



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Sistemas de solución de controversias de los procesos de integración suramericanos

Systèmes de règlement des différends des processus d'intégration d'Amérique du Sud

Olivier Penela

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Constitucional

TESIS DOCTORAL EN COTUTELA



Institut de Recherche en Droit Européen,
International et Comparé (IRDEIC)

THÈSE DOCTORALE EN COTUTELLE

SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN SURAMERICANOS

Directores: Catedrático Dr. Enoch Albertí Rovira
Dra. Argelia Queralt Jiménez

SYSTÈMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DES PROCESSUS D'INTÉGRATION D'AMÉRIQUE DU SUD

Directeur: Professeur Marc Blanquet

OLIVIER PENELA

BARCELONA, 2018

AGRADECIMIENTOS

Una tesis doctoral es una labor solitaria pero es un viaje imposible de emprender solo.

Y la presente tesis doctoral, si bien ha requerido de un esfuerzo constante y una dedicación de cada instante por parte del autor, no hubiese sido posible su finalización sin el apoyo incondicional de todas y cada una de las personas que a continuación citaré, muchas de las cuales han sido un soporte inestimable.

Primero y antes que nada, agradecer hoy y siempre a mi familia: a mi difunto padre que no podrá presenciar la culminación de este trabajo, a mi madre, a mi hermana, a mis abuelos y a mis tías.

Asimismo, no encuentro palabras para transmitir mi más profundo agradecimiento a mi Director de tesis de la *Universitat de Barcelona*, el Catedrático Enoch Alberti Rovira, por haberme ofrecido la oportunidad de realizar esta tesis y por sus continuos ánimos para seguir adelante. Pero principalmente por haber creído en mí.

De igual manera mi más sincero agradecimiento a mi Director de tesis de *l'Université Toulouse 1 Capitole*, le *Professeur* Marc Blanquet, que ha permitido que se materialice este proyecto tan ilusionante de cotutela.

Y, obviamente a mi tutora, la Profesora Argelia Queralt Jiménez, por sus siempre muy acertados consejos y su paciencia.

A la *Universidad del Rosario de Bogotá*, particularmente, a mis amigos los Profesores Wilson Alejandro Martínez Sánchez y John Freddy Ibáñez, pero a su vez al Decano de

la Facultad de Jurisprudencia, Juan Carlos Forero Ramírez, al Profesor Grenfieth de Jesús Sierra Cadena y al personal administrativo de la Universidad, por invitarme a una inolvidable instancia académica en Bogotá y hacerme sentir un *Rosarista* más.

Al Decano y Catedrático Ricardo Alonso García por su invitación al apasionante *Congreso Internacional de la Unión Iberoamericana de Universidades y de las Cortes Supremas y Constitucionales de Iberoamérica* y por haberme dedicado unas horas muy estimulantes.

También a todos los organizadores de este Congreso y, en general, a la *Universidad Complutense de Madrid* por el cálido recibimiento.

A Leonor Perdomo Perdomo por su disponibilidad y su *extrême gentillesse* para explicarme su función como Jueza y como Presidenta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

No olvido al personal administrativo de la *Universitat de Barcelona* y de *l'Université Toulouse 1 Capitole* por su indispensable gestión y su profesionalismo.

En fin quisiera agradecer a todas y cada una de las personas que han vivido conmigo la realización de esta tesis doctoral, con sus altos y bajos y que no necesito nombrar porque tanto ellas como yo sabemos que desde los más profundo de mi corazón les agradezco el haberme brindado todo el apoyo, ánimo y sobre todo cariño y amistad.

RESUMEN

El tema de mi tesis tiene como ámbito de investigación los Sistemas de Solución de controversias creados por los procesos de integración de Suramérica – la Comunidad Andina, el MERCOSUR y la UNASUR – para asegurar el respeto del derecho en la aplicación de los Tratados constitutivos. Pero, más allá de un mero estudio comparativo, el propósito de mi estudio es analizar el papel de los órganos jurisdiccionales (el Tribunal de justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR y el Centro de Solución de controversias de la UNASUR) en el seno de sus respectivos procesos de integración, teniendo como ejemplo y paradigma la experiencia europea y el protagonismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la consagración de un sistema jurídico integrado y en el desarrollo de una norma comunitaria continental.

RÉSUMÉ

Le sujet de ma thèse doctorale a pour champ d'étude les différentes institutions juridictionnelles mises en place par les processus d'intégration d'Amérique du Sud – la Communauté andine, le MERCOSUR et l'UNASUR – afin d'assurer le respect du droit dans l'application des traités. Surtout, au-delà de la simple étude comparative, l'objectif de la thèse est de développer une analyse du rôle des différents organes juridictionnels (le Tribunal de justice de la Communauté andine, le Tribunal permanent de révision du MERCOSUR et le Centre de règlement des différends de l'UNASUR actuellement en cours de création) au sein des processus d'intégration respectifs, et une mise en perspective avec l'expérience européenne de la Cour de justice de l'Union Européenne dans la consécration d'un système juridique d'intégration et le développement d'une norme communautaire continentale.

ABSTRACT

The subject of my doctoral thesis focuses on the different legal institutions established by the South American integration processes – the Andean Community, MERCOSUR and UNASUR – in order to ensure accordance with the law in the application of their treaties. Beyond a simple comparative study, the objective of the thesis is above all to develop an analysis of the role of the jurisdiction of dispute settlement (the Andean Tribunal of Justice, the MERCOSUR Permanent Review Tribunal and the UNASUR Regional Arbitration Center currently being created) at the heart of the respective integration processes, as well as comparing the processes to Europe's experience with the European Court of Justice as an embodiment of a legal system of integration and the development of an EU standard.

RESUM

El tema de la meua tesi té com a àmbit d'investigació, els Sistemes de Solució de controvèrsies creats pels processos d'integració de Sud-amèrica – la Comunitat Andina, el MERCOSUR i la UNASUR – per tal d'assegurar el respecte del dret a l'aplicació dels Tractats constitutius. Però, més enllà d'un simple estudi comparatiu, el propòsit del meu estudi és analitzar el paper dels òrgans jurisdiccionals (Tribunal de justícia de la Comunitat Andina, el Tribunal Permanent de Revisió del MERCOSUR i el Centre de Solució de controvèrsies de la UNASUR) en el si dels seus respectius processos d'integració, tenint com a exemple i paradigma l'experiència europea i el protagonisme del Tribunal de Justícia de la Unió Europea en la consagració d'un sistema jurídic integrat i en el desenvolupament d'una norma comunitària continental.

INDICE

AGRADECIMIENTOS	3
LISTA DE ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN.....	17
CAPÍTULO I. LA INTEGRACION LATINOAMERICANA: ¿UN PROCESO INACABADO O INALCANZABLE?	29
<i>I. SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX: INICIO DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA .</i>	31
§ 1. <i>La CEE como referencia</i>	32
1. De los primeros acuerdos regionales latinoamericanos a la ALADI.....	32
2. ... pasando por la CAN	38
§ 2. <i>El “Nuevo Regionalismo”</i>	42
1. Profundización de los procesos ya existentes.....	43
2. Creación de nuevos procesos de integración emblemáticos: el NAFTA y el MERCOSUR	44
<i>II. PRINCIPIO DEL SIGLO XXI: NUEVO IMPULSO DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN</i>	49
§ 1. <i>La problemática fragmentación de la integración latinoamericana.....</i>	50
1. Alteración política de los procesos de integración ya existentes.....	50
2. Creación de nuevos procesos antagónicos: la ALBA y la Alianza del Pacífico	55
§ 2. <i>...y la necesaria convergencia.....</i>	61
1. La CELAC	62
2. La UNASUR	64
CAPÍTULO II. INFLUENCIA DE LA INTEGRACIÓN EN EL DISEÑO DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	71
<i>I. LA JUSTICIA ANDINA</i>	73
§ 1. <i>Origen y naturaleza de la justicia andina</i>	73
1. Paulatino proceso hacia la supranacionalidad	73
1.1. Del tibio inicio.....	74
1.2. ...a una consolidada supranacionalidad que establece una Comunidad de Derecho.....	76

2. Naturaleza de la justicia comunitaria andina	83
2.1. La justicia comunitaria es totalmente original respecto a la justicia internacional... ..	84
2.2.en la medida que establece un auténtico poder judicial.....	87
§ 2. <i>Rasgos generales del TJCA</i>	91
1. El lento proceso de creación del TJCA	91
2. Estructura judicial del TJCA	96
2.1. La clásica figura del Juez	97
2.2. La posible incorporación del cargo de Abogado General	100
2.3. Los habituales colaboradores.....	101
II. EL ARBITRAJE “SUI GÉNERIS” MERCOSUREÑO	103
§ 1. <i>Origen y naturaleza del sistema de solución de controversias del MERCOSUR</i>	103
1. La apuesta intergubernamental del sistema mercosureño	103
2. Naturaleza arbitral del sistema de controversias	108
2.1. El sistema de solución de controversias del MERCOSUR resulta ser un sistema de arbitraje <i>sui generis</i>	108
2.2. ...que permite una controvertida opción de foro.....	112
3. ¿Hacia un procedimiento judicial?	114
§ 2. <i>Rasgos generales del TPR</i>	116
1. Creación del TPR	117
1.1. Innovación del Protocolo de Olivos	117
1.2. ¿Es realmente permanente el TPR?	119
2. Estructura arbitral del TPR	120
3. Estructura judicial del Proyecto de Norma 02/2010 de CJM	122
III. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS UNASUREÑO AUN INDEFINIDO..	124
§1. <i>Origen y naturaleza del sistema de solución de controversias la UNASUR..</i>	125
1. La original apuesta intergubernamental del sistema unasureño	125
1.1. El marco institucional unasureño establece un sistema intergubernamental... ..	125
1.2. ...cuyo eje principal se caracteriza por la convergencia CAN-MERCOSUR	131
2. Naturaleza del sistema de controversias	134
2.1. Un sistema <i>diplomático</i> de solución de controversias.....	135
2.2. Creación de un Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones.....	137

§2. Rasgos generales del futuro centro de solución de controversias en materia de inversiones.....	141
1. Aspectos relevantes del actual borrador de Acuerdo Constitutivo.....	141
1.1. Disposiciones Generales.....	141
1.2. Procedimiento.....	142
1.3. Órganos competentes.....	146
1.4. Consideraciones finales.....	148
2. Problemática que podría suponer la instauración del Centro de solución de controversias en materia de inversiones.....	149

CAPÍTULO III. ATRIBUCIONES CONTENCIOSAS DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES 153

I. CONTENCIOSO ANDINO 153

§ 1. Control de la legalidad de los actos comunitarios.....	154
1. La Acción de Nulidad.....	155
1.1. Mecanismo general.....	156
1.2. Una legitimación activa ampliamente concebida para los particulares.	165
2. La excepción de inaplicación.....	169
3. El recurso por omisión o inactividad.....	170
§ 2. La acción de incumplimiento.....	173
1. Noción de incumplimiento.....	173
2. Procedimiento.....	174
3. Una legitimación activa de signo aperturista.....	177
4. Efectos de la sentencia.....	181
5. Sistema sancionatorio por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento.....	183
§ 3. Nuevas competencias.....	186
1. Función Arbitral.....	186
2. Jurisdicción Laboral.....	187

II. CONTENCIOSO MERCOSUREÑO 189

§ 1. Atribuciones arbitrales del TPR en un procedimiento en vía de jurisdiccionalización.....	189
1. Atribuciones del TPR en el mejorado sistema de arbitraje mercosureño.....	190
1.1. La doble función arbitral del TPR.....	190
1.2. Esclarecimiento del objeto de la controversia.....	193
1.3. La legitimación restringida.....	195
2. Perspectivas prometedoras con el proyecto de Norma 02/2010.....	197

§ 2. <i>Incidencia sumamente limitada en los ordenamientos nacionales</i>	199
1. El frágil edificio jurídico mercosureño.....	200
2. La problemática compatibilidad con los acuerdos de la OMC.....	202
CAPITULO IV. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN UNIFORME DEL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN.....	207
<i>I. LA CONSULTA PREJUDICIAL ANDINA: LA INSPIRACIÓN EUROPEA.....</i>	207
§ 1. <i>El propósito del mecanismo prejudicial.....</i>	209
1. ...consiste en garantizar la unidad de interpretación y de aplicación del derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos nacionales... ..	209
2. ...mediante una estrecha cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales.....	212
3. ...y proporcionando de este modo una protección jurídica a los particulares	217
§ 2. <i>Especificidades de la consulta prejudicial andina</i>	218
1. Planteamiento de la consulta prejudicial por los jueces nacionales	219
1.1. Concepto de “jueces nacionales”	219
1.2. Atribuciones de los jueces nacionales	223
2. Objeto de la cuestión prejudicial	225
2.1. La no aplicación de la “teoría del acto claro”	225
2.2. La restricción del objeto de la cuestión prejudicial	230
3. Efecto vinculante de la sentencia prejudicial	231
§ 3. <i>Incidencia de la consulta prejudicial en los ordenamientos nacionales de los países miembros</i>	233
1. Eficaz jurisprudencia en torno a los derechos de la propiedad intelectual ...	235
2. Problemática limitación de la consulta prejudicial andina	241
<i>II. LA OPINIÓN CONSULTIVA DEL TPR</i>	245
§ 1. <i>Si bien la opinión consultiva tiene la misma finalidad que la cuestión prejudicial.....</i>	245
1. El mecanismo de la opinión consultiva	245
2. ...como instrumento de interpretación uniforme del derecho mercosureño	247
§ 2. <i>...sus características evidencian las limitaciones del mecanismo</i>	251
1. Principales limitaciones de la opinión consultiva.....	251
1.1. Una legitimación restringida	252
1.2. Un objeto limitado	254
1.3. Una opinión consultiva ni vinculante ni obligatoria.....	257
2. ...que podría solventar el Proyecto de Norma 02/2010	261

CAPITULO V. EL JUEZ Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA..... 265

I. PAPEL DEL TJCA EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO..... 265

§ 1. *La influencia del juez europeo*..... 266

§ 2. *...en la jurisprudencia andina*... .. 272

1. *...resulta incontestable*... .. 272

1.1. *El efecto directo*..... 272

1. 2. *La primacía*..... 280

1. 3. *Recepción del efecto directo y de la primacía por las jurisdicciones nacionales* 287

2. *...aunque parcial*..... 292

2.1. *Los derechos fundamentales*..... 292

2.2. *La responsabilidad por incumplimiento* 298

§ 3. *La consolidación de la integración jurídica andina*..... 303

1. *...excesivamente circunscrita*... .. 303

2. *...pero con una interesante perspectiva*..... 306

II. ¿PUEDE EL TPR JUGAR UN PAPEL EN LA INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR?..... 310

§ 1. *Las limitaciones institucionales del MERCOSUR*... .. 310

1. *...consecuencia de su estructura de índole intergubernamental* 311

2. *...impiden el desarrollo de la original jurisprudencia del TPR*..... 314

2.1. *Un método de interpretación teleológico basado en el derecho internacional*... .. 315

2.2. *... e inspirado en el derecho comunitario*..... 318

§ 2. *Aunque se vislumbra una voluntad de cambio*... .. 322

1. *...por parte del TPR con el Laudo N° 01/2012*... .. 322

2. *...y a través de la iniciativa parlamentaria con el Proyecto de Norma 02/2010* 325

III. ¿HACIA LA CREACIÓN DE UN ESPACIO JURÍDICO INTEGRADO AL NIVEL CONTINENTAL?..... 329

§ 1. *Estrategias e instrumentos planteados*..... 330

1. *Creación de un mecanismo jurisdiccional al nivel suramericano*..... 330

2. *Encuentros entre el TJCA y el TPR: ¿semilla de un espacio jurídico suramericano integrado?*..... 334

§ 2. *Soft power judicial e integración jurídica a través la emergencia de “Islas de derecho”* 338

1. *La cooperación entre jueces* 339

1.1. Articulación y armonización de los mecanismos de interpretación uniforme...	339
1.2. ... para incrementar el diálogo entre los jueces.....	341
2. La armonización aduanera.....	344
2.1. Una armonización indispensable.....	344
2.2. ...hasta ahora difícil de conseguir en el ámbito suramericano.....	346
3. La integración física de la subregión.....	349
3.1. El transporte multimodal.....	350
3.2. La protección del medio-ambiente.....	352
CONCLUSIONES.....	355
RESUMEN DE LA TESIS EN FRANCÉS.....	369
BIBLIOGRAFÍA.....	403
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	424
JURISPRUDENCIA CITADA.....	427

LISTA DE ABREVIATURAS

AC	: Acuerdo de Cartagena (Acuerdo de Integración Subregional Andino)
ADP	: Alianza del Pacífico
AELC	: Asociación Europea de libre Comercio
ALADI	: Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC	: Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALBA	: Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América
ALCA	: Área de Libre Comercio para las Américas
CAC	: Comisión del Acuerdo de Cartagena
CALC	: Cumbre de América Latina y el Caribe sobre Integración y Desarrollo
CAMRE	: Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores
CAN	: Comunidad Andina de Naciones
CARICOM	: Comunidad del Caribe
CCA	: Comisión de la Comunidad Andina
CCJ	: Corte Centroamericana de Justicia
CCM	: Comisión de Comercio de MERCOSUR
CECA	: Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	: Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	: Comunidad Económica Europea
CELAC	: Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños
CEPAL	: Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIDH	: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIADI	: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CIJ	: Corte Internacional de Justicia
CJM	: Corte de Justicia del MERCOSUR
CMC	: Consejo Mercado Común
CNS	: Comunidad de Naciones Suramericanas
CUSFTA	: <i>Canada–United States Free Trade Agreement</i>
EEUU	: Estados Unidos de América
ETJCA	: Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
EURATOM	: Comunidad Europea de la Energía Atómica
GATT	: <i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> o Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
GMC	: Grupo Mercado Común
GOAC	: Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena
GRAN	: Grupo Andino
IED	: Inversión Extranjera Directa
IIRSA	: Iniciativa de Integración Regional Sudamericana
INTAL	: Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe
IVA	: Impuesto al Valor Agregado
JUNAC	: Junta del Acuerdo de Cartagena
MCCA	: Mercado Común Centro Americano
MERCOSUR	: Mercado Común del Sur
NAFTA	: <i>North American Free Trade Agreement</i> o Tratado de Libre Comercio de América del Norte
ODECA	: Organización de Estados Centroamericanos
OECE	: Organización Europea de Cooperación Económica
OEA	: Organización de los Estados Americanos
OMC	: Organización Mundial del Comercio
ONU	: Organización de Naciones Unidas
OSD	: Órgano de Solución de Diferencias
PA	: Parlamento Andino
PO	: Protocolo de Olivos
Parlasur	: Parlamento del MERCOSUR

<i>RDC</i>	: Revista de Derecho Comunitario
<i>REDI</i>	: Revista Española de Derecho Internacional
<i>RIDC</i>	: Revue internationale de droit comparé
RPO	: Reglamento del Protocolo de Olivos
<i>RSTPR</i>	: Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión
<i>RTDE</i>	: Revue trimestrielle de droit européen
SAI	: Sistema Andina de Integración
SGCA	: Secretaría General de la Comunidad Andina
SICA	: Sistema de la Integración Centroamericana
TAH	: Tribunal Arbitral <i>ad hoc</i>
TEDH	: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCA	: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
TJCE	: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hasta el 1 de diciembre de 2009)
TJUE	: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLC	: Tratado de Libre Comercio
TPR	: Tribunal Permanente de Revisión
TTJCA	: Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena
TUE	: Tratado de la Unión Europea
UE	: Unión Europea
UNASUR	: Unión de Naciones Suramericanas

“Tout comme la doctrine de la séparation des pouvoirs est à l’origine de l’Etat constitutionnel et démocratique moderne, de même, les nouvelles conceptions structurelles mises en œuvre dans le cadre du droit de l’intégration pourraient bien être à l’origine d’une transformation non moins profonde de la société internationale”.

PIERRE PESCATORE, *Le droit de l’intégration. Emergence d’un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l’expérience des Communautés européennes*

INTRODUCCIÓN

La novedad del fenómeno de globalización del siglo XX caracterizado por la internacionalización de la economía y la expansión del sistema capitalista al nivel mundial, revolucionó las relaciones interestatales e intraestatales, reestructurando los modelos clásicos de organización política y replanteando el papel del Estado Nación en este nuevo escenario mundial. Así, para hacer frente a los retos de la mundialización, Estados soberanos emprendieron acercamientos mediante la adopción de acuerdos internacionales generando la formación de organizaciones regionales, con distintos grados de integración económica, jurídica y política. Con esta nueva configuración geopolítica caracterizada por la aparición en la escena internacional de estos nuevos actores regionales, debemos tener conciencia, nos señalaba el eminente juez luxemburgués del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), Pierre Pescatore¹, de que “vivimos al comienzo de un proceso que arremete contra categorías de pensamiento establecidas desde hace siglos, que trastorna ideologías políticas profundamente arraigadas, que afecta intereses poderosamente organizados. (...) Estamos viviendo, en la evolución de las estructuras internacionales, los comienzos de una transformación comparable a la que aportó, en la vida del Estado, hacia finales del siglo XVIII, la introducción de la doctrina llamada de la “separación de los poderes”. Así como en la doctrina de la separación de los poderes está el principio del Estado Constitucional y democrático moderno, así también las nuevas concepciones estructurales puestas en marcha en el marco del derecho de la integración bien podrían

¹ Calificado, dicho sea de paso, de Marshall del derecho europeo por Joseph H. H. Weiler (WEILER J. H. H., in “Fédéralisme et constitutionnalisme: le Sonderweg de l’Europe”, en DEHOUSSE R., *Une Constitution pour l’Europe?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2002, pp. 151-176).

estar en el principio de una transformación no menos profunda de la sociedad internacional”².

El continente pionero de aquellos llamados procesos de integración es, sin duda alguna, el continente europeo. Esta idea de una unificación del continente europeo es tan antigua como la propia conciencia europea³ pero Europa tuvo que esperar la tragedia de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), para que se apreciase en toda su extensión el absurdo suicida al que había llevado al continente la hostilidad nacionalista. La necesidad de algún tipo de integración europea que marcara una nueva manera de reordenar el mapa político europeo se hizo evidente e incluso imprescindible.

A partir de la finalización de la segunda guerra mundial, el primer paso en la creación de la Comunidad Europea lo va a dar el Ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman. El 9 de mayo de 1950, Schuman va a proponer un plan diseñado por Jean Monnet e inmediatamente respaldado por Adenauer y De Gasperi, para integrar y gestionar en común la producción franco-alemana de carbón y acero, bajo una alta autoridad común “en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa”. De este modo, se adoptó el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en adelante CECA), firmado en París el

² PESCATORE P., *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, 2005, pp. 13-14. Réimpression de l'éd. de Leiden, A. W. Sijthoff, Genève, 1972.

³ Según la expresión de BARTOLINI S., *Restructuring Europe. Centre Formation, System Building and Political Structuring between the Nation State and the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2005. Y efectivamente, desde *La Monarquía Universal* de Dante y el *Proyecto de paz perpetua* de Kant, poetas, escritores y artistas como Mazzani, Proudhon, Saint-Simon, Lamartine, Victor Hugo soñaron en una unión europea. *Pan-Europa* creado en 1923 por el austriaco Conde Coudenhove Kalergi fue el primer movimiento contemporáneo a favor de la unión europea. En 1926 consiguió reunir en Viena a diversas figuras políticas en el Primer Congreso Paneuropeo. El movimiento paneuropeo vivió su época dorada en la segunda mitad de los años 20, los años de concordia, los años del Tratado de Locarno o del Pacto Briand-Kellog. En 1929, Aristide Briand, Presidente del Consejo francés, pronunció un célebre discurso ante la asamblea de la Sociedad de Naciones en el que defendió la idea de una federación de naciones europeas basadas en la solidaridad y en búsqueda de la prosperidad económica y la cooperación política y social. La Sociedad de Naciones le encargó a Briand, pues, la presentación de un *Memorando sobre la organización de un sistema de Unión Federal Europea*. Lo redactará Alexis Léger, jefe del gabinete del Presidente del Consejo y gran poeta francés que firmaba Saint-John Perse. En el Memorando que presentara en 1930, Alexis Léger inventará un lenguaje y unas expresiones novedosas como *marché comun, libre circulation des biens et des personnes* etcétera, conceptos que hoy en día nos resultan tan familiar (LÉGER A., “Mémorandum sur l'organisation d'un régime d'Union fédérale européenne”, in ZORGBIBE C., *Histoire de la construction européenne*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, pág. 8).

18 de abril de 1951. El 25 de marzo de 1957, se firmaran los Tratados de Roma por los que se crea la Comunidad Económica Europea (en adelante CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante EURATOM). Si bien las Comunidades CECA y EURATOM son, más bien, sectoriales, la CEE organiza de forma más general la estructura del mercado común europeo. Desde 1957 en adelante, el proceso de integración se ha desarrollado y se ha ido profundizando cada vez más a través la adopción del Acta Única Europea (1987), del Tratado de Maastricht (1993), del Tratado de Ámsterdam (1997), del Tratado de Niza (2001) y finalmente del Tratado de Lisboa actualmente en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

Paralelamente a la construcción europea, surgen en el continente suramericano, diversas iniciativas de integración regional. Como es sabido, los sistemas legales de Europa occidental y de Suramérica comparten la misma tradición jurídica “Romano-Canónica” también conocida como Sistema *Civil Law*⁴, quizás por ello no es de extrañar que la integración jurídica europea haya tenido tanta influencia en el continente suramericano.

El proceso de integración suramericano posiblemente más emblemático por su carga simbólica debido a su inspiración del efímero proyecto de Gran Colombia (1819-1831) ideado por Francisco de Miranda, la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN), resulta ser a su vez el más desarrollado y el más influenciado por la entonces CEE. El proceso andino de integración se fundó el 26 de mayo 1969 en Cartagena de Indias mediante la conclusión del Acuerdo Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Posteriormente, en la segunda mitad de la década de los años ochenta y comienzos de los noventa, surgen una nueva serie de acuerdos regionales que presentan caracteres diferenciales respecto a experiencias precedentes, y que la doctrina denominará el “*Nuevo Regionalismo*”. En estos nuevos acuerdos encontramos el Tratado de Asunción, firmado el 29 de marzo de 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, para conformar un mercado común llamado

⁴ MERRYMAN J. H. and PÉREZ-PERDOMO R., *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 2007; MERRYMAN J. H. y PÉREZ-PERDOMO R., *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, Fondo de Cultura Económica (FCE), Ciudad de México, 2014.

MERCOSUR. Finalmente, al principio del siglo XXI, con el renovado impulso político que experimentaron los procesos de integración en América Latina, se instaurará el 23 de mayo de 2008, uno de los procesos de integración latinoamericano más ambiciosos pero, al mismo tiempo, más arriesgados: la Unión de Naciones Suramericanas (en adelante UNASUR). La construcción de este nuevo proceso se ideó a partir de la convergencia institucional de los dos procesos de integración de la subregión ya existentes, esto es la CAN y el MERCOSUR, lo cual supone una necesidad práctica pero a su vez una innovación muy original.

NOCION DE INTEGRACIÓN JURIDICA

Sentadas estas primicias nos detendremos brevemente en la compleja y ambigua cuestión conceptual de la noción de integración jurídica. La noción de integración apareció en los años 1950 con la creación de la CECA y si bien su utilización inicial proviene de las ciencias económicas, la esfera jurídica adoptó rápidamente esta noción. Sin embargo definir la integración sigue siendo objeto de un debate doctrinal sin que se haya consensuado una definición clara. Podemos no obstante constatar que la noción de integración se refiere a la asociación de Estados soberanos de una misma región, de ahí que también se hable de “regionalismo” empero esta terminología de “regionalismo” se refiere en realidad a una noción menos específica y más amplia que la integración. De hecho, la doctrina suele oponer el regionalismo de la integración del regionalismo de la cooperación⁵, y subrayar que la diferencia de naturaleza entre las organizaciones que caracterizan estos dos regionalismos aparece al nivel de sus estructuras institucionales. Aunque la oposición entre integración y cooperación puede ser matizada⁶ y teniendo en cuenta la problemática que supone clasificar estas organizaciones internacionales⁷, esta distinción tiene el mérito de la clarificación.

⁵ CARREAU D., JUILLARD P., BISMUTH R. y HAMANN A., *Droit international économique*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2017, pág. 35, apartado 85.

⁶ PEÑA-PINON M., *La fonction juridictionnelle au service de l'intégration sud-américaine. Regards croisés sur la contribution des juges régionaux à la construction d'un espace intégré: Europe et Amérique du Sud*, Luxembourg Legal Studies, Nomos, Luxembourg, 2017, pág. 3.

⁷ VIRALLY M., “De la classification des organisations internationales”, *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 365-382 ; VIRALLY M., “Définition et classification : approche juridique”, *Revue internationale des sciences sociales*, vol. XXIX : 1, 1977, pp. 61-75.

