1
Certificado de Origen de Mercancías	2
Proteccion al Consumidor	1
Cancelación de Registro de Marca	1
TOTAL	15



5. CAUSAS RESUELTAS

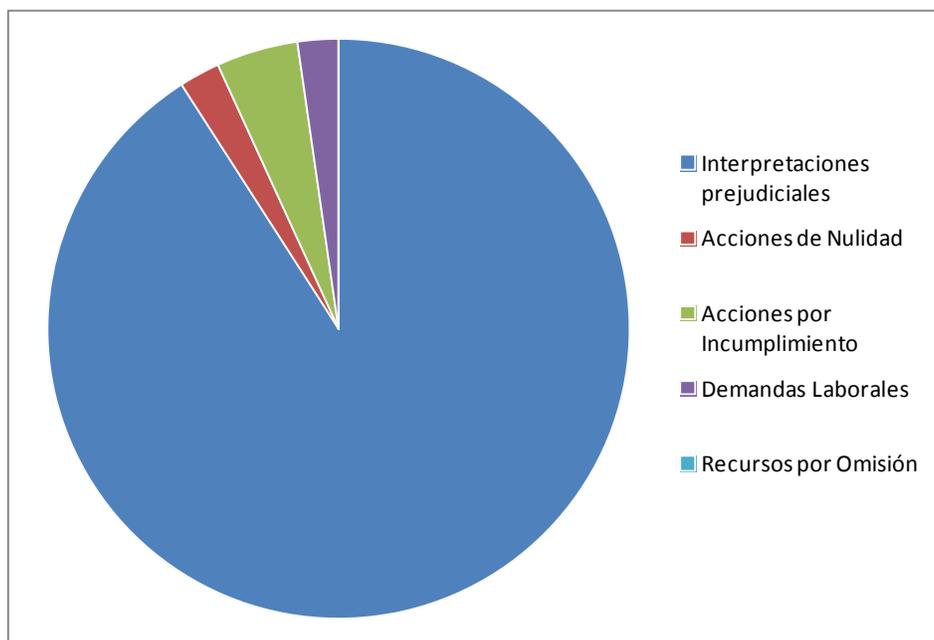
CAUSAS RESUELTAS 2012	
Tipo	Cantidad
Interpretaciones Prejudiciales *	219
Acciones de Nulidad	1
Acciones por Incumplimiento	1
Demandas Laborales	1
Recursos por Omisión	0
Procesos Sumarios	4
TOTAL	226

*** 83 Causas del año 2011 y 136 del año 2012



6. CAUSAS EN TRÁMITE

CAUSAS EN TRÁMITE 2012	
Tipo	Cantidad
Interpretaciones prejudiciales	40
Acciones de Nulidad	1
Acciones por Incumplimiento	2
Demandas Laborales	1
Recursos por Omisión	0
Procesos Sumarios	4
TOTAL	48



Fuente: <http://www.tribunalandino.org.ec/index.php>. Elaboración propia

El cuadro N°VI plantea la cantidad de interpretaciones prejudiciales presentadas por año, pudiendo apreciarse que el año 2005 se presentó la mayor cantidad de IPs, aunque manteniéndose una constante con tendencia a crecer desde el año 2000.

Entonces, puede colegirse que solamente con la aplicación de la doctrina del acto aclarado y, posteriormente, cuando el juez nacional tenga conciencia del Derecho Comunitario, con la doctrina del acto claro, entendidas como una especie de descentralización de la norma comunitaria respaldada a su vez por jurisprudencia firme y abundante del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a favor del juez nacional, se garantizaría la interpretación uniforme del Derecho Comunitario andino, ya que afianzaría en dicho juez nacional la conciencia práctica de que le corresponde ser juez comunitario y por ende aplicador y partícipe de la normativa andina. Lo contrario, esto es, seguir aplicando estrictamente la doctrina del litigio concreto, evitará una mayor participación de los países miembros de la Comunidad Andina, el Derecho Comunitario, seguirá siendo desconocido para los jueces nacionales y no se cumplirán dos preceptos

fundamentales de la integración comunitaria: todo juez nacional es juez comunitario y la interpretación prejudicial es la piedra angular del Derecho Comunitario.

3. La doctrina del litigio concreto en la interpretación prejudicial andina: aproximación crítica

El objetivo último de la interpretación prejudicial es garantizar la interpretación general y uniforme del Derecho Comunitario en todos los países miembros. No obstante, la aplicación de la doctrina del litigio concreto, transformará *al juez nacional en un mero repetidor de las decisiones del tribunal comunitario, sin opción de conocer los principios y la construcción del Derecho Comunitario, puesto que las decisiones del Tribunal de Justicia son irrefutables y de cumplimiento obligatorio. El juez nacional entonces no podría interpretar la ley menos considerar las fuentes principios o costumbres que constituyen el acervo jurídico comunitario*⁶⁶⁵.

Así la doctrina del litigio concreto, entiende que es competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, decidir qué normativa comunitaria andina se va a interpretar, incluso de oficio, por lo que el juez nacional, al ser formalmente notificado con la Interpretación Prejudicial, está obligado a adoptar el pronunciamiento del Tribunal comunitario en su respectiva sentencia según el Artículo. 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Es decir, el juez⁶⁶⁶ nacional con la teoría del litigio concreto se reduce a ser un corresponsal, limitándose la solicitud de interpretación prejudicial a un mero trámite legal.

⁶⁶⁵ URIBE RESTREPO, ob, cit, p. 65.

⁶⁶⁶ En el Siglo XIX, cuando se expidió el Código de Napoleón, se rendía un verdadero culto a la ley codificada. Según Montesquieu, *“Los jueces de la nación no son sino el portavoz que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni el rigor ni la fuerza de los textos de la ley”*. Refiriéndose a esta concepción, Portalis, el principal redactor del Código Civil Francés, señalaba que los *“(…) jueces eran llamados a juzgar como si los legisladores fueran dioses, mientras que ellos, los jueces, no llegaban siquiera a la categoría de hombres”*. URIBE RESTREPO, p. 64.

Así, se estableció un análisis crítico sobre la situación de la Interpretación Prejudicial en la integración andina, señalando su naturaleza jurídica, el procedimiento ante el juez nacional y ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, destacando que funciona prácticamente en los mismos moldes de la Unión Europea.

En ese orden de ideas el fundamento económico de aplicar la Interpretación Prejudicial es el de constituir un mercado común, como el que se desarrolló en la Unión Europea, por lo que se puede señalar que la Interpretación Uniforme del Derecho Comunitario, es resultado de una aplicación sistemática de un modo de integración económica, la cual comporta principalmente una “Organización Económica de Mercado Común, con libre intercambio de productos y uniformidad de aranceles”, modo de organización que se extraña en la Comunidad Andina, dificultando la construcción del concepto de ciudadanía andina, limitándose las libertades económicas reconocidas en los tratados europeos (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales), concebidas como factores económicos para la construcción de dicho mercado común.

Por lo que en el campo del Derecho Comunitario, más concretamente en la aplicación de la Interpretación prejudicial, las teorías interpretativas del acto aclarado y del acto claro, son una elaboración de la jurisprudencia europea, con un propósito definido, y éste es dar mayor capacidad de razonamiento y decisión al juez nacional, lo que no acontece en el Derecho Comunitario andino, donde se desecha su aplicación y se hace obligatorio el reenvío al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de cualquier duda interpretativa que exista sobre la norma comunitaria. Lo anterior incide directamente en que no se hace partícipe al juez nacional en la interpretación del Derecho Comunitario, ni en la conformación de una jurisprudencia uniforme, reduciendo su papel a un mero aplicador de la ley comunitaria y negando el principio de que todo

juez nacional es juez comunitario. Por lo que una integración sólida y coherente como pretende ser la Comunidad Andina, será inviable, mientras no se reconozca que en la construcción del Derecho Comunitario también tienen que participar los jueces nacionales.

En consecuencia, el fundamento básico para que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina adopte la teoría del acto aclarado y del acto claro, tal como lo hizo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se basa en una relación de coordinación entre el juez nacional y el juez comunitario, donde se evitaría el desgaste de enviar interpretaciones de temas sobre los que existe jurisprudencia, se ahorrarían recursos económicos, se daría preponderancia a los principios de celeridad y eficiencia en la justicia, evitando dilaciones en los procesos y dicho juez nacional se convertiría en un elemento que garantice la aplicación uniforme de la jurisprudencia comunitaria aplicada al caso concreto. Este último elemento se vería reforzado, al ser el juez nacional el intérprete por excelencia de la jurisprudencia andina, tomando conciencia de su aplicación, y beneficiando con su conocimiento a los Países Miembros cuya participación en este recurso legal comunitario ha sido deficitaria (tal es el caso de Bolivia que envió algunas solicitudes de interpretación prejudicial, o Perú que envió unas más al órgano jurisdiccional comunitario andino). No cumpliéndose, en este sentido, el propósito fundamental del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cual es el garantizar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino y hacer de la Interpretación Prejudicial la piedra angular del desarrollo uniforme del proceso jurídico comunitario.

Tal y como se pudo señalar a lo largo del presente capítulo, con relación a la sentencia de interpretación prejudicial dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ésta únicamente vincula al juez nacional solicitante que conoce del proceso interno y no a los demás jueces nacionales del bloque de integración, no permitiendo que estos tengan un sentido de

“comunitariedad” con los demás jueces de la región, sino sólo de “colaboración vertical” con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consecuencia directa de que dicho Tribunal de Justicia Comunitario adopte la doctrina del litigio concreto, por lo que la no adopción de las doctrinas del acto claro y del acto aclarado, no permite a los jueces de la subregión vincularse entre sí, ni tampoco se logra alcanzar la uniformidad en la interpretación del Derecho.

En definitiva la presente investigación, no plantea únicamente la aplicación de las teorías del acto claro y aclarado para lograr mayor celeridad en la resolución de interpretaciones prejudiciales, sino que complementariamente las mismas deben posibilitar un grado mayor de integración de los países andinos, siendo causa estructural de la crisis en la que se debate la Comunidad Andina, la escasa participación del juez nacional en la interposición de la Interpretación prejudicial ante el Tribunal Comunitario, así complementariamente resulta motivo de reflexión y análisis el escaso conocimiento y difusión del Derecho Comunitario en los Estados miembros, la falta de preparación del juez nacional, de estudiantes de Derecho y abogados en Derecho Comunitario, lo que afecta directamente en la construcción del proceso comunitario andino, siendo un enunciado teórico, el principio de que todo juez nacional es juez comunitario.

Se postuló a manera de hipótesis que la interpretación prejudicial ayuda a crear una interpretación general y uniforme del Derecho Comunitario andino para los Estados Miembros de la Comunidad Andina. En concordancia, se pretendió establecer cuál era la vigencia y aplicación real del principio de juez comunitario como juez nacional, consagrado por la jurisprudencia andina y europea. En este sentido, se planteó si la interpretación prejudicial andina afirma y allana a la consagración de dicho principio dando al juez nacional la potestad de conocer, interpretar y aplicar el Derecho Comunitario a su realidad jurídica.