Desde esta perspectiva, para gran parte de la doctrina, las organizaciones de integración se caracterizarían por instituciones de índole supranacional⁸. La palabra “*supranationale*” tuvo su primera aplicación concreta en el artículo 92 del Tratado de París o Tratado constitutivo de la CECA y, cuyo propósito era crear un vasto mercado común del carbón y del acero, y confiarle la gestión a una nueva forma de institución política, la *Communauté supranationale*. El nacimiento de las Comunidades Europeas introduzco por tanto en el vocabulario jurídico y político la nueva noción de “supranacionalidad”, y, si bien es cierto que el concepto literal desapareció de aquel artículo, su idea y el concepto que conlleva han perdurado con mayor profundidad en el proceso de integración europeo. Esta noción de supranacionalidad se sitúa a igual distancia entre, “de una parte, el individualismo internacional, que considera como intangible la soberanía nacional y que sólo acepta como limitaciones de esa soberanía las obligaciones contractuales, ocasionales y revocables; y, de otra parte, el federalismo de Estados, que se subordinan a un súper-Estado dotado de soberanía territorial propia. La institución supranacional no posee las características de un Estado, pero detiene y ejerce algunos poderes soberanos”⁹. De modo que el poder supranacional creado se opone a las estructuras clásicas del Estado federal y de la Confederación¹⁰. Tres caracteres fundamentales definen a la CECA como “órgano supranacional”: en primer lugar, su independencia de los gobiernos nacionales de los Estados miembros, en segundo lugar, la transferencia de competencias al nuevo órgano común, y por último, la existencia de relaciones directas entre las instituciones comunitarias y los particulares¹¹. La esencia de la “supranacionalidad” se basa por tanto en cuatro condiciones acumulativas: la existencia de un mecanismo autónomo para la toma de

⁸ En este sentido, véase SOBRINO HEREDIA J. M., “Las organizaciones internacionales: generalidades”, en DIEZ DE VELASCO VALLEJO M., *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pp. 51-53; PASTOR RIDRUEJO J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 21ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pág. 715.

⁹ SCHUMAN R., préface à REUTER P., *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1953, pág.7. Recorro a una traducción propia de la versión francesa siguiente: “Le supranational se situe à égale distance entre, d’une part, l’individualisme international, qui considère comme intangible la souveraineté nationale et n’accepte comme limitation de la souveraineté que des obligations contractuelles, occasionnelles et révocables ; d’autre part, le fédéralisme d’Etats qui se subordonnent à un super-Etat doté d’une souveraineté territoriale propre. L’institution supranationale, telle que notre Communauté, (...) ne possède pas les caractéristiques d’un Etat ; mais détient et exerce certains pouvoirs souverains.”

¹⁰ DEHOUSSE R., *La fin de l’Europe*, Éditions Flammarion, Paris, 2005, pág. 19.

¹¹ REUTER P., préface SCHUMAN R., *La Communauté européenne du charbon et de l’acier*, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1953.

decisiones; la facultad de decisión libre de injerencias estatales; el poder para desarrollar una dinámica jurídica, un continuo orden jurídico; y, en última instancia, una limitación efectiva de las competencias estatales¹². En síntesis, para que pueda hablarse de “supranacionalidad” se requiere, en primer término, el reconocimiento solemne y la formulación precisa, por parte de los Estados que la integran, de una serie de intereses y de valores comunes. El proceso todo adquiere así un sentido instrumental finalista o teleológico. En segundo lugar se precisa la entronización de un poder efectivo y autónomo puesto al servicio de esos intereses comunes y de esos valores compartidos¹³. Finalmente comentar que, a este esquema pertenecen, como lo adelantamos, la UE pero también la CAN; sobre este particular no hayamos desacuerdos sustanciales en términos conceptuales.

Como contraposición a la supranacionalidad, la intergubernamentalidad corresponde a las organizaciones internacionales de corte clásico donde la respuesta a las mencionadas cuestiones se encontraría en la voluntad última y soberana de los representantes de las partes contratantes, auténticas protagonistas del “pacto interestatal” en detrimento de los ciudadanos¹⁴. El regionalismo de la cooperación se caracterizaría por tanto por una institucionalidad desarrollada en un marco intergubernamental más propio del derecho internacional clásico y respetuoso de la soberanía de sus Estados miembros.

Este marco conceptual se revela sin embargo demasiado estrecho ya que, al fin y al cabo, conduce a forjar la noción de integración “a medida” para el fenómeno comunitario europeo y a aislar el proceso europeo, como único representante de la organización de integración¹⁵. Es evidente que la construcción europea constituye la referencia e incluso el modelo que reivindican con frecuencia las demás organizaciones

¹² HERAUD G., “L’inter-étatique, le supranational et le fédéral”, *Archives de philosophie du droit*, N° 6, 1961, pp. 179-191.

¹³ URIBE RESTREPO F., *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Quito: Artes Gráficas Señal, 1990, pág. 51.

¹⁴ ALONSO GARCÍA R., *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*, Pamplona: Biblioteca de Legislación Serie, Thomson Civitas, 2008, pág. 48.

¹⁵ DAILLIER P., BENLOLO-CARABOT M., SUSANI N., VAURS-CHAUMETTE A.-L., “La jurisprudence des tribunaux des organisations d’intégration latino-américaines (chronique n° 1 - Les ordres juridiques des organisations d’intégration latino-américaines)”, in *Annuaire français de droit international*, volume 51, 2005, pp. 640-642.

regionales pero una definición y un enfoque tan restrictivos de la integración tienden a infravalorar la originalidad y las especificidades, a veces profundas, desarrolladas por iniciativas de integración de otros continentes y, por tanto, no permiten entender realidades distintas como la realidad suramericana. Por ejemplo, no se podría considerar el MERCOSUR, proceso de índole claramente intergubernamental, como un proceso de integración. En este contexto doctrinal particular, los análisis sobre el concepto de integración ganan pues en ser enriquecidos por el estudio de otros procesos que han tomado vías jurídicas alternativas¹⁶.

De modo que para otra parte de la doctrina, más allá de la naturaleza institucional, la diferencia entre organizaciones de integración y organizaciones de cooperación se basa en dos criterios cumulativos¹⁷. El primer criterio corresponde al ámbito de actuación: mientras que las organizaciones de cooperación se enfocan exclusivamente en un sector económico determinado, las organizaciones de integración pretenden por el contrario crear un mercado común. Y el segundo criterio está relacionado con la capacidad de evolución de la organización; el carácter estático caracteriza las organizaciones de cooperación ya que no tiene vocación en avanzar en un grado superior de integración, en cambio las organizaciones de integración son dinámicas y evolutivas. En consecuencia, atendiendo a estos dos criterios, algunos autores acaban concluyendo que se puede clasificar el MERCOSUR como una “organización de integración no comunitaria”¹⁸.

Optaremos por tanto por esta definición y este enfoque más amplios de la integración, lo cual nos permite identificar y distinguir, en líneas generales y plenamente consciente de los numerosos matices que se tendría que aportar, los dos modelos paradigmáticos de procesos de integración: el modelo supranacional que corresponde al esquema acabado y óptimo de la integración y el modelo

¹⁶ DAILLIER P., BENLOLO-CARABOT M., SUSANI N., VAURS-CHAUMETTE A.-L., “La jurisprudence des tribunaux des organisations d’intégration latino-américaines (chronique n° 1 - Les ordres juridiques des organisations d’intégration latino-américaines)”, *op. cit.*, pág. 641.

¹⁷ JUIILLARD P., “Les organisations internationales économiques”, en DUPUY R.J., *Manuel sur les organisations internationales*, 2^{ème} éd., Académie du droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pág. 658.

¹⁸ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d’intégration*, L’Harmattan, Paris, 2008, pp. 4-7.

intergubernamental que corresponde a un esquema transitorio al nivel conceptual y más flexible al nivel institucional¹⁹.

ROL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

En este nuevo contexto de los procesos de integración instituidos mediante la adopción de acuerdos regionales, el protagonismo de los órganos jurisdiccionales establecidos para asegurar el respeto del derecho en la aplicación de los Tratados constitutivos, se incrementó hasta convertirse en uno de los elementos imprescindibles, y cuya ausencia o debilidad pondría en jaque la consolidación y permanencia de aquellos procesos. Precisemos que la utilización de la terminología “órganos jurisdiccionales” incluso cuando nos referimos a tribunales de arbitraje también puede ser objeto de críticas que asumimos.

Así en esa creación de la Historia, en ese producto cultural específico que es Europa, el derecho y los juristas han jugado un papel decisivo. A lo que en principio puede parecerse a un conglomerado de diferencias, encontramos, una cultura jurídica común que se remonta al derecho romano. Sin el *Digesto*, sin el derecho romano, *ius commune* europeo durante más de ocho siglos, Europa no sería la Europa que conocemos²⁰. Consciente de aquello, se diseñara progresivamente, más allá de la

¹⁹ En este sentido, Daisy Ventura subraya que “s’il est vrai que le droit communautaire offre une gamme d’instruments juridiques qui ont répondu de manière globalement efficace aux besoins d’un processus d’intégration économique, il n’en demeure pas moins que le Mercosur n’a imité que très superficiellement la technique juridique communautaire au fil de son évolution. Au contraire, sous l’apparence de “projets frères” se développent deux modèles singuliers d’intégration économique.” (VENTURA D., *Les asymétries entre le Mercosur et l’Union européenne*, L’Harmattan, Paris, 2003, pág. 22).

²⁰ Son numerosas las referencias al derecho romano. Por ejemplo, a la pregunta ¿Qué es Europa?, el historiador Paul Koschaker responde que “Europa es, ante todo un fenómeno cultural, una mezcla de elementos culturales y clásicos y germánicos con preponderancia del factor romano y en la que no es posible prescindir del elemento cristiano” (KOSCHAKER P., *Europa y el Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 18). En la misma línea, el filósofo Rémi Brague postula que “il est un seul domaine de la culture que, de l’aveu de tous, les Romains ont inventé et légué à la postérité, et c’est le *droit*”, demostrando así que la *forme* de Europa, esto es su identidad y su especificidad, se define por su latinidad (BRAGUE R., *Europe, la voie romaine*, Gallimard, “Folio Essais”, Paris, 1999, pág. 45). Finalmente, Ricardo Alonso García destaca que el TJCE, en el fundamento 13 de la *sentencia Klomp, de 25 de febrero de 1969 (23/68)*, no dudó en invocar el derecho romano: “De acuerdo con un principio común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad, cuyos orígenes pueden remontarse al derecho romano, cuando se modifica una legislación, y salvo que el legislador exprese una intención contraria, la continuidad de las estructuras jurídicas debe ser aseguradas” (ALONSO GARCÍA

necesaria pero incompleta integración económica, una integración jurídica, en la cual el TJCE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009), a través una jurisprudencia ambiciosa, desempeñara un papel fundamental en la constitución y consolidación de la arquitectura judicial europea. Algunos autores no dudaron en comparar las capitales sentencias *Van Gend & Loos* y *Flaminio Costa* del TJCE con la histórica sentencia *Marbury c/ Madison* de la *Supreme Court* de Estados Unidos dictada por el *Chief Justice* Marshall, para poner de manifiesto las similitudes entre el labor del juez europeo y la del juez norteamericano en la realización de un sistema judicial inédito²¹.

¿*Quid* en Suramérica? En el ámbito andino, aunque el proceso andino no contó desde sus inicios con una institución judicial comunitaria, esta laguna se colmó en 1979 con la suscripción del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA). La jurisprudencia del TJCA, pese a no llegar a ser tan fundamental para la integración andina como la de su par europeo, merece no obstante ser resaltada y estudiada. En cuanto al MERCOSUR, con el propósito de consolidar y perfeccionar la arquitectura jurídica mercosureña, los Estados Partes adoptaron, en fecha 18 de febrero de 2002, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del MERCOSUR, cuya novedad más relevante fue la creación de un órgano jurisdiccional superior: el Tribunal Permanente de Revisión (en adelante TPR). Y la UNASUR aún no cuenta con un órgano propio de solución de controversias aunque un Centro de soluciones de controversias en materia de inversiones de la UNASUR se encuentra actualmente en proceso de creación.

El presente trabajo tiene por tanto como objeto determinar la influencia de los órganos jurisdiccionales establecidos en los respectivos procesos de integración suramericanos, en la consolidación y la profundización de sus respectivos procesos.

R., en *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Editorial Civitas, Madrid, 1989). Además precisa el autor que la anotación a pie de página de la sentencia se remite a dos fragmentos de Paulo: “No es novedad que las leyes anteriores se extiendan a las posteriores”. “Pero también las leyes posteriores se integran a las anteriores, a menos que fueran contrarias, y esto se prueba con muchos argumentos”. (Traducción de la versión castellana del *Digesto* por D’ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA-GARRIDO y BURILLO, Pamplona, 1968).

²¹ En este sentido, LENAERTS K., *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d’Amérique et dans l’ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988.

Para ello cabe interrogarse sobre la naturaleza de los sistemas de soluciones de controversias establecidos y sobre la adecuación de estos órganos jurisdiccionales con los desafíos y las problemáticas inherentes a la integración jurídica suramericana. Nos apoyaremos en el análisis de la jurisprudencia del TJCA y del TPR para deducir de la eficacia y de la eficiencia de sus actuaciones a la hora de penetrar los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

Pero, más allá del necesario estudio comparativo entre los diferentes órganos jurisdiccionales en el seno de sus respectivos procesos de integración, también conviene reflexionar sobre la posibilidad de una cooperación entre estos órganos para materializar jurídicamente la idea de convergencia de estos dos bloques tal y como lo plantea la UNASUR. En este sentido interesan por tanto los Encuentros entre los magistrados del TJCA y del TPR, de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, iniciados en el 2005 con el ambicioso propósito de emprender el “acercamiento entre el sistema jurídico de la CAN y el del MERCOSUR”, mediante la creación de “una base teórica y práctica para un adecuado análisis en relación con la interacción de los dos sistemas de integración”²². Estos encuentros e intercambios entre los jueces plantean una inédita perspectiva en la esfera jurídica suramericana y podrían contribuir a la emergencia de un *soft power* judicial²³ para la integración regional.

En consecuencia, el planteamiento metodológico y analítico que proponemos para desarrollar nuestra argumentación y profundizar nuestra reflexión se compone de cinco fases.

En primer lugar, haremos un breve repaso de los procesos de integración en el conjunto del continente latinoamericano y de las problemáticas planteadas ya que es no es posible entender y analizar la “dinámica actual de los procesos de integración en

²² PERDOMO PERDOMO L., “Introducción”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pág. 7.

²³ El concepto de “*soft power* judicial” se inspira del ensayo de ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Editions du Seuil et la République des Idées, janvier 2005, pág. 53.

América del Sur sin atender a la impronta contextual jurídico-política de los procesos de globalización y regionalización en que se desarrollan”²⁴. (Capítulo I)

Seguidamente, antes de centrarnos en el estudio de los órganos de solución de controversias de los respectivos procesos de integración suramericanos, conviene ante todo examinar el marco institucional en el cual dichos órganos deben actuar para destacar la diferencia fundamental entre las apuestas institucionales; mientras la CAN se constituye como una Comunidad de derecho comparable a la entonces CEE, estableciendo así un sistema supranacional, el MERCOSUR y la UNASUR se presentan como sistemas intergubernamentales. Estas apuestas originarias van a tener una incidencia en la naturaleza y la estructura de los respectivos órganos de solución de controversias, cuyos rasgos generales resaltaremos, a continuación. (Capítulo II)

Por lo demás, en este amplio y denso conjunto competencial atribuido por los Tratados constitutivos a las respectivas instituciones jurisdiccionales que son el TJCA y el TPR, se desprenden dos tipos de competencias más relevantes. Primeramente, les corresponde la función garantizar el respeto del derecho que se deriva de los Tratados fundacionales y, por consecuente, pronunciarse sobre el contencioso interpuesto ante ellos por las partes en conflicto. (Capítulo III)

A esta función contenciosa, se suma la trascendental competencia que consiste en velar en la interpretación y en la aplicación uniforme del derecho instituido por los Tratados, permitiendo de este modo una armonización jurídica de la arquitectura del sistema institucional mediante los mecanismos de las cuestiones prejudiciales en el sistema comunitario andino y de las opiniones consultivas en el MERCOSUR. (Capítulo IV)

Por último, tras más medio de siglo de existencia, el TJUE ha desarrollado una intensa actividad jurisprudencial, mediante la cual ha creado las fundamentales doctrinas del *Efecto Directo*, de la *Primacía*, de los *Derechos Fundamentales* y de la *Responsabilidad* de los Estados miembros, doctrinas que fueron un potente y eficiente

²⁴ MELLADO N. B., “Prologo”, en MELLADO N. B. (Editora), *MERCOSUR y UNASUR ¿Hacia dónde van?*, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, Argentina, diciembre 2009, pág. 8.

instrumento integrador del conjunto jurídico comunitario. Cabe por tanto considerar la influencia de la jurisprudencia europea y si, en los actuales contextos institucionales, el TJCA y el TPR han desempeñado o pueden desempeñar un papel semejante en sus respectivos procesos de integraciones. Y, a su vez, cabe preguntarnos qué perspectivas pueden ofrecer estos encuentros entre los magistrados del TJCA, del TPR y de las Cortes Supremas de los Países de la CAN como del MERCOSUR, en la contribución a una progresiva elaboración de un espacio jurídico integrado al nivel continental.
(Capítulo V)

CAPÍTULO I. LA INTEGRACION LATINOAMERICANA: ¿UN PROCESO INACABADO O INALCANZABLE?

“La independencia era una simple cuestión de ganar la guerra... Los grandes sacrificios vendrían después, para hacer de estos pueblos una sola patria.”

GARCÍA MÁRQUEZ G., *El general en su laberinto*

“On pourrait écrire les histoires des Amériques latines, c'est l'histoire de l'Amérique latine que nous voulons écrire, parce qu'il faut choisir, parce que nous estimons aussi que l'unité l'emporte finalement sur la diversité.”

PIERRE CHAUNU, *Histoire de l'Amérique latine*

Desde la segunda mitad del siglo XX y paralelamente al proceso de integración europeo, surgen en el continente latinoamericano, diversos procesos de integración regional. Sin embargo, la idea de una unión de los pueblos latinoamericanos no es nueva. Después de la independencia de las naciones de la América Latina continental, el congreso de Panamá organizado en 1826 e iniciativa del Libertador venezolano Simón Bolívar, figura mítica de la independencia, fue el intento más serio para poner en marcha una solidaridad interamericana. Pero, el enclaustramiento nacional de las antiguas colonias fortificó un nacionalismo precoz, fragmentando el continente latinoamericano y olvidando el ideal bolivariano de unidad política y cultural de Latinoamérica. Solo Brasil consiguió mantener la unidad de su pasado colonial. Desde entonces, la historia de América Latina está marcada por las convulsiones

revolucionarias sucesivas, los repetitivos golpes de Estados militares, el caudillismo ideológico, en pocas palabras, por la inestabilidad política y social permanente.

Pese a los obstáculos, la integración del continente latinoamericano ha ido avanzando en diferentes frentes y a diferentes velocidades y, en la actualidad, siguen vigentes numerosos y distintos procesos de integración regionales. No obstante, los interrogantes y temas de debate son múltiples; si bien es cierto que existe un consenso unánime en torno al hecho que se debe profundizar la integración, aún queda por concretar que esquema conceptual o modelo de integración y que diseño institucional adoptar para lograr materializar la tan anhelada unión latinoamericana.

En todo caso, más allá de una mera declaración de intenciones, profundizar la integración implicará superar las dificultades por las que atraviesan los esquemas existentes en el continente y que a continuación desglosaremos.

I. SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX: INICIO DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

En líneas generales, durante la segunda mitad del siglo XX, la integración latinoamericana ha experimentado dos etapas: la primera etapa que abarca el período 1960-1990, y la segunda a partir de los noventa hasta el principio del siglo XXI.

Así, los primeros acuerdos regionales latinoamericanos de integración adoptaron un marco institucional claramente inspirado en el modelo de integración europeo (§1). Sin embargo estos diseños no reflejaron ni la realidad política y económica, ni las circunstancias regionales del continente por lo que, salvo excepción, el grado de integración de estos procesos resultó ser más bien superficial. En consecuencia, a partir de los noventa, se inició un cambio de paradigma con la adopción del llamado *regionalismo abierto* también denominado *nuevo regionalismo* caracterizado por una mayor liberalización y desregulación económica (§2).

En ambas etapas conviene resaltar el papel de la Comisión económica para América Latina (en adelante CEPAL) que, bajo la influencia y el impulso del economista argentino Raúl Prebisch, estimuló la formación de un gran mercado latinoamericano y alentó un proceso de integración que pudiera lograrlo.

§ 1. LA CEE COMO REFERENCIA

Desde el surgimiento de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (en adelante ALALC) hasta la Asociación Latino Americana de Integración (en adelante ALADI), todas las primeras iniciativas de integración regionales adoptaron como modelo y referencia los objetivos y parte del diseño institucional del proceso de integración europea, esto es la CEE, instituida por Tratado de Roma en fecha 25 de marzo de 1957. Dentro de todos estos acuerdos de integración, el caso de la integración de los países andinos merece especial atención habida cuenta del grado de integración conseguido respecto a los demás procesos y también por la profunda huella que ha dejado la influencia del modelo europeo.

1. De los primeros acuerdos regionales latinoamericanos a la ALADI...

Con la firma del Tratado fundacional de la ALALC, el 18 de febrero de 1960 en Montevideo, se establece el primer gran proceso de integración ambicioso al nivel continental. Este proceso incluye todos los países de América del Sur además de México.

De la lectura de la parte considerativa del Tratado que dispone:

“PERSUADIDOS de que la ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales, a través de la eliminación gradual de las barreras al comercio intrarregional, constituye condición fundamental para que los países de América Latina puedan acelerar su proceso de desarrollo económico, en forma de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos;

y

CONVENCIDOS de que el fortalecimiento de las economías nacionales contribuirá al incremento del comercio de los países latinoamericanos entre sí y con el resto del mundo,²⁵

se infiere que el objetivo primordial de los Estados Contratantes era el establecimiento de una zona de libre comercio que permitiera aunar esfuerzos en favor de una progresiva complementación e integración de sus economías.

Los postulados conceptuales de este proceso de integración fueron ideados por la CEPAL que, resumidamente, propugnaba alentar amplios y consistentes mercados internos y un desarrollo industrial sustitutivo de tipo endógeno a partir del desarrollo de las economías de escala y el intercambio comercial entre los países de la región²⁶. La fórmula inicial propuesta por la CEPAL se asentaba en tres conceptos básicos: preferencia comercial, reciprocidad y compensación multilateral en los pagos, sin embargo, durante las negociaciones intergubernamentales la fórmula de preferencia comercial latinoamericana fue sustituida por la de zona de libre comercio²⁷. Por otra parte, de conformidad con las directrices establecidas por el *General Agreement on Tariffs and Trade* o Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante GATT), se adoptó la llamada “cláusula de nación más favorecida” según la cual

“cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por una parte contratante en relación con un producto originario de o destinado a cualquier país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de las demás partes contratantes”.²⁸

²⁵ Tratado de Montevideo constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), de 18 de febrero de 1960, en vigor el 2 de junio de 1961.

²⁶ COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL, *The Latin American common market. Exposición del Dr. Prebisch, Director Principal a cargo de la Secretaría Ejecutiva*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 11 de mayo de 1959 y *El movimiento latinoamericano hacia la colaboración económica multilateral*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 6 de marzo de 1961.

²⁷ VACCHINO J. M., “Momentos claves en la historia de ALALC – ALADI” en *Integración Latinoamericana*, N° 126. INTAL, agosto de 1987, pág. 28.

²⁸ Artículo I - Trato general de la nación más favorecida, párrafo 1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947).

Esta cláusula implicaba la extensión automática a todos los Estados miembros de cualquier ventaja concedida en cualquier acuerdo bilateral de preferencias arancelarias o de promoción de integración regional. En otras palabras, se pretendió que al interior de la ALALC rigieran los principios de no discriminación y la extensión de los beneficios otorgados²⁹.

Empero este primer gran intento de crear una zona de libre comercio fracasará. Si bien es cierto que los primeros años de la ALALC fueron auspicios y que la liberalización del comercio zonal aumentó el intercambio comercial de saldos exportables entre Argentina, Brasil y México, una serie de escollos llevaron el proceso al estancamiento. Entre estos obstáculos resaltar la excesiva rigidez de las cláusulas del Tratado constitutivo, el carácter excesivamente comercialista que buscaba ceñirse a las disposiciones del GATT y se basaba en plazos cortos que no permitían una adaptación concreta de las economías nacionales a unos objetivos demasiados ambiciosos, la heterogeneidad en el grado de desarrollo de los Estados miembros y las disparidades económicas de los países de menor envergadura que el Tratado no tuvo en cuenta, además de la falta de voluntad política por parte de los gobiernos, muchos de los cuales se enfrentaban a serios problemas de gobernabilidad³⁰.

En definitiva ese modelo no alcanzó los progresos que se esperaban y la zona de libre comercio nunca logró ser constituida. No obstante, a pesar de no resultar fructífera en sus resultados finales, esta experiencia frustrada constituyó el principio de un intento global de integración latinoamericana y determinó el surgimiento de nuevas estrategias³¹.

Así, hasta los años ochenta, se gestan en el continente otros procesos de integración, de características comparables a las que postulaba la ALALC, tales como el Mercado Común Centro Americano (en adelante MCCA), la Comunidad del Caribe (en

²⁹ VACCHINO J. M., *Integración Latinoamericana. De la ALALC a la ALADI*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

³⁰ INSIGNARES CERA S., *Integración Latinoamericana. Su construcción jurídico-política*, Editorial Porrúa, México, 2015, pág. 180 y ss..

³¹ VACCHINO J. M., “Momentos claves en la historia de ALALC – ALADI” en *Integración Latinoamericana*, N° 126. INTAL, agosto de 1987, pág. 26-27.

adelante CARICOM), la Asociación Latino Americana de Integración (en adelante ALADI) y sobre todo la CAN cuya especificidad comentaremos más adelante.

El origen histórico del MCCA, que a su vez representa la primera experiencia de integración contemporánea en el continente latinoamericano, se realizará en fecha 14 de octubre de 1951 con la creación de la Organización de Estados Centroamericanos (en adelante ODECA) mediante la suscripción de la Carta de San Salvador³². Con posterioridad, el 12 de diciembre de 1962, los cinco gobiernos de Centroamérica decidieron sustituir la Carta de San Salvador por la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), conocida posteriormente como “Carta de Panamá”, norma fundamental de este proceso de integración Centroamericano, en cuyo contenido se afirma que

“Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala son una comunidad económico-política que aspira a la integración de Centroamérica. Con tal propósito se ha constituido la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)”³³.

Se suscriben por tanto estos acuerdos de integración con el propósito de construir un área de libre comercio, como paso previo a una integración más profunda de Centroamérica.

En cuanto a la CARICOM, se creará el 1 de agosto de 1973 con la suscripción del Tratado de Chaguaramas cuyo objetivo no es otro que “la integración económica de los Estados miembros, a través del establecimiento de un régimen de mercado común”³⁴. Lo resaltable de este Tratado radica en su estructura institucional más enfocada hacia la conformación de una unión aduanera que a un mercado común, motivo por el cual parte de la doctrina considera la CARICOM como la integración más relevante en el oeste del

³² Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) o “Carta de San Salvador”, de 14 de octubre de 1951.

³³ Artículo 1 de la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) o “Carta de Panamá”, de 12 de diciembre de 1962.

³⁴ Artículo 4 del Tratado de Chaguaramas Revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del Mercado Único y la economía del CARICOM, de 4 julio de 1973.

hemisferio y la más antigua en término del número de países miembros³⁵; son, además, los únicos que conservan un lazo histórico con el Reino Unido por haberse mantenido como antiguas colonias hasta hace pocos años³⁶.

Pero un nuevo punto de inflexión regional se dará con la creación de la ALADI mediante la firma del Tratado de Montevideo en fecha 12 de agosto de 1980. Este Tratado, que fue la culminación de un informe final sobre la reestructuración de la ALALC elaborado por un comité de expertos convocados por el Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (en adelante INTAL)³⁷ así como de un estudio de la CEPAL para ajustar el esquema de la ALALC³⁸, sustituye al Tratado que instituye la ALALC³⁹ y se presenta por tanto como una transición institucional de la ALALC a la ALADI⁴⁰.

Conformada por los mismos Estados miembros de la ALALC, a la cual se sumó Cuba en 1999, el objetivo final de ALADI es el “establecimiento, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano”⁴¹. A partir de la experiencia del proceso anterior y ante la evidente necesidad de cambiar de estrategia, el Tratado de Montevideo de 1980 fue considerablemente más flexible que el Tratado anterior al

³⁵ La conforma quince países, casi todos ellos antiguas colonias inglesas y, por tanto, anglófonos, once de los cuales son islas: Antigua, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Montserrat (colonia británica), San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam (antigua Guyana Holandesa), Trinidad y Tobago y Haití.

³⁶ En este sentido véase SANDBERG M., SEALE J. and TAYLOR T., “History, regionalism, and CARICOM trade: A gravity model analysis”, *Journal of Development Studies*, vol. 42, issue. 5, 2006, pp. 795-811.

³⁷ BARROS CHARLIN R. y ARMANET ARMANET P. (Directores), *Estudios sobre la reestructuración de ALALC*, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1980.

³⁸ COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL, *Algunas orientaciones básicas para el eventual ajuste del Tratado de Montevideo a una nueva etapa de integración económica (El Programa de Liberación-Los Acuerdos de Complementación): versión preliminar*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 4 de Septiembre 1974.

³⁹ Parte considerativa del Tratado de Montevideo que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), de 12 de agosto de 1980.

⁴⁰ De hecho, el artículo 54 del Tratado de Montevideo de 1980 prevé que “la personalidad jurídica de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, establecida por el Tratado de Montevideo suscrito el 18 de febrero de 1960 continuará, para todos sus efectos, en la Asociación Latinoamericana de Integración. Por lo tanto, desde el momento en que entre en vigencia el presente Tratado, los derechos y obligaciones de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio corresponderán a la Asociación Latinoamericana de Integración.”

⁴¹ Artículo 1 párrafo 2 del Tratado de Montevideo que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), de 12 de agosto de 1980.

permitir la concertación de acuerdos de alcance parcial es decir acuerdos suscritos exclusivamente entre dos o más países miembros⁴². De esa manera, los compromisos ya no tendrían que ser asumidos por todos los países. Se adoptó por tanto un criterio más realista en virtud del cual no se obligaba a los Estados miembros a participar de un programa único y general de desregulación arancelaria y adaptación a los mecanismos integracionistas. Adicionalmente se propició la ejecución de los plazos y mecanismos de forma gradual y acorde a las necesidades de cada país, a la vez que teniendo en cuenta las disparidades de crecimiento de las diversas economías, e instaurando un sistema de apoyo a los países de menor desarrollo económico relativo⁴³.

En consecuencia, gradualidad y flexibilidad resultaron ser los paradigmas característicos de este nuevo proceso lo cual convirtió la ALADI en el marco esencial de suscripción de numerosos acuerdos que permitieron revitalizar la integración en América Latina, perviviendo más allá de la década de los ochenta. La clave de ello residía en la gran cantidad de acuerdos de alcance parcial que los gobiernos podían firmar y que permitía la incorporación posterior de otras naciones al proceso de integración. Y efectivamente, la consecuencia fue el aumento considerable de acuerdos firmados en el ámbito de la ALADI.

Sin embargo los resultados de este proceso tampoco fueron del todo satisfactorios; dentro de las críticas planteadas se hizo hincapié del “carácter programático de las disposiciones, poco adaptadas a la realidad y estructuradas bajo un sistema normativo disperso, lo cual se deduce de su Tratado marco, que considerado como muy flexible para algunas materias y con poca coordinación y armonización de políticas en los diferentes campos de la integración económica”⁴⁴. A su vez, se resaltó la falta de voluntad política que se evidencia en la falta de creación de órganos comunitarios y en la transferencia específica de competencias, la falta de un ordenamiento jurídico adecuado a la integración y la falta de un compromiso por reforzar la supranacionalidad;

⁴² Artículos 7 a 14 del Tratado de Montevideo que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), de 12 de agosto de 1980.

⁴³ Artículos 15 a 23 del Tratado de Montevideo que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), de 12 de agosto de 1980.

⁴⁴ INSIGNARES CERA S., *Integración Latinoamericana. Su construcción jurídico-política*, op. cit., pág. 196.

en definitiva, defectos ya presentes en el proceso de integración que la ALADI sustituye⁴⁵.

2. ... pasando por la CAN

El 26 de mayo de 1969, se suscribirá en Bogotá, el “Acuerdo de Integración Subregional Andino” o Acuerdo de Cartagena que constituirá el Pacto Andino, hasta entonces el proceso de integración latinoamericano más ambicioso y más influenciado por la construcción europea. Los Estados fundadores del Acuerdo de Cartagena son Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú; posteriormente en 1974, se integrará Venezuela al Acuerdo.

El preámbulo del AC, constituido por cinco breves párrafos, contiene toda la filosofía que ha inspirado los Países Miembros para diseñar el Acuerdo de Integración Subregional Andino. Así, con el propósito de “fortalecer la unión de sus pueblos y sentar las bases para avanzar hacia la formación de una *comunidad subregional andina*”⁴⁶, el AC plasma esta unión basada en lazos geográficos, culturales e históricos al señalar que “la integración constituye un mandato histórico, político, económico, social y cultural de sus países a fin de preservar su soberanía e independencia”⁴⁷. En consecuencia, indica el último párrafo del preámbulo, los Países Miembros están

“DECIDIDOS a alcanzar tales fines mediante la conformación de un sistema de integración y cooperación que propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de sus países.”⁴⁸

⁴⁵ INSIGNARES CERA S., *Integración Latinoamericana. Su construcción jurídico-política*, op. cit., pág. 197.

⁴⁶ Párrafo 2 del preámbulo AC. La cursiva nos pertenece.

⁴⁷ Párrafo 3 del preámbulo AC.

⁴⁸ Párrafo 5 del preámbulo AC.

De este modo dicho preámbulo materializaría la “voluntad del Libertador Simón Bolívar expresada en su Carta de Jamaica y en el Congreso Anfictiónico de Panamá, que no era otra que una propuesta de integración con vocación no sólo económica y social sino, sobre todo, política”⁴⁹.

Recordemos que la estrategia planteada de constituir una comunidad subregional andina mediante la conformación de un sistema de integración y cooperación que propenda a un desarrollo económico armónico y compartido de sus países miembros, tiene su inspiración en la construcción europea y el objetivo perseguido por los arquitectos europeos: abordar la integración política de Europa de forma pragmática, lejos de toda construcción ideológica. En la célebre declaración Schuman, hecha el 9 de mayo de 1950, que se convertiría en el punto de partida de la construcción europea, se recoge sin ninguna ambigüedad dicho objetivo:

“L’Europe ne se fera pas d’un coup, ni dans une construction d’ensemble; elle se fera par des réalisations concrètes créant d’abord une solidarité de fait.”⁵⁰

Jean Monnet y Robert Schuman postulaban que la construcción económica, la fusión de intereses estratégicos como la energía, la creación de una solidaridad de hecho, producirían implícitamente la unificación política:

“Par la mise en commun de production de base et l’institution d’une Haute Autorité nouvelle, dont les décisions lieront la France, l’Allemagne et les pays qui y adhéreront, cette proposition réalisera les premières assises concrètes d’une fédération européenne indispensable à la préservation de la paix.”⁵¹

El objetivo fundamental y persistente, eje de todos los Tratados fundacionales europeos, fue la creación de una Comunidad. De este modo, considerando los

⁴⁹ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2011, pág. 40.

⁵⁰ SCHUMAN R., “Déclaration du 9 mai 1950”, disponible en <https://www.robert-schuman.eu/fr/declaration-du-9-mai-1950>.

⁵¹ SCHUMAN R., “Déclaration du 9 mai 1950”, *op. cit.*.

preámbulos de los Tratados, la Comunidad es un objetivo que se ha de cumplir gradualmente⁵².

Así, solo basta con leer el preámbulo del Tratado de París, de 18 de Abril de 1951, igualmente constituido por cinco breves párrafos y que sigue inspirando a los promotores de la construcción europea, para comprobar la influencia de la integración europea en el proceso andino de integración. Más específicamente el quinto párrafo de dicho preámbulo, dónde podemos leer que los Países Miembros están:

“resueltos a sustituir las rivalidades seculares por una fusión de sus intereses esenciales, a poner, mediante la creación de una comunidad económica, los primeros cimientos de una comunidad más amplia y más profunda entre pueblos tanto tiempo enfrentados por divisiones sangrientas, y a sentar las bases de instituciones capaces de orientar hacia un destino en adelante compartido.”⁵³

“Solidaridad de hecho”, “comunidad entre los pueblos”, “destino en adelante compartido” tales son por tanto las palabras claves del propósito perseguido por ambos procesos de integraciones. En consecuencia, no cabe duda de que el Pacto Andino se reveló desde sus orígenes como un ambicioso y avanzado proceso de integración inspirado por el proceso de integración europeo.

Del artículo 1 se desprende que, son objetivos del AC

“promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional;

⁵² LECOURT R., *Le juge devant le Marché commun*, Librairie Droz, Genève 1970, pág. 14.

⁵³ Preámbulo párrafo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) o “Tratado de París”, firmado el 18 de abril de 1951.

fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.”⁵⁴

Se ha comentado que la lectura de los objetivos enunciados demuestra que el proceso de integración andino “fue concebido para impulsar y alcanzar las metas de la integración regional o continental perseguidas por la ALALC”⁵⁵. Sin embargo, a diferencia de la ALALC y de los procesos de integración anteriormente comentados, el Pacto Andino no solamente propugnaba el establecimiento de una zona de libre comercio sino también una unión aduanera. Además, establecía programas de desarrollo industrial conjuntos en sectores estratégicos como la agricultura, la energía, el transporte o las comunicaciones, y promovía la armonización de las políticas económicas y sectoriales (industria, agricultura, políticas cambiarias y fiscales).

Aunque la característica más resaltante del Pacto Andino residió en la creación de una estructura jurídica e institucional con elementos de índole supranacionales, expresada, por ejemplo, en la creación de una institución como la Junta del Acuerdo de Cartagena. Habida cuenta todos estos elementos, la doctrina no dudó en afirmar que el Pacto Andino ha constituido, desde sus inicios, el proceso de integración más acabado y más desarrollado de la región⁵⁶.

Lamentablemente, diversos factores detuvieron los avances integracionistas del proceso andino. Posiblemente el factor más determinante fue la salida de Chile en 1976 durante el dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a incompatibilidades entre la política económica de ese país y las políticas de integración de la CAN. Pero también cabe mencionar la grave crisis económica de los años setenta que provocó un fuerte deterioro de los términos del intercambio para las economías nacionales de la región en

⁵⁴ Artículo 1 AC.

⁵⁵ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 32.

⁵⁶ SIDJANSKI D., *Problèmes actuels d'intégration économique. Le rôle des institutions dans l'intégration régionale des pays en voie de développement*, Conférence des Nations Unis sur le commerce et le développement, Nations Unis, New York, 1973, pp. 171-172.

el comercio internacional y un sustancial endeudamiento de los países miembros generando una mayor vulnerabilidad del continente; la falta de interés político por la integración de los gobiernos dirigidos por dictaduras militares y el consecuente incremento de tensiones nacionalistas entre países vecinos como por ejemplo el conflicto limítrofe entre Perú y Ecuador en 1981.

§ 2. EL “NUEVO REGIONALISMO”

Con el decenio de los noventa, distintos Estados latinoamericanos optaron por estrategias regionalistas, que responden a la necesidad de mejorar su inserción en el sistema internacional y de afrontar los distintos desafíos económicos, sociales, políticos y de seguridad planteados o agudizados por las dinámicas de la globalización⁵⁷. Estas estrategias se relacionan, en particular, con la reactivación del fenómeno de la integración regional bajo los parámetros del llamado *regionalismo abierto*, también denominado *nuevo regionalismo*, que según la CEPAL se define como

“proceso de creciente interdependencia económica a nivel regional, impulsado tanto por acuerdos preferenciales de integración como por otras políticas, en un contexto de apertura y desregulación, con el objeto de aumentar la competitividad de los países de la región y de constituir en lo posible un cimiento para una economía internacional más abierta y transparente”.⁵⁸

Concretamente, este nuevo regionalismo combina, “en el ámbito económico, la apertura externa y el mantenimiento de un elemento preferencial para los países

⁵⁷ SANAHUJA J. A., “Del “Regionalismo abierto” al Regionalismo post-liberal”, Barreras y obstáculos en la integración en América Latina y el Caribe, *Anuario de la Integración Regional en América Latina y el Gran Caribe*, N°7, noviembre de 2008.

⁵⁸ COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL, *El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe. La integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1994, pág. 2.

miembros para promover mejoras de la competitividad y la eficiencia económica, y en el ámbito político, trata de fortalecer la capacidad de los estados miembros de cada grupo regional en la gestión de las interdependencias regionales y, con ello, afianzar la gobernabilidad interna”⁵⁹.

A partir de esta década surgirán una nueva serie de acuerdos de integración que presentarán caracteres diferenciales respecto a experiencias precedentes, los cuales por una parte van profundizar los procesos ya existentes pero, a su vez, crearan nuevos bloques de integraciones.

1. Profundización de los procesos ya existentes

A pesar de datar de 1960, no fue hasta la década de los noventa que los presidentes centroamericanos acordarán reestructurar, fortalecer y reactivar el proceso de integración, así como sus organismos, definiendo un nuevo marco institucional de la integración regional. Así, constituido el 13 de diciembre de 1991 por el Protocolo de Tegucigalpa en la Cumbre de presidentes de Centroamérica, el Sistema de la Integración Centroamericana (en adelante SICA) es la expresión del esfuerzo de Centroamérica por avanzar en la integración de la región y de la transformación que se opera la región consagrando una visión más pragmática de los estadistas centroamericanos en la óptica de profundizar la integración. Son miembros de pleno derecho Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Honduras, Belice y República Dominicana.

Posteriormente, en abril de 1993 se llegará a un acuerdo de libre comercio cuyo objetivo será el intercambio de la mayoría de los productos, la liberalización de capitales y la libre circulación de personas, y en julio 1997, se acordará una serie de medidas que contemplan el fortalecimiento del Parlamento Centroamericano, la reforma

⁵⁹ SANAHUJA J. A., “Del “Regionalismo abierto” al Regionalismo post-liberal”, *op. cit.*

de la Corte Centroamericana de Justicia y la unificación de las secretarías en una sola Secretaría General.

En cuanto a la integración andina, pese a que este proceso existe desde 1969, la creación del Parlamento andino y sobre todo del TJCA, ambos en 1979, supone un punto de inflexión con una clara apuesta por la supranacionalidad. La institucionalidad andina o Sistema Andino de Integración (en adelante SAI) cuenta además con órganos encargados de obrar en temas tan variados como la aeronáutica o la justicia, y de otros organismos como la Universidad Andina Simón Bolívar, los consejos consultivos laboral y empresarial, además de las juntas de ministros de salud, de transporte y obras públicas.

Asimismo, en consonancia con las estrategias de la época, los mandatarios andinos aprobaron, con el Acuerdo de Galápagos en 1989, el Diseño Estratégico y el Plan de Trabajo por el cual se eliminan los aranceles internos para formar una zona de libre comercio y un arancel externo común. Así, del modelo de “sustitución de importaciones” predominante en los setenta, que protegía la industria nacional con altos aranceles, se pasó al modelo paradigmático de “regionalismo abierto” que impera a partir de finales de los ochenta. El proceso andino igualmente avanzó en otros ámbitos como el libre tránsito de personas y la creación de un pasaporte andino pero uno de sus mayores logros será sin duda la creación de una zona de libre comercio.

2. Creación de nuevos procesos de integración emblemáticos: el NAFTA y el MERCOSUR

El *North American Free Trade Agreement* (en adelante NAFTA), también conocido como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), y el MERCOSUR son los procesos de integración más importantes tanto en el norte como en el sur de las Américas, y surgieron a inicios de los años noventa en el contexto de la

globalización y del nuevo modelo de regionalismo abierto promulgado, entre otros organismos económicos internacionales, por la CEPAL⁶⁰.

Respecto al NAFTA, no se suele considerar este acuerdo como un proceso de integración latinoamericano en sentido estricto debido a la presencia de Estados Unidos y Canadá, sin embargo, no es posible aludir a este proceso ya que inauguró el nuevo regionalismo y su impacto fue de tal calibre que condicionó las estrategias integracionistas del continente. Así, suscrito el 2 de enero de 1988, el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá o *Canada–United States Free Trade Agreement* (en adelante CUSFTA) se convertirá, con la adhesión de México el 12 de agosto de 1992, en el NAFTA.

En vista de su amplio y técnico contenido temático se desprende que el principal objetivo del Tratado es la liberación económica en todos los sectores (primario, secundario y terciario) a través la eliminación de los derechos aduanales en los intercambios entre México, Canadá y Estados Unidos y, por tanto, a través de la libre circulación de bienes, servicios y capital. El resultado fue la creación de una zona de libre comercio, para su momento la más grande del mundo, con cuatrocientos seis millones de personas produciendo bienes y servicios de un valor de más de once billones de dólares, caracterizada por una sustancial liberalización del comercio de servicios y una apertura de los mercados públicos, incluyendo el sector servicios y el de la construcción.

Pero, si bien es cierto que el NAFTA es un instrumento jurídico que se propone regular el comercio entre los tres países firmantes en base a los principios de trato nacional, nación más favorecida y aplicación de reglas de origen, no tiene un propósito puramente comercial, sino más bien se inscribe dentro la estrategia geopolítica de los Estados Unidos para recuperar su status hegemónico frente a la consolidación del mercado común europeo y la creciente presencia de países asiáticos como Japón o

⁶⁰ GRATIUS S., “Introducción”, en GRATIUS S. (Editor), *MERCOSUR y NAFTA: instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*, Iberoamérica, Vervuert, 2008, pág. 15.

China en la Cuenca del Pacífico y otras zonas del mundo⁶¹. Se ha comentado que hasta cierto punto, el NAFTA fue para Estados Unidos, un “laboratorio” o un *test case* para un proyecto de libre comercio hemisférico y que la idea fue utilizar a México como plataforma para un futuro Acuerdo de Libre Comercio en las Américas⁶².

En cuanto al MERCOSUR, se caracterizó desde sus inicios por ser uno de los procesos de integración más ambiciosos de la región. Ideado en los años ochenta mediante la Declaración de Foz de Iguazú suscrita en 1985 por Argentina y Brasil⁶³, y los sucesivos Actos y Tratados en los cuales se fueron integrando Uruguay (Acta de Alvorada en 1988) y Paraguay, este proceso que adoptaría el nombre de MERCOSUR se fue progresivamente diseñando. Posteriormente, el 29 de marzo de 1991, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmarán el Tratado de Asunción, para conformar el MERCOSUR y darle una estructura institucional básica. Y, el 17 de diciembre de 1994, se firmará el Protocolo de Ouro Preto que pondrá en marcha el MERCOSUR y lo constituirá como persona jurídica de derecho internacional.

De acuerdo con el paradigma del nuevo regionalismo, la constitución del MERCOSUR tiene como propósitos

“La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;

La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de

⁶¹ SÁNCHEZ ORTIZ A., “TLCAN: más que un acuerdo comercial”, *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, N° 97, 2008. Disponible en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/mx/2008/aso2.htm>

⁶² GRATIUS S., “Introducción”, *op. cit.*, pág. 15.

⁶³ Declaración de Foz de Iguazú o Acta de Foz de Iguazú, de 30 de noviembre de 1985.

servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;

El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.”⁶⁴

Pero, aunque los propósitos del MERCOSUR sean de naturaleza económica, el Tratado de Asunción reafirma “su voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos, con la finalidad de alcanzar los objetivos”⁶⁵. La naturaleza política que ha motivado este proceso se fundamentó en un histórico acuerdo entre Argentina y Brasil fruto de una “exitosa redemocratización y la superación de la tradicional rivalidad entre la Argentina y Brasil”⁶⁶ lo cual no deja de recordarnos los inicios de la construcción europea. De modo que, si bien el diseño institucional de la CEE dejó de ser el modelo para la integración latinoamericana, la influencia europea sigue vigente en cuanto a sus motivaciones políticas.

Los ambiciosos objetivos del MERCOSUR contrastan no obstante con la realidad, ya que la unión aduanera, creada en 1995, aún no ha sido concluida y la libre circulación de bienes no funciona en todos los países del bloque. Pese a ello, en la primera etapa del MERCOSUR (1991-1998), también llamada “época de oro” de la integración, se alcanzaron rápidos e importantes logros económicos consecuencia del aumento sustancial del comercio intrarregional, de una liberalización comercial de la subregión y de una unión aduanera efectivamente incompleta pero con aranceles externos comunes para aproximativamente el 85% de las importaciones. Por esos motivos el MERCOSUR fue considerado un esquema de integración exitoso e innovador.

Sin embargo, a partir de 1999, se inició una fase de estancamiento e incluso de declive económico originando por las crisis financieras de magnitudes considerables en

⁶⁴ Artículo 1 del Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

⁶⁵ Párrafo 8 del Preámbulo del Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

⁶⁶ GRATIUS S., “Introducción”, *op. cit.*, pág. 15.

Brasil en 1999 y en Argentina en 2001 durante la fatídica primavera sudamericana, el desarrollo asincrónico de los Estados miembros y constantes disputas comerciales entre Argentina y Brasil.

II. PRINCIPIO DEL SIGLO XXI: NUEVO IMPULSO DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

Desde el principio del siglo XXI, los procesos de integración en América Latina viven un renovado impulso político, con una alteración de los procesos de integración ya existentes y, a su vez, con el lanzamiento de nuevas iniciativas integracionistas de amplio alcance. Sin embargo, estas nuevas iniciativas coexisten e incluso se superponen con procesos de integración ya existentes en la región. Esta superposición de procesos de integración significa que un país pueda ser miembro simultáneamente a diversos procesos lo cual implica una proliferación de órganos institucionales al nivel regional (con el consecuente coste) y un solapamiento de procedimientos integracionistas que puede suponer un conflicto competencial.

Además la polarización política que caracteriza algunas de las nuevas iniciativas de integración ha provocado graves tensiones diplomáticas y por consiguiente una fragmentación regional que deteriora la instauración de un sosegado marco político y jurídico propicio a una integración al nivel continental. De modo que, hasta la fecha, esta yuxtaposición de varios procesos de integración está suponiendo más bien un debilitamiento de un enfoque más global de la integración latinoamericana (§1).

El rumbo de la integración latinoamericana parece por tanto algo incierto frente a la fragmentación de los procesos y las dificultades a las que se enfrenta cada bloque regional para profundizar la integración, aunque a su vez se vislumbran posibles soluciones que resaltaremos (§2).

§ 1. LA PROBLEMÁTICA FRAGMENTACIÓN DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA....

1. Alteración política de los procesos de integración ya existentes

El inicio de siglo se caracteriza por un panorama político sorprendentemente renovado que ha generado una profunda alteración en los procesos de integración ya existentes.

Así, el proceso de integración hasta ahora más desarrollado, la CAN, atraviesa un período de estancamiento e incluso de abierta crisis institucional, por muy diversos motivos, que “ha llevado a poner en cuestión su racionalidad e incluso su razón de ser en la convulsa coyuntura internacional actual”⁶⁷. Entre los principales motivos, la vía alternativa que han escogido Estados miembros como Colombia o Perú para firmar unilateralmente Tratados de libre comercio (en adelante TLC) con los EE.UU. y con la UE, renunciando así a negociar los acuerdos comerciales de manera conjunta en el marco de la CAN, ha fragilizado considerablemente las relaciones económicas entre los países andinos⁶⁸. Un proceso de integración como la CAN se construye y se cementa en torno a la consolidación de un mercado común que prioriza ante todo políticas económicas comunes de modo de potenciar el crecimiento del conjunto regional, lo cual es incompatible con negociaciones comerciales unilaterales. En consecuencia, esta situación ha evidenciado la falta de voluntad política de los Estados miembros en la integración andina, mermando la posibilidad de crear una unión aduanera y de adoptar un arancel externo común.

⁶⁷ CIENFUEGOS M. y SANAHUJA J. A., “Introducción” en CIENFUEGOS M. y SANAHUJA J. A. (Editores), *Una Región en Construcción, UNASUR y la integración en América del Sur*, Fundació CIDOB, 2010, pág. 14.

⁶⁸ ARROYAVE QUINTERO M. A., “De la soberanía compartida para la consolidación de la paz regional en Europa al constitucionalismo multinivel; una configuración no aplicada en los procesos de integración suramericanos”, en TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *Los procesos de integración como factor de paz*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pág. 213.

Pero sobre todo, la retirada de Venezuela de la CAN en el 2006, por falta de consenso político respecto los TLC que Colombia y Perú estaban negociando con EE.UU., podría suponer el ocaso definitivo de este proceso y “contribuir a la supresión de la CAN como grupo regional”⁶⁹. Motivo por el cual, en el Consejo Andino de Ministros de 19 de septiembre de 2013, se lanzará un proceso de refundación de la CAN, basado en la concentración de actividades en torno a determinadas prioridades (integración comercial, PYMES, interconexiones eléctricas, ciudadanía andina) y la simplificación institucional. Sin embargo, este intento de refundación no impedirá la adhesión de Bolivia al MERCOSUR, en fecha 17 de julio de 2017, y el inicio de las negociaciones entre Ecuador y el MERCOSUR en vista a una futura adhesión. De momento Bolivia y Ecuador siguen miembros de la CAN pero ¿en un futuro próximo se retiraran? Sea cual sea la respuesta esta incertidumbre supone sin ninguna duda una preocupante erosión institucional de dicho proceso de integración.

En cambio, la consolidación del MERCOSUR como actor de primer orden en las relaciones internacionales y el interés manifestado por Venezuela, Bolivia y Ecuador por integrar dicho proceso, testimonian de un dinamismo prometedor, aunque las recientes crisis atravesadas por los Estados Partes y de los inextricables conflictos internos han puesto de relieve cierta fragilidad.

Siendo el propósito fundamental incluso la esencia de la integración, promover la paz regional e interregional y evitar cualquier conflicto bélico⁷⁰, entonces se ha de subrayar el compromiso político del MERCOSUR. Así, con la aprobación del Protocolo de Ushuaia⁷¹, el MERCOSUR se ha dotado de una valiosa herramienta dirigida a mantener un compromiso democrático por parte de los Estados miembros. Según el Protocolo, “la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial

⁶⁹ PREUSSE H. G., “Consecuencias de la salida de Venezuela de la CAN y su entrada al MERCOSUR” en DRNAS DE CLÉMENT Z. (Coordinadora) y HUMMER W. (Editor), *MERCOSUR y UNIÓN EUROPEA*, Lerner Editorial SRL, Córdoba, República Argentina, 2008, pp. 181-198.

⁷⁰ Para una reflexión más profunda sobre este enfoque primordial de la integración regional se recomienda la lectura de TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *Los procesos de integración como factor de paz*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

⁷¹ Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, de 24 de julio de 1998, en vigor desde el 17 enero 2002

para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo”⁷², y en caso de determinarse una ruptura del “orden democrático”, se prevé la posibilidad de suspender a un país miembro del MERCOSUR⁷³, pudiendo aplicársele desde sanciones comerciales hasta el cierre de fronteras. Este mecanismo también conocido como “Cláusula Democrática” ha permitido al bloque regional jugar un destacable papel político en la crisis política de Paraguay de 2012 y en la crisis institucional en Venezuela.

Resumidamente, la crisis política de Paraguay también llamada “golpe parlamentario”, se desató a raíz del juicio político contra el entonces Presidente de la República, Fernando Lugo, por la Cámara de Diputados que acusaba al mandatario ser políticamente responsable de los enfrentamientos entre campesinos y policías ocurridos en la ciudad de Curuguaty, y que se saldaron con diecisiete muertos. Consecuentemente, los parlamentarios, legalmente amparados por la Constitución paraguaya⁷⁴, aprobaron, el 22 de junio de 2012, la destitución del presidente. Sin embargo dicha destitución fue duramente denunciada por irregularidades procesales cometidas como la falta de pruebas reales, la presentación de acusaciones falsas y la celeridad con la cual se había realizado el juicio.

De modo que el MERCOSUR se manifestó expresamente en contra de la destitución del mandatario, suspendiendo, en cumplimiento del Protocolo de Ushuaia sobre el compromiso democrático, temporalmente Paraguay de sus instituciones hasta las siguientes elecciones generales, fijadas para el 21 de abril de 2013. Habida cuenta la dependencia económica del Paraguay al MERCOSUR y por tanto la importancia para este país de ser Estado Miembro y la presión tanto internacional como del MERCOSUR, el proceso pre-electoral y electoral se realizó con total transparencia y

⁷² Artículo 1 del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, *op. cit.*.

⁷³ Artículo 5 del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, *op. cit.*.

⁷⁴ Concretamente el Artículo 225 de la Constitución Nacional intitulado “Del juicio político” establece que el Presidente de la República podrá “ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes”. En el siguiente párrafo precisa que la acusación “será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos, En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria”.

dentro del marco constitucional. Tras la celebración de los comicios, que llevaron a la Presidencia al candidato Horacio Cartes y permitieron la elección de Lugo como senador nacional, se levantó, en fecha 13 de julio de 2013, la suspensión al país de participar en el MERCOSUR.