Así, se estudió a la interpretación prejudicial desde una dimensión jurídica- internacional y técnico procedimental, lo cual sirvió de herramienta para explicar la naturaleza, características y crisis del principal proceso de integración en el que se embarcaron los países andinos: la Comunidad Andina.

De esta manera se estudiaron tres cuestiones principales: En primer lugar, si desde el Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales, las principales teorías de integración justificaron el surgimiento de la Unión Europea y de la Comunidad Andina, para proyectar sus características, problemática y contexto histórico, estableciendo cómo se construyeron dichos procesos de integración con sus particularidades y competencias propias. En segundo lugar, se abordaron las características y peculiaridades del Derecho Comunitario europeo y andino, para establecer los puntos de coincidencia entre ambos y delimitar los principios y lineamientos jurídicos que dieron origen a la interpretación prejudicial, estableciendo que tiene su origen en el proceso de integración europeo. En tercer lugar, se analizó a la interpretación prejudicial como competencia que delimita los principios jurisprudenciales comunitarios andinos y europeos, sus características, procedimientos y garantía de consagración del principio de que todo juez nacional es juez comunitario, en pos de la interpretación general y uniforme de dicho Derecho Comunitario.

La interpretación prejudicial, sirvió de base para realizar un estudio jurídico comparado a lo largo de la presente investigación entre la Unión Europea y la Comunidad Andina, demostrando, la ausencia de una teoría de integración, desde la región andina y latinoamericana, que explique las características propias de lo que se entiende por “Comunitarismo e Integración”.

Por lo que se debe plantear, la necesidad de construir un único pensamiento, académico – jurídico andino y latinoamericano integracionista a partir de nuestras experiencias jurídicas económicas y culturales.

En ese contexto, la interpretación prejudicial, como garantía de interpretación general y uniforme y piedra angular de la integración y del Derecho Comunitario Andino, aún tiene un largo trecho por recorrer, por lo que no debe perderse de vista, que la misma tiene por objetivo, consolidar y uniformizar un bloque progresista, con características económicas propias, que defina una integración sólida, aspiración de los Estados andinos, en aras de su desarrollo y su seguridad jurídica.

Así, la presente investigación considera como necesario aporte, la vinculación entre el proceso de integración regional andino, con las competencias jurisdiccionales comunitarias y su incidencia en la construcción de la interpretación general y uniforme del Derecho Comunitario andino, para destacar que en la actualidad no se cumple el principio de que todo “juez nacional es juez comunitario”, ya que el juez nacional andino solo es juez comunitario, por aplicar de manera obligatoria la sentencia del Tribunal Comunitario, más no por la interpretación que dicho juez nacional realice de la norma, restringiéndose los lineamientos jurisprudenciales andinos a un monopolio ejercido por dicho Órgano Comunitario. Por lo que para evitar que los principios de Derecho Comunitario, sólo sean enunciados académicos y teóricos desconocidos y sin respaldo en la experiencia compartida de los Estados andinos, resulta imprescindible que el juez nacional pueda aplicar las teorías interpretativas del acto claro y del acto aclarado, lo contrario afecta directamente a la construcción de una jurisprudencia compartida, y atenta a la idea de lo “comunitario” y lo “andino”.

En otras palabras se debe rechazar la aplicación por si sola de la teoría del litigio concreto puesto que mientras que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la siga utilizando exclusivamente, no se coadyuvará en la interpretación uniforme del Derecho Comunitario.

Es preciso además mencionar, que mas allá de que se adopte la teoría del acto aclarado, o del acto claro, se debe enfatizar en la escasa aplicación y débil divulgación que se hace del Derecho Comunitario Andino, en la formación inicial y continua del juez nacional andino, especialmente de Bolivia, Ecuador y Perú, aspecto que necesariamente deberá evaluarse y mejorarse, para así satisfacer una necesidad imperiosa que anhelan nuestros pueblos, como es la integración andina.

En ese sentido las consideraciones precedentes, reflejadas a lo largo de la presente investigación, nos permitieron alcanzar las siguientes conclusiones:

Conclusiones de la Investigación

Primera. Se planteó necesario establecer, recurriendo al Derecho Internacional, cuáles son las principales teorías de integración que justificaron el surgimiento de la Unión Europea y de la Comunidad Andina, para entender cuáles son sus características, problemática y contexto histórico.

En ese sentido, se concluye que las teorías de la integración en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, responden a estudios exclusivamente sobre la Unión Europea y los Estados Unidos, señalándose la ausencia de una teoría de integración que facilite la forma de relacionamiento, logros y perspectivas de los países latinoamericanos en general y andinos en particular. En ese sentido cabe una reflexión sobre la escasa discusión académica global sobre los intentos integracionistas intentados desde esta parte del mundo.

Segunda. En este orden de ideas, las principales teorías que explican el fenómeno de los procesos de integración son básicamente eurocéntricas: el federalismo, el funcionalismo, neofuncionalismo, el intergubernamentalismo o institucionalismo intergubernamental. Así, se puede establecer que las mismas exponen desde el punto de vista europeo las crisis del Estado unitario y la erosión del concepto clásico de la soberanía, relacionándose unos países con otros en base a las conveniencias de sus élites, conocimiento técnico y crecimiento económico. En ese sentido, el neofuncionalismo explicó el surgimiento de la Unión Europea a partir de los beneficios de determinados grupos pragmáticos, obviando en la práctica ideales o buenos propósitos que se persigan con la integración. Por su parte se considera al Federalismo como el grado más avanzado de organización estatal, en la relación y distribución del poder central con los Estados federados.

Tercera. La Unión Europea se constituyó en la primera organización con carácter de Comunidad Económica, integrada por algunos países europeos a partir de los años 50, en la segunda posguerra mundial. Dicha estructura integracionista se organizó en base a la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, (CECA), la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) y la Comunidad Económica Europea (CEE). Los instrumentos internacionales sobre los que se basó la nueva integración fueron los Tratados Fundacionales, los cuales se clasifican en dos clases: Tratados de Modificación y Tratados de Adhesión. Sobre la naturaleza jurídica de la Unión Europea, se podría manifestar que la misma se enmarca dentro de un proceso de supranacionalidad, sólo posible después de que los Estados europeos protagonizaron dos guerras mundiales en el mismo siglo XX.

Cuarta. La Unión Europea se formó dentro de una nueva disciplina jurídica que tuvo como base el Derecho Internacional Público: el Derecho Comunitario, el cual, tomado como ejemplo por la Comunidad Andina (CAN) demostró fortaleza, unión y armonía entre sus miembros. No obstante, las realidades de los procesos de integración siempre son diferentes en cada región, por lo que a pesar del esfuerzo de construir una jurisdicción comunitaria andina, ésta no tuvo el éxito de la Unión Europea, por lo que se evidenció que países pobres, como los andinos, muchas veces desestructurados internamente y con problemas fronterizos como Ecuador, Colombia, Venezuela o Perú, cedan su soberanía a una Organización de Derecho Comunitario, es más aparente que real.

Quinta. Desde el punto de vista europeo, la integración va más allá de lo meramente comercial y sitúa el compromiso del Estado en un nivel superior de obligatoriedad vinculante. Sin embargo debe estar precedida por la reciprocidad igual y equitativa entre los miembros de la Comunidad. En este sentido, el Derecho Comunitario sobre el que se basó dicha Unión se dividió

en el derecho primario y el derecho secundario con características específicas, como son la aplicabilidad inmediata, el efecto directo y la primacía de sus normas comunitarias respecto de las competencias cedidas por los Estados miembros a la Comunidad Europea.

Sexta. Se determinó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tiene como función la interpretación, control y cumplimiento del ordenamiento jurídico europeo. Así, para que exista una Organización Supranacional, es necesario que exista un Tribunal Comunitario, que vele por la jurisprudencia comunitaria, su uniformidad, y proporcione a los jueces nacionales herramientas interpretativas para consolidar el Derecho Comunitario.

Séptima. La interpretación prejudicial fue incorporada por primera vez en el capítulo cuarto, Artículo 41 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, (CECA), firmado en París en 1951. En ese sentido, según el neofuncionalismo, la Interpretación prejudicial fue producto de la necesidad de uniformizar un bloque progresista que consolide un Mercado Común que permitiera la libre circulación de los bienes en la comunidad. Por lo que se debe concluir que la interpretación prejudicial, nació con la finalidad de estandarizar las normas comunitarias supranacionales, no limitándose a ser una competencia estrictamente jurídica, sino que se fundamentó como una iniciativa de carácter económico que permitió la libre circulación de los bienes en la comunidad.

Octava. La interpretación prejudicial es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Unión Europea, puesto que es necesario para la Unión Europea el establecimiento de un control jurisdiccional sobre el respeto de los tratados y la normativa de aplicación, es decir, reglamentos, directivas y decisiones. Aparte de ser menester y finalidad del Derecho Comunitario que sus normas sean uniformes, resulta importante que dicha norma sea interpretada y aplicada de la

misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros.

Novena. Los límites de la interpretación prejudicial europea son: a) el objeto de la interpretación solamente puede ser el Derecho de la Unión y nunca el Derecho nacional, b) el Tribunal no puede aplicar el Derecho de la Unión a un caso determinado porque no es competente para resolver el litigio principal, c) el Tribunal no puede declarar la incompatibilidad de una norma nacional con el Derecho del bloque, d) el Tribunal no puede pronunciarse sobre cuestiones de hecho y e) el Tribunal no es competente para examinar los motivos que llevaron al juez nacional a plantear la cuestión prejudicial.

Décima. A la interpretación prejudicial europea se han ido adoptando nuevas características a partir de la suscripción de tres de los más importantes Tratados de Modificación al proceso de integración europeo, como ser el Tratado de Ámsterdam, Niza y Lisboa. El Tratado de Ámsterdam hizo que la cuestión prejudicial fuera transpuesta al terreno de la cooperación policial y judicial en materia penal y puso fin a la obligatoriedad en la cooperación del Tribunal de Justicia Comunitario con los tribunales nacionales, instaurando un sistema optativo, donde los Estados, en el momento de la firma del Tratado de Ámsterdam o en un momento posterior, podían aceptar o no la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia. El Tratado de Niza atribuye competencias al Tribunal de Primera Instancia (actual Tribunal General) para el conocimiento de cuestiones prejudiciales (tal reparto de competencias tiene un carácter referencial) El Tratado de Lisboa relaciona a la Interpretación Prejudicial con los visados, asilo, inmigración y otras políticas sobre la libre circulación de personas, en particular, la cooperación judicial en materia civil, el reconocimiento y la ejecución de sentencias

Décima Primera. Se puede concluir que la interpretación prejudicial europea se concreta en un procedimiento de tres fases: Primera: el problema de Derecho Comunitario ante el juez nacional, quien va a plantear la cuestión prejudicial, de interpretación o de validez y la remitirá al Tribunal comunitario. Segunda, proceso ante el Tribunal de Justicia, que culmina en la respuesta a la cuestión planteada. Tercera, la decisión del proceso por el juez nacional a la luz de la respuesta proporcionada por el Tribunal Comunitario.