Otras de las peores crisis que atraviesa el MERCOSUR fue la suspensión de Venezuela. Dicho país, tras desvincularse de la CAN, se incorporó como miembro de pleno derecho del MERCOSUR el 31 de julio de 2012. Sin embargo, a la hora de asumir la presidencia *pro tempore*, Brasil, Argentina y Paraguay cuestionaron la calidad democrática del régimen venezolano de Nicolás Maduro considerando la consecuente violación flagrante a los derechos humanos que los ciudadanos venezolanos están padeciendo y la crisis humanitaria sin precedentes en la que está sumergida el país, y acabaron descartando Venezuela de la presidencia *pro tempore* del MERCOSUR. Posteriormente, en agosto de 2016, esos tres países, presentes en los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro, presentaron serias dudas sobre el cumplimiento de Venezuela de los requisitos para ser miembro pleno, citando constantes violaciones de derechos humanos, entre otras cuestiones. Y finalmente, el 1 de diciembre de 2016, frente al reiterado incumplimiento, Venezuela fue suspendida del MERCOSUR.

En definitiva, la actitud de los Estados miembros del MERCOSUR ante las crisis políticas de Paraguay y de Venezuela y la decisión de aplicar por unanimidad la cláusula democrática, pone de manifiesto que, más allá de la conformación de un mercado común, este proceso de integración se basa en valores compartidos y se cementa en el compromiso democrático y el respeto irrestricto de los derechos humanos.

Por último, también conviene añadir la convulsa situación política que se vivió en 2009 en Centroamérica con el denominado “golpe de Estado en Honduras”⁷⁵. Esta grave crisis política tuvo su causa inmediata en una consulta impulsada por el entonces

⁷⁵ Para un estudio detallado sobre esta crisis véase el informe de la CIDH: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Honduras: derechos humanos y golpe de Estado*, Organización de los Estados Americanos, 30 de diciembre de 2009. Disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/honduras2009esp.pdf>.

presidente de Honduras Manuel Zelaya, cuyo objetivo era auscultar a la ciudadanía acerca de la conveniencia de revisar la Constitución por vía de referéndum, en los comicios programados para el 29 de noviembre de 2009⁷⁶. Sin embargo, las autoridades judiciales, solicitadas por el Fiscal General de la Nación, suspendieron la consulta, alegando que el propósito del Presidente Zelaya era modificar los artículos inmutables de la Constitución. A su vez, el 24 de junio, el Congreso Nacional aprobó la “Ley Especial que Regula el Referéndum y el Plebiscito”, en virtud de la cual se prohibió que dichos mecanismos fueran utilizados 180 días antes o después de elecciones generales. Aún así, el Presidente Zelaya mantuvo la consulta para el día 28 de junio, argumentando que no sería vinculante en tanto no constituía ni plebiscito ni referéndum, y ordenó al Ejército distribuir papeletas de votación. Por tanto, el 26 de junio, la Corte Suprema de Justicia presentó, a petición del Ministerio Público, un requerimiento fiscal contra el ciudadano José Manuel Zelaya a quien se le acusó de los delitos de “traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones en perjuicio de la administración pública y el Estado de Honduras”, y dictó orden de captura y allanamiento contra el presidente⁷⁷. El 27 de junio, el día anterior a la votación, el Congreso designó una comisión especial para investigar a Zelaya, supuestamente “por desconocer los fallos de las instancias jurisdiccionales y violentar el Estado de Derecho”. Y la madrugada del día 28, las fuerzas armadas allanaron la residencia presidencial, para detener al presidente Zelaya.

Tras la destitución del presidente Zelaya, el Congreso Nacional, de conformidad con la Constitución hondureña, designó para sucederlo de forma provisional al presidente del Congreso, Roberto Micheletti. Pero, a partir de la toma del poder, las autoridades de *facto* iniciaron un toque de queda y decretaron el Estado de excepción, ilegítima y arbitrariamente, según la CIDH. Además, la utilización arbitraria del Estado de excepción se vio acompañada de la militarización del territorio hondureño y el establecimiento de retenes militares y policiales en las principales carreteras del país,

⁷⁶ Este proceso también se conoció como la “cuarta urna”, ya que junto a las tres urnas destinadas a las elecciones presidenciales, legislativas y municipales, programadas para el 29 de noviembre de 2009, dicha consulta planteaba la instalación de una cuarta urna, en la cual la población hondureña se pronunciaría sobre la conveniencia de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente para reformar la Constitución.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia de Honduras, *Requerimiento Fiscal y Orden de Captura de Manuel Zelaya*, 26 de junio de 2009.

con el objeto de impedir la movilización de manifestantes a favor del Presidente Zelaya. En consecuencia, esta grave situación política fue condenada al nivel internacional y tanto la SICA como la OEA suspendieron Honduras de sus respectivas organizaciones regionales.

2. Creación de nuevos procesos antagónicos: la ALBA y la Alianza del Pacífico

La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (en adelante ALBA) es una iniciativa para la integración de los países de América Latina y el Caribe, promovida por el entonces presidente venezolano, Hugo Chávez en reacción al Área de Libre Comercio para las Américas (en adelante ALCA) impulsada por EEUU. Se creará en 2004, por un acuerdo suscrito en La Habana por los gobiernos venezolano y cubano de Hugo Chávez y Fidel Castro. En los años siguientes se sumarán al grupo Bolivia, Nicaragua, Honduras, Dominica, Ecuador, San Vicente y las Granadinas, y Antigua y Barbuda, aunque en enero de 2010 Honduras abandonará el bloque. En la XII Cumbre de Guayaquil, en julio de 2013, Santa Lucía y Surinam serán admitidos como nuevos miembros y se reconocerá el estatus de invitado especial a Haití.

Mucho se ha debatido sobre el carácter estrictamente ideológico de índole socialista del ALBA y del destacable rol que ha tenido Venezuela dentro de este proceso y, para algunos autores, “pudiera ser un modelo de cooperación atípico fundamentado en los objetivos tradicionales de la integración como son el bien común y el desarrollo humano”⁷⁸ que obedece a una serie de pactos emanados de la política denominada “Socialismo del Siglo XXI” ideada por el sociólogo alemán Heinz Dieterich Steffan⁷⁹.

⁷⁸ REVANALES J. G., “La nueva estructura de la integración Latinoamericana”, Fondo de Cultura Económica.com, lunes 21 de Diciembre de 2009, disponible en la página web de la Editorial: http://www.fondodeculturaeconomica.com/Editorial/Prensa/ImpresionDetalle.aspx?fec=2009/12/21&id_desp=31512.

⁷⁹ El concepto de “Socialismo del Siglo XXI” que aparece en la escena mundial en 1996, fue ideado por el sociólogo y analista político alemán Heinz Dieterich Steffan y adquirió difusión mundial a través de su

En este sentido, el mayor logro del ALBA (y posiblemente el único) fue la consolidación de estratégicas alianzas para la región en el sector de los hidrocarburos, conformada por la firma del Acuerdo Energético de Caracas en 2001 y la creación de Petrocaribe en 2005, cuyo propósito geopolítico es crear un cono energético sudamericano permitiendo desarrollar nuevas bases para la cooperación e integración energética regional⁸⁰. Sin embargo, unos cuantos aspectos plantean una serie de preguntas sobre la consistencia y la viabilidad del proyecto.

En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, no se encuentra en la declaración inicial ni en los posteriores pronunciamientos, que se haya dotado la propuesta del ALBA de la personalidad jurídica y estructura institucional requerida para ser reconocida como un sujeto de derecho internacional propiamente dicho⁸¹. De igual forma, este proceso carece de una reglamentación o normas comunitarias propias y de una estructura institucional que permite la formación de un marco jurídico propio sobre el cual se cementa un esquema de integración⁸².

Asimismo, otro de los aspectos cuestionados está relacionado con las contradicciones con los postulados enunciados por el ALBA que suponen las adhesiones de Venezuela y Bolivia al MERCOSUR ya que la unión arancelaria mercosurenã no satisface los principios centrales del ALBA, ni tampoco pueden estos dos países resistir a la competencia brasileña o argentina⁸³.

obra: DIETERICH H., *El socialismo del siglo XXI y la Democracia Participativa*, Ediciones de Paradigmas y Utopías, México, 2002.

⁸⁰ ALTMANN BORBÓN J., “América Latina: ¿una región dividida o integrada?” en ROJAS ARAVENA F. y ALTMANN BORBÓN J. (Editores), *América Latina y el Caribe: ¿fragmentación o convergencia? Experiencias recientes de la integración*, Flasco, Ecuador, Ministerio de Cultura del Ecuador, Fundación Carolina, Quito, 2008, pp. 124-126.

⁸¹ REVANALES J. G., “La nueva estructura de la integración Latinoamericana”, *op. cit.*

⁸² REVANALES J. G., “La nueva estructura de la integración Latinoamericana”, *op. cit.*

⁸³ FRITZ T., *ALBA contra ALCA. La Alternativa Bolivariana para las Américas: una nueva vía para la integración regional en Latinoamérica*, Centro de Investigación y Documentación Chile - Latinoamérica (FDCL), Berlín, abril de 2007, pág. 23. Precisa el autor que “un estudio del instituto de investigación social ILDIS llega a la conclusión de que, a excepción de las industrias de petróleo y de acero, numerosos sectores venezolanos no estarían preparados para una rebaja arancelaria en el marco del MERCOSUR. Esto sería sobre todo el caso de toda la industria alimentaria. En total 1,9 millones de puestos de trabajo peligrarían, directa o indirectamente, por la entrada al MERCOSUR”. Y el Instituto Boliviano de Comercio Exterior (en adelante IBCE) deduce que el MERCOSUR “sería una amenaza real para los sectores agrarios e industriales bolivianos por su cercanía geográfica y los menores costos de producción y transporte”.

También fue duramente criticado el déficit democrático que impera en las iniciativas energéticas de las empresas públicas del ALBA, que contradicen los propios principios de dicho proyecto, presentándose como uno de los mayores desafíos el de la participación ciudadana; de modo que es imprescindible democratizar las empresas públicas estatales para que aporten una integración alternativa ya que no es de recibo iniciar proyectos energéticos gigantescos sin alguna forma de debate público⁸⁴.

Finalmente, la recurrente, agresiva y beligerante retórica anti-imperialista de los sucesivos presidentes venezolanos, que no dudaron en exportar esta polarización política en el continente a través de la cooperación financiera y la asesoría energética, ha generado tensiones e incluso confrontaciones diplomáticas con países como Colombia o Perú, creando situaciones desestabilizadoras para la región lo cual fragiliza duramente el acercamiento entre los países latinoamericanos y la creación de un marco político sereno propicio a una integración regional.

En contraposición ideológica al ALBA, la Alianza del Pacífico (en adelante ADP), el proceso de integración más reciente, se dio a conocer en Lima (Perú) el 28 de abril de 2011 a través de su fuente de inspiración: la llamada “Declaración de Lima”. Este proyecto fue una iniciativa del entonces presidente del Perú, Alan García Pérez, quien extendió invitación a sus homólogos de Chile, Colombia, México y Panamá, con el propósito de “alentar la integración regional, así como un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad” de las economías de sus países, a la vez que se comprometerán a “avanzar progresivamente hacia el objetivo de alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas”⁸⁵.

Posteriormente, en fecha 6 de junio de 2012, en Paranal, Antofagasta (República de Chile), los Estados signatarios (Chile, Colombia, México y Perú), suscribieron el Acuerdo Marco constitutivo de la ADP,

⁸⁴ FRITZ T., *ALBA contra ALCA. La Alternativa Bolivariana para las Américas: una nueva vía para la integración regional en Latinoamérica*, op. cit., pág. 22.

⁸⁵ Declaración Presidencial sobre la Alianza del Pacífico o “Declaración de Lima”, de 28 de abril de 2011.

“convencidos de que la integración económica regional constituye un instrumento esencial para el desarrollo económico y social sostenible, promoviendo una mejor calidad de vida para sus pueblos y contribuyendo a resolver los problemas que aún afectan a la región, como son la pobreza, la exclusión y la desigualdad social persistentes,”⁸⁶

y

“decididos a fortalecer los diferentes esquemas de integración en América Latina, como espacios de concertación y convergencia, orientados a fomentar el regionalismo abierto, que inserte a las partes eficientemente en el mundo globalizado y las vincule a otras iniciativas de regionalización”.⁸⁷

La ADP se define como “un área de integración regional”⁸⁸ que establece como requisitos esenciales para ser miembro la vigencia del Estado de derecho, la democracia y el orden constitucional⁸⁹, y cuyos objetivos están orientados “construir, de manera participativa y consensuada, un área de integración profunda para avanzar progresivamente hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas”⁹⁰, a fomentar el “crecimiento, desarrollo y competitividad de las economías de las Partes”⁹¹, a ser una “plataforma de articulación política, de integración económica y comercial, de proyección al mundo”⁹².

El surgimiento de esta nueva iniciativa ha generado hondo interés tanto al nivel académico como de gobiernos internacionales y, para algunos autores, podría suponer un revulsivo para la integración regional latinoamericana a medida que se consolide⁹³. Además la voluntad expresada en la parte preambular del Tratado según la cual el bloque será una plataforma de diálogo e inserción hacia la región de Asia Pacífico⁹⁴, ha

⁸⁶ Preámbulo del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico de 6 de junio de 2012, párrafo 4.

⁸⁷ Preámbulo del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico de 6 de junio de 2012, párrafo 5.

⁸⁸ Artículo 1 del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico de 6 de junio de 2012.

⁸⁹ Artículo 2 del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico de 6 de junio de 2012, inciso a.

⁹⁰ Artículo 3 del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico de 6 de junio de 2012, numeral 1, inciso a.

⁹¹ Artículo 3 del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico de 6 de junio de 2012, numeral 1, inciso b.

⁹² Artículo 3 del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico de 6 de junio de 2012, numeral 1, inciso c.

⁹³ En este sentido véase por ejemplo MALAMUD C., “La Alianza del Pacífico: un revulsivo para la integración regional en América Latina”, *Revista Área: América Latina del Real Instituto Elcano*, Volumen 46, 2012; BARTESAGHI HIERRO I., “El papel de la Alianza del Pacífico en la dinamización de la agenda externa sudamericana”, en TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 343-364.

⁹⁴ Preámbulo del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico de 6 de junio de 2012, párrafo 15.

atraído los “países del Arco del Pacífico con mayores afinidades en sus políticas económicas y de inserción comercial”⁹⁵. Ahora bien, este nuevo proceso de integración también plantea una serie de observaciones respecto las contradicciones y las perspectivas del proyecto.

La ADP introduce un concepto nuevo de “integración profunda” sin embargo de la lectura del Tratado de Paranal no se desprende que se asocie dicho objetivo con el diseño de una estructura institucional desarrollada, ni se hace mención a la creación de un mercado común ni a la conformación de una unión aduanera previa⁹⁶; en realidad los miembros de la Alianza solo han consentido un procedimiento para su eventual constitución⁹⁷. La ADP se propone por tanto como objetivo lograr una liberalización comercial y una integración profunda en materias diferentes a las estrictamente comerciales, pero con niveles institucionales y normativos muy limitados. Este planteamiento es característico de los principios del regionalismo abierto eso si “modificado de acuerdo con objetivos y necesidades como bloque, que toma como referente lógicas similares a las estructuras de la región Asia Pacífico, con las que tiene intereses expresos de interactuar”⁹⁸.

Esta lógica le lleva por tanto la ADP a “determinar un esquema de integración propio, que depende de los intereses e interacción de los Estados y no de esquemas institucionales o normativos fuera de éstos, que limiten su capacidad de acción”⁹⁹. De ahí otra de las contradicciones señaladas: el Tratado de Paranal establece un área de integración regional que se fundamenta en la liberalización parcial de bienes y servicios existente en los acuerdos de libre comercio de Chile con México de 1998, de Chile con Colombia y Perú en 2006, los de México con Colombia en 1995, con Chile en 1999, con Perú en 2012, y el existente entre Perú y Colombia en el marco de la CAN; es decir

⁹⁵ BARTESAGHI HIERRO I., “El papel de la Alianza del Pacífico en la dinamización de la agenda externa sudamericana”, *op. cit.*, pág. 354.

⁹⁶ BARTESAGHI HIERRO I., “El papel de la Alianza del Pacífico en la dinamización de la agenda externa sudamericana”, *op. cit.*, pág. 356.

⁹⁷ TREMOLADA ÁLVAREZ E., “La Alianza del Pacífico: ¿Una organización consecuente con sus objetivos?” en TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *Repensando la integración y las integraciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 243.

⁹⁸ LEVÍ CORAL M. y REGGIARDO G., “La Alianza del Pacífico en el regionalismo sudamericano actual”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 106, enero-abril de 2016, pp. 184-204.

⁹⁹ LEVÍ CORAL M. y REGGIARDO G., “La Alianza del Pacífico en el regionalismo sudamericano actual”, *op. cit.*, pág. 204.

que nos hallamos ante una superposición de varias zonas de libre comercio lo cual supone un solapamiento de procedimientos normativos que podría presentar conflictos procesales y obstáculos administrativos en cuanto a acceso a mercados y en la determinación de normas de origen, entre sí¹⁰⁰.

Por último comentar que tras la victoria electoral del Presidente Mauricio Macri, en 2015, Argentina emprendió un giro significativo en su política exterior, acercándose a los países miembros de la ADP, y alejándose del MERCOSUR. Así, en mayo del 2016, el país entro como observador de este proceso, y en la Cumbre del mismo año en Chile, el gobierno argentino mostró su interés en ingresar a la ADP, y promover un tratado de Libre Comercio con los países miembros.

En definitiva, los recientes cambios de gobiernos de los países sudamericanos que coinciden en orientaciones políticas liberales, con el consiguiente fortalecimiento de la ADP, en desmedro del MERCOSUR, parecen agregar nuevos elementos al debate sobre la problemática fragmentación de la integración en el continente.

¹⁰⁰ TREMOLADA ÁLVAREZ E., “La Alianza del Pacífico: ¿Una organización consecuente con sus objetivos?” en TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *Repensando la integración y las integraciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 255-256. Precisa el autor que en el caso de la CAN, por previsión de sus tratados constitutivos, prevalece la normativa andina “incluyendo su régimen de propiedad intelectual y su imperfecto arancel externo” y que “dicha superposición se agravaría con la adhesión de los aspirantes centroamericanos (Costa Rica, Panamá y Guatemala)”.

§ 2. ...Y LA NECESARIA CONVERGENCIA

Con arreglo a lo resaltado anteriormente, la fragmentación de la integración suramericana deriva en parte de la excesiva polarización ideológica y política del continente. Cabe por tanto plantearse la necesidad de hacer de la integración regional una política de Estado con un estructurado proyecto de civilización enfocado a medio y largo plazo, más que una política de gobierno, sujeta a fluctuaciones y coyunturas políticas e ideológicas.

En ésta perspectiva, a pesar de las situaciones totalmente diferentes e incomparables entre las dos regiones, el modelo europeo ofrece un panorama que vale la pena traer a colación, y, no cabe duda de que el camino recorrido y la experiencia adquirida por la Unión Europea a lo largo de estas últimas décadas, pueda constituir un referente para la región latinoamericana. La integración latinoamericana puede encontrar una fuente de inspiración en el derecho comunitario europeo, siempre y cuando, se evite dos escollos. El primer error que se ha de evitar es el *mimetismo institucional*¹⁰¹ es decir una “importación acrítica basada en una identificación entre ambos fenómenos de regionalización”¹⁰² que caracterizaba los primeros procesos de integración latinoamericanos; pero también resultaría equivocada una negación global de esa “importación” basada en un excesivo distanciamiento entre un proyecto y una realidad cada día más efectiva que versan sobre objetivos generales compartidos como, por ejemplo, la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, la implementación de un mercado común o la lucha contra la exclusión social¹⁰³.

¹⁰¹ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, op. cit., pág. 13.

¹⁰² ALONSO GARCÍA R., *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretaciones uniforme*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 75.

¹⁰³ ALONSO GARCÍA R., *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretaciones uniforme*, op. cit., pág. 75.

En virtud de ello, merecen una atención particular las dos iniciativas siguientes: la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (en adelante CELAC) pero sobre todo, desde nuestro punto de vista, la UNASUR.

1. La CELAC

La CELAC se constituyó formalmente en la III Cumbre de América Latina y el Caribe sobre Integración y Desarrollo (en adelante CALC) celebrada en Caracas los días 2 y 3 de diciembre de 2011, a través de su Declaración final, conocida como Declaración de Caracas. Conformada por 33 países de la región, excluyendo a Estados Unidos y a Canadá, la constitución de la CELAC puede marcar el punto de partida de una nueva etapa en el devenir de sus miembros.

A lo largo de 40 puntos, la Declaración de Caracas expresa la voluntad de los países de la región de promover una voz propia en las reuniones y conferencias que traten los grandes temas internacionales de alcance global¹⁰⁴. Así,

“Convencidos de que la unidad e integración política, económica, social y cultural de América Latina y el Caribe constituye, además de una aspiración fundamental de los pueblos aquí representados, una necesidad para enfrentar con éxito los desafíos que se nos presentan como región”¹⁰⁵,

se enfatiza el camino de emancipación iniciado, pero no concluido, hace unos dos siglos y la necesidad de proseguirlo con el fin de construir en común “sociedades justas, democráticas y libres”¹⁰⁶. No se olvida, y se destaca por ello, la participación y las aportaciones de los pueblos indígenas y afrodescendientes en la conformación de la

¹⁰⁴ Declaración de Caracas. “*En el Bicentenario de la Lucha por la Independencia hacia el Camino de Nuestros Libertadores*”, punto 9.

¹⁰⁵ Declaración de Caracas. “*En el Bicentenario de la Lucha por la Independencia hacia el Camino de Nuestros Libertadores*”, punto 7.

¹⁰⁶ Declaración de Caracas. “*En el Bicentenario de la Lucha por la Independencia hacia el Camino de Nuestros Libertadores*”, punto 11.

identidad de esos países y en la construcción de sus naciones y procesos democráticos¹⁰⁷; además de reconocer “el papel histórico de los países de la Comunidad Caribeña (CARICOM) en el proceso de liberación, desarrollo e integración en Latinoamérica y el Caribe”¹⁰⁸. Se manifiesta la necesidad y la voluntad de avanzar “en el proceso de integración política, económica, social y cultural haciendo un sabio equilibrio entre la unidad y la diversidad”¹⁰⁹.

Al nivel institucional, este proceso surgió, por deseo expreso de sus miembros, como organización que carece de órganos administrativos, dónde las decisiones se adoptan por consenso y la instancia suprema es la Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno que se reúne anualmente en el país que ostente la Presidencia *pro tempore* (en adelante PPT)¹¹⁰. La CELAC se constituye por tanto como un

“mecanismo representativo de concertación política, cooperación e integración de los Estados latinoamericanos y caribeños, y como espacio común que garantice la unidad e integración de nuestra región”.¹¹¹

En definitiva, no se puede realmente considerar la CELAC como un proceso de integración pero más bien como un proceso de regionalización atípico que se inscribe en una dinámica de consolidación de un regionalismo post-hegemónico y post-comercial y, por tanto, se presenta como una construcción pragmática y flexible lo que podría representar, para parte de la doctrina, un real progreso para el regionalismo latinoamericano¹¹².

¹⁰⁷ Declaración de Caracas. “*En el Bicentenario de la Lucha por la Independencia hacia el Camino de Nuestros Libertadores*”, punto 17.

¹⁰⁸ Declaración de Caracas. “*En el Bicentenario de la Lucha por la Independencia hacia el Camino de Nuestros Libertadores*”, punto 18.

¹⁰⁹ Declaración de Caracas. “*En el Bicentenario de la Lucha por la Independencia hacia el Camino de Nuestros Libertadores*”, punto 21.

¹¹⁰ Véase el Procedimientos para el Funcionamiento Orgánico de la CELAC, disponible en <http://parlatino.org/pdf/comunidad-estados/procedimientos-funcionamiento.pdf>

¹¹¹ Declaración de Caracas. “*En el Bicentenario de la Lucha por la Independencia hacia el Camino de Nuestros Libertadores*”, punto 31.

¹¹² DABENES, O., “La Communauté d’Etats latino-américains et caribéens (CELAC)”, <http://www.ceri-sciences-po.org>, Marzo 2012.

2. La UNASUR

La UNASUR es posiblemente el proceso de integración que, desde nuestro punto de vista, concita mayor interés y atracción en el momento actual. Así, el 18 de diciembre de 2004, en la III Cumbre Suramericana, los presidentes de los 12 países de América del Sur firmaron la Declaración de Cuzco donde decidieron conformar la Comunidad de Naciones Suramericanas (en adelante CNS), la cual evolucionó a través de la Cumbre de Brasilia realizada el 30 de septiembre de 2005 y la Cumbre de Cochabamba, llevada a cabo el 9 de diciembre de 2006¹¹³. En el documento final de la Cumbre de Cochabamba conocido como la “Declaración de Cochabamba” se esbozó el ideario de este nuevo modelo de Integración para el Siglo XXI

*“con identidad propia, pluralista, en medio de la diversidad y las diferencias, reconociendo las distintas concepciones políticas e ideológicas, que corresponden a la pluralidad democrática de nuestros países.”*¹¹⁴

Posteriormente, una Comisión Estratégica de Reflexión aportó las bases para el establecimiento de una unión, y, el 17 de abril de 2007, en la Cumbre de Isla Margarita, se creó la UNASUR como heredera de la CSN. Finalmente, en la Reunión Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno en la ciudad de Brasilia, el 23 de mayo de 2008, se oficializó la UNASUR mediante la firma de su Tratado Constitutivo. En virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del tratado, este proyecto de integración regional

¹¹³ Es preciso destacar el protagonismo de Brasil como mentor intelectual de la UNASUR. En palabras de Thomas Andrew O'Keefe: “UNASUR's intellectual author is Brazil, which was also the primary promoter of the IIRSA [Integration of Regional Infrastructure in South America] and has lobbied for a South American Free Trade Area (SAFTA) as far back as the mid-1990s” (O'KEEFE, T. A., *Latin American and Caribbean: Trade Agreements (Keys to a Prosperous Community of Americas)*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pág. 448). Véase también Paulo Roberto de Almeida, para quien: “O novo ‘regionalismo’ sul-americano, que a diplomacia brasileira tanto se esforçou por incentivar, notadamente pelo estabelecimento da Comunidade Sul-Americana de Nações, em dezembro de 2004, oportunamente substituída pela União de Nações Sul-Americanas (Unasul), derivou para uma clara fragmentação, em virtude de iniciativas dispersas desde meados da década” (ALMEIDA, P. R., *Integração regional: uma introdução*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, pp. 61-63).

¹¹⁴ “Declaración de Cochabamba. Colocando la Piedra Fundamental para una Unión Sudamericana”, de 9 de diciembre de 2006. El resalto nos pertenece.

“tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados”.¹¹⁵

También se eligió a su primera presidencia *pro tempore*, la por entonces presidente de Chile, Michelle Bachelet, en un mandato de un año de duración. Y el día 4 de mayo de 2010, en la cumbre extraordinaria en Campana, provincia de Buenos Aires, se designó por unanimidad a Néstor Kirchner (ex presidente de la República Argentina) como primer Secretario General de UNASUR por un periodo de dos años. Con la formación de la Secretaría General y el cargo de Secretario General de la UNASUR se le dio un liderazgo político a nivel internacional y se consolidó la formación de una institución permanente en la construcción de la UNASUR.

Con la ratificación parlamentaria de Uruguay, que se sumó a las de Argentina, Perú, Chile, Venezuela, Ecuador, Guyana, Surinam, y Bolivia, la entidad entró en plena vigencia y cobró vida jurídica el 11 de marzo de 2011 después de cumplirse el requisito de que, al menos, los legislativos de nueve países hubieran suscrito ese convenio. Colombia fue el décimo país en aprobar este tratado, haciéndolo después de obtenerse la aprobación requerida para la entrada en vigencia de UNASUR, Brasil se convirtió en el undécimo país en aprobar el tratado constitutivo, y Paraguay fue el último país en aprobar el tratado¹¹⁶. El día 11 de agosto de 2011, la cámara de diputados sancionó el tratado.

La estructura institucional de la UNASUR, actualmente en formación, se compone de una Presidencia *pro tempore* y de una Secretaría General (con sede

¹¹⁵ Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, de 23 de mayo de 2008, en vigor desde el 11 de marzo de 2011.

¹¹⁶ Sin embargo, este país fue suspendido por el resto de los miembros de la UNASUR, después de lo que todos los países sudamericanos consideraron un golpe de Estado contra el gobierno democrático de Fernando Lugo.

permanente en la ciudad de Quito, Ecuador), pero también de un Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno, de un Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de un Consejo de Delegados y de un Parlamento Suramericano (ubicado en la localidad boliviana de Cochabamba).

De la lectura del Preámbulo del Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas se desprende que los Estados miembros

“ENTIENDEN que la integración suramericana debe ser alcanzada a través de un proceso innovador, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos de MERCOSUR y la CAN, así como la experiencia de Chile, Guyana y Suriname, yendo más allá de la convergencia de los mismos”.¹¹⁷

Para parte de la doctrina este párrafo ilustra el objetivo central de UNASUR: “este nuevo proceso innovador de convergencia de procesos de integración como el MERCOSUR y la CAN en una nueva entidad de distinta textura (sin necesidad de absorberlos), puede entenderse en realidad, como un acuerdo de asociación transregional o interregional”¹¹⁸. Precisemos que el concepto de *interregionalism* o *transregionalism* fue definido por Fredrik Söderbaum y Bjorn Hettne como el *new regionalism* o regionalismo de cuarta generación, que “busca la unión-asociación de varias regiones o subregiones para conformar un conjunto político unitario (regionalismo político) para una inserción externa con efecto sobre el sistema global, modelo de interdependencia que se aleja del neoliberal comercial para centrarse en el denominado solidarismo socialista”¹¹⁹. Pero también podemos entender al contrario que, con esta declaración de intenciones, la UNASUR se propone como objetivo, en un

¹¹⁷ Preámbulo del Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas párrafo 8.

¹¹⁸ En este sentido merece especial atención el estudio de DRNAS DE CLÉMENT Z., “El sistema de solución de controversias de UNASUR y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso”, *Anuario del CIJS*, Vol. XI, 2008, pp. 337-350.

¹¹⁹ DRNAS DE CLÉMENT Z., “El sistema de solución de controversias de UNASUR y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso”, *op. cit.*. Para una definición y una reflexión teórica sobre el *interregionalism* o *transregionalism* véase SÖDERBAUM F., “The EU as a global actor and the rol of interregionalism”, *Revue d'intégration européenne*, Vol. 27, London, septembre 2005, pp. 257-258; HETTNE B., SÖDERBAUM F., “Theorising the Rise of Regionness”, *New Political Economy*, vol. 5, n°3, 2000, pp. 457-474; HETTNE B., SÖDERBAUM F. “Civilian Power or Soft Imperialism: The EU as a Global Actor and the Role of Interregionalism”, *European Foreign Affairs Review*, vol. 10, n°4, 2005, pp. 535-552.

futuro próximo, absorber el MERCOSUR y la CAN para superar dichos procesos de integraciones.

En todo caso sean cual sean las intenciones reales o la evolución de este proceso, sostenemos que esta idea de alcanzar la integración suramericana mediante la convergencia de los dos procesos suramericanos ya existentes, nos parece la estrategia más acertada e incluso más sensata, y, en cierto modo, también nos recuerda por su pragmatismo el llamado “método Schuman” que tanto éxito le ha proporcionado a la construcción europea. Pero también consideramos que este planteamiento supone una novedad sin equivalente dentro todas las integraciones regionales experimentadas hasta entonces.

Es cierto que autores han comparado esta confluencia de la CAN y del MERCOSUR con la asociación del BENELUX y de la UE¹²⁰ o incluso con la Asociación Europea de libre Comercio (en adelante AELC), también conocida por su denominación en inglés *European Free Trade Association* (EFTA)¹²¹, y la UE, sin embargo discrepamos de dichas comparaciones por los motivos siguientes.

El Tratado de BENELUX, firmado en Londres, el 5 de septiembre de 1944, y que entró en vigor el 1 de enero de 1948, se presenta como un acuerdo de cooperación intergubernamental entre Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo que carece realmente de ambiciones políticas. Además la creación del BENELUX fue concomitante a la construcción europea por lo que desde el principio los países miembros del BENELUX formaron parte de la Organización Europea de Cooperación Económica (en adelante OECE) en 1948, de la CECA en 1951 y finalmente de la CEE en 1957. Se suele presentar el BENELUX como una suerte de primer ensayo de integración europea al nivel subregional¹²².

¹²⁰ CARDONA D., “El ABC de UNASUR: Doce preguntas y respuestas”, *La Construcción de la Integración Suramericana*, Revista de la Integración N°2, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, Julio 2008, pág. 25.

¹²¹ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, *op. cit.*, pág. 170.

¹²² SCHAUS, L., “Le Benelux devant le Marché commun”, Exposé au XIe Congrès économique Benelux à Maastricht, le 15 juin 1957, Luxembourg, pág. 3.

En cuanto a la AELC, fue creada por la Convención de Estocolmo, en fecha 4 de enero de 1960, como alternativa a la entonces CEE y en ningún momento se planteó una convergencia, más bien todo lo contrario. De hecho los países miembros como Gran Bretaña, Dinamarca, Portugal, Austria, Suecia y Finlandia que posteriormente integraron la CEE abandonaron la AELC. Actualmente sólo permanecen en la AELC Liechtenstein, Suiza, Noruega e Islandia, es decir países que actualmente no son miembros de la UE.

En cambio, la profunda originalidad de la convergencia de la CAN y del MERCOSUR como eje en torno al cual se pretende diseñar la UNASUR, radica en los ambiciosos proyectos de integración que caracterizan desde sus inicios respectivos tanto la CAN como el MERCOSUR (otra cosa sea que los logros hayan sido a la altura de dichas ambiciones). Sin embargo, esta singularidad también podría convertirse en el principal escollo de la comentada convergencia por el motivo siguiente: nos hallamos ante dos procesos de integración que, de cierto modo, simbolizan los dos paradigmas de la integración en sentido amplio (la supranacionalidad frente a la intergubernamentalidad), y cuyas diferencias más profundas constituyen las características principales de cada modelo y viceversa.

A esta dificultad de orden institucional conviene añadir la polarización política de la región que pretende superar la UNASUR pero que, pese a ello, ha provocado, en fecha 20 de abril de 2018, la suspensión provisional de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú y Paraguay, es decir de la mitad de las naciones pertenecientes al bloque por disconformidad en la designación del Secretario General con la actual presidencia *pro tempore* de Bolivia¹²³.

En consecuencia, el desafío que plantea la UNASUR es mayúsculo y, su éxito como proceso de integración no será nada fácil, al contrario. Resulta claro que tanto la CAN como el MERCOSUR deberán aportar sus fortalezas y, a su vez, profundizar sus

¹²³ *BBC News*, “Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Perú suspenden su participación en Unasur”, 21 de abril de 2018. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43733510>.

respectivos procesos de integración para lograr la mencionada convergencia¹²⁴ y enriquecer la construcción gradual de una arquitectura unasureña. En este sentido, y respecto al tema objeto el presente trabajo, esto es los órganos de solución de controversias, se ha de valorar positivamente tanto la construcción jurisprudencial del TJCA como las iniciativas mercosureñas de profundización institucional planteadas, que a continuación expondremos.

Pero, más allá de la imprescindible voluntad política de los Estados miembros, también se precisará la implementación de mecanismos institucionales e instrumentos jurídicos originales e innovadores para la realización y posterior consolidación de este nuevo proceso. En definitiva, nos parece recomendable no olvidar y ahondar en la reflexión de Jean Monnet, padre intelectual de estos procesos de integración y de civilización: “*rien n’est possible sans les hommes, rien n’est durable sans les institutions*”¹²⁵.

¹²⁴ WAGNER A., Secretario General de la CAN, “La Comunidad Sudamericana de Naciones: Un proyecto político y un gran programa de desarrollo”, *Portal “Palestra”*, Pontificada Universidad de Perú, octubre 2005.

¹²⁵ MONNET J., *Mémoires*, Fayard, 1976, pág. 412.

CAPÍTULO II. INFLUENCIA DE LA INTEGRACIÓN EN EL DISEÑO DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Un ordenamiento jurídico se caracteriza por un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos e interpretarlos, así como hacer constatar y sancionar sus violaciones¹²⁶.

La existencia de un mercado común, requiere de una norma jurídica que lo cree, generalmente suele tratarse de un Tratado fundacional, cuyo valor simbólico asume tanta importancia como su valor jurídico. Aunque, como bien sabemos y como la Historia y la experiencia lo enseñan, la conformación de un mercado común no es creación de un solo acto jurídico, sino es fruto de todo un proceso de integración que se desarrolla en el tiempo, el cual luego de superar diversas etapas y escalones alcanza su objetivo. Sin embargo, el Tratado Fundacional suele sentar las bases institucionales y definir la estructura jurídica sobre las cuales posteriormente se desarrollara el proceso de integración. En otras palabras, la apuesta inicial es reveladora de la filosofía y del propósito del proceso y, del esquema inicialmente establecido, se desprenderá su posterior evolución institucional.

¹²⁶ BLANQUET M., *Droit Général de l'Union européenne*, 11^e éd., Sirey, Editions Dalloz, Paris, 2018, pág. 351.

A su vez, la determinación del modelo institucional establecido para los procesos de integración también tendrá una repercusión directa en la determinación de la forma en que se deben resolver los conflictos entre los Estados Partes. La opción de elegir entre un sistema de solución de controversias basado en un tribunal de justicia permanente o en un tribunal arbitral está necesariamente vinculada a la decisión política sobre la dimensión y el grado de la integración que se pretende alcanzar.

Por consiguiente, expondremos, en adelante, el origen y la naturaleza del sistema de solución de controversias establecido por la CAN (I), por el MERCOSUR (II) y finalmente por la UNASUR (III).

I. LA JUSTICIA ANDINA

Con la firma del Acuerdo de Cartagena (en adelante AC), suscrito en fecha 26 de mayo de 1969 bajo el nombre de “Acuerdo de Integración Subregional Andino”, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú se dotaron del instrumento jurídico internacional con el que se puso en marcha el proceso andino de integración conocido, en ese entonces, como Pacto Andino. Como ya comentamos, la Comunidad Andina es el proceso más influenciado por la integración europea, sin embargo, mientras la entonces CEE instauró desde el principio una *Communauté supranationale*, en el ámbito andino, el camino hacia la supranacionalidad fue bastante más paulatino (§1). La suscripción del Tratado de Creación del Tribunal Andino, en fecha 28 de mayo de 1979, supondrá un paso decisivo al establecer un auténtico Tribunal de Justicia como un órgano supranacional (§2).

§ 1. ORIGEN Y NATURALEZA DE LA JUSTICIA ANDINA

1. Paulatino proceso hacia la supranacionalidad

La arquitectura institucional inicial del Pacto Andino carecía de la ambición europea pero, como adelantamos, la adopción del Tratado de Creación del Tribunal Andino instauró una Comunidad de Derecho de índole supranacional.

1.1. Del tibio inicio...

La característica más destacada del Pacto Andino residió en la conformación de una estructura jurídica e institucional cuya singularidad radicó en la creación de sus dos órganos principales: la Comisión Andina y sobre todo la Junta del Acuerdo de Cartagena (en adelante JUNAC).

Resumidamente, el papel de la Comisión era formular la política general del AC y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de sus objetivos¹²⁷. Órgano supremo de dirección política y económica, la Comisión estaba “integrada por representantes plenipotenciarios de los Estados Miembros”¹²⁸, una composición por tanto de índole intergubernamental. Pero la gran innovación institucional del AC fue la creación del órgano técnico del proceso, la JUNAC, cuyo propósito era defender e impulsar el interés de la Comunidad andina¹²⁹. Así, la colaboración orgánica del tándem Comisión-JUNAC constituía el mecanismo central del AC, *la clef de voûte* del sistema andino, estableciendo un buen equilibrio funcional entre la institución representativa de los intereses nacionales y la institución comunitaria, en aras a facilitar la buena marcha de la integración¹³⁰. Este equilibrio dotó al Pacto Andino de un dinamismo y de una vitalidad tales que la doctrina no dudó en considerar el proceso andino como el proceso de integración más desarrollado tras, obviamente, el proceso europeo¹³¹. En definitiva, desde el principio, la institucionalidad del Pacto Andino se ha caracterizado por competencias supranacionales¹³².

¹²⁷ Antiguos artículos 6 a 12 AC.

¹²⁸ Antiguo artículo 6 AC.

¹²⁹ Antiguos artículos 13 a 18 AC. Precisa Dusan Sidjanski que la JUNAC “constitue une innovation dans l’intégration des pays en voie de développement. En effet, elle est, comme dit le Traité, une institution principale au même titre que la Commission” (SIDJANSKI D. en *Problèmes actuels d’intégration économique. Le rôle des institutions dans l’intégration régionale des pays en voie de développement*, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Nations Unies, New York, 1973, pág. 75).

¹³⁰ SIDJANSKI D., *Problèmes actuels d’intégration économique. Le rôle des institutions dans l’intégration régionale des pays en voie de développement*, op. cit., pág. 81 y pág. 116.

¹³¹ En este sentido véase, por ejemplo, SIDJANSKI D., *Problèmes actuels d’intégration économique. Le rôle des institutions dans l’intégration régionale des pays en voie de développement*, op. cit., pp. 171-172.

¹³² TAPIA VALDÉS J., “Supranationalité et nationalisme dans le système andin d’intégration”, en VV AA: *Intégration et coopération en Amérique Latine: le cas du Pacte Andin*, Edit. Centre d’Etudes de l’Amérique Latine, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1987, pág. 10.

Sin embargo el defecto más destacable del Pacto Andino fue la ausencia de un órgano permanente de carácter jurisdiccional. En un primer momento, el AC no contaba con un sistema de solución de controversias propio, sino que el mecanismo previsto para resolver los conflictos que pudieran surgir entre los Estados Miembros con motivo de la interpretación o ejecución del AC o de las decisiones de la Comisión, se regía por un rudimentario procedimiento de solución de controversias pautado en el Protocolo de Asunción de la ALALC de 2 de septiembre de 1967 y que, básicamente, consistía en negociaciones, buenos oficios, mediación, conciliación y arbitraje¹³³. En definitiva, el sistema originario de solución de controversias del Pacto Andino se basaba en los clásicos mecanismos del derecho internacional lo cual contrastaba con los ambiciosos objetivos de este proceso de integración.

Además, la omisión de no haber establecido un órgano permanente de solución de conflictos garante de la legalidad andina perjudicó el proceso y obligó a una reestructuración del esquema institucional. En consecuencia, los Países Miembros reconocieron la necesidad de instaurar, entre otras instancias institucionales comunitarias, un órgano judicial independiente que otorgue soporte y sustento al proyecto integrador, tal como sucedía en la construcción europea con el TJCE. Así, el 28 de mayo de 1979, luego de varios años de discusiones que más adelante detallaremos, se subsanó dicha ausencia mediante la suscripción, en la ciudad de Cartagena, del Tratado de Creación del Tribunal Andino que establece un “Tribunal de Justicia como un órgano supranacional, independiente de los gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, encargado de garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo”¹³⁴.

¹³³ Para un estudio detallado el Acuerdo de Cartagena original y el sistema originario de solución de controversias del Pacto Andino véase NUN B., *Integración Subregional Andina. Estudio sobre el Acuerdo de Cartagena*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1971, pág. 86 y ss..

¹³⁴ SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, *Rumbo a los 50 años. El arduo camino de la Integración*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Mayo 2017, pág. 46.

1.2. ...a una consolidada supranacionalidad que establece una Comunidad de Derecho

La histórica creación del TJCA supone un auténtico viraje en el planteamiento jurídico e institucional del Pacto Andino, ante todo porque la supranacionalidad del proceso de integración andino fue claramente establecida en el Tratado de Creación del Tribunal en los artículos 2, 3 y 4:

Artículo 2.- 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.

Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Artículo 4.- 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.

Estos artículos originarios del Tratado, transformaron al Grupo Andino de organización regional intergubernamental que era, en una parcialmente supranacional, al dotar con ese carácter obligatorio y de inmediato cumplimiento a las Decisiones del

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y de la Comisión de la Comunidad Andina y las Resoluciones de alcance general de la Secretaría General¹³⁵.

En la sentencia del Proceso 1-N-86, el TJCA ya empezó estableciendo que el ordenamiento jurídico del AC

“regula las relaciones de sus integrantes y todo el proceso de integración en el Pacto Andino, y que es una manifestación de la soberanía conjunta y compartida de los Países Miembros, por lo que no puede ser desconocido y tampoco alterado por ninguno de ellos, mucho menos por sus órganos de gobierno.”¹³⁶

Sin embargo, con la posterior sentencia de anulación dictada en el Proceso 2-N-86, el TJCA dio un importante paso adelante reafirmando, en unos términos que despajan ambigüedades, las principales características estructurales que definen el Derecho Andino:

“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.”¹³⁷

Este pronunciamiento del TJCA es fundamental, por tres razones: en primer lugar establece el carácter imperativo y obligatorio del ordenamiento jurídico andino; asimismo extiende esa aplicación obligatoria de la normativa andina a todos los sujetos, sin excepción, que actúan en el marco del proceso de integración, bien sean personas físicas, públicas o privadas, nacionales o comunitarias; y finalmente, por primera vez, se

¹³⁵ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 59.

¹³⁶ TJCA, Proceso 1-N-86, sentencia de 10 de junio de 1987. Publicada en la *GOAC* N° 21, de 15 de julio de 1987.

¹³⁷ TJCA, Proceso 2-N-86, sentencia de 10 de junio de 1987. Publicada en la *GOAC* N° 21, de 15 de julio de 1987.

hace referencia a la expresión Comunidad de Derecho aplicada al entramado jurídico-institucional desarrollado en el Acuerdo de Cartagena¹³⁸.

Recordemos que el TJUE, en una reiterada y constante jurisprudencia, proclama esta base fundacional y fundamental de la construcción europea y el objetivo perseguido en unos términos muy similares al TJCA:

“la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros, ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado.”¹³⁹

Por tanto, las palabras de Robert Lecourt respecto a la construcción europea son perfectamente válidas en su aplicación al proceso andino; escribe el autor que una vez tomada la decisión de edificar una Comunidad, los Estados miembros debían elaborar un sistema jurídico integrando, bajo una norma común, los elementos vitales del Mercado común que pretendían instituir. Lo esencial del sistema debía fundamentarse en una norma común autónoma dotada de toda la fuerza de un derecho auténtico¹⁴⁰. El derecho comunitario tanto europeo como andino se presenta pues como un ordenamiento autónomo, pero llamado a incidir en los ordenamientos de los Estados miembros¹⁴¹.

Con las suscripciones posteriores de los Protocolos de Trujillo y de Cochabamba en 1996, se aprobó una reforma profunda, denominada por la doctrina la *tercera y gran revolución institucional andina*¹⁴², introduciendo algunos de los cambios institucionales

¹³⁸ Lo resalta muy acertadamente QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 171. Es más, a juicio de Eric Tremolada Álvarez, “esta sentencia no ha sido lo suficientemente destaca por la doctrina” (TREMOLADA ÁLVAREZ E., “El Derecho andino: una sistematización jurídica para la supervivencia de la Comunidad Andina de Naciones”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 57, 2006, pág. 36).

¹³⁹ TJCE, sentencia *Los Verdes c/Parlamento Europeo*, de 23 de abril 1986 (294/83), considerado 23.

¹⁴⁰ LECOURT R., *Le juge devant le Marché commun*, Librairie Droz, Genève 1970, pág. 16.

¹⁴¹ ALONSO GARCÍA R., *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Editorial Civitas, Madrid, 1989, pág. 33.

¹⁴² QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 34.

más significativos y permitiendo así al proceso andino de dar un paso más adelante en la consolidación y profundización de su integración.

Los principales novedades del Protocolo de Trujillo fueron la substitución del “Pacto Andino” por la “Comunidad Andina” (en adelante CAN), como “organización subregional con personalidad jurídica internacional”¹⁴³ e integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela¹⁴⁴, y la creación de una nueva estructura institucional comunitaria, el Sistema Andino de Integración (en adelante SAI), que consolidará la supranacionalidad del proceso andino de integración¹⁴⁵. Entre los órganos que componen el SAI destacar la Secretaría General de la CAN que reemplaza la JUNAC, eso sí con mayores atribuciones y responsabilidades. Al mismo tiempo, como lo analizaremos más adelante, a través del citado Protocolo de Cochabamba se llevó a cabo la reforma del TTJCA cuyo propósito fue aumentar la actividad y el protagonismo el TJCA.

Sentados el origen y la evolución institucional de esta Comunidad de Derecho, es preciso esclarecer las fuentes del derecho comunitario andino. Estas no sólo resultan de los Tratados fundacionales, sino también de la práctica de las Instituciones y de los Estados miembros, y de una sistematización del TJCA. Se suele por tanto distinguir entre el derecho comunitario en sentido estricto y el derecho comunitario en sentido amplio.

Respecto al derecho comunitario en sentido estricto, el Tratado de creación del Tribunal, luego de las modificaciones de los Protocolos de Trujillo y de Cochabamba, establece, en su artículo 1, que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:

¹⁴³ Artículo 48 AC.

¹⁴⁴ Artículo 6 AC.

¹⁴⁵ FUENTES HERNÁNDEZ A. y ALEGRET SALAZAR A., “Comunidad Andina: bases jurídico-institucionales y funcionamiento de su sistema de cumplimiento de compromisos”, en BOGDANDY A.V., LANDA ARROYO C. y MORALES ANTONIAZZI M., *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, coed. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pág. 363.

- 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.”

Según criterio proferido en la sentencia del Proceso 7-AI-99, interpuesta en fecha 12 de noviembre de 1999, el derecho comunitario en sentido estricto ha sido clasificado como sigue:

“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.”¹⁴⁶

La clásica distinción del derecho comunitario en sentido estricto entre la fuente primaria y de las fuentes derivadas o el derecho derivado, también fue consagrada por el Tribunal Europeo en términos idénticos:

“tanto el sistema legislativo, reflejado especialmente en el artículo 155 último apartado, como la práctica constante de las instituciones comunitarias establecen, conforme a las concepciones jurídicas asumidas en todos los Estados miembros, una distinción entre las medidas que se fundan directamente en el propio tratado y el derecho derivado destinado a asegurar su ejecución.”¹⁴⁷

Así, por fuente primaria el TJCA (al igual que el TJUE) se refiere al núcleo central, y cuantitativamente preponderante: los Tratados constitutivos; y las fuentes

¹⁴⁶ TJCA, Proceso 7-AI-99, sentencia de 12 de noviembre de 1999. Publicada en la *GOAC* N° 520, de 20 de diciembre de 1999.

¹⁴⁷ TJCE, sentencia *Otto Scheer*, de 17 de diciembre de 1970 (30/70), considerado 15.

derivadas o el derecho derivado son las normas contenidas en los actos adoptados por las Instituciones en aplicación de dichos Tratados.

De la lectura del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal, el TJCA no sólo establece una distinción sino a su vez una jerarquización del ordenamiento jurídico andino, señalando que existe una relación de subordinación del derecho derivado con respecto al derecho originario:

“En el tope de todo ordenamiento jurídico comunitario se ubican los tratados constitutivos del mismo, así como sus enmiendas consignadas en protocolos modificatorios. Así lo señalan taxativamente el artículo 1, literales a) y b) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Ellos constituyen la base primigenia del derecho comunitario y entre los Europeos se les denomina "Constitución Comunitaria", señalando la naturaleza autónoma y la fuente primaria de derecho, del cual derivan y a las cuales se somete el resto de las fuentes.

El ordenamiento jurídico primario está sujeto al principio de jerarquía normativa primando sobre cualquier otra norma comunitaria, ya sea de derecho derivado o sobre los tratados que regulan las relaciones externas de la comunidad. La función de velar por el cumplimiento de la jerarquía normativa tanto del Acuerdo de Cartagena, como con respecto al ordenamiento legal de los Países Miembros y a las normas del derecho derivado, corresponde exclusivamente al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena al tenor del artículo 33 del Tratado del Tribunal.”¹⁴⁸

En cuanto al derecho comunitario andino en sentido amplio, también llamado fuentes indirectas o subsidiarias, al igual que el derecho comunitario europeo, este constituye, en primer lugar, el conjunto de normas de derecho aplicable en el ordenamiento jurídico comunitario, incluso las normas no escritas, como la jurisprudencia del TJCA o “los principios generales del derecho”, categoría jurídica que la jurisprudencia comunitaria vino progresivamente construyendo, y que comprenden los principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, junto a los del derecho internacional y a los principios básicos de los tratados.

¹⁴⁸ TJCA, Proceso 7-AI-99, *op. cit.*

También forman parte del derecho comunitario en sentido amplio, el conjunto de normas cuyo origen es exterior al ordenamiento jurídico comunitario, como el derecho surgido de las relaciones exteriores de las Comunidades (acuerdos celebrados por las Comunidades con Estados terceros o con organizaciones internacionales, normas generales del derecho internacional, costumbre internacional, etcétera) o el “derecho complementario” surgido de los actos convencionales celebrados entre los Estados miembros para la aplicación de los Tratados¹⁴⁹.

De modo que, del análisis de las fuentes del derecho comunitario, el TJCA ha ido desgranado los rasgos fundamentales del ordenamiento jurídico andino afirmando que

“es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladoras transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional. De esta manera a los tratados constitutivos –derecho primario– se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional –derecho derivado– regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, éstos han resuelto soberanamente transferirlas como una "competencia de atribución a dichos órganos".”¹⁵⁰

En otras palabras,

“El Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificatorios junto con el Tratado que establece el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, constituyen en Derecho Primario Comunitario que crea una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones y de poderes derivados de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los países Miembros a la Comunidad en materias específicas.”¹⁵¹

¹⁴⁹ Para un análisis exhaustivo y detallado sobre las fuentes del derecho comunitario andino véase QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, op. cit., pp. 211-259.

¹⁵⁰ TJCA, Proceso 7-AI-99, op. cit..

¹⁵¹ TJCA, Proceso 14-AN-2001, sentencia de 1 de febrero de 2002. Publicada en la GOAC N° 773, de 18 de marzo de 2002.

Estos fundamentos establecidos por el TJCA recuerdan aquellos formulados por el Tribunal europeo en la trascendental sentencia *Flaminio Costa contra ENEL*¹⁵² en la cual destaca que

“a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a los órganos jurisdiccionales;

que, en efecto, al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de soberanía o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos.”¹⁵³

En definitiva, indiscutiblemente influenciado por la jurisprudencia europea, el TJCA ha ido “delimitando claramente el sistema de fuentes vigente en el proceso de integración andina, contribuyendo con ello al perfeccionamiento de esta Comunidad de Derecho”¹⁵⁴ que representa la Comunidad Andina.

2. Naturaleza de la justicia comunitaria andina

¿Podemos por lo tanto concluir que la justicia andina se puede definir como justicia comunitaria? Para la doctrina no cabe duda de que la justicia andina se puede definir

¹⁵² Lo destaca muy justamente VIGIL TOLEDO R., “El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos” en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A. y ZELAIA GARAGARZA M., *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pág. 218.

¹⁵³ TJCE, sentencia *Flaminio Costa c/ENEL*, de 15 de julio de 1964 (6/64).

¹⁵⁴ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 172.

como justicia comunitaria ya que “la naturaleza y las características del derecho comunitario andino son idénticas al Derecho de la Unión Europea, en lo fundamental”¹⁵⁵. Como demostraremos a continuación la justicia comunitaria es totalmente original respecto a la justicia internacional en la medida que se aparta del sistema de arbitraje característico del derecho internacional, para establecer un auténtico poder judicial.

2.1. La justicia comunitaria es totalmente original respecto a la justicia internacional...

Los principios que rigen la justicia comunitaria son fundamentalmente diferentes de aquellos que inspiran la justicia internacional, principalmente en cuatro puntos¹⁵⁶.

a) La característica de la justicia internacional es que es una justicia esencialmente consentida, voluntaria. Por ejemplo, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de La Haya (en adelante CIJ), órgano judicial principal de las Naciones Unidas, es en principio voluntaria, pues sólo una minoría de Estados han utilizado la cláusula facultativa del artículo 36 de su estatuto, sin contar con las reservas que acompañan a numerosas declaraciones de aceptación.

En cambio, tanto el TJCA como el TJUE disponen de una jurisdicción obligatoria lo cual significa que en el marco competencial asignado, su competencia es exclusiva. De tal forma, la norma subregional andina es una norma especial que debe preferirse frente a la multilateral que en todo caso, sería una norma de carácter general. Ello se reafirma en el artículo 42 del Tratado del Tribunal de Justicia que establece:

¹⁵⁵ VIGIL TOLEDO R., “El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos”, *op. cit.*, pág. 217.

¹⁵⁶ Véase BLANQUET M., *Droit Général de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 646-648, a quien reproducimos parcialmente.

“Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún Tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.”