Décima Segunda. El procedimiento prejudicial de urgencia en la Unión Europea simplifica las diferentes fases del proceso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero sólo debe solicitarse en circunstancias en las que sea absolutamente necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la remisión prejudicial en el menor plazo posible; por ejemplo, cuando la respuesta a la cuestión planteada sea determinante para la apreciación de la situación jurídica de la persona o, en un litigio relativo a la patria potestad o a la custodia de los hijos, cuando la competencia del juez que deba conocer del asunto en virtud del Derecho de la Unión Europea dependa de la respuesta a la cuestión prejudicial.

Décima Tercera. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha tenido como propósito principal la formación del Derecho Comunitario, en base a postulados de Libre Mercado, por lo que ha transformado las libertades económicas reconocidas en los tratados (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales), concebidas inicialmente como factores económicos de liberalización del mercado común, en auténticos derechos fundamentales de los ciudadanos de la Comunidad, en reconocimiento del “Libre Comercio”, verdadero objetivo en común de los Estados miembros de la Unión Europea.

Décima Cuarta. Se constituyó como garantía de interpretación general y uniforme que todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea estén obligados a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes de declarar la invalidez de un acto comunitario, lo cual derivó en acumulación de cargas procesales. Para solucionar dicho aspecto, se utilizaron las doctrinas interpretativas del acto claro y del acto aclarado, haciendo más rápido el procedimiento prejudicial, dar mayor libertad de decisión al juez nacional y crear conciencia de la aplicación del Derecho Comunitario.

Décima Quinta. En ese orden de ideas, el fundamento de la Teoría del Acto Claro y del Acto Aclarado se basa en no solo aliviar la carga procesal al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino en que el juez nacional considere en primer lugar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que implica que la conozca y aplique consagrando en este sentido su carácter de juez comunitario y, en segundo lugar, que el conocimiento de dicha jurisprudencia y normativa comunitaria no deje duda de que la normativa comunitaria que aplique al caso concreto es la correcta, dándole un papel de ejecutor y aplicador crítico de la norma comunitaria.

Décima Sexta. En cuanto a la jurisprudencia de la Interpretación Prejudicial europea, la misma presenta como propósito principal la interpretación general y uniforme del Derecho Comunitario, en base a la uniformidad del Mercado Común Europeo, en comparación la Comunidad Andina, no constituye un Mercado Común consolidado, lo que contrasta con la jurisprudencia del Tribunal comunitario andino que postula dicha interpretación general y uniforme del Derecho Comunitario andino.

Décima Séptima. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de la construcción jurisprudencial de la mano de la Interpretación Prejudicial, ha consagrado cuatro principios básicos: efecto directo, la primacía del Derecho Comunitario, principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares como consecuencia de una violación del Derecho Comunitario y que todo juez nacional es juez comunitario.

Décima Octava. La cuestión prejudicial puede considerarse un control de comunitariedad por el que los jueces nacionales, no solo aplican la ley, sino que son sus supervisores y fiscalizadores. Al respecto se puede definir a la cuestión prejudicial como una competencia centralizadora por la que los jueces nacionales se integran al ordenamiento comunitario y aplican las disposiciones de la Comunidad

Decimo Novena. Se pueden encontrar los siguientes inconvenientes en el acceso y conocimiento que implica el principio del juez nacional como juez comunitario en la Union Europea : disparidades significativas en el conocimiento del Derecho Comunitario por parte de los jueces nacionales, necesidad de mejorar en general los conocimientos de lenguas extranjeras de los jueces nacionales, dificultades para acceder a información específica y actualizada sobre el Derecho Comunitario, necesidad de mejorar la formación inicial y continua de los jueces nacionales en materia de Derecho Comunitario, falta de familiaridad de los jueces con respecto al procedimiento prejudicial, y, finalmente, la impresión de que el Derecho Comunitario es excesivamente complejo.

Vigésima. Con relación al más serio intento integracionista latinoamericano en el siglo XIX, el Congreso de Panamá, convocado por Bolívar, fracasó principalmente por la negativa de los Estados participantes a reducir sus aranceles, lo que impidió todo intento de fijar acuerdos

preferenciales de comercio, al ser evidentes los desequilibrios en la balanza comercial de cada asistente. Estos países eran dependientes de los aranceles como fuente de ingresos para sus gobiernos, por lo cual se negaron a toda concesión al respecto. Es decir, se negaron a uniformizar sus economías en un único proceso integrador. Bolívar se sintió obligado a que el elemento de cohesión supranacional, representado durante la Colonia por la monarquía española fuera sustituido por instituciones autóctonas de colaboración hispanoamericana que conservaran la unidad en el Sur del Hemisferio e hicieran posible que la independencia no significara un retroceso político, sino un progreso efectivo con respecto al pasado colonial.

Vigésima Primera. La Comunidad Andina presenta en su historia una carga ideológica e integracionista común, heredada de los planteamientos políticos del Libertador Simón Bolívar, por lo que el deseo de integración se explica por tres razones: el atractivo modelo federal de Estados Unidos, el temor a un regreso de las potencias europeas y la conciencia de un destino común.

Vigésima Segunda. Varios fueron los intentos en la construcción de un destino común andino. En ese sentido, en el siglo XX se constituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (en adelante ALALC), que tenía como aspiración la construcción de un Mercado Común, el cual trató de implementar en base a dos consignas: el proteccionismo y la sustitución de exportaciones, lo cual fracasó, siendo la tendencia el agrupar a países por sus iguales características de desarrollo y crecimiento.

Vigésima Tercera. La primera manifestación concreta de integración en la subregión andina en el siglo XX se plasmó en la Declaración de Bogotá, suscrita el 16 de agosto de 1966, con miras a conformar una Comisión Mixta, para analizar el establecimiento de un Grupo de

Integración Subregional. Todo ello derivaría en la suscripción del “Acuerdo de Integración Subregional” en la ciudad de Bogotá el 26 de mayo de 1969 o “Acuerdo de Cartagena”, dando nacimiento a la actual Comunidad Andina bajo el nombre de Grupo Andino y por el cual se pretendía integrar idealmente un Mercado Común al estilo europeo.

Vigésima Cuarta. El Acuerdo de Cartagena ha sido objeto de varias modificaciones, entre las que se destacan: el Protocolo de Lima, cuyo objetivo principal fue la ampliación de los plazos establecidos para el cumplimiento del Programa de Liberación y para la puesta en aplicación del Arancel Externo Común; el Protocolo de Arequipa, cuyo objetivo principal fue la ampliación, en unos casos, y la reducción, en otros, de los plazos previstos en el Acuerdo; el Protocolo de Quito, que amplió los objetivos del Acuerdo, los programas y las acciones de cooperación económica y social, así como la competencia de la Comisión y de la Junta entre otros; el Protocolo de Trujillo, por virtud del cual se creó la Comunidad Andina como una organización subregional, con personalidad jurídica internacional, integrada por los Estados Miembros y los órganos e instituciones del “Sistema Andino de Integración”; y el Protocolo de Sucre, el cual facultó a la Comisión para aprobar un marco general de principios y normas destinado a lograr la liberación del comercio intrasubregional de servicios

Vigésima Quinta. Se concluye que las modificaciones al Acuerdo de Cartagena se realizaron básicamente como respuesta a los incumplimientos de los países miembros en los plazos establecidos por problemáticas internas y a la falta de una estructura comunitaria andina sólida, o al intento de conseguirla u ordenarla a partir del “Sistema Andino de Integración”. En otras palabras, las modificaciones al Acuerdo de Cartagena no supusieron que las mismas se planteen como resultado del éxito en la integración andina, por el contrario, en su mayoría constituyeron medidas de reparación y reencauzamiento. No ocurrió lo mismo en la Unión

Europea, cuyo proceso se enmarcó en una permanente evolución y crecimiento, lo que incluso justificó el desarrollo de las teorías de integración, precedentemente señaladas.

Vigésima Sexta. El Acuerdo de Cartagena creó la Comisión como un órgano conformado por un representante plenipotenciario de cada Estado miembro, y la Junta, primer órgano compuesto por personal independiente nombrado por la Comisión y no por los Estados, rasgo que parecía darle una característica “supranacional” a la Comunidad Andina. No obstante, la adopción de sus resoluciones se encontraba supeditada a la unanimidad de sus representantes, por lo que no era posible aplicar una resolución adoptada por la mayoría de los miembros en los Estados que habían votado en contra. De esta manera, si bien el Acuerdo de Cartagena regulaba mecanismos e instituciones que pretendían ser supranacionales, se careció de una estructura institucional, por lo que se daban interpretaciones individuales según el Estado y el verdadero sentido “supranacional” de la norma simplemente desaparecía.

Vigésima Séptima. Con relación a la naturaleza jurídica del Proceso de Integración Andino, el mismo es manifiestamente sui generis, ya que intenta, a partir de sus principios de primacía, transferencia de competencias soberanas y aplicabilidad directa, tener rasgos supranacionales. No obstante, la estructura misma de su organización es eminentemente intergubernamental; aún el Parlamento Andino presenta representantes directamente elegidos por los Gobiernos de los Estados Miembros, por lo que a diferencia de la Unión Europea, la misma no es una organización supranacional consolidada.

Vigésimo Octava. Inicialmente, el Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969 no contempló la creación de un órgano jurisdiccional comunitario, lo que se explica si se considera que dicho Acuerdo de Integración Subregional Andino surgió como un Acuerdo de Integración

dependiente y subordinado al Tratado de Montevideo de 1960 que crea la ALALC. En ese sentido, una de las razones que motivaron la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena se basó en constituir mecanismos apropiados para la declaración, aplicación uniforme y preservación del ordenamiento jurídico comunitario. Por lo que dicho Tribunal, se configura como un órgano supervisor que estructura jerárquicamente el Derecho Comunitario Andino en base al Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la Integración Subregional Andina.

Vigésima Novena. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al igual que el Derecho Comunitario europeo, ha señalado principalmente la existencia de dos tipos de fuentes: fuentes primarias y fuentes derivadas. Las denominadas fuentes primarias, estarían conformadas por las normas constitutivas o fundacionales de este esquema de integración, a saber, los Tratados Internacionales que han creado o modificado el proceso de integración andino. No obstante, dichas fuentes primarias no incluyen otros acuerdos internacionales celebrados para promover la integración andina en otros sectores como el Convenio Andrés Bello sobre educación, Ciencia y Cultura; el Convenio Simón Rodríguez en materia Laboral y Social; o el Convenio Hipólito Unanue, en el ámbito de la Salud. Así también, dentro de las fuentes derivadas se encontrarían las «Decisiones» dictadas por la Comisión de la Comunidad Andina y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y, en segundo lugar, las «Resoluciones» dictadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina. Como fuentes complementarias, se encuentran los Convenios de Complementación en el Sector Industrial, los cuales son una fuente normativa distinta que no puede ser ubicada dentro de las

fuentes secundarias, en la medida en que se trata de normas de naturaleza convencional, ubicadas jerárquicamente por debajo del derecho originario y derivado. Así también las fuentes auxiliares, compuestas por los principios generales del Derecho y los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad Andina, tal como se da en el modelo europeo. Sin embargo, la costumbre no suele ser reconocida como una fuente del ordenamiento jurídico andino, porque el proceso de integración implica la cesión de competencias soberanas que deben ser plasmadas en tratados internacionales. Y lo mismo ocurre con la jurisprudencia y la doctrina, que no generan normas jurídicas de obligatorio cumplimiento.

Trigésima . Con relación a las características del Derecho Comunitario Andino, surgen de los primeros Artículos del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las cuales han sido confirmadas por la jurisprudencia del Tribunal en base a solicitudes de interpretación prejudicial. Las mismas son: Aplicación Directa, por la cual, las normas comunitarias rigen por igual en cada uno de los Países Miembros; Aplicación Preferente, que consiste en que la norma comunitaria se aplicará prioritariamente respecto a las normas nacionales, independientemente del rango de estas últimas: el Efecto Directo, que plantea dos principios esenciales: la Autonomía y Preeminencia frente a compromisos internacionales que tengan los Estados miembros; la aplicación inmediata, referida a su vigencia inmediata en el territorio de los Estados miembros una vez que es aprobada o publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, la cual tan sólo es aplicable a la norma comunitaria andina derivada o secundaria, y no a las normas originarias, en tanto estas últimas entran en vigor de acuerdo con las disposiciones del propio Tratado y lo que establezcan los derechos nacionales en materia de aprobación de tratados.

Trigésima Primera. La tutela del ordenamiento jurídico comunitario corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ante el cual es posible recurrir a través de cuatro acciones judiciales concretas: Acción de Nulidad, Acción de Incumplimiento, Interpretación Prejudicial y Recurso por Omisión o Inactividad, garantizando el control y fiscalización del cumplimiento del Derecho Comunitario Andino. La acción de nulidad, por la que las Instituciones andinas y países miembros pueden actuar contra las decisiones, resoluciones y convenios de complementación industrial que hayan sido dictados o celebrados en violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino (Artículos 17 y 19 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), está relacionada con la extralimitación de competencias por parte de alguna Institución Comunitaria, o por existir vicios en la formación de la norma. La acción de incumplimiento surge para controlar el comportamiento de los Estados miembros en relación con la normatividad andina y, en ese sentido, el ordenamiento comunitario andino habilita a los Países Miembros, a la Secretaría General y a los particulares (personas naturales o jurídicas) para interponerla. En el caso de la Secretaría, esta puede iniciar de oficio o a solicitud de algún País Miembro o de un particular la acción de incumplimiento, cuando se considere que un Estado ha incumplido las obligaciones emanadas de las normas o convenios que componen el ordenamiento jurídico andino. El recurso por omisión o inactividad es un mecanismo que tienen los particulares (personas naturales o jurídicas), los órganos comunitarios y las autoridades de los Países Miembros de la Comunidad Andina para solicitar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General que cumplan con alguna función que viene siendo omitida o incumplida.

Trigésima Segunda. La Interpretación prejudicial puede ser planteada por un juez nacional de un Estado Miembro en cualquier fase en que se encuentre el proceso, no existiendo,

por tanto, oportunidad procesal para solicitar esta interpretación. La misma tiene por finalidad lograr una aplicación uniforme en la interpretación del Derecho Comunitario andino.

Trigésimo Tercera. A lo largo de los años se han acumulado criterios jurisprudenciales elaborados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que, al ser transmitidos al juez nacional, lo obligarían a tener conciencia de la jurisprudencia comunitaria, desarrollaría un criterio interpretativo en relación a la misma y sería efectivamente un juez integracionista, garantista de la aplicación e interpretación uniforme del acervo comunitario y no un mero corresponsal de interpretaciones prejudiciales o, en palabras de la Ilustración francesa, el juez que solo es la boca de la ley. Estas las ventajas de aplicar las teorías del acto claro y aclarado en la normativa comunitaria andina.

Trigésima Cuarta El Tribunal comunitario, carece de competencia para conocer solicitudes de Interpretación prejudicial que provengan de personas particulares y solo atenderá aquellas solicitudes de jueces nacionales que estén conociendo una causa concreta

Trigésima Quinta. Una vez dictada la sentencia prejudicial, por el Órgano jurisdiccional comunitario, ésta vincula al juez nacional. No obstante, se debe enfatizar que dicha aplicación de la norma comunitaria no convierte al juez nacional en juez comunitario, ni ayuda a que se construya uniformidad en la interpretación del Derecho comunitario andino, puesto que contrariamente a lo que ocurre en la Unión Europea, en la Comunidad Andina la decisión dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina vincula únicamente a los jueces involucrados en el caso determinado y particular y no a los demás jueces del bloque.

Trigésima Sexta. La no adopción de las teorías del acto claro y del acto aclarado no permite la vinculación de los jueces del sistema de integración, ni tampoco se logra alcanzar la uniformidad en la interpretación del Derecho Comunitario, por que a cada caso que deba ser resuelto en última o única instancia donde se plantee la interpretación prejudicial, se obligará a los jueces a que adopten la interpretación emanada del órgano comunitario, no a interpretarla, ni a asumir como propios los postulados y principios del Derecho Comunitario ya explicados, puesto que no participarían de su construcción ni se identificarían con su uniformidad.

Trigésima Séptima. Seguir aplicando estrictamente la teoría del litigio concreto evitará una mayor participación de los países miembros de la Comunidad Andina. El Derecho Comunitario seguirá siendo desconocido para los jueces nacionales y no se cumplirán dos preceptos fundamentales de la integración comunitaria: todo juez nacional es juez comunitario y la interpretación prejudicial es la piedra angular del Derecho Comunitario.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUERDO DE CARTAGENA de 1813, aceptado por la ALALC el 9 de junio de 1969, como Acuerdo Subregional compatible.
- AIRAKSINEN, T. y BERTMAN, M, (eds.), *Hobbes: War Among Nations*, Londres, Avebury, 1989.
- ALLAN BREWER CARIAS, *Los problemas constitucionales de la Integración en la Comunidad Andina* », Caracas, Banco Central de Venezuela, 1968.
- ALONSO GARCÍA, R., y BAÑO LEÓN, J. M. « El recurso de amparo frente a la negativa de plantear la cuestión prejudicial, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea » en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 29, 1990.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo « *Sistema Jurídico de la Unión Europea* », Ed. Thompson, Civitas. Pamplona, 2007.
- _____, *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Madrid, Civitas, 1989.
- ALVARADO BAENA, Vivian, “*Las pretensiones de nulidad, incumplimiento e interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*”. Centro Colombiano del Derecho de Autor, Bogotá, 2004.
- ANDERSON, James, *The State of the (European) Union, from the single Market to Maastricht, from Singular Events to General Theories*. World Politic, Editorial Paidos, 1995.
- ANDUEZA, José Guillermo. «La Aplicación Directa del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986.
- _____«La Interpretación Prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Montevideo: ALADI, 1985/Buenos Aires: INTAL, 1986.
- ARUS, Bueno F. «Características del ordenamiento jurídico comunitario», *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario europeo*, Madrid 1984

- AYALA MORA, Enrique, Artículo « SER ANDINO » Publicación del Periódico « El Comercio » de 21 de diciembre de 2012, extraído de la Revista « Prisma Internacional » de 24 de diciembre de 2012. N° 144.
- BAÑO LEÓN, José María, "Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional". Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 54, abril-junio de 1987.
- _____, José María: "La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública* n° 151, enero/abril 2001.
- BARRETO, Ivonne, « Las exigencias constitucionales del modelo supranacional de integración en la Comunidad Andina », Lima Pontifica Universidad Católica del Perú, 2007.
- BIGLINO CAMPOS, « Los espejismos de la tabla de derechos», en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CEPS, Madrid, 2006.
- BORCHARD, Klaus-Dieter, *El ABC del Derecho Comunitario*, Edición Tecnos, Madrid 1999.
- BOULOUIS, J. «A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur oeuvre jurisprudentielle de la CJCE», MELANTES. M. GUALINE, Paris, 2001
- _____. «Le Droit des Communautés Européenes dans ses rapports avec le Droit International General». , 1992-LV, vol. 235.
- BOUZAS, Roberto, "Análisis sobre las posibilidades de análisis y convergencia sobre los acuerdos en el marco de la ALADI". Buenos Aires, Instituto del Servicio Exterior de la Nación, 2004.
- BRACAMONTE, Guillermo, « Derechos de Autor y Derechos conexos en los países del Acuerdo de Cartagena », Lima Serral, 2001.
- BREWER CARIAS, Allan, "Los problemas constitucionales de la Integración en la Comunidad Andina », Caracas, Banco Central de Venezuela, 1968.
- BROCHURE DE LA COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros, Bélgica, 2009.

- BROTONS A, Remiro, Derecho Internacional. Mc Graw Hill, Madrid, 1997.
- BOULOUIS, J. «Le Droit des Communautés Européenes dans ses rapports avec le Droit International General». , 1992-LV, vol. 235, p. 75. *ib.*
- BUENO ARUS, F. «Características del ordenamiento jurídico comunitario», Iniciación al estudio del Derecho Comunitario europeo, Madrid 1984.
- BUENO MARTÍNEZ, Patricio, *La Teoría del acto aclarado, resulta necesario su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?* Secretaria General de la Comunidad Andina. Lima 2003.
- _____, « Memoria del Seminario Internacional : Integración Económica y Derecho Comunitario », Tema : Sistema de Resolución de Conflictos y Órganos Jurisdiccionales, 1ra Edición, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito-Ecuador, 1997.
- _____, « Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario, Tema: Sistema de Resolución de Conflictos y Derecho Comunitario, 1ra Edición, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito-Ecuador, 1997.
- _____; La cooperación judicial a través de la interpretación prejudicial”, p. 101. En CSB/TJAC, Seminario internacional. Comunidad Andina, Bogotá, 2009
- BUSTAMANTE, Ana Marieni « Desarrollo Institucional de la Comunidad Andina », Universidad de los Andes, Táchira, 2004, p 2004
- CALDUCH, Rafael, Apuntes de la Unión Europea, Editorial Civitas, Madrid, España, 2007.
- CALOGERO PIZZOLO, *Pensar el Mercosur*, Ediar, Buenos Aires, 1999.
- CAMACHO DANIEL, Fundamentos de Economía », Editorial: Universidad Estatal a Distancia, San José Costa Rica, 2007.
- CAPOTORTI, F. «Sur l'interprétation uniforme des Traités européens», RDI 1960.