Esta disposición comunitaria no solo se plasma en el ordenamiento subregional andino, por el contrario, la misma tiene su antecedente en el artículo 344 TFUE (antiguo artículo 292 TCE) según el cual

“Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o a la aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado.”

b) El juez internacional soporta los efectos de las imperfecciones y lagunas del derecho a aplicar, lo que conduce a la distinción de los litigios justiciables y no justiciables. El juez comunitario, por el contrario, no puede so pena de denegación de justicia, renunciar a pronunciarse. Así, en la sentencia *Algera e.a. c/Asamblea*, de 12 de julio de 1957, el Tribunal Europeo adoptó por primera vez esta postura y planteó expresamente la obligación de pronunciarse so pena de denegación de justicia, afirmando que aunque

“Aucune disposition du Traité n’indique à quelles conditions une institution de la communauté peut légalement rapporter un acte administratif créant des droits subjectifs, intervenu dans des conditions irrégulières (...), la Cour, sous peine de commettre *un déni de justice*, est donc obligée de le résoudre en s’inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres.”¹⁵⁷

En la misma línea, en la sentencia de incumplimiento del 14 de abril de 2005, Proceso 118 AI 2003, el TJCA señala que

“En el caso que el ordenamiento jurídico comunitario se presentaren vacíos, habrá que acudir a los Principios Generales del Derecho, al derecho sustantivo de los países

¹⁵⁷ TJCE, sentencia *Algera e.a. c/Asamblea*, de 12 de julio de 1957 (7/56), pág. 114. La cursiva nos pertenece.

miembros y a los principios del derecho internacional y, en forma complementaria, a las disposiciones emanadas de la Organización Mundial del Comercio –OMC–, siempre que sean compatibles con los principios y normas del Acuerdo de Integración Andino.”¹⁵⁸

Con este objeto, su misión se define como debiendo garantizar el respeto del derecho comunitario en su interpretación y aplicación, sin referencia alguna a la naturaleza de las reglas aplicables, lo que deja al juez comunitario una total independencia para elegir las fuentes jurídicas sobre las que basa su interpretación de los textos, incluso en el derecho nacional de los Estados miembros.

c) El TJUE y el TJCA juzgan las controversias que tienen los particulares, personas físicas y jurídicas, con las instituciones, y éstas tienen un acceso directo al mismo, aun cuando esté rodeado de diversas limitaciones; dicho de otra manera, la justicia comunitaria es abierta a todos. En cambio, de una forma muy generalizada, el individuo es mantenido apartado de la jurisdicción internacional y no participa en el procedimiento ante ella, como es el caso con la CIJ y, hasta 1981 con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), al que no pueden recurrir directamente los simples particulares.

d) Las jurisdicciones internacionales emiten, en principio, sentencias que obligan exclusivamente los Estados en causa y en el orden internacional. Así, en virtud del artículo 59 de su estatuto, las decisiones de la CIJ no son obligatorias “sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. En cuanto a las sentencias del TEDH, son obligatorias, porque los Estados partes se han comprometidos a acatarlas en los litigios en que sean partes¹⁵⁹, tienen naturaleza declarativa pero no tienen carácter ejecutorio directo¹⁶⁰. Por el contrario, las sentencias del TJUE y del TJCA no sólo tienen fuerza obligatoria, sino también fuerza ejecutiva en el territorio de los Estados miembros¹⁶¹. Las sentencias de condena de los particulares (la ejecución forzosa en

¹⁵⁸ TJCA, Proceso 118-AI-2003, sentencia de 14 de abril de 2005. Publicada en la *GOAC* N° 1206, de 13 de junio de 2005.

¹⁵⁹ Artículo 46.1 del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

¹⁶⁰ CARRILLO SALCEDO J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 418.

¹⁶¹ Artículo 280 TFUE (antiguo artículo 244 TCE) y artículo 41 TTJCA.

contra de los Estados es, naturalmente, inconcebible) son ejecutadas por las autoridades nacionales tras la verificación de su autenticidad, sin ninguna necesidad de *exequatur*.

En pocas palabras, “*si le droit international est un droit relationnel, au mieux coopératif, le droit de l’intégration est un droit fusionnel et unitaire*”¹⁶².

2.2.en la medida que establece un auténtico poder judicial

De lo dicho anteriormente se desprende que el sistema judicial comunitario se presenta como un auténtico poder judicial. Algunos autores han criticado la posible deriva o tentación de un “*gouvernement des juges*” en la que se puede convertir el sistema judicial comunitario. A continuación resaltaremos los elementos principales característicos de este peculiar poder judicial¹⁶³.

En primer lugar, los Tratados fundacionales han conferido los medios a la justicia comunitaria para encarnar un poder autónomo y soberano. Autónomo en la medida que tanto el TJUE como el TJCA son Instituciones comunitarias independientes, y soberanas ya que sus decisiones se imponen irrevocablemente al conjunto de las autoridades comunitarias y nacionales.

Asimismo, ambos tribunales disponen de un título indiscutible, es decir que al juez comunitario, no solamente le corresponde la función jurisdiccional clásica de garantizar el respeto en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, sino también, y en ello estriba una de las originalidades de la justicia comunitaria, contribuir a asegurar la realización de las funciones asignadas a la Comunidad.

¹⁶² PESCATORE P., *Le droit de l’intégration. Emergence d’un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l’expérience des Communautés européennes*, op. cit., pág. 5.

¹⁶³ BLANQUET M., *Droit Général de l’Union européenne*, op. cit., pp. 652-654.

Finalmente, el TJUE y el TJCA han mostrado desde su creación y a lo largo de estas últimas décadas, que tenían la voluntad de garantizar el interés comunitario, utilizando con amplitud todas las prerrogativas que le confieren los Tratados y, de este modo, planteando los principios fundamentales de la aplicabilidad directa y de la primacía del derecho comunitario, mediante una jurisprudencia ambiciosa aunque, cierto es, con un éxito mucho menor en el caso andino.

Pero, la característica esencial de la arquitectura judicial comunitaria tanto europea como andina que rompe radicalmente con los esquemas tradicionales de justicia internacional, la resaltó uno de los más prestigiosos presidente de Tribunal de Justicia Europeo, Robert Lecourt, en una fórmula ya famosa: “cualquier juez nacional es también juez comunitario”¹⁶⁴.

Esto significa que ambos sistemas judiciales comunitarios no residen exclusivamente en los TJUE y TJCA sino en un conjunto jurisdiccional más amplio que abarca tanto a los propios Tribunales de Justicia comunitarios respectivos como a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Los autores de los Tratados fundacionales no sólo han querido dotar a la Comunidad de un poder judicial autónomo, “sino también crear una relación orgánica entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad y los órganos jurisdiccionales nacionales con vista a una aplicación armoniosa y a un desarrollo coherente del derecho comunitario”¹⁶⁵.

La articulación de los tribunales de los Estados miembros y los Tribunales Comunitarios constituye un aspecto particular de un tema más amplio, el de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales. Nos encontramos, en efecto, ante la unión de dos ramas pertenecientes a ordenamientos distintos, sin que exista, por tanto, una subordinación de los primeros al TJUE o TJCA en una relación de jerarquía.

Los arquitectos europeos fueron los que diseñaron por primera vez esta original articulación entre tribunales de los Estados miembros y TJUE, y posteriormente los

¹⁶⁴ LECOURT R, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, pág. 9.

¹⁶⁵ BLANQUET M., *Droit Général de l'Union européenne*, op. cit., pág. 654.

negociadores andinos se inspiraran de este original diseño para implementarlo en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁶⁶. El problema que se planteaba a los arquitectos europeos era ¿cómo conseguir este sutil equilibrio de una armonización del derecho comunitario manteniendo la soberanía de los órganos judiciales nacionales?

En derecho interno, la unificación jurídica se consigue mediante la actuación de un órgano superior cuya función consiste en velar en una interpretación y aplicación uniforme del derecho en el conjunto del territorio nacional a través el mecanismo del recurso de casación, en el sistema continental¹⁶⁷, o de la regla del precedente vinculante en el sistema anglosajón de la *Common Law*.

Por tanto, una vía posible que se ofrecía a los autores del Tratado para alcanzar dicho propósito era la creación de un tribunal supremo europeo, semejante a un tribunal superior de un Estado federal tipo la *Supreme Court* de Estados Unidos, lo que implicaría otorgar a dicho órgano un poder de casación. Esta alternativa fue rechazada en la medida que siempre se tuvo en mente la preocupación de asegurar la plena eficacia del sistema judicial comunitario sin perjudicar a la soberanía judicial de los Estados miembros.

En consecuencia, se optó por una compleja organización jurisdiccional caracterizada por un doble reparto competencial entre el Tribunal de Justicia comunitario y los órganos nacionales, reparto que, conviene subrayarlo otra vez, se

¹⁶⁶ Las principales competencias asignadas a los jueces nacionales se encuentran reguladas en los artículos 20, 21, 25, 30, 31, 33 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹⁶⁷ Richard T. Stith subraya que “ha sido bastante común en Europa no dejar todo el Derecho en manos de un solo intérprete. Los “principios directivos” de una constitución pueden vincular al legislador sin que sean justiciables. En Italia, el Tribunal que interpreta la Constitución no es el mismo que interpreta la ley. En Alemania, la facultad de interpretar las leyes federales está dividida en cinco tribunales supremos. Y en Francia la Constitución en su totalidad puede interpretarse de distintas maneras por el Consejo Constitucional y por el Consejo de Estado.” (STITH T. R., WEILER J. H. H., *Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea*, Universidade de Santiago de Compostela, 2000, pág. 24).

lleva a cabo a partir del “principio de autonomía procesal e institucional de los Estados miembros en la realización del derecho comunitario”¹⁶⁸.

Así, por una parte, la interpretación del derecho comunitario es competencia exclusiva (al menos en última instancia) del TJUE y del TJCA; por otra parte la aplicación del derecho comunitario está repartida entre los Tribunales comunitarios y los órganos jurisdiccionales nacionales, teniendo en cuenta que tanto el TJUE como el TJCA no ejercen más que una competencia de atribución. En cambio, los órganos jurisdiccionales nacionales se erigen en órganos de derecho común para la aplicación del derecho comunitario, de modo que el juez nacional es en cierto sentido, más naturalmente juez comunitario que los Tribunales de Justicia tanto europeo como andino puesto que su competencia es únicamente de atribución¹⁶⁹.

Por último, cabe subrayar dos puntos claves; en primer lugar, el mecanismo judicial propio del ordenamiento comunitario que permite esta articulación es la cuestión prejudicial que analizaremos más adelante. Pero también, conviene añadir que los principios de la *Primacía* y del *Efecto Directo* establecidos por la jurisprudencia comunitaria, que también examinaremos más lejos, estructuraron y operaron como “*presupuestos básicos*”¹⁷⁰ de la articulación entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales.

¹⁶⁸ RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., KEPPENE J. P., *L'incidence du droit communautaire sur le droit national*, “Mélanges en hommage à M. Waelbroeck”, Bruxelles, 1999, pág. 529.

¹⁶⁹ LECOURT R., *L'Europe des juges*, *op. cit.*, pág. 9.

¹⁷⁰ GONZÁLEZ CAMPOS J. D., “La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre tribunales comunitarios y tribunales nacionales”, en GARCÍA DE ENTERRÍA E. (Director) y ALONSO GARCÍA R. (Subdirector), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pág. 494.

§ 2. RASGOS GENERALES DEL TJCA

1. El lento proceso de creación del TJCA

El órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, con sede en la ciudad de Quito, Ecuador, nace el 28 de mayo de 1979 con la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, posteriormente reformado, mediante el Protocolo de Cochabamba suscrito el 28 de mayo de 1996, en el que pasa a denominarse “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

Aunque no sea ampliamente conocido conviene destacar que el brazo judicial de la Comunidad Andina es la tercera corte internacional más activa en el mundo, siendo únicamente más activos el TEDH y el TJUE; otras cortes y tribunales internacionales más intensamente estudiados como la CIJ o las instituciones del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio (en adelante OMC) son menos activos que el TJCA¹⁷¹.

Como se ha comentado reiteradamente, el TJCA fue creado a imagen y semejanza de su par europeo¹⁷² sin embargo, si bien los negociadores del Tratado de la CECA optaron desde el principio por una jurisdicción que actuaría como un juez interno de la Comunidad Europea rechazando así la idea de un tribunal arbitral¹⁷³, el proceso de creación del TJCA fue radicalmente distinto.

¹⁷¹ Lo resaltan en una obra pionera y de referencia sobre el TJCA ALTER K. J. y HELFER L. R., *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pág. 3 y ss..

¹⁷² Véase por ejemplo VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, *op. cit.*, pág. 71.

¹⁷³ BLANQUET M., *Droit Général de l'Union européenne*, *op. cit.*, pág. 646. Destaca el autor que los negociadores abandonaron rápidamente la idea de un tribunal arbitral concebido con un espíritu internacionalista, al parecer “*sous influence allemande*” (la cursiva nos pertenece).

Es sabido que la originalidad de la construcción europea y por consecuencia de la justicia comunitaria llevó los autores del Tratado a concebir un auténtico órgano judicial *sui generis*. Creado en 1952 por el Tratado constitutivo de la CECA, y con sede en Luxemburgo, el actual TJUE es la Institución que encarna el poder judicial de las Comunidades Europeas.

En cambio, cuando se firmó el Acuerdo de Cartagena, en fecha 26 de mayo de 1969, no se contempló la creación de un órgano jurisdiccional similar al TJUE. Como ya adelantamos, el mecanismo previsto para resolver los conflictos que podían originarse en discrepancias de interpretación y aplicación del AC, como también de las Decisiones de la Comisión, básicamente disponía la negociación, la conciliación y el arbitraje.

Resumidamente, el entonces artículo 23 del AC contenía las normas pertinentes sobre la solución de controversias, y entregaba a la Comisión la tarea de llevar a cabo los procedimientos de solución las cuales eran la negociación, los buenos oficios, la mediación y la conciliación¹⁷⁴. Pero, en última instancia, de no lograr un avenimiento entre los Países Miembros en conflicto y, de conformidad con lo establecido en el párrafo 2 del mismo artículo 23, los procedimientos entonces aplicables eran aquellos previstos por el Protocolo de Asunción de la ALAC para la Solución de las Controversias, de 2 de setiembre de 1967¹⁷⁵. En la misma línea, el antiguo artículo 30 del Reglamento de la Comisión de AC exponía que:

“Si fracasaren los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación, previstos en los artículos anteriores, los Países en conflicto recurrirán al procedimiento de arbitraje establecido por el Protocolo para la Solución de las Controversias, suscrito en Asunción 2 de setiembre de 1967.”¹⁷⁶

¹⁷⁴ NUN B., *Integración Subregional Andina. Estudio sobre el Acuerdo de Cartagena*, op. cit., pág. 86 y ss..

¹⁷⁵ Protocolo para la Solución de las Controversias, de 2 de setiembre de 1967, habiéndose aprobado una lista de materias sujetas a dicho Protocolo mediante Resolución 198 (CM-II/VII/-E de 2 de setiembre de 1967). Este Protocolo sucedía así al “Mecanismo Provisional” aprobado por la Resolución 165 de la ALALC (CM/III-E) de 8 de diciembre de 1966.

¹⁷⁶ NUN B., *Integración Subregional Andina. Estudio sobre el Acuerdo de Cartagena*, op. cit., pág. 87.

Así, según este Protocolo especial, el procedimiento arbitral era competencia de un Tribunal arbitral cuyos titulares y suplentes eran designados por las Partes Contratantes. El Tribunal arbitral tenía competencia para conocer de todas las controversias originadas entre las Partes Contratantes con ocasión de la interpretación y aplicación del Tratado de Montevideo, Resoluciones y Decisiones que emanan de los órganos de la ALAC y, a su vez, de las divergencias que surjan a raíz del AC¹⁷⁷. En las materias que le correspondía a este Tribunal, su jurisdicción era obligatoria y su decisión tenía fuerza de cosa juzgada. Finalmente, en caso de incumplimiento con lo dispuesto por el fallo arbitral, la parte interesada podía solicitar la intervención de la Conferencia de las Partes Contratantes, órgano superior de la ALAC, quien fijaba las medidas que considere indispensable para la ejecución del fallo arbitral y, a su vez, los países afectados podían suspender al país infractor los beneficios que le hubieren otorgado¹⁷⁸.

Como era de suponer, el mecanismo previsto no respondía a los ambiciosos objetivos planteados por el AC y la necesidad de un órgano jurisdiccional se fue haciendo patente en la medida en que el proceso avanzaba hacia formas más evolucionadas y complejas. Una integración de índole supranacional requiere en efecto para consolidarse de “un tribunal permanente que se erija como guardián de la legalidad del acuerdo político que da nacimiento a dicha comunidad de derecho. Un sistema de solución de controversias distinto del que ejerce un órgano jurisdiccional comunitario es impensable dentro de un esquema de integración política en el que ha existido una transferencia de atribuciones y competencias a un organismo independiente como guardián de la legalidad de un ordenamiento jurídico comunitario”¹⁷⁹. De modo que la Comisión reconoció el menester de crear un órgano jurisdiccional que se encargue de dirimir las controversias y encomendó a la Junta la realización de un informe. Así, surge un primer esfuerzo por crear un Tribunal de Justicia, pues el 12 de diciembre 1972, la entonces Junta del Acuerdo, elabora el *Informe de la Junta sobre el establecimiento de*

¹⁷⁷ NUN B., *Integración Subregional Andina. Estudio sobre el Acuerdo de Cartagena*, op. cit., pág. 92.

¹⁷⁸ PICO MANTILLA G., “La Solución de Controversias en los Procesos de Integración Latinoamericanos”, *Segundo Encuentro de Cortes Supremas de Justicia del Cono Sur de América Latina*, Editorial Judicial con la colaboración de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, Sucre, 1992, pp.121-146.

¹⁷⁹ URIBE RESTREPO F., *Memoria del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Quito, Ecuador, 1992, pág. 232.

un órgano jurisdiccional del Acuerdo de Cartagena y, a su vez, presenta un documento titulado *Bases de un Tratado para la Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, que constituye el primer documento de trabajo acerca de la creación de Tribunal de Justicia¹⁸⁰. Para la Junta, no le cabe ninguna duda que

“La experiencia acumulada en el tiempo de funcionamiento del Acuerdo permite afirmar que es necesario establecer un procedimiento expedito y ajustado a derecho de la solución de los conflictos que puedan suscitarse entre los Estados Miembros y la estructura jurídica del Acuerdo de Cartagena, con el fin de reducir las innecesarias y algunas veces desproporcionadas tensiones políticas que pueden surgir como consecuencia de tales conflictos.”¹⁸¹

Unos meses después, en agosto 1973, durante la Cuarta reunión de Ministros Andinos de Asuntos Exteriores, más contundentes fueron las palabras de la Junta sobre la importancia que suponía la creación de un órgano judicial al declarar que

“La seguridad y la estabilidad de todo el sistema requieren un perfeccionamiento del régimen institucional previsto en el Acuerdo de Cartagena, mediante la creación de un órgano jurisdiccional que ejerza funciones hoy no asignadas a ninguno de los existentes; resolver ágil y oportunamente los conflictos que se susciten con motivo de la aplicación del Acuerdo, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta; velar porque los órganos de la integración ejerzan sus atribuciones con estricta sujeción a las reglas básicas del Acuerdo de Cartagena y dentro de los límites que éste les señala; y proveer una interpretación autorizada y uniforme de las normas jurídicas originarias, o sea las del propio Acuerdo, y de las derivadas, que no son otras que las que van surgiendo de la acción de los órganos comunes.”¹⁸²

A pesar de la imperiosa necesidad de dotar el Pacto Andino de un sistema de solución de controversias con carácter permanente, su discusión fue postergada. Non obstante, “la laxitud excesiva del mecanismo originario de solución de controversias fue

¹⁸⁰ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 328.

¹⁸¹ JUNAC: *Informe de la Junta sobre el establecimiento de un órgano jurisdiccional del Acuerdo de Cartagena*, COM/X-E/di5, de 12 de diciembre de 1972.

¹⁸² JUNAC: *Informe sobre el proceso y estado actual de la discusión del proyecto de tratado para la creación del Tribunal Andino de Justicia (Propuesta 43/Rev. 2 de la Junta)*, JUN/di 355, Lima, 16 de febrero de 1979, pp. 1-2.

desbrozando el camino a los primeros y reiterados incumplimientos de las normas andinas”, generando una situación de inestabilidad jurídica preocupante para el proceso de integración y dando lugar al surgimiento de la urgencia de garantizar el respeto y la eficacia del Derecho andino¹⁸³.

Se retomó por tanto el proceso de elaboración de un Tribunal de Justicia y, en el año de 1977, se inició formalmente el proceso de negociación del Tratado para la creación de un Tribunal de Justicia. Y el año siguiente, el 8 de agosto de 1978, se firmaría en Bogotá la histórica *Declaración de los Presidentes de los Países Andinos* que representa la primera manifestación presidencial expresa a favor de la creación de un órgano jurisdiccional para el grupo andino y en la cual se enfatizó la *impostergable necesidad* pero también la urgencia de dotar el proceso andino de un Tribunal en los siguientes términos:

“Dentro de ese espíritu positivo, hemos llegado a la conclusión de que los avances registrados en el Proceso de Integración Andina demuestran la *impostergable necesidad* de disponer con un Órgano Jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas por la Comisión y la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo. Nos dirigimos a las autoridades nacionales competentes y a la Comisión del Acuerdo de Cartagena para que, *a la mayor brevedad posible*, inicien el examen de la materia que deberá concluir durante el próximo año con la suscripción del Tratado para la creación del Tribunal Andino de Justicia.”¹⁸⁴

La trascendencia de esta Declaración supuso un impulso determinante para la futura creación del Tribunal¹⁸⁵, lo cual evidencia una real voluntad política por parte de los Estados Miembros de profundizar el proceso de integración andino y, el 28 de mayo de 1979, fue suscrito el Tratado que crea el Tribunal de Andino de Justicia, en la ciudad colombiana de Cartagena de Indias. Finalmente, luego del depósito de las sucesivas ratificaciones de los Estados Miembros, el Tratado de creación de Tribunal de Justicia

¹⁸³ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 333.

¹⁸⁴ COMISIÓN: *Acta Final del XXIV Periodo de Sesiones Ordinarias, Anexo III*, 17 de abril a 15 de agosto 1978, COM/XXIV/Acta, Lima, pág. 2. Las cursivas nos pertenecen.

¹⁸⁵ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 335.

entró en vigor en fecha 19 de mayo de 1983, es decir cuatro años después de su firma, y el TJ empezó sus actividades el 2 de enero de 1984. De modo que se tuvo que esperar quince años para que el proceso de integración andino se dotara de un órgano jurisdiccional en funciones.

Posteriormente, con el fin de examinar sus competencias y mecanismos y hacer al Tribunal cónsono con el grado de desarrollo alcanzado por la Comunidad, se hizo necesario revisar su Tratado Constitutivo, por lo que, el 28 de mayo de 1996, se suscribió el Protocolo Modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conocido como el Protocolo de Cochabamba. El Protocolo de Cochabamba refundó al Tribunal, especialmente en cuanto a sus competencias, ampliándolas de tal manera que, como lo comentaremos en adelante, hoy en día, se contemplan: el Recurso por Omisión o Inactividad, la Función Arbitral y la Jurisdicción Laboral, además de las tradicionales Acción de Nulidad, Acción de Incumplimiento y la Interpretación Prejudicial.

Igualmente destacar que constituye un avance importantísimo el hecho de que las personas naturales o jurídicas, puedan acudir directamente al Tribunal de Justicia cuando se sientan afectadas – en sus derechos o intereses legítimos – por incumplimiento de los Países Miembros o por la omisión o inactividad del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión o de la Secretaría General de la CAN, lo cual era imposible antes de 1996.

2. Estructura judicial del TJCA

El TJCA se rige por el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena suscrito el 28 de mayo de 1979 y reformado mediante el Protocolo de

Cochabamba suscrito el 28 de mayo de 1996, por el Estatuto del Tribunal¹⁸⁶ 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 de la CAN del 19 de agosto de 1983, aunque también existen algunas consideraciones de esta índole en el Reglamento Interno.

A pesar de ciertas similitudes inevitables, la composición del TJCA al igual que la del TJUE, no sólo se distingue de los tribunales internacionales, sino incluso de los propios tribunales nacionales; en efecto, a la clásica figura del Juez y a los habituales colaboradores, los autores del Tratado añadieron la novedosa y peculiar figura del Abogado General.

2.1. La clásica figura del Juez

De acuerdo al Capítulo II del Tratado, el TJCA es un órgano colegiado integrado por cinco magistrados¹⁸⁷, designados de las ternas que al efecto presenten los Países Miembros y por el voto unánime de los Plenipotenciarios acreditados *ad hoc*¹⁸⁸.

Tras la retirada de Venezuela del AC, en fecha 22 de abril de 2006, el TJCA solicitó al Secretario General de la CAN que pusiese en consideración del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en adelante CAMRE) la necesidad de modificar el número de magistrados. De modo que se adoptó la Decisión 633 del CAMRE, de 12 de junio de 2006, en cuyo único artículo se dispone que “el número de magistrados que integren el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina será igual al número de Países Miembros de la Comunidad Andina.” Por lo que en la actualidad el TJCA está compuesto por cuatro magistrados.

¹⁸⁶ Decisión 500. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andino, de 22 de junio de 2001. Publicada en la *GOAC* N° 680, de 28 de junio del 2001.

¹⁸⁷ Artículo 6 párrafo 1 TCTJAC.

¹⁸⁸ Artículo 7 TCTJAC.

A tenor del artículo 6, los jueces deberán ser nacionales de origen de los Países Miembros y se eligen entre las personalidades que ofrezcan absolutas garantías de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia¹⁸⁹. Cabe destacar que el artículo 6 es una “copia ritual de los requisitos exigidos en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su artículo 253 TFUE”¹⁹⁰.

Los jueces son elegidos por un período de seis años y su mandato es renovable sin limitación alguna, aunque se prevé renovaciones parciales cada tres años que puede conllevar la reducción del mandato de algunos de ellos¹⁹¹.

Los jueces disponen de las más amplias facilidades para cumplir las funciones que le han sido encomendadas con continuidad, pues a esto se han obligado los Países Miembros. Así, los magistrados gozarán de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, no podrán desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente, y se abstendrán de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo¹⁹².

Igualmente, durante el período de sus funciones, un régimen de inmunidades e incompatibilidades reconocidas por los usos internacionales en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos, de su correspondencia oficial y en cuanto a las jurisdicciones civiles y penales, les protege¹⁹³.

Los 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 6 del Estatuto del Tribunal, y conforme al procedimiento pautado en él, según lo establecido en el artículo 10 del Tratado del TJCA¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Artículo 6 párrafo 1 TTJCA.

¹⁹⁰ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 63.

¹⁹¹ Artículo 8 TTJCA.

¹⁹² Artículo 6 párrafo 2 TTJCA.

¹⁹³ Artículo 6 párrafo 1 ETJCA.

¹⁹⁴ Artículo 10 TTJCA y artículos 11 y 12 ETJCA.

De conformidad con el artículo 14 del Estatuto, el juez que deba desempeñar el cargo de Presidente del TJCA no es designado de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros, sino que es elegido por y entre los propios jueces, por un mandato de un año¹⁹⁵. El Presidente dirige sus actividades, trabajos y servicios; convoca y preside sus sesiones y audiencias; y, ejerce las demás atribuciones que el Tribunal específicamente determine en su Reglamento Interno¹⁹⁶.

Por lo que respecta a la organización jurisdiccional y al funcionamiento del TJCA, el Capítulo VI del Reglamento regula las distintas formaciones que puede utilizar el TJCA para realizar sus funciones jurisdiccionales. Así, el TJCA tendrá dos clases de sesiones, administrativas y judiciales¹⁹⁷. En asuntos administrativos, para deliberar válidamente será necesaria la asistencia “de un mínimo de tres de sus Magistrados y se adoptarán sus resoluciones por el voto conforme de al menos tres de ellos”¹⁹⁸.

Y, en materia judicial, las deliberaciones del Tribunal “serán reservadas y se mantendrán con ese carácter hasta tanto se produzca resolución definitiva en el correspondiente proceso”¹⁹⁹. El artículo 32 especifica que “la adopción de autos interlocutorios requerirá la presencia de al menos tres Magistrados y se adoptarán con el voto conforme de al menos tres de ellos”, en cambio “la adopción de autos interlocutorios que ponen fin al juicio y de las sentencias” requerirá la presencia de todos los Magistrados y se adoptarán con el voto conforme de al menos tres de ellos²⁰⁰. Finalmente, en interpretaciones prejudiciales y procesos laborales, el artículo 32 exige la asistencia de un mínimo de tres de sus Magistrados y se adoptará las decisiones del Tribunal por el voto conforme de al menos tres de ellos²⁰¹.

¹⁹⁵ Artículo 14 ETJCA.

¹⁹⁶ Artículo 15 ETJCA.

¹⁹⁷ Artículo 29 ETJCA.