- CARLOS A. DE TOMASO R. "La Interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina" en Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, N° 41, Guayaquil, 2008.
- CARMONA CONTRERAS, Ana, "El Poder Judicial europeo: renovación *versus* continuidad", en GÓMEZ CORONA, Esperanza *et al.* (coords.), *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, Cizur-Menor, Navarra, Aranzadi, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco « Cómo nace el Derecho », Editorial Temis, Bogotá, 2008.
- CARVAJAL, Andrés, « Derecho de la Integración», Editorial El País, Madrid, 1993.
- CASAS, Angel, «El Modelo Regional Andino, Enfoque de Economía Política Internacional » Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2003.
- CASAS, Andrés, « Que pasa con la Comunidad Andina? », en "Papel Político" v.12 n.2 Bogotá jul./dic. 2007.
- CASTRO BENIERI, Jorge. «Reflexiones acerca del tema de las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina». *Agenda Internacional*, año VIII, n." 16, 2002.
- _____ "Constituyente e Integración, la consolidación de los beneficios de la integración en la Nueva Constitución Venezolana", Torino, Caracas,1999.
- CHAN SANCHEZ, "Aspectos Políticos de la Integración del Grupo Andino, 1989 -Julio José 1996". En "Revista Comercio Exterior" Vol. 47, N° 5, del Banco Nacional de Comercio Exterior - México, mayo de 1997.
- CHUECA SANCHO, Ángel. «Aplicación de los Acuerdos Internacionales en el Orden Jurídico Comunitario». En: MARINO, Fernando (ed.). *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1998.
- CLAINE VIEIRA, Luciane, « El Mecanismo de la Interpretación Prejudicial en la Comunidad Andina », Revista de Doctrina Extranjera, N° 32, Marzo- Abril. 2010 Bogotá.

- CORROCHANO JEREZ, S., "Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1996, de 25 de marzo, y la incidencia del Derecho comunitario", Poder Judicial. 41-42, Madrid, 1996.
- CHAHIN LIZCANO, Guillermo, " El Nuevo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones" en Revista de Derecho del Mercosur , N° 5, Buenos Aires,2000.
- CHAMBI CALLE, Roberto, "La Interpretacion Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: el caso boliviano, en Revista de Derecho internacional y del Mercosur,N°1, Buenos Aires, febrero de 2003.
- CIENFUEGOS MATEO, M, « Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros », Barcelona, 1998.
- DAMASO COLOMER, RUIZ, Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario, Modelos Europeos y Americanos; Santafé de Bogotá, abril 24, 25 y 26 de mayo de 1995. Primera Edición Universidad de los Andes, Bogotá.
- DASHWOOD, Alan y JOHNSTON, Augus, The Future of the Judicial System of the European Union, Centre for European Legal Studies, University of Cambridge. Oxford and Pórtland, Oregon USA. 2002.
- DELGADO-IRIBARREN García-Campero, M., «La reforma del control jurisdiccional comunitario en la Resolución sobre la Constitución de la Unión Europea aprobada por el Parlamento Europeo el 10 de febrero de 1994», N. UE, 1996, n.º 133.
- DE RIVERO, Oswaldo, "El Mito del Desarrollo", Mosca Azul, Lima,1998
- DEUTSCH, Karl, "Análisis de las Relaciones Internacionales", Editorial PAIDOS, México, 2008.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel « Las Organizaciones Internacionales ». Madrid: Tecnos, 1995.
- DIEZ MORENO, Fernando, Derecho de la Unión Europea, Editorial Murcia, Madrid, 2004.
- DORFMAN, A,"La Industrialización en América Latina y las Políticas de Fomento, FCE, Mexico, 1967.

- DOS SANTOS y otros, “La Crisis del Desarrollismo y la Nueva dependencia”, S.e, Lima, 1969.
- DOUGHERTY, James y PFALTZGRAF Robert L., « Teorías en Pugna en las Relaciones Internacionales », Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1993.
- DROMI, José Roberto, Acuerdo Mercosur-Unión Europea, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, “Constitución y relaciones internacionales. El Control Constitucional Previo en la Comunidad Andina, el Mercosur, y su tratamiento en la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *Derecho Comunitario*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1996.
- _____, *Derecho Comunitario*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1996.
- ERADES, L. «International law, European Community law and the municipal law of member states», ICLQ 1966.
- ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción, “*El Recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”, Madrid, Fundación Universidad Empresa, 1993.
- ESPINOZA, Carlos Oswaldo Salgado. El rol de los jueces nacionales en la aplicación del derecho comunitario. Disponible en: <<http://secgen.comunidadandina.org/eCANDocumento/Grupo0272/D11884.pdf>>. Acceso en: 24 mar. 2009).
- FAIRLIE, Alan, “Escenarios de Integración y Cooperación Económica”, Friedrich Ebert Stiftung, Lima, 1999.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco, « El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo de Derecho común, las transformaciones constitucionales dimanantes de ello » en la Revista de Cuestiones Constitucionales N°13, Editorial Lex, México, 2005.
- FERNANDO URIBE RESTREPO, « La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino », Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993.

- FERNANDEZ NOVOA, C,"El Sistema Comunitario de Marcas", Montecorvo, Madrid, 1995.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús, « El Proceso Judicial Comunitario, Marcial Pons Editorial Jurídicas- Social SA, Madrid, 1996.
- FURTADO, Celso,"La economía latinoamericana", Siglo XXI, Mexico, 1976
- GARCIA DE ENTERRIA, E. "Tratado de Derecho Comunitario Europeo", Tomo I, Editorial Civitas SA. Madrid-España, 2006.
- GARCIA, CANDINI, Ernesto, "Latinoamericanos buscando un lugar en este siglo", s.e, Buenos Aires,2002.
- _____., «El Proyecto de Constitución Europea», y Mangas Martín, A., «Reflexiones sobre el Proyecto de Constitución europea ante la perspectiva de la reforma de 1996», ambos en REDC 1995.
- _____, Eduardo, "Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 103, julio-septiembre de 1999.
- GARCIA MENDIETA, Carmen, "Conflicto de Leyes" en *Revista de Derecho internacional Privado* N°16, Lima, Agosto 2010, p 56.
- GIRON LARRUCEA, José A., « La Unión Europea, la Comunidad Europea y el Derecho Comunitario», Universidad de Sevilla, Secretaria de Publicaciones, Sevilla, 2002.
- GONZALES DE TROCONIS, Iris, "Solución de controversias por incumplimiento de los Estados, en el régimen jurídico de la Comunidad Andina, la Cuestión de la Efectividad", Programa de Doctorado en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2007.
- GONZALES MARTIN, Nuria, "El Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea: especial consideracion a la cuestión prejudicial", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Mexico, 1996.
- GUY, Isaac, *Manual de Derecho Comunitario General*. Barcelona: Ariel. 1999.
- HAAS PETER, Introduction to Epistemic Communities and International Policy Coordination, en *International Organizations*,Stanford, 1996..

- HASS, Ernst. «The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces 1950-1957». Stanford CA: Stanford University Press. 1969.
- HASSENTEUFEL SALAZAR, Oscar; “La interpretación prejudicial en los países andinos: caso boliviano”, p. 166, en CSB/TJAC, Seminario internacional.
- HÉRAUD, G. «Observations sur la nature juridique de la Communauté économique européenne», RGDIP 1958.
- HURTADO LARREA, Estuardo. «Los Incumplimientos y la Acción Asignada a la Competencia del Tribunal». En: *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALAD1, 1985/Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986.
- INSIGNARES CERA, Silvana “Las elecciones directas en el Parlamento Andino, un camino para fortalecer su papel como institución promotora de la Integración”, en Revista de Derecho N° 32, Barranquilla, 2009.
- J. DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Proyecto docente para la plaza de catedrático de Universidad del área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, presentado en Madrid, 1997.
- J. RENTENO, JOVER P. ARAMENDI SANCHEZ y J F LOUSADA AROCHENA, « La cuestión prejudicial y los órganos judiciales sociales. Introducción a la cuestión prejudicial comunitaria en Arazandi Social, N° 1-2006. Pamplona, 2006.
- JIMENO BULNES, Mar «La Cuestión Prejudicial del Artículo 177, Id. vLex: VLEX-OG504.
- KAUNE ARTEAGA, Kaune, «Manual Introductorio dentro del Contexto del Derecho Comunitario y sus Competencias Responsabilidad Patrimonial de los Países Miembros e Indemnización de Daños». Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2007.
- _____, *De la necesidad de la integración y su proyección*, inédito, Quito, 2003.
- KELSEN, Hans «Compendio de Teoría General del Estado» Editorial Gernika, México, 2009.
- KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

- KOVAR, R. «Relaciones entre el Derecho Comunitario y los derechos nacionales», Treinta años de Derecho Comunitario, España.
- KRASNER, Stephen D, "Sovereignty, Organized Hipocrisy", Princeton, University Press, 1999.
- KURTIS, Mark, «The Schengen Area and Cooperation», Georgetown, 2008.
- KURT RIECHENBURG, "El proceso prejudicial en la Unión Europea", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, Editora Konrad Adenahuer Stifing, 2004.
- LASO PEREZ, Javier, «Cooperación Legal en el Ordenamiento Comunitario, Editorial Colex Madrid, 2001 ».
- LECOURT, R. *L'Europe des I«ees*. Bruselas: Bruvlant. 1976.
- _____, «Le juge devant le Marché commun», fue Juez del Tribunal de Justicia UE de 1962 a 1967 y Presidente del Tribunal. de Justicia de 1967 a 1976. Fallecido el 9 de agosto de 2004. Información disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>.
- LEON JIMÉNEZ, Rosario, «Procedimientos y aspectos formales de la Cuestión Prejudicial, presentada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» Ed. Tecnos, Madrid, 2005.
- LEONARDO BARRIGA LOPEZ, «Compendio, Integración y Mercados económicos; Editorial Pedro Jorge Vera, Quito, 2009.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, "Código de la Comunidad Europea", t. II: *Derecho derivado. Sentencias del Tribunal de Justicia*, Madrid, Eurojuris, 1992.
- MANGAS, MARTIN, Araceli «Algunas reflexiones en torno al proceso jurídico de la Unión Europea», Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.
- _____y NOGUERAS Liñan, "Instituciones y Derecho de la Unión Europea , Mc Graw Hill, Madrid, 1996.
- MANRIQUE S, Roberto, "El derecho y la globalización de la economía: supranacionalidad y tribunales comunitarios". En: "Integración Internacional". Ed. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 1998.
- _____«Fundamentos Jurídicos del Derecho Comunitario Andino (Documento de Trabajo)». En: TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA-

COMUNIDAD EUROPEA-CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos Europeos y Americanos*. Quito: Artes Gráficas Señal, 1997.

- MANZANO SILVA, Elena, *La Obligación de Plantear Cuestión prejudicial ante el T.J.C.E*, Universidad de Extremadura, Extremadura, 2007.
- MARCUS-HELMONS, J. «Le Droit communautaire et les droits nationaux des Etats membres», *Annales de Droit et de Sciences politiques*, Francia, 1964.
- MARIA CASAS, Angel, «El Modelo Regional Andino», Corporación Editora Nacional, Quito, 2003.
- MARIE SLAUGHTER, Anne, «International Law and International relations», en *Recueil des Cours de l'academie de Droit International de la Haye*, vol 285.
- MARISCAL, Nestor «Teorías políticas de la Integración Europea». Madrid: Editorial Tecnos, 2001.
- MARTIN ARRIBAS, Juan José y DEMBOUR VAN OVERBERGH, Patricia, “La Cuestion Prejudicial a la Luz del Artículo 68 del Tratado de la Comunidad Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N°9, Madrid, 2001.
- MATHUSEN, P. *Guía del derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, 1987.
- Mc RAE, William, *Historia del Derecho Constitucional*, Editorial Themis México, 1995.
- MENDIETA, GARCIA, Carmen, *Conflicto de Leyes en Revista de Derecho internacional Privado N°16*, Lima, Agosto 2010.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Felix, «El Derecho Comunitario y su aplicación en España », Alianza Universidad, Madrid, 2008.
- _____, Carlos. *Procedimiento y Recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*. Editorial Revista del Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1987.
- MONTAÑO GALARZA, Cesar, “Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario”, en *FORO N° 1*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador – Corporación Editora Nacional, Quito, 2003.