¹⁹⁸ Artículo 31 ETJCA.

¹⁹⁹ Artículo 30 ETJCA.

²⁰⁰ Artículo 32 ETJCA.

²⁰¹ Artículo 32 ETJCA.

2.2. La posible incorporación del cargo de Abogado General

El tercer párrafo del artículo 6 establece que “el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en consulta con el Tribunal, podrá modificar el número de magistrados y crear el cargo de Abogado General”.

Recordemos que una de las originalidades relevantes de la composición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la presencia junto a los jueces, de 11 abogados generales que no tienen equivalente en otras jurisdicciones internacionales. Figura ilustre del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y eminentes especialistas del derecho comunitario, los abogados generales constituyen una transposición manifiesta de la entonces función de *commissaire du gouvernement*, substituida por el *rapporteur public*²⁰², ante el *Conseil d'Etat* francés, justificada en principio por la importancia del contencioso de anulación en el Tratado CECA²⁰³.

Encargados, según el párrafo segundo del artículo 252 del TFUE, de “presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requieran su intervención”, la contribución más relevante de los abogados generales a la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reside pues, en las conclusiones, esto es, en la propuesta motivada de solución que debe preceder a toda sentencia. Se trata de una contribución decisiva como lo demuestran sus publicaciones junto con las sentencias en la Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y la notable influencia que ejercen en la interpretación de la jurisprudencia comunitaria. Ello se debe a la calidad técnica de las conclusiones y a la profundidad y precisión de la argumentación jurídica en aquellas contenidas. Dado lo contundentes que pueden ser las críticas de los abogados generales, las conclusiones

²⁰² Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions. Publication au *JORF* n°0006 du 8 janvier 2009.

²⁰³ BARAV A., “Le Commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat français et l'avocat général près de la Cour de justice des communautés européennes”, *RIDC*, 1974.

pueden llegar a tener, cuando una sentencia del Tribunal de Justicia Europeo se aparta de ellas, un efecto o valor similar al de un voto disidente²⁰⁴.

Con todo, si bien una parte de la doctrina valora muy positivamente la labor de los abogados generales argumentando que dicha labor refuerza la colegialidad de las decisiones del Tribunal Europeo²⁰⁵, también se piensa que “el solapamiento entre la labor del Juez ponente y la del abogado general pone crecientemente en entredicho la justificación a estas alturas de la figura de este último”²⁰⁶.

En el caso andino, a pesar de estar previsto por el Tratado del Tribunal de Justicia, el establecimiento del abogado general aún no se ha producido, aunque sí se ha llegado a un “tímido desarrollo normativo por medio de la Decisión 500 de 22 de junio de 2001, del CAMRE, que contiene el nuevo Estatuto del Tribunal de Justicia”. La introducción de tal figura podría responder a un incremento del volumen de trabajo y supondría sin ninguna duda un perfeccionamiento cualitativo y una profundidad jurídica de la jurisprudencia andina que llevaría una mayor eficacia en la labor del Tribunal²⁰⁷.

2.3. Los habituales colaboradores

En consideración de la importante labor que desempeñan en el funcionamiento del TJCA, conviene no olvidar los colaboradores de los jueces.

El artículo 17 prevé que el TJCA nombrará su Secretario por un período de tres años²⁰⁸. El Secretario deberá ser nacional de origen de alguno de los Países Miembros,

²⁰⁴ BACIGALUPO M., *La justicia comunitaria*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S. A., Madrid, 1995, pág. 25.

²⁰⁵ RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en RODRIGUEZ IGLESIAS G. C. y LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 377.

²⁰⁶ ALONSO GARCÍA R., *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, op. cit., pág. 163.

²⁰⁷ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 359.

²⁰⁸ Artículo 17 ETJCA.

gozar de alta consideración moral y ser abogado de notoria competencia²⁰⁹. Sus funciones son de orden judicial y administrativo. Corresponde al Secretario dirigir, bajo la autoridad del Presidente, la Secretaría del Tribunal, atender al despacho, recepción, trámite y custodia de los documentos y del registro general, dar fe, expedir certificaciones, copias y las demás atribuciones propias de su cargo, de acuerdo a lo establecido en el Estatuto²¹⁰.

Además del secretario, también posee el Tribunal el personal administrativo necesario para el cabal cumplimiento de sus funciones, para cuyo nombramiento se tendrá en cuenta únicamente la idoneidad, competencia y honorabilidad de los candidatos²¹¹. Para lo referente a todo el procedimiento de selección, modos de contratación, cargos, etc., el TJCA adoptará un Reglamento de personal²¹².

²⁰⁹ Artículo 18 ETJCA.

²¹⁰ Artículo 19 ETJCA.

²¹¹ Artículo 24 ETJCA.

²¹² Artículo 25 ETJCA.

II. EL ARBITRAJE “SUI GÉNERIS” MERCOSUREÑO

El MERCOSUR representa el proceso de integración más emblemático del llamado *nuevo regionalismo* caracterizado por una flexible institucionalidad de clara índole intergubernamental. Y, desde el propio comienzo el 29 de marzo de 1991 con la firma del Tratado de Asunción hasta la adopción del Protocolo de Olivos, los negociadores del MERCOSUR se preocuparon continuamente por un desarrollo institucional que apuntara a un sistema de solución de controversias cada vez más completo y eficiente (§1). Pero la apuesta institucional mercosureña tendrá una evidente consecuencia sobre la naturaleza arbitral del sistema de solución de controversias y, por ende, sobre su órgano jurisdiccional superior: el TPR (§2).

§ 1. ORIGEN Y NATURALEZA DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL MERCOSUR

1. La apuesta intergubernamental del sistema mercosureño

Habida cuenta la novedad que ha supuesto el MERCOSUR dentro de las iniciativas de integración, la definición y la calificación jurídica del Tratado de Asunción dieron lugar a numerosos comentarios y debates doctrinales.

Así, en el Capítulo V del Mensaje y Proyecto de Ley de Poder Ejecutivo a la Asamblea General de fecha 1 de abril de 1991, podemos leer que:

“Estamos ante un tratado marco que consta sólo de veinticuatro artículos, en el que se establecen los mecanismos y parámetros esenciales para la formación del mercado común y en consecuencia no puede ni debe ser comparado con otros tratados tan sólo aparentemente análogos como podría ser, por ejemplo, el Tratado de Roma, del 25 de marzo de 1957, que instituyó la Comunidad Económica Europea.”²¹³

De modo que, de acuerdo al antecedente parlamentario, el Tratado de Asunción se califica claramente de *tratado-marco*, refiriéndose explícitamente al Tratado de Roma para subrayar dicha calificación. Además, agrega dicho Capítulo que:

“Importa señalar que una concepción diferente de la de un tratado marco es totalmente inviable en las actuales circunstancias y en los plazos disponibles, debido, entre otros factores incluso de carácter económico, a las condicionalidades derivadas del proceso de integración argentino-brasileño, anteriormente mencionadas. Al mismo tiempo, la experiencia latinoamericana ha demostrado el fracaso de otras iniciativas, particularmente de carácter subregional, que adoptaron regímenes institucionales excesivamente detallados y rígidos”.

No obstante, para parte de la doctrina, la calificación de acuerdo marco para el Tratado de Asunción no es ajustada²¹⁴. Resumidamente, basándose en el análisis de la

²¹³ Contenido en Revista Diplomática, N° 10/1991, Instituto Artigas del Servicio Exterior, Ministerio de Relaciones Exteriores, citado por PÉREZ OTERMIN J., *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídico-Institucionales*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.

²¹⁴ En este sentido véase RUIZ DÍAZ LABRANO R., “Naturaleza jurídica del MERCOSUR”, en ARBUET VIGNALI H., GARRE COPELLO B., PIPERNO J., RIVANERA DE PAIS E., RIPPE S., TELLECHEA BERGMAN E., *MERCOSUR: balance y perspectivas*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, pp. 13-32; y PÉREZ OTERMIN J., *El Mercado Común del Sur*, *op. cit.*. En un amplio y profundo análisis del concepto de Tratado marco, Jorge Pérez Otermin propone como definición de los acuerdos-marcos, “aquellos acuerdos en los cuales se establecen orientaciones, principios, enunciados programáticos, u objetivos precisos, los cuales las partes se comprometen a lograr mediante acuerdos posteriores utilizando la estructura o siguiendo los mecanismos allí establecidos.” Sin embargo, en su análisis, Pérez Otermin cita algunos autores que han intentado dar una definición del concepto de acuerdo marco al referirse al Tratado de Asunción. Así, por ejemplo, José María Gamio expresó que existe “un acuerdo bastante general en el sentido que se conoce como “tratado marco”, es decir, un acuerdo general, muy breve, cuyo desarrollo quedará librado a las resoluciones que dicten sus órganos”. En esta óptica, según estos autores, el Tratado de Asunción es “un tratado marco que va incluso más allá de esta figura, ya que cumple con una función simultánea de definir un marco general de relaciones, y de instrumentar, para un determinado lapso algunas de ellas en los Anexos”. En definitiva, concluye Pérez Otermin, “con tales citas, queremos concluir que tal calificación (...) nos parece

“Estructura Orgánica” prevista en el Capítulo II del Tratado, parece evidente que el MERCOSUR no está dotado de organismos supranacionales, las decisiones no se adoptan por mayoría simple o calificada sino por consenso y los órganos tienen claras limitaciones, por tanto técnicamente no nos encontramos ante una entidad supranacional²¹⁵. Pero, más importante que la calificación en sí, es la intención que tuvieron los negociadores del Tratado, en cuanto a las consecuencias que pretendían deducir de tal calificación. Ahora bien, el Tratado se caracteriza principalmente por su transitoriedad, su ausencia de obligatoriedad, su no cesión de soberanía, en resumen características que lo diferencian substancialmente con el Tratado de Roma. En definitiva, la naturaleza jurídica del Tratado de Asunción es característica de un organismo intergubernamental.

Tres años más tarde, el 17 de diciembre de 1994, se firmó el “Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura Institucional del MERCOSUR”, que por su artículo 52 se denomina “Protocolo de Ouro Preto”. De hecho, se trata de un verdadero tratado ampliatorio que constituye de igual modo fuente originaria²¹⁶. Para despejar el vacío contenido en el Tratado de Asunción, el artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto, ha establecido claramente que los órganos del MERCOSUR, es decir el Consejo del Mercado Común (en adelante CMC), el Grupo Mercado Común (en adelante GMC) y la Comisión de Comercio de MERCOSUR (en adelante CCM) “son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental”. Por tanto, en el Protocolo de Ouro Preto primó, una vez más, la flexibilidad y la transitoriedad de su contenido²¹⁷.

En cuanto a mecanismo de solución de disputas se refiere, hasta la entrada en vigor del Protocolo de Olivos, lo único con lo que contaba el MERCOSUR “era un

imprecisa, por cuanto no se encuentra aún asentada o madurada lo suficiente como para que de ella exista una definición inequívoca de su significado.” (pág. 16)

²¹⁵ RUIZ DÍAZ LABRANO R., “Naturaleza jurídica del MERCOSUR”, *op. cit.*.

²¹⁶ PÉREZ OTERMIN J., *El Mercado Común del Sur*, *op. cit.*, pág. 78. El autor destaca que “uno de los puntos discutidos en las reuniones preparatorias a la de Ouro Preto, fue si se mantenía el Tratado de Asunción, o si se lo derogaba por un nuevo. Asimismo, en la posición de mantenerlo, se intercambiaron ideas sobre cuál sería la mejor solución, si actualizar su articulado, o dejarlo tal cual está y derogarlo genéricamente en todo lo que se opusiere al nuevo texto, teniendo en consecuencia en el futuro ambos cuerpos de normas”. Finalmente, concluye Pérez Otermin, “se optó por esta última solución en base a un criterio pragmático, pero sobre todo por considerar que el Tratado de Asunción era el texto fundamental, y por tanto un símbolo a mantener.”

²¹⁷ PÉREZ OTERMIN J., *El Mercado Común del Sur*, *op. cit.*.

rudimentario sistema de arbitraje *ad hoc*, cuya insuficiencia para un proceso de integración era obvia”²¹⁸. Cabe recordar que los autores del Tratado de Asunción habían previsto en el Anexo III un régimen embrionario de “Solución de Controversias” entre los Estados Partes, pero sin mayor precisión, en la medida en que estaba llamado a regir un período de transición, luego del cual se adoptaría el “Sistema permanente de Solución de Controversias”. El mecanismo de solución de controversias previsto por el Tratado resultó ser “un procedimiento no jurisdiccional, sumamente elemental y limitado por las dificultades contenidas en el criterio de adopción de decisiones de los órganos intervinientes”²¹⁹.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 3 del Tratado de Asunción, y en particular en su Anexo III, se designó un Grupo *ad hoc* de trabajo para elaborar un Mecanismo de Solución de Controversias. Como culminación de los trabajos se llegó a la elaboración del Protocolo de Brasilia, suscrito el 17 de diciembre de 1991. Según el artículo 1 del Protocolo:

“Las controversias que surjan entre los Estados partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común y de las resoluciones del Grupo Mercado Común, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el presente Protocolo”.

Sin embargo, el Protocolo de Brasilia no fue reglamentado hasta 1998, precisamente como consecuencia directa de las graves necesidades que se detectaron en las primeras controversias.

Posteriormente, el Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias, suscrito el 18 de febrero de 2002, vino a reemplazar el Protocolo de Brasilia. Este Protocolo ha definido un nuevo sistema arbitral, más desarrollado, mejor estructurado y una de sus mayores innovaciones fue la creación de un órgano jurisdiccional superior, el Tribunal

²¹⁸ FERNÁNDEZ W., “El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006, pág. 596.

²¹⁹ PÉREZ OTERMIN J., *El Mercado Común del Sur*, *op. cit.*, pág. 30.

Permanente de Revisión. Finalmente, el 19 de enero de 2007 se firmó el Protocolo Modificadorio del Protocolo de Olivos aunque, ante la falta de ratificación por parte de la República de Paraguay, aún no está vigente.

Por lo que respecta al derecho aplicable, el artículo 34 del Protocolo de Olivos establece que los Tribunales Arbitrales *ad hoc* (en adelante TAH) y el TPR

“decidirán de las controversias en base al Tratado de Asunción, el Tratado de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo Mercado Común así como a los principios y disposiciones de Derecho internacional aplicable a la materia”.

Pero cuando el artículo 34 se refiere “a los principios y disposiciones de derecho internacional aplicable a la materia”, ¿cuál es el real significado de esta referencia? Para parte de la doctrina, los principios serían normas de carácter general y las disposiciones, normas más concretas²²⁰.

También conviene destacar que, en términos del párrafo segundo del artículo 34 del Protocolo de Olivos, ello “no restringe la facultad del Tribunal cuando actúe en instancia directa y única de decidir la controversia *ex aequo et bono* (en equidad) si las parten así lo acordaren”.

A su vez, el ámbito de aplicación del sistema de solución de controversia cubre tres hipótesis, a saber la interpretación, la aplicación y el incumplimiento del Tratado de Asunción, del Tratado de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las decisiones del Consejo Mercado Común (en

²²⁰ En tal sentido lo interpreta PUCEIRO RIPOLL R., en “Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006. Pero si, en definitiva, todas son normas de Derecho internacional, ¿porque no referirse simplemente a ellas tal cual? El autor explica que “cuando se negoció el Protocolo de Olivos, ensayamos algunas variantes de esa frase, pero que tampoco llegaban a satisfacer, por lo que en última instancia se dejaron los mismos términos del Protocolo de Brasilia, que aunque pudieran parecer dudosos, ya se habían encarnado en el instrumento internacional y en la práctica.” Además, resalta el autor que “también entendemos que la mencionada frase en el contexto de la norma que se inserta, nos indica que los principios y disposiciones de Derecho internacional a que se alude, constituyen en todo caso normas de interpretación e integración de manera de evitar vacíos jurídicos en la labor de los árbitros.”

adelante CMC), de las resoluciones del Grupo Mercado Común (en adelante GMC) y directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR²²¹.

En definitiva, con esta apuesta institucional que se aparta de la estructura comunitaria, los arquitectos del MERCOSUR han procurado diseñar un derecho de la integración específico y eficaz, pero a la vez respetuoso de la soberanía de los Estados Partes²²².

2. Naturaleza arbitral del sistema de controversias

Por lo expuesto por el Protocolo de Olivos, se instaura el sistema de arbitraje para dirimir los conflictos en el marco institucional mercosureño, sin embargo el sistema de solución de controversias del MERCOSUR resulta ser un sistema de arbitraje diferente al sistema tradicional, un arbitraje *sui generis*, por ciertas características originales que a continuación desgranaremos y que, además permite una controvertida opción de foro.

2.1. El sistema de solución de controversias del MERCOSUR resulta ser un sistema de arbitraje *sui generis*...

La teoría general de derecho internacional Público indica que los Tribunales arbitrales son aquellos que se crean para el caso, cuyos miembros son designados por las partes y que las propias partes señalan a los árbitros que eligen directa o indirectamente el conjunto de normas que deberán tener en cuenta para resolver el caso

²²¹ FERNÁNDEZ W., “El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 603.

²²² SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, *op. cit.*, pág. 11.

que se les presentan; de ese haz normativo, los árbitros no podrán apartarse²²³. El sistema de solución de controversias del MERCOSUR se inscribe en esta lógica ya que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33 del Protocolo de Olivos, “los Estados Partes declaran reconocer como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial”, la jurisdicción de los Tribunales establecidos para conocer y resolver las controversias planteadas. No obstante, el proceso arbitral establecido por el Protocolo de Olivos “resulta *sui generis*, por ciertas características especiales que posee y que lo separan del régimen arbitral tradicional y clásico”²²⁴.

El régimen de controversias se estructura en efecto en base a dos situaciones básicas: por una parte las controversias entre Estados Partes y por otra, las reclamaciones²²⁵ de los particulares.

a) Por lo que respecta a las controversias entre Estados Partes, a través el Protocolo de Brasilia y el Protocolo de Olivos, el MERCOSUR ha previsto dos mecanismos: la negociación directa y el arbitraje.

En el caso de las controversias entre Estados, se debe recurrir inicial y preceptivamente a una etapa política de negociaciones directas. Los Estados Partes se comprometen a intentar resolver las controversias, ante todo, mediante negociaciones directas, informando al Grupo Mercado Común sobre las gestiones que se realicen durante las mismas y de sus resultados. Subrayemos que una de las innovaciones del Protocolo de Olivos estriba en la posibilidad de recurrir directamente al procedimiento arbitral, luego de las negociaciones directas.

Si éstas resultan infructuosas se da una segunda etapa casi jurisdiccional facultativa: el sometimiento de la controversia al GMC. En este caso, cualquier de los

²²³ NOODT TAQUILA M. B., *Arbitraje internacional en el MERCOSUR*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

²²⁴ PUCEIRO RIPOLL R., “Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006, pp. 618-627.

²²⁵ Conviene precisar que en América Latina se suele utilizar la palabra “reclamo” en vez de “reclamación”. De hecho, el *Diccionario de americanismos* de 2010, ya había incluido “reclamo” como “reclamación, petición o exigencia hecha con derecho o instancia”, según uso reportado por las academias de México, Costa Rica, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay.

Estados Partes en la controversia puede someterla a consideración del GMC, que deberá formular una recomendación al respecto tras haber dado oportunidad a las partes de exponer sus respectivos argumentos.

De no solucionarse el conflicto, queda abierta la vía arbitral. El sistema instaurado por el Protocolo de Olivos que analizaremos en adelante con más detalle, puede implicar dos instancias. En primer lugar, para iniciar la vía arbitral, los Estados pueden recurrir a los TAH, que previa tramitación de la misma, dictarán el laudo arbitral. Dicho laudo podrá ser motivo de recurso de aclaratoria e impugnado ante la segunda instancia, el TPR.

b) En cuanto a las reclamaciones de los particulares – sean personas físicas o jurídicas –, el mecanismo para el tratamiento de sus reclamaciones a solventar se aplicará, según procedimiento regulado en el artículo 39 del capítulo XI del Protocolo de Olivos, con motivo de

“la sanción o aplicación, por cualquier de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencias desleal, en violación del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR”.

La vigilancia de los particulares puede ejercitarse por dos vías: por el acceso a los jueces y tribunales de los Estados Partes y por la vía de la reclamación ante las Secciones Nacionales del GMC. Como lo destaca el *Informe Final sobre la “Contribución al perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR”*, la primera vía, es decir el acceso del particular a los propios tribunales nacionales, tiene tres ventajas: en primer lugar permite el acceso directo a los tribunales, al contrario de la reclamación ante la Sección; en segundo lugar, el verdadero protagonista del proceso es el particular, “que velará por su propio interés”, mientras que, en la vía de la reclamación ante la Sección Nacional, el protagonista es el Estado al que pertenece la Sección y cuyos intereses pueden no coincidir con los intereses del

particular que está en el origen de la reclamación. Finalmente, en conexión con lo recién señalado, “disminuye con intensidad la necesidad de lobby, en cualquiera de sus vertientes” presente en las reclamaciones ante las Secciones Nacionales²²⁶.

Sin embargo, el Comité de Expertos del proyecto “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, señala que tales ventajas pueden desvanecerse a la luz de dos factores:

“1) los tribunales nacionales pueden, en ciertos casos, contar con poderes insuficientes para proteger los derechos, y, sobre todo, las expectativas por hipótesis dignas de protección de los particulares. Tal es el caso cuando la infracción del Estado Parte consiste en una falta de internalización de la norma del MERCOSUR que tiene como resultado un vacío normativo interno: es bien sabido que los ordenamientos de los Estados Partes no facilitan precisamente las acciones frente a omisiones normativas del legislador o del gobierno; e incluso en aquellos Estados en que existe como posibilidad, son más que discutibles sus ventajas prácticas: difícilmente se podrá obtener algo más que una sentencia limitada a conminar a legislar o reglamentar (con otras palabras, el juez se tendrá que limitar a juzgar, no a legislar o reglamentar). Tal insuficiencia del poder judicial nacional se extiende también al control sobre las internalizaciones incorrectas vía legislativa, habida cuenta de las dificultades que plantea la impugnación directa de leyes por contrarias al ordenamiento del MERCOSUR (pudiéndose obtener, en el mejor de los casos, la mera inaplicabilidad). 2) Por otro lado, no debe olvidarse que el tribunal nacional puede no estar familiarizado –y de hecho no lo está– con el Derecho del MERCOSUR, lo que a su vez puede imponer la necesidad de una presencia en el litigio interno del parecer emanado de los tribunales especializados en la materia, que no son otros que los tribunales propios del sistema de integración.”²²⁷

El acceso de los particulares al mecanismo de solución de controversias mercosureño resulta por tanto demasiado restringido para un proceso de integración que ambiciona promover la justicia social y “mejorar las condiciones de vida de sus

²²⁶ ALONSO GARCÍA R. y DREYZIN DE KLOR A. S. (Directores), “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, *Revista de Derecho Internacional y MERCOSUR*, Año 8, N°5, octubre 2004.

²²⁷ ALONSO GARCÍA R. y DREYZIN DE KLOR A. S. (Directores), “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, *op. cit.*, considerado 6.

habitantes”²²⁸. En definitiva, las mejoras constantes de las instituciones del MERCOSUR y específicamente del mecanismo de solución de controversias, conservan no obstante una lógica particularmente atenta a la voluntad de los Estados²²⁹.

2.2. ...que permite una controvertida opción de foro

Entre las innovaciones que introdujo el Protocolo de Olivos, es preciso subrayar la posibilidad para los Estados partes de someter los conflictos ante otros foros, tales como la OMC u otros esquemas preferenciales de comercio al que pertenezcan individualmente los Estados Partes del bloque. Así, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 párrafo 2 PO,

“Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante. Sin perjuicio de ello, las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro.”

Esta opción de elección del foro es la tendencia que prevalece en los acuerdos de “nueva o última generación” como el NAFTA. Una vez elegido un foro, se produce la exclusión de todo otro foro o la prohibición de recurrir a otros mecanismos de solución de controversias relacionados con el mismo objeto de disputa²³⁰; con esta llamada “cláusula de exclusión” se quiere evitar la multiplicación de procedimientos y las resoluciones contradictorias.

²²⁸ Preámbulo del Tratado de Asunción.

²²⁹ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, op. cit., pág. 11.

²³⁰ SILGUERO R. F., “Los objetivos del MERCOSUR y la opción de foro”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 1, N° 1, 2013, pág. 231.

Sin embargo, la admisión del ejercicio de la opción de foro generó fuertes críticas, intensos debates e inquietudes plenamente justificadas. En efecto, dicha posibilidad puede producir un debilitamiento de la integración y poner en riesgo la viabilidad del mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR, cuando uno o varios Estados miembros del esquema de integración decidan llevar la disputa ante el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante OSD) de la OMC, en vez de resolverla de acuerdo al sistema de solución de controversia establecido por los protocolos²³¹.

En orden de esta problemática, en el laudo dictado en el conflicto planteado entre Argentina y Brasil sobre “Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, Argentina alegó que

“los Estados Miembros del MERCOSUR están también sometidos a la observancia de la normativa de la OMC. Las reglas del MERCOSUR no excluyen las disposiciones multilaterales. Si un tema ha sido objeto de regulación entre los países del MERCOSUR con reglas que profundizan los compromisos OMC, ellas obligan a los socios y prevalecen sobre las reglas multilaterales. Sin embargo, si una materia no ha sido regulada en el MERCOSUR, los Estados partes tienen el derecho a aplicar los instrumentos previsto en el ordenamiento OMC.”²³²

Como se destacó en *el Informe final sobre la “Contribución al perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR”*, el fortalecimiento del proceso de integración y de este modo, del Estado de Derecho en el MERCOSUR no será posible sin el fortalecimiento de la confianza en su arquitectura judicial; por un lado,

“si bien la introducción de la elección alternativa del foro ha supuesto un importante avance respecto del Protocolo de Brasilia, no deja de ser preocupante del uso de tal posibilidad en favor de la OMC (especialmente cuando las reglas del juego de ésta no

²³¹ Para un análisis detallado de este mecanismo y de los debates doctrinales véase SILGUERO R. F., “Los objetivos del MERCOSUR y la opción de foro”, *op. cit.*, pp. 229-257.

²³² TAH, Laudo 03 de 10 de marzo de 2000: “Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (RES. 861/99) del Ministerio Economía y Obras y Servicios Públicos”.

estén más desarrolladas que las que derivan del Mercosur), no ya porque puede dejar traslucir una falta de confianza en el sistema de integración, sino porque no elimina el riesgo de pronunciamientos divergentes entre los tribunales de la OMC y los del Mercosur (pues nada parece impedir que lo resuelto en un foro pueda ser debatido en otro al variar los Estados Partes en la controversia).”²³³

Y de hecho, en la práctica, esta opción ha dado lugar a una mayor importancia de la OMC sobre la instancia regional. En consecuencia, la elección del foro constituye, para parte de la doctrina, “un error impuesto por una práctica contraria al Tratado de Asunción”²³⁴.

3. ¿Hacia un procedimiento judicial?

El artículo 53 PO dispone que, antes de que finalice el proceso de convergencia del arancel externo común,

“los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, afín de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción”.

En aplicación de estas disposiciones y “como trasunto de un debate doctrinal que viene de lejos y encuentra últimamente su reflejo judicial en los *VI y VII Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR*”²³⁵, los parlamentarios Adolfo Rodríguez Saá, por Argentina, y Eric Salum Pires, por Paraguay, presentaron el 20 de abril de 2009 al Parlamento del MERCOSUR (en adelante Parlasur) un Proyecto de

²³³ ALONSO GARCÍA R. y DREYZIN DE KLOR A. S. (Directores), “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, *op. cit.*, considerado 17.

²³⁴ PEROTTI A., “Qué significó el Protocolo de Olivos”, *La Nación*, Comercio Exterior, del 26 de febrero de 2002.

²³⁵ Según lo precisa CIENFUEGOS MATEO M., “Opiniones Consultivas en el MERCOSUR y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario*, Núm. 42, Madrid 2012, pág. 469.

Norma que contiene el Protocolo constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR (en adelante CJM)²³⁶.

En la exposición de motivos los autores explican que, basándose en la experiencia de la aplicación práctica del Protocolo de Brasilia y del Protocolo de Olivos, así como también en los regímenes establecidos en el derecho comunitario comparado, dicho proyecto tiene por finalidad crear una Corte de Justicia

“como órgano jurisdiccional, judicial, independiente cuya función esencial será garantizar la interpretación y aplicación uniforme del derecho del Mercosur, afianzando la consolidación jurídica del proceso de integración”.²³⁷

Fue el Parlamento del MERCOSUR (en adelante Parlasur) quien colocó la creación de una Corte de Justicia como parte de su agenda al incluirla en el Acuerdo Político alcanzado en la XVII Sesión Ordinaria celebrada en abril de 2009 en Asunción, y convalidado al año siguiente –el 18 de octubre de 2010– por el CMC a través de la decisión 28/10. Posteriormente, con fecha 13 de diciembre de 2010, el Proyecto de Norma fue aprobado por el Parlasur, y elevado como Proyecto de Norma 02/2010 a consideración del CMC, órgano que de aprobarlo lo convertiría en norma de derecho constitutivo del MERCOSUR.