- _____, , en “Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, edición 2004, Tomo II.
- _____, «Relaciones Jurídicas entre los tratados de libre comercio suscritos por Ecuador y el Derecho Comunitario Andino», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009.
- MORALES PAUL, Isidro, Ponencia «La aplicación del derecho comunitario por el juez nacional » presentada en el «Foro sobre lo Jurídico en la Integración», realizado en Caracas, Venezuela en noviembre de 1973 – Basado en la obra: «Interpretation of Community Law and the doctrine of Act Clair, Legal Problems of an Enlarged European Community, Londres, 1972».
- MORATA, Francesc, «La Unión Europea; Procesos, actores y políticas». Barcelona: Ariel Ciencia Política, 1999.
- MORAVSICK, A., *Negotiating the Single european Act: national Interests and Convencional Statecraft in the European Community*. International Organization, Stanford, 2008.
- MORENO GONZÁLES, Carlos. «El Control Judicial de los Acuerdos Internacionales celebrados por las Comunidades Europeas a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia, Parlamento Europeo c. Consejo de 7 de marzo de 1996, y Hoesch y RFA c. Bergrohr de 19 de octubre de 1989». En: MARINO, Femando (ed.). *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1998.
- MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mac Graw Hill, Madrid, 1996.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, “ Manual de Derecho de la Comunidad Europea” 3º ed , Trivium , Madrid, 1997.
- MOYA DOMINGUEZ, Maria Teresa, “Derecho de la Integración”, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Los principios de articulación de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva”, en libro: “El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea”, Civitas,

Madrid, Tomo II, 1986, pp. 115 También R. ALONSO GARCIA, *El Juez español y el Derecho Comunitario*, CGPJ, Madrid, 2003.

- _____, "Principios de Articulación de las Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Interno" En *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Civitas, 1986.
- NOVAK TALAVERA, Fabian «La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico», 2001, Editorial Universidad Católica de Lima.
- _____ y CORROCHANO, Luis, "Derecho Internacional Público", Tomo II, Volumen 1 , PUCP, Lima, 2001.
- OHLINGER, Thoe, "La influencia del derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de `americanización` del derecho europeo", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004.
- OLESTY RAYO, Andreu «Europa, la integración económica, el mercado común, y la unión económica y monetaria », Editorial Hispano Americana, México, 2011.
- ORELLANA, Manuel. «El Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena». En: *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino, la CEE, el CAME y la ALADI*, Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1983.
- ORTEGA, Andrés, «La Europa del 'bech marking' », *El País Digital (España)*, 20 de marzo de 2000.
- ORTIZ, Graciela, «La Normativa comunitaria en materia de libre competencia en la Comunidad Andina». *Themis, Revista de Derecho Lima*, N° 34, 2008.
- PACHON, MUÑOZ, Manuel, y SANCHEZ, Zoraida, "El Régimen Andino de la Propiedad Industrial, Decisiones 344 y 345 del Acuerdo de Cartagena", Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1995
- PALACIO GONZÁLES, José. *El Sistema Jurídico Comunitario*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1996.
- PALACIO, Gonzales, José, *El Sistema Jurídico Comunitario*, Editorial Bilbao, Universidad de Deusto, España, 2004

- PAOLILLO, Felipe. «El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena». En: *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Internacionales, 1982.
- PASTOR RIDRUEJO, José, Curso de Derecho internacional Público y Organizaciones Internacionales, ed. Madrid, Tecnos, 2009.
- PASTRANA, Esteban. «Institucionalización de las Relaciones Económicas Internacionales». Cali: Editorial Universidad Santiago de Cali, 2000.
- PEREIRA, Juan Carlos, «Diccionario de Relaciones Internacionales y Política Exterior, Editorial Ariel. S.A., 2008.
- PEROTTI, Alejandro Daniel, «Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino», Biblioteca Digital Andina, Secretaría General de la CAN, Lima, 2005.
- PESCATORE, Pierre, "Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, GIL CARLOS y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (dirs.), *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Editorial Civetas, 1993.
- _____ «Aspectos Judiciales del Acervo Comunitario». *Revista de Instituciones Europeas*. Madrid, 1981.
- _____, "La Interpretación del Derecho Comunitario por el Juez Nacional", en *Revista de Instituciones Europeas* vol 23, N°1, Madrid, 1996.
- PICO MANTILLA, Galo, "Jurisprudencia Andina", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Artes Gráficas Señal, Impreseñal Cía. Ltda. Isla Seymour 391, Quito.
- _____, *Derecho Andino* 2 ed. Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1989.
- _____, *Temas Jurídicos de la Comunidad Andina*, Quito 2009.
- _____, Galo. *Derecho Andino*. Quito: Tribunal del Acuerdo de Cartagena, 1989.
- PIERINO STUCCHI LÓPEZ RAYGADA "La Integración en la Comunidad Andina y su sistema de protección y promoción de la libre competencia: aspectos institucionales y procesales, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* N° 2.

- PINTO, Mónica, «El Derecho Internacional, Vigencia y Desafíos en un escenario globalizado», Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.
- PIZZOLO, Calogero, *Pensar el Mercosur*, Ediar, Buenos Aires, 1999.
- PLENDER, R. y Pérez Santos, J. introducción al Derecho comunitario europeo, Madrid 1985.
- PROTOCOLO DE TRUJILLO, Artículos 48, 5, 6, 11 al 46, 40 y 41.
- RASMUSSEN, H., «The European Court's Acte Clair Strategy» Boston University, 2004.
- REICHMANN, J.H., "Implications of the draft Trips Agreement for Developing Countries as Competitons in an Integrated Market" UNCTAD, 1993.
- REUTER, Paul, "Organizaciones europeas", Casa Bosch, Madrid, 1968.
- RIBEIRO, Daniel, "El Dilema de América Latina", Siglo XXI, Mexico, 1971.
- RICARDO ALONSO GARCIA. "El Juez español y el Derecho comunitario". Consejo General del poder Judicial. Madrid, 2003.
- _____. Sistema Jurídico de la Unión Europea, Primera Edición, 2007, Editorial Aranzadi S.A.
- RIDEAU, J. «El papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; técnicas de protección», Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales, Madrid 1984.
- RIECHENBERG, Kurt, "El proceso prejudicial en la Unión Europea", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, Editora Konrad Adenahuer Stifing, 2004.
- _____. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en conferencia "El proceso Prejudicial en la Unión Europea". Centro de Altos Estudios de Derecho de Integración. Granada Nicaragua, 7 Febrero 2003.
- ROA, BASTOS, Gabriel, Relaciones internacionales y Estado, Editorial Porrúa, México, 1999.

- RODRIGUEZ, Juan Pablo, « Comunidad Andina y Mercosur: desafíos pendientes de la integración en América Latina » Seminario-taller internacional Comunidad Andina-Mercosur en perspectiva comparada. Santa Fe de Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores. 12 y 13 de Octubre de 2009.

- RODRIGUEZ CARRION, Alejandro, *Lecciones de Derecho Comunitario*, Editorial Luz, Andalucía, 1999.

- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y WOELKER, U., en «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad. La decisión del Tribunal Constitucional federal alemán de 22 de octubre de 1986», R.I.E., 1987-3.

- _____., «Tribunales constitucionales y Derecho comunitario», Hacia un nuevo orden internacional y europeo (Homenaje al profesor Manuel Diez de Velasco), Madrid, 1993.

- ROSAMOND, B, "Theories of European Integration", Londres y Nueva York, Mac Millan/St Martin, Press,2000.

- RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Fundación Universidad Empresa-Editorial Civitas, 1993.

- LIEVANO AGUIRRE, INDALECIO, "Bolivarismo y Monroismo" Editorial Grijalbo, Caracas, 2007.

- SAENZ SANTA MARIA, PAZ, Andrés y otros "Introducción al Derecho de la Unión Europea", Eurolex, Madrid,1999.

- S FAYT, Carlos, "La Constitución Nacional y los Tribunales Internacionales de Arbitraje", Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, Argentina, 2006.

- SABINE, Carlos, *Elementos de Derecho Internacional*. Editorial Coloquio, México, 1995.

- SACHICA, Luis Carlos «Introducción al Derecho Andino » Quito Artes Graficas, 1985.

- _____y otros. «El Ordenamiento Jurídico Andino y su Tribunal de Justicia». En: *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: ALADI. 1985/ Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986.

- _____ . «La Acción de Nulidad en el Ordenamiento Jurídico Andino», En: *El Tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena*. Montevideo: AIADI, 1985 / Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo. 1986.

- SAGESSE, Mariano, "Una nueva arquitectura judicial para la Unión Europea: La Reforma del Sistema Jurisdiccional de la Unión Europea operada por el Tratado de Niza", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 119, Madrid, enero/ marzo, 2003.
- SALAZAR MANRIQUE, Roberto. «Fundamentos Jurídicos del Derecho Comunitario Andino (Documento de Trabajo)». En: TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA-COMUNIDAD EUROPEA-CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos Europeos y Americanos*. Quito: Artes Gráficas Señal, 1997.
- SALAZAR GRANDE, César Ernesto y ULATE, Enrique, "Manual de Derecho Comunitario Centroamericano", Orbi Managua, 2009.
- SALMON GARATE, «Evolución Institucional de la Comunidad Andina, Perspectivas y Problemas», en «Derecho Comunitario Andino», Fondo editorial 2003, Lima.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. «Los Tratados constitutivos y el Derecho derivado», Madrid, 1984.
- SANCHEZ CHACON, Francisco, Javier, "El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: Estructura y Competencias", en *Aldea Mundo*, N°9, San Cristobal, 2000.
- SANCHEZ LEGIDO, Angel, "El Mecanismo de las cuestiones prejudiciales", en fernandez, Tomás, Antonio y otros, *Instituciones de Derecho Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- SANTER, Jacques, "El Derecho Comunitario instrumento de la integración europea", Universidad de Alicante, 1995 .
- SIMOES MARTIN FILHO, Marcos, "A legitimidade de o Juiz Nacional Brasileiro solicitar opinioes consultivas", en *Revista da SJRJ*, N° 15, Rio de Janeiro, 2009.
- SANDS, Philippe y KLEIN, Pierre, «Bowetts Law of international Institutions, Londres; Sweet - Maxwell, 2001.
- SANTAOLALLA, Gadea, F.J. «Nota sobre la publicación del Derecho de las Comunidades Europeas», DA 1982.
- SARMIENTO, Daniel, *La Cuestión Prejudicial Comunitaria y el Tribunal Supremo*, Universidad Complutense de Madrid, 2005.
- SAUCEDO, Elizabeth *Comunidad Andina, sus principales instituciones*», Editorial Juventud, La Paz, 1999.

- SBERRO, S, y BACARIA, J, La integración de América Latina. Entre la referencia europea y el modelo estadounidense. Revista Foreign Affairs en Español (en línea). Recuperado de: <http://www.foreignaffairsesp.org/search/article.asp?i=20020501FAEnEspEssay8471.xml&nb=30>
- SCHLOCHAUER, H.J., «Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Integrationsfaktor», Probleme des Europäischen Rechts. Festschrift für W.Hallstein, Frankfurt 1966.
- SCHWARTZ, I. E. «Voies d'uniformisation du droit communautaire dans la Communauté européenne; règlements de la Communauté ou convention entre les Etats membres?», JDI 1978.
- SEIDL-HOHENVELDERN, " Das Recht der Internationalen Organisationem, einschlieslich der Supranationalen Gemeinschaften", Baden, 2006.
- SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, 28 años de Integración Andina. Un Recuento Histórico, Lima, 1997.
- SIERRALTA, Anibal « Recursos jurisdiccionales andinos » Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.
- SILVA DE LAPUERTA, R. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
- STEPHAN Sberro y BACARIA, Jordi, "La Unión Europea, su evolución y relaciones con América Latina y el mundo", Editorial Miguel Angel Porrúa, 2003.
- STITH, Richard T., y WEILER H. H., Joseph H.H. "Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea", Universidad de Santiago de Compostela, 2000.
- SUARES Jorge Luis, "La Comunidad Andina, un proceso de integración en Constante Evolución ", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas N° 111,1999.
- TABON, Natalia, "La Doctrina del Acto Claro y la Interpretación Prejudicial en la Comunidad Andina" en Universitas, N° 109, Bogotá, 2005.

- TANGARIFE, Marcel. «Sistema Jurisdiccional en el Proceso Andino». en: *Integración y Supranacionalidad, Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2001.

- TELLO VIDAL, Luis, “El Perú en el proceso de Integración andino de 1992 a 1997”, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2004.

- TEMPS, Alvaro, « El derecho andino en Colombia ». Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

- TOLEDO, Ricardo Vigil. La cooperación entre los Órganos Jurisdiccionales Nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la consulta prejudicial, en “Seminario sobre ‘la consulta prejudicial’”. Granada, 2006. Disponible en: <<http://www.ccj.org.ni/press/seminarios/granada-oct06/La%20coop%20organos%20jurisdiccionales%20nacionales%20y%20el%20Tribunal%20de%20Just%20de%20la%20Com%20Andina.pdf>>. Acceso en: 19 mar. 2009.

- TORRENS, Janer, «La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos Nacionales por Infracción del Derecho Comunitario ». Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

- TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht.

- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: La Consulta Prejudicial”, Ponencia del Magistrado Ricardo Vigil Toledo, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Quito, febrero de 2007.

- TRIBUNAL DE JUSTICIA PERMANENTEMENTE, Sentencias Demoor, as. 144 y 145/91, Rec. 1992, FJ 26, y Lornoy, as. 17/91, Rec. 1992, FJ 30.

- TWINING, William, «Derecho y Globalización» Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2005.

- ULLOA, SOTOMAYOR, Alberto, “ Derecho internacional Público”, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1988.

- ULRICK, Beck, « *¿Qué es la globalización?* » (1ra. Edición). Madrid, Paidós, 1998.

- URIBE RESTREPO, Fernando, « La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino », Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1993.
- _____ . "El *Derecho de la Integración en el Grupo Andino*". Quito: Tribunal *de* Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990.
- URUEÑA, René, «Derecho de las Organizaciones Internacionales», Bogotá, Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, 2008.
- VALLE GÁLVEZ, A., "El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, núm. 2.
- VERDROSS, Michele, *Droit international public et droit interne. Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques*, citado por Humberto Nogüeira Alcalá. en "Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos" en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Edición 2000.
- VIEIRA POSADA, Edgar "Evolución de las teorías sobre integración en el contexto de las teorías de las relaciones internacionales", en "La formación de espacios regionales en la integración de América Latina".
- VIERA, Enrique, *La integración de América Latina: del Congreso Anfictiónico de Panamá en 1826 a una comunidad Latinoamericana o sudamericana en el año 2010*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2010.
- VIGIL TOLEDO, Ricardo «La Cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La Consulta Prejudicial» en *Testimonio Comunitario*. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2007.
- _____, « Reflexiones en torno a la Construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones» Editorial Artes Graficas Señal, 2006, Quito.
- _____, Artículo «La Cooperación entre los Órganos Jurisdiccionales Nacionales, y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La Consulta Prejudicial» en la Obra «Testimonio Comunitario».

- _____, “La Consulta Prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina “en Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano” Decima Edición, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo,2004.
- WAGNER, Allan, “Hacia una política exterior común de la Comunidad Andina”. Secretaría General de la Comunidad Andina y Cooperación Regional francesa para los países andinos, Santafé de Bogotá, 1994.
- WEILER, J. «The Community system: the dual character of supranationalism», EE.UU.
- XIMENO BULNES, Mar, « Procedimiento de la Cuestión Prejudicial del Artículo 177”, Id. vLex: VLEX-OL504.
- ZULEEG, M. «Die Europäische Gemeinschaft als Integrationsverband», Einigkeit und Recht und Freiheits. Festschrift für K.Carstens, Köln, España 1984, utilizando la expresión Integrationsverband para referirse a la Comunidad Europea.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- Sentencia 136-IP-2009
- Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 18 de octubre de 1967.
- Tratado constitutivo de la extinta Comunidad Económica Europea (CEE)
- Tratado de la Comunidad Europea (TCE) revisado en Maastricht (y posteriormente por los tratados de Ámsterdam y Niza)
- Tratado de la Unión Europea (DOUE 2008, C 115, TUE)
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE 2008, C 115, TFUE)
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Luxemburgo, sentencia de 22 de octubre de 1987.
- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea – Sentencias: Wünsche, de 1 de febrero de 1972, as. 50/71, Rec. 1972, pp. 53 y ss., esp. FJ 6.3; Hagen, también de 1 de febrero de 1972, as. 49/71, Rec. 1972, pp. 23 y ss., esp. FJ 6.3; Vorsters, de 10 de enero de 1980, as. 69/79, Rec. 1980, pp. 75 y ss., esp. FJ 6; Moxsel, de 7 de julio de 1988, cit., esp. FJ 15; Dzodzi, de 18 de octubre de 1990, cit., esp. FJ 37; Gmurzynska-Bscher, de 8 de noviembre de 1990, cit., esp. FJ 21.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 24 de Diciembre de 2002, en su Artículo 234. (versión consolidada del Tratado).
- Sentencia de 6.10.1982 -Asunto 283/81, considerandos 18 y 19.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia Foto Frost de 22 de octubre de 1987, asunto 314-85.

- La Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2011/C 160/01), de 28 de mayo de 2011, Cuestiones de Interpretación, Numeral 11.
- Sentencia Procureur de la République, de 7 de febrero de 1985, as. 240/83, Rec. 1985, pp. 531 y ss., esp. FJ 1
- Sentencia Baux, de 29 de junio de 1994, as. 403/92, Rec. 1992.
- Art 2 de la Carta de las Naciones Unidas.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Estatuto, artículo 18.
- Nota Informativa (...) de 28 de mayo de 2011, en su título: Costas y beneficio de justicia gratuita, numeral 28.
- Nota Informativa (...) de 28 de mayo de 2011, en su título: «Costas y beneficio de (...)», numeral 29
- Diario Oficial de la Unión Europea, Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2011/C 160/01), de 28 de mayo de 2011, numeral 34, 35, 36 Y 37.
- Tribunal de Justicia, Sentencia Jippes, 27 de abril de 2001.
- Sentencia Schwarze del 1 de diciembre de 1965.
- Sentencia de asuntos acumulados T-49/02 a T-51/02, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades, 2005.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia Van Gend Loos
- Sentencias de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. 1-4961, apartado 23, y de 31 de mayo de 2005, Syfait y otros, C-53/03, Rec. p. 1-4609, apartado 29).
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia de 21 de marzo de 2000 (sentencia Gabalfrisa)
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia de 17 de julio de 1963, República Italiana contra Comisión.
- Sentencia Van Gend en Loos de 5 de febrero de 1963 (26/62)
- Testimonio Comunitario. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito 2004.
- Gabriel Roa Bastos, *Relaciones internacionales y Estado*, Editorial Porrúa, México, 1999.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia Becker (sentencia de 19 de enero de 1982).
- Sentencia de 12 de diciembre de 1990, Kaefer y Proccaci.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea , en el caso NV Algemene Trnasporten Expeditie Onderneming Van Geed En Loos vs Nederlands Administrative der Belagisten, 1962.
- Sentencia de 6 de octubre de 1970
- *Sentencia* del 4 de diciembre de 1974
- Sentencia de 26 de febrero de 1986.

- Sentencia Becker de 19 de enero de 1982
- Sentencia Luck de 4 de abril de 1968
- Sentencia Molkerey Zentrale de 3 de abril de 1968
- Proceso 2-N-86, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 21 de 15 de julio de 1987.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Statu vs Simmenthal SpA .
- Sentencia N° 3- AI-89 de 12 de octubre de 1993
- Sentencia de 9 de marzo de 1978
- Art. 23 Constitución Alemana 1949: “
- Art. 80 Constitución Italiana 1947:
- Art. 54 Constitución Francesa 1958:
- Art. 164 Constitución Portugal 1976
- SENTENCIA DE 4.7.2000 — ASUNTO C-424/97
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 4 de julio de 2000.
- SENTENCIA DE 4.7.2000 — ASUNTO C-424/97.
- SENTENCIA DE 4.7.2000 — ASUNTO C-424/97
- Sentencia N4.7.2000 — ASUNTO C-424/97.
- Sentencia. 1-89 Gaceta oficial No. 43 de 30 de mayo de 1989.
- Sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 31; de 26 de marzo de 1996, British Telecommunications, C-392/93, Rec. p. I-1631, apartado 38; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas, C-5/94, Rec. p. I-2553, apartado 24; de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845, apartado 20, y de 2 de abril de 1998, Norbrook Laboratories, C-127/95, Rec. p. I-1531, apartado 106). »
- Sentencia N4.7.2000 — ASUNTO C-424/97.Paragrafo N° 28.
- Sentencia COURAGE contra CREHAN, Asunto C-453/99, sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, apartados 26 y 27
- Sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1982, asunto 15/81, Schul . Roe. 1982, p . 1409.
- Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2011/C 160/01), de 28 de mayo de 2011,
- Diario Oficial de la Comunidad Europea del Miércoles 9 de junio de 2008, C 294 E/27. Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2008,
- TJCE, sentencia Simmental, n° 106/77, 9 de marzo de 1978.
- El Diario Oficial de la Comunidad Europea del Miércoles 9 de junio de 2008, C 294 E/27. Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2008,
- COMUNIDAD ANDINA, Protocolo de Lima, 30/10/1976.
- COMUNIDAD ANDINA, Protocolo de Arequipa, 21/04/1978.

- COMUNIDAD ANDINA, Protocolo de Quito, 12/05/1987.
- COMUNIDAD ANDINA, Decisión 406, Protocolo de Sucre, 25/06/1997.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 30-IP-1988
- Interpretaciones prejudiciales : 29-IP-95, caso "ROPATEX", publicada en la G.O.A.C. No. 242 del 22 de enero de 1997; 30-IP-95 y 32-IP-95, casos "SCHEIK", G.O.A.C. No. 241 del 20 de enero de 1997. Aprobadas en fecha 08 de noviembre de 1996 y publicadas en la *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Tomo V, 1996).
- Sentencia de 28 de abril de 1999, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 28 de mayo de 1979, Artículo 1, 2, 3
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Proceso 5-A1-98*.
- Sentencias del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Procesos N," 1-IP-S8, 7-1P-S9 y i-AI-97 (Sentencia del S de diciembre de 199S). En este último caso, el Tribunal hace mención a los principios de Derecho Internacional codificados en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, *Proceso 9-1p- 2000*.
- Sentencia 2-IP-1988.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso 3-AI-96*. Asimismo, véase el Proceso 07-AI-99.
- *Proceso N° 07-AI-99: La aplicación directa ha sido también afirmada por el Consejo Presidencial Andino en 1991.*
- Proceso N° 09-AI-99.
- Sentencia 1-IP-1987.
- CJCE. *Simenthal* Asunto 106/77. Rec. 629. 1978.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso A. 2-1P-SS, Sentencia de 2 de mayo de 193S*, publicada en la Gaceta Oficial el 26 de julio de 1988
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso I".° 6-1P-9S*. publicada en la Gaceta Oficial N." 150 del 25 de marzo de 1994
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso I".° 6-1P-9S*. publicada en la Gaceta Oficial N." 150 del 25 de marzo de 1994. En su Sentencia dictada en el Proceso N.° 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso SS 1-AI-9t>*. del 30 de octubre de 1996. Acción de Incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República del Ecuador. En el mismo sentido véase la sentencia dictada en el Proceso 07-AI-99. del 12 de noviembre de 1999, y en el Proceso N.° 43-AI-99.
- *Proceso N 14-AN-2001*, del 1 de febrero del 2002. Acción de Nulidad interpuesta por el abogado César Moyano Bonilla contra los artículos 1, 2 y 279 de la Decisión 486 expedida por la Comisión de la Comunidad Andina. Véase, también, el Proceso N.89-AI-2000, publicado en la Gaceta Oficial N 722. del 12 de octubre de 2001, y también la sentencia del 21 de julio de 1999 dictada en el Proceso 7-A1-98.
- Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia, el 25 de enero de 2010, demanda de acción de nulidad por parte del Estado Plurinacional de Bolivia contra la República del Perú, derivada de una supuesta ilegal aprobación de la Decisión

Nº 689 "Adecuación de determinados artículos de la Decisión Nº 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los países miembros," ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

- Proceso N." 1-AN-98.
- Proceso N." 1-AN-98.
- Proceso N." 46-A1-99.
- *Proceso AN-A5-99.*
- Artículo 20º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N.24-AN-99*, como ejemplo de declaratoria de nulidad, podemos citar la Sentencia dictada el 1 de febrero del 2002, en el Proceso N.º 14-AN-2001
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Proceso N.' 24-AN-99.*
- Procesos N. 24-AN-99 y 1-AN-98
- Sentencia emitida dentro del proceso de nulidad 05-AN-97 instaurado por la República de Venezuela contra la Resolución N" 430 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y el Dictamen Motivado N° 15-96; publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo N° 361 del 07 de agosto de 1998.
- Proceso N.' 1-AN-98.
- El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala en su Sección Segunda, lo siguiente: "Artículo 23, Artículo 24, Artículo 25, Artículo 26, Artículo 27.
- Proceso N." 07-A1-99. En el mismo sentido, véase la sentencia dictada en el Proceso N° 43-AI-99.
- Proceso N° 07-AI-99.
- Proceso N° 12-IP-91.
- Proceso N.º 43-AI-99.
- Proceso N.º 26-AI-2000 del 14 de marzo de 2001, el Tribunal de Justicia de la Comunidad desestimó la demanda interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia por presunto incumplimiento del artículo 5º del Convenio de Complementación en el Sector Automotor y 4º del Tratado de Creación del Tribunal.
- Proceso N.' 1-A1-96 del 30 de octubre de 1996. También véase el Proceso N." 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999.
- Proceso N,' 1-AI-97 de 20 de octubre de 1999.
- Proceso N.º 2-AI-97- Citado por TANGARIFE, Marcel. Op. cit., p. 197.
- Proceso N.º 1-AI-96 del 23 de noviembre de 1996, en el que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, resuelve una solicitud de aclaración y ampliación de la sentencia dictada el 30 de octubre de ese mismo año, presentada por la República de Ecuador.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N° 1-AI-96.*
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso N.º I-IP-87, publicado en la Gaceta Oficial N.º 28 el 15 de febrero de 1988.

- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso N° 2-IP-91.
- Proceso N.° 1-1P-57.
- Proceso N° 1-AI-96.
- Proceso N° 1-1P-87.
- *Proceso AI-IP-87* En el mismo senado, véase la sentencia dictada en el Proceso N.° II-IP-96.
- Proceso 5 IP-89
- Sentencia de Interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, N° 1-IP-1987
- Nota Informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales de la Secretaria General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N°694, de 3 de agosto de 2001, en su Numeral 2; numeral 8: «(...)
- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señala en su sentencia 11-IP-96
- Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, Modificado por el Protocolo de Cochabamba.
- El Nuevo Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su Artículo 128, tercer párrafo, señaló: «Además, el juez nacional remitirá al Tribunal de Justicia, la sentencia dictada en los casos objeto de interpretación prejudicial»
- Sentencia Joseph E. Seagram & Sons Inc [2002] GOAC 845-1, de 4 de setiembre de 2002.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Consulta Facultativa, Artículo 121 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Consulta Obligatoria, Artículo 122 del Mismo Estatuto.
- TJCE, Sentencia Van Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 27 de marzo de 1963, asuntos acumulados 28, 29, 30/62, caso Da Costa.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la sentencia 6 –IP-99 :
- T.J.C.E en su sentencia Da costa de 27 de Marzo de 1963 y la sentencia Francovich y Bonifaci de 19 de noviembre de 1991.
- La cuestión prejudicial del art 177. T.C.E., Bosh, Zaragoza, 1996.
- Sentencia de Interpretación Prejudicial 1-IP-87.
- Decisión 500- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su Artículo 128.
- Sentencia de 7 de agosto de 1995, proferida en el proceso 4-IP-94, caso "EDEN FOR MAN-ETIQUETA", publicada en el Tomo IV de la Jurisprudencia del Tribunal).
- El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) declaró en su sentencia Van Gend (7).
- Sentencia de 25 de mayo de 1988 -Proceso N° 1-IP-88, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (año V- número 33 de 26 de julio de 1988).

- Sentencia 11-IP-96.
- Sentencia 136-IP-2009 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- COMUNIDAD ANDINA, Protocolo de Trujillo, 10/03/1996.
- COMUNIDAD ANDINA, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha rechazado la aplicabilidad de la “doctrina del acto claro”: sentencias de los casos Aktiebolaget VOLVO [1988] GOAC 28, de 3 de diciembre de 1987, y Eden for Man – Etiqueta [1995] GOAC 189-1, de 7 de agosto de 1995. Cfr. también NIP, n. 3 in fine, y nota n. 5.
- CONSTITUCIÓN COLOMBIANA del 7 de julio de 1991, título VII, denominado “De la Rama Judicial”, artículos 239 a 245.
- Convenio Andrés Bello. Bogotá, 2008.
- DIARIO OFICIAL DE LA UNION EUROPEA, « Nota Informativa sobre el Planteamiento de Cuestiones Prejudiciales por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales (2011/C 160/01) », de 28 de mayo de 2011
- DIARIO OFICIAL DE LA UNION EUROPEA, de miércoles 9 de junio de 2008.
- DIARIO OFICIAL DE LA UNION EUROPEA, Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2011/C 160/01), de 28 de mayo de 2011.
- ACUERDO DE CARTAGENA de 1813, aceptado por la ALALC el 9 de junio de 1969, como Acuerdo Subregional compatible.

PAGINAS WEB

- <http://www.unesco.org/most/francais.htm>. Pagina visitada el 20-07-2010.
- <http://es.wikipedia.org/wiki/Elite>, página visitada el 2 de agosto de 2010.
- http://es.wikipedia.org/wiki/Jacques_Delors.
- http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4601000/4601443.stm.
http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_es.htm.
- http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_del_Cenepa.
- [http //www.consilium.europa.eu/showpage](http://www.consilium.europa.eu/showpage). , el 20 de julio de 2010.
- http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/index_es.htm.
- http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_69328/?hlText=interpretacion+prejudicial.

- http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_es.htm.
- [http://www.europarl.europa.eu/factsheets/Revisada el 01 02 2012_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/Revisada_el_01_02_2012_es.htm).
- http://europa.eu/abc/european_countries.
- <http://infomadera.net/book/view/15103>
- http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114547_es.htm, en fecha 7 de enero de 2012.
- Sentencia N° 2-86 de 15 de julio de 1987.
- <http://intranet2.unete.com.bo/derechoteca/html/tjca/jurisprudencia.php>
- http://www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/interpretacion_prejudicial.htm (visitada el 11 de diciembre de 2012)
- <http://intranet2.unete.com.bo/derechoteca/html/tjca/jurisprudencia.php>.
- <http://www.tribunalandino.org.ec/>.
- <http://www.comunidadandina.org/propiedad/intelectual2.htm>. Visitada el 13 de enero de 2012.
- http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/11013_es.htm., visitada el 17 de octubre de 2011; en 2005
- http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114547_es.htm, en fecha 7 de enero de 2012.
- http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024
- <http://intranet2.unete.com.bo/derechoteca/html/tjca/jurisprudencia.php>
- http://europa.eu/scadplus/constitution/objectives_es.htm, visitada el 16 de octubre de 2011
- <http://www.eumed.net/libros/2010a/631/APROXIMACION%20AL%20DERECHO%20DE%20LA%20INTEGRACION.htm>.
- <http://www.elergonomista.com/tra60.html>. visitada el 11 de enero de 2012
- <http://intranet2.unete.com.bo/derechoteca/html/tjca/jurisprudencia.php>
- http://es.wikipedia.org/wiki/Pacto_andino. el 12 de diciembre de 2011.
- http://www.iadb.org/intal/detalle_evolucion_esquema.asp?idioma=esp&eid=468&id=125&cid=468&aid=932

- <http://www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm>, el 26 de enero de 2012.
- <http://www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm>, el 26 de enero de 2012.
- <http://www.comunidadandina.org/propiedad/intelectual2.htm>, visitada el 11 de diciembre de 2011
- http://www.comunidadandina.org/sai/estructura_2.html, el 26 de enero de 2012.
- http://www.comunidadandina.org/sai/parlamento_preguntas.html visitada el 2 de diciembre de 2011.