El proyecto de Norma 02/2010 se propone así implementar una serie de prerrogativas que el actual mecanismo de solución de controversias carece como por ejemplo la independencia de los poderes estatales, la conformación en base a la idoneidad, la probidad de sus miembros con independencia de la nacionalidad de los mismos, la fuerza ejecutoria de sus decisiones, etcétera, prerrogativas que desglosaremos progresivamente más adelante. Interesa no obstante destacar que dicho

²³⁶ Manuel Cienfuegos Mateo destaca que la iniciativa política presentada fue asesorada por Alejandro D. Perotti ya que los rasgos generales de la misma se encuentran presentes en la contribución que presentó en el marco *VI Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR* con el título “Elementos básicos para la constitución de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR”. (CIENFUEGOS MATEO M., “Opiniones Consultivas en el MERCOSUR y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea”, *op. cit.*).

²³⁷ Exposición de motivos del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, Protocolo constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR.

proyecto establece la exclusividad de la jurisdicción de la CJM en todo lo relativo al derecho del MERCOSUR, excluyendo la posibilidad de que los Estados Partes puedan recurrir a otros sistemas de solución de controversias, lo cual supondría la acertada supresión de la controvertida opción de foro²³⁸.

En la actualidad, este proyecto de Norma sigue pendiente de aprobación del CMC, motivo por el cual el Parlasur, en su XLVII Sesión Ordinaria de fecha 29 de mayo de 2017 y a través la Parlamentaria Lilia Puig, de la Comisión de Asuntos Jurídicos e Institucionales, recomendó al CMC retomar el estudio, la consideración y la aprobación de la Propuesta que crea una Corte de Justicia del MERCOSUR.

§ 2. RASGOS GENERALES DEL TPR

Una de las mayores innovaciones del Protocolo de Olivos fue, sin duda alguna, la creación de un órgano jurisdiccional superior con sede en Asunción, el TPR. Se ha llegado incluso a considerar que la histórica implementación del TPR supondría el “cruce del Rubicón” del camino hacia la profundización del proceso de integración mercosureño²³⁹. A continuación expondremos el proceso de creación del TPR, su estructura y las perspectivas de mejoras planteadas.

²³⁸ Artículo 47.1 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

²³⁹ Fueron palabras del juez brasileiro João Grandino Rodas durante la Ceremonia de clausura de las jornadas sobre la contribución al “Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del Protocolo de Brasilia”.

1. Creación del TPR

1.1. Innovación del Protocolo de Olivos

La idea de instaurar un Tribunal de justicia en el MERCOSUR viene de lejos; desde 1991, diversos proyectos que trataban este tema se han debatido en varios foros²⁴⁰. Además, cabe destacar que, en 1999, el entonces Ministro uruguayo, Didier Operti Badán, afirmaba que eran “firmes partidarios de la creación de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR, no solamente basados en el principio de que es bueno que quienes puedan tener una controversia tengan acceso a una oferta de justicia permanente, sino porque estimamos que es la garantía indispensable para una asociación de Estados basada en el principio de la desigualdad económica y la igualdad jurídica”²⁴¹.

En el sistema de soluciones de controversias establecido por el Protocolo de Brasilia, si resultaban infructuosas las negociaciones directas entre los Estados partes en la controversia, solamente se preveía un único recurso ante un Tribunal Arbitral *ad hoc*, con “jurisdicción obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial”²⁴², integrado por tres miembros designados, uno por cada Estado parte en la controversia y el tercero, que ejerce funciones de presidente, de común acuerdo. En consecuencia, sin perjuicio de la aplicación reiterada del régimen de solución de controversias vigente, los Estados Partes comenzaron a manifestar su inquietud por continuar perfeccionando el sistema. La modificación del sistema de solución de controversias era además un tema recurrente de los órganos del MERCOSUR y de los Estados Partes, de modo que, el 29

²⁴⁰ En este sentido: “Simposio sobre tribunal de justicia para el MERCOSUR: bases para la creación de un tribunal de justicia en el MERCOSUR”, organizado en 1991 y con la participación de Pierre Pescatore, Manuel Díez de Velasco y Fernando Uribe Restrepo.

²⁴¹ Citado por PIMENTEL L. O., DREYZIN DE KLOR A. S., “O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL”, en DREYZIN DE KLOR A. S., PIMENTEL L. O., KEGEL P. L., BARRAL W., *Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e MERCOSUL*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Rio de Janeiro, 2004, pág. 147.

²⁴² Artículo 8 del Protocolo de Brasilia.

de junio de 2000, fue aprobada la Decisión del CMC sobre el “Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del Protocolo de Brasilia”²⁴³. En cumplimiento del mandato recibido por la Decisión, el Grupo *ad hoc* sobre Aspectos Institucionales celebró varias reuniones²⁴⁴ dónde se analizaron las respectivas posturas presentadas por las delegaciones de los Estados Partes.

En el encuentro que tuvo lugar en Brasilia, Brasil presentó un documento que serviría de base para las delegaciones, a la elaboración de un nuevo texto. No obstante, a pesar de las intensas negociaciones, el proyecto modificador del Protocolo de Brasilia no pudo ser aprobado en la Cúpula de Florianópolis. Finalmente, este proceso complejo culminó en la tercera Reunión Extraordinaria del CMC celebrada en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002, donde fue adoptado y suscrito el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del MERCOSUR.

En el Acta de dicha Reunión y bajo el acápite de “Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias”, se notificaba lo siguiente:

“Considerando la necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática de solución de controversias de manera de consolidar la seguridad jurídica en el ámbito del MERCOSUR suscribieron el Protocolo de Olivos sobre el Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR”.

Así, inspirado del Órgano de apelación de la OMC²⁴⁵, la incorporación del TPR es el aporte más novedoso que implementa el Protocolo de Olivos. Se avaló en parte pues la reflexión y la crítica de varios autores, quienes lamentaban la falta de un órgano

²⁴³ Decisión N° 25/2000, aprobada el 29 de junio de 2000, en la XVIII Reunión del CMC.

²⁴⁴ Entre otras: Buenos Aires, el 30 y 31 de mayo de 2000; Brasilia, el 24 y 25 de agosto de 2000; Montevideo, el 20 y 22 de noviembre de 2000.

²⁴⁵ PIMENTEL L. O., DREYZIN DE KLOR A. S., “O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL”, *op. cit.*, pág. 147. Los autores precisan que entre las materias incluidas en el documento presentado por Brasil cabe destacar la inclusión de “um órgão de apelação do direito, semelhante ao da Organização Mundial do Comércio”.

jurisdiccional permanente y con jurisdicción obligatoria²⁴⁶. Pero en parte solamente, ya que, como demostraremos, las características y atribuciones del TPR no se corresponden con aquellas de un auténtico órgano judicial. Pese a ello, asistimos, con el Protocolo de Olivos, “a un fenómeno de jurisdiccionalización y por tanto de institucionalización del mecanismo de solución de controversias mercosureño”²⁴⁷.

1.2. ¿Es realmente permanente el TPR?

El alcance jurisdiccional del TPR y más específicamente su carácter “permanente” ha generado desacuerdos y enfoques diferentes. Así, el TPR, en su Resolución 01/2008, considera que no es “un órgano transitorio sino permanente, desde la perspectiva del órgano y no de sus integrantes”²⁴⁸. Sin embargo, parte de la doctrina considera que se trata de un órgano arbitral, no de un tribunal de jurisdicción permanente como el TJUE o el TJCA y que, “más que un órgano permanente, el TPR es un tribunal disponible que difiere en mucho, del carácter permanente que tienen tribunales de otros modelos de integración”²⁴⁹. En cambio, otros autores sostienen que el TPR resulta ser un Tribunal de vocación permanente y no un Tribunal a disposición.

²⁴⁶ Véase, por ejemplo, PÉREZ OTERMIN J., *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídico-Institucionales*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995 y ARBUET VIGNALI H., “El Protocolo de Ouro Preto” en *MERCOSUR: balance y perspectivas*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, pp. 33-53.

²⁴⁷ DAILLIER P., BENLOLO-CARABOT M., SUSANI N., VAURS-CHAUMETTE A.-L., “La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines (chronique n° 1 - Les ordres juridiques des organisations d'intégration latino-américaines)”, in *Annuaire français de droit international*, volume 51, 2005, pp. 640-642.

²⁴⁸ TPR, Resolución N°1/2008 respecto del Planteo Procesal de Previo Pronunciamiento introducido por la República Argentina en el Marco Asunto N° 1/2008 “Divergencia sobre el Cumplimiento del Laudo N° 1/05 iniciada por la República Oriental del Uruguay (Art. 30 del Protocolo de Olivos)”, III Considerando, sexto párrafo.

²⁴⁹ En este sentido véase DREYZIN DE KLOR A. S., en “El Protocolo de Olivos”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003, pp. 579-580; el texto de este artículo fue presentado asimismo en “Forum Brasil-Europa” organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 22-24 de noviembre de 2002. En su disertación, la autora llama al TPR “Tribunal Arbitral “disponible”” y explica que “son varias las razones que impidieron crear un Tribunal permanente en el sentido cabal del término, esto es caracterizado por la dedicación total de sus miembros a las funciones asignadas. Descartamos una referencia al motivo principal por el que no es posible una Corte Supranacional, es sabido que el obstáculo es de neto contenido constitucional –la falta de delegación de competencias en órganos legisferantes y jurisdiccionales–. La razón que a nuestro juicio, impidió crear un

En realidad, dos concepciones diferentes se enfrentan: un enfoque que centra el alcance jurisdiccional del TPR exclusivamente en el estricto cumplimiento de las tareas asignadas por el PO, entendidas restrictivamente, y otro enfoque que considera que el TPR no fue creado para solucionar los conflictos y preservar la armonía entre los Estados Partes, sino más bien, para favorecer la emergencia de una jurisprudencia homogénea, y de este modo favorecer el desarrollo del proceso de integración mercosureño²⁵⁰.

En todo caso, la cuestión del carácter permanente del TPR no es un punto de detalle para el ordenamiento jurídico mercosureño. Más bien todo lo contrario, sabiendo que el carácter “no permanente” de los tribunales de arbitraje clásicos encargados de solucionar controversias entre las partes en conflicto, dificulta la conformación de una jurisprudencia propia, y que “por las propias características de ser tribunales *ad hoc* y no permanentes, el rol que cumplirá la jurisprudencia será menor y más acotado” que en el sistema europeo o andino con un órgano jurisdiccional permanente²⁵¹.

2. Estructura arbitral del TPR

El TPR está integrado por cinco árbitros. En virtud de lo establecido en los párrafos 1 y 2 del artículo 18 PO, cada Estado Parte del MERCOSUR designará a un árbitro y su suplente por un periodo de dos años, renovable por no más de dos periodos consecutivos.

El quinto árbitro es designado por un periodo de tres años no renovable, salvo acuerdo de las Partes y es elegido por las mismas por unanimidad, debiendo tener la

Tribunal Arbitral Permanente se debe a la onerosidad que deviene de ello. No sólo por lo que implica el tribunal en sí, sino por todo el aparato burocrático que se requiere para su funcionamiento con carácter estable.”

²⁵⁰ En este sentido véase PUCEIRO RIPOLL R., “Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”, *op. cit.*, pp. 626-627.

²⁵¹ LIPOVETZKY D. A., *Mercosul. Estratégias para a Integraçao. Mercado Comun o Zona de Livre Comercio? Análises e Perspectivas do Tratado de Assunçao*, Ed. LTR, Sao Paulo, 1994, pág. 257.

nacionalidad de algunas de esas Partes. Se reconoce a los Estados Partes un amplio margen para fijar los criterios que estimen más convenientes para la designación del quinto árbitro, siempre y cuando exista acuerdo entre ellos. No obstante, si no se consigue la unanimidad, parece que, según la doctrina, la única vía para resolver el asunto es recurrir al sorteo²⁵², pese a que el artículo 18 establece que “los Estados Partes, de común acuerdo, podrán definir otros criterios para la designación del quinto árbitro”. Es preciso destacar que el Protocolo Modificatorio del Protocolo de Olivos, aún no vigente, modifica el *status* del quinto árbitro, a quien se denomina en adelante “árbitro titular adicional”²⁵³ y prevé su inclusión o actuación en la “eventualidad de que el Tribunal Permanente de Revisión pase a estar integrado por un número par de árbitros titulares”²⁵⁴.

La presidencia del TPR es ejercida en forma rotativa conforme al orden alfabético de los Estados Partes y el quinto árbitro, durando cada presidencia un año. En el supuesto de imposibilidad para el ejercicio, la presidencia estará a cargo de quien suceda en el orden de rotación enunciado.

Los integrantes del TPR son de carácter permanente, convocables a cualquier momento que fuere²⁵⁵ y “una vez que aceptan su designación, deben estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se les convoque”²⁵⁶. Este mecanismo de reuniones *ad hoc*, fue duramente criticado dado que “además de ser contrario a la experiencia comparada, provoca innumerables inconvenientes, entre los principales, impide la formación de un espíritu de cuerpo jurisdiccional y de una doctrina judicial estable, la profesionalización y especialización del Tribunal y sus miembros, la consolidación interna y externa del órgano, su representatividad internacional y su percepción por parte de los demás tribunales nacionales e internacionales y en particular de los habitantes del MERCOSUR”²⁵⁷.

²⁵² Así lo plantea DREYZIN DE KLOR A. S., en “El Protocolo de Olivos”, *op. cit.*.

²⁵³ Artículo 1 párrafo 3 del Protocolo modificadorio del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, de 19 de enero de 2007.

²⁵⁴ Artículo 1 párrafo 3 del Protocolo modificadorio del Protocolo de Olivos, *op. cit.*.

²⁵⁵ Artículo 18 PO.

²⁵⁶ Artículo 19 PO.

²⁵⁷ PEROTTI A. D., *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, Konrad Adenauer Stiftung-Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, pág. 36, nota 24.

En cuanto a las calificaciones de los árbitros requeridas para integrar el TPR se exige, al igual que para los TAH y desde la aprobación del Protocolo de Brasilia, que los árbitros sean “juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de las controversias y tener conocimiento del conjunto normativo del MERCOSUR”²⁵⁸. A su vez, tendrán la obligación de observar la “necesaria imparcialidad e independencia funcional de la Administración Pública de los Estados Partes y no tener intereses de índole alguna en las controversias”²⁵⁹.

3. Estructura judicial del Proyecto de Norma 02/2010 de CJM

El proyecto Norma 02/2010 prevé cambios sustanciales y entre las innovaciones introducidas se destaca ante todo el carácter judicial de la Corte²⁶⁰. En este sentido, la novedad más llamativa es el cambio terminológico de la institución “Tribunal

²⁵⁸ Artículo 35 párrafo 1 PO. Según nos informa Jorge Pérez Otermin, respecto de las calificaciones de los árbitros “dos condiciones fueron intensamente discutidas, llegándose a la redacción final del artículo 35 en la última reunión. Una, la de establecer expresamente que podrían ser funcionarios gubernamentales de los Estados partes. Otra, la de exigir que fueran simplemente expertos, sin necesidad de su carácter de juristas”. Respecto la segunda condición, “quienes sostenían la posición de requerir que fueran simplemente expertos, argumentaban que de esta manera no se cerraba las puertas a quienes, sin revestir la calidad de juristas, tuvieran conocimiento y experiencia tales en los temas materia de posibles controversias, que sin lugar a dudas los haría capaces de arbitrar con la misma o mayor solvencia que un experto en Derecho”. Finalmente, la necesidad del carácter de juristas de los árbitros se sostuvo argumentando que “la controversia debe resolverse en base a Derecho, que el arbitraje es jurisdiccional, por lo cual debe ser un profesional del Derecho quien tenga las funciones de árbitro”. En definitiva, concluye Jorge Pérez Otermin “lo que estará en juego serán normas jurídicas, el Ordenamiento Jurídico del MERCOSUR, su derecho originario y su derecho derivado, motivo por lo cual es ínsito a la materia en discusión que sea un jurista el que toma resolución”. Por lo que se refiere a la posibilidad de incluir entre los juristas de reconocida competencia a funcionarios gubernamentales, se destacó que “el hecho de ser funcionario gubernamental permitiría designar a los técnicos que cumplieran funciones en la repartición correspondiente al tema y, por tanto, conocieran con más detalle la posición de su país”. Dicho argumento, sostiene el autor, “es el que más desvirtúa y atenta contra la esencia misma del arbitraje”, por cuanto “su actuación no sería imparcial, sino que cumpliría más bien la función de abogado de la posición de su país, quedando la decisión en manos del tercero árbitro”. (PÉREZ OTERMIN J., *El Mercado Común del Sur, op. cit.*).

²⁵⁹ Artículo 35 párrafo 2 PO.

²⁶⁰ DELUCA S., “Metodología para la selección de árbitros del Sistema de Controversias del Mercosur (AD HOC y TPR)”, en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A., ZELAIA GARAGARZA M., *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pág. 89.

Permanente de Revisión” y de sus integrantes “los árbitros”, que pasan a denominarse respectivamente “Corte de Justicia del MERCOSUR” y “jueces”.

Resumidamente, aparte el cambio terminológico, las novedades más significativas introducidas por el Proyecto respecto la estructura judicial planteada, son las siguientes: los jueces deberán ser nacionales de los Estados partes²⁶¹, gozarán de absoluta independencia en el ejercicio de sus funciones, debiéndose abstener de cualquier actuación incompatible con el cargo y la independencia que éste impone²⁶². Se designará un titular y un suplente para cada uno de los Estados Partes²⁶³ por un periodo de seis años renovables²⁶⁴; pudiéndose modificar el número de jueces a propuesta de la misma Corte con participación del Parlamento del MERCOSUR²⁶⁵.

Los Tribunales Supremos de cada Estado Parte elaborarán, para cada cargo de juez, una terna de candidatos de la cual en forma plenaria y por mayoría simple elegirán un candidato nacional de cada Estado Parte y su respectivo suplente²⁶⁶. En cuanto a las calificaciones para acceder al cargo, se establece que los jueces deberán gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones de las más altas funciones jurisdiccionales en su país²⁶⁷. Finalmente, este proyecto también prevé un mecanismo específico para proceder a la remoción de los jueces²⁶⁸.

²⁶¹ Artículo 2.1 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, Protocolo constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR.

²⁶² Artículo 3 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

²⁶³ Artículo 2.1 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

²⁶⁴ Artículo 6 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

²⁶⁵ Artículo 2.2 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

²⁶⁶ Artículo 5 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

²⁶⁷ Artículo 4 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

²⁶⁸ Artículo 8 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

III. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

UNASUREÑO AUN INDEFINIDO

Con la adopción del Tratado de Brasilia, en fecha 23 de mayo de 2008, los doce países de la región que componen la UNASUR se han dotado de un importante instrumento para materializar un proceso de regionalización ambicioso y hacer frente a sus desafíos: fortalecer el diálogo político para trascender la polarización ideológica, traer prosperidad para el continente, especialmente para los países más pobres, consolidar la paz y construir una organización regional eficiente, en una región donde predominan las instituciones nacionales frágiles. Tanto la elaboración como la calificación jurídica del Tratado de Brasilia dieron lugar a debates doctrinales que merecen ser comentados; a su vez, habida cuenta la ausencia de un mecanismo de resolución de conflictos satisfactorio, un Centro de solución de controversias está actualmente en fase de negociación entre los Estados miembros por lo que nos hallamos ante un procedimiento aún por definir (§1). Sin embargo algunos elementos nos permiten ya vislumbrar la naturaleza y las principales características del sistema que con probabilidad se prevé instaurar (§2).

§1. ORIGEN Y NATURALEZA DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS LA UNASUR

1. La original apuesta intergubernamental del sistema unasureño

Tras años de intensas negociaciones, los Estados miembros de la UNASUR acabaron estableciendo un flexible y original diseño institucional de índole claramente intergubernamental cuyo eje principal se caracteriza por la convergencia de los dos procesos de integración ya existentes en el continente: la CAN y el MERCOSUR.

1.1. El marco institucional unasureño establece un sistema intergubernamental...

De la lectura del Tratado se desprende ante todo los ambiciosos objetivos del mismo, distinguiendo los objetivos generales de los objetivos específicos. Así, el objetivo general contenido en el artículo 2 Tratado Constitutivo expresa:

“La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados”.

Y, en el artículo 3, se enuncian los numerosos y vastos objetivos específicos:

- “a)- el fortalecimiento del diálogo político¹⁶ entre los Estados Miembros que asegure un espacio de concertación para reforzar la integración suramericana y la participación de UNASUR en el escenario internacional;
- b)- el desarrollo social y humano con equidad e inclusión para erradicar la pobreza y superar las desigualdades en la región;
- c)- la erradicación del analfabetismo, el acceso universal a una educación de calidad y el reconocimiento regional de estudios y títulos;
- d)- la integración energética para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región;
- e)- el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables;
- f)- la integración financiera mediante la adopción de mecanismos compatibles con las políticas económicas y fiscales de los Estados Miembros;
- g)- la protección de la biodiversidad, los recursos hídricos y los ecosistemas, así como la cooperación en la prevención de las catástrofes y en la lucha contra las causas y los efectos del cambio climático;
- h)- el desarrollo de mecanismos concretos y efectivos para la superación de las asimetrías, logrando así una integración equitativa;
- i)- la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana;
- j)- el acceso universal a la seguridad social y a los servicios de salud;
- k)- la cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas;
- l)- la cooperación económica y comercial para lograr el avance y la consolidación de un proceso innovador, dinámico, transparente, equitativo y equilibrado, que contemple un acceso efectivo, promoviendo el crecimiento y el desarrollo económico que supere las asimetrías mediante la complementación de las economías de los países de América del

Sur, así como la promoción del bienestar de todos los sectores de la población y la reducción de la pobreza;

m)- la integración industrial y productiva, con especial atención en las pequeñas y medianas empresas, las cooperativas, las redes y otras formas de organización productiva;

n)- la definición e implementación de políticas y proyectos comunes o complementarios de investigación, innovación, transferencia y producción tecnológica, con miras a incrementar la capacidad, la sustentabilidad y el desarrollo científico y tecnológico propios;

o)- la promoción de la diversidad cultural y de las expresiones de la memoria y de los conocimientos y saberes de los pueblos de la región, para el fortalecimiento de sus identidades;

p)- la participación ciudadana a través de mecanismos de interacción y diálogo entre UNASUR y los diversos actores sociales en la formulación de políticas de integración suramericana;

q)- la coordinación entre los organismos especializados de los Estados Miembros, teniendo en cuenta las normas internacionales, para fortalecer la lucha contra el terrorismo, la corrupción, el problema mundial de las drogas, la trata de personas, el tráfico de armas pequeñas y ligeras, el crimen organizado transnacional y otras amenazas, así como para el desarme, la no proliferación de armas nucleares y de destrucción masiva, y el desminado;

r)- la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados Miembros de UNASUR;

s)- el intercambio de información y de experiencias en materia de defensa;

t)- la cooperación para el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, y

u)- la cooperación sectorial como un mecanismo de profundización de la integración suramericana, mediante el intercambio de información, experiencias y capacitación”.

Tal como lo adelantábamos, los objetivos de UNASUR son amplios, sin embargo, estos objetivos (el general y los específicos) “tan extensos, dilatados, difusos, no establecen metas concretas a alcanzar en plazo determinado, como suelen hacerlo otros

tratados de procesos de integración. Más aún, no se observan objetivos funcionales concretos, por lo que no cabe siquiera considerar al TU tratado marco de un proceso de integración”²⁶⁹. En definitiva, nos encontramos ante “un mero tratado de cooperación con perfil predominantemente declarativo”²⁷⁰.

Más adelante, en el artículo 11 se establece que las fuentes jurídicas de UNASUR son:

1. El Tratado Constitutivo de UNASUR y los demás instrumentos adicionales;
2. Los acuerdos que celebren los Estados miembros de UNASUR sobre la base de los instrumentos mencionados en el punto precedente;
3. Las decisiones del Consejo de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno;
4. Las resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; y
5. Las disposiciones del Consejo de Delegadas y Delegados.

Y, respecto a la aprobación de la normativa derivada de la UNASUR, el artículo 12 establece de manera clara la obligación de adoptar la normatividad por “consenso”. De esta forma, todos los Estados Miembros tienen la seguridad de que se les tendrá en cuenta a la hora de decidir y que ninguna decisión se podrá tomar en contra de uno de ellos, lo cual se podría considerar como una ventaja frente a los Estados con menor poderío económico y demográfico de la región. En otras palabras, la aprobación por consenso es la garantía que tienen todos los Estados Suramericanos de incidir en el proceso de integración, es el “cemento que une a todos los integrantes de UNASUR”²⁷¹. Sin embargo, la opción del consenso también permite a un Estado bloquear la toma de decisiones si decide oponerse a los acuerdos de la mayoría, por lo que esta posibilidad de veto no deja de ser un escollo importante que podría paralizar la profundización del proceso de integración.

²⁶⁹ DRNAS DE CLÉMENT Z., “El sistema de solución de controversias de UNASUR y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso”, *Anuario del CIJS*, Vol. XI, 2008, pp. 337-350.

²⁷⁰ DRNAS DE CLÉMENT Z., “El sistema de solución de controversias de UNASUR y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso”, *op. cit.*

²⁷¹ SOLÓN P., “Reflexiones a mano alzada sobre el tratado de UNASUR”, *La Construcción de la Integración Suramericana*, Revista de la Integración N°2, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, Julio 2008, pp. 12-18.

Es más, los órganos con capacidad de adoptar las normas, “no son sustancialmente tales ya que toda relación internacional sin sistema institucional preestablecido se lleva adelante a través de los Jefes de Estado o Gobierno, de los Ministros de Relaciones Exteriores o delgados de esos funcionarios”²⁷², lo cual corrobora la apuesta intergubernamental del marco normativo.

Por otra parte, en el párrafo final del mencionado artículo se aparta de manera directa el elemento supranacional disponiendo que

“los actos normativos emanados de los órganos de la UNASUR, serán obligatorios para los Estados miembros, una vez que hayan sido incorporados en el ordenamiento jurídico de cada uno de ellos, de acuerdo a sus respectivos procedimientos internos.”

Es preciso destacar que este procedimiento de incorporación se acerca más al sistema de incorporación normativo establecido en el MERCOSUR que al empleado para la normativa andina.

Además de la obligatoriedad del consenso en la toma de decisiones, el artículo 13 enuncia otras características relevante del tratado disponiendo que

“(…) Aprobada una propuesta por la instancia máxima de UNASUR, tres o más Estados Miembros podrán iniciar su desarrollo, siempre y cuando se asegure, tanto la posibilidad de incorporación de otros Estados Miembros, como la información periódica de su avance al Consejo de Delegadas y Delegados (...).

(...) Cualquier Estado Miembro podrá eximirse de aplicar total o parcialmente una política aprobada, sea por tiempo definido o indefinido, sin que ello impida su posterior incorporación total o parcial a la misma.”

De modo que, si bien toda decisión se toma por consenso con la participación de todos los Estados Miembros, la implementación de dichas decisiones en los

²⁷² DRNAS DE CLÉMENT Z., “El sistema de solución de controversias de UNASUR y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso”, *op. cit.*

ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros puede ser gradual y flexible. De esta forma, “un Estado Miembro no está en la obligación de aplicar de forma inmediata, o a la misma velocidad, todos los acuerdos, pero sí debe acordar con la existencia de dichas “políticas, instituciones, organizaciones o programas” para que éstos puedan ser considerados como iniciativas de UNASUR”²⁷³. Esta fórmula permite una aplicación gradual y flexible en el marco de un procedimiento de aprobación por consenso y reafirma claramente el carácter intergubernamental del tratado fundacional.

En definitiva, los objetivos de UNASUR, son amplios, si bien, expresamente, privilegian el diálogo político tal y como lo subraya el artículo 14. En este contexto ¿puede esta estructura institucional ser eficaz para acometer sus ambiciosos objetivos? Para parte de la doctrina la acusada intergubernamentalidad de la UNASUR difícilmente permitirá cumplir con sus objetivos²⁷⁴. Para la consecución de estos objetivos, este proceso de integración deberá cambiar de paradigma y pasar de un proceso centrado en el paradigma intergubernamental hacia el supranacionalismo. De hecho, inicialmente se planteó un cierto grado de supranacionalidad, sin embargo dicha propuesta no obtuvo el consenso necesario precisamente porque significaba trasladar a un ente supranacional la capacidad de decisión que actualmente está en manos de cada uno de los Estados Miembros²⁷⁵. La propuesta inicial de Tratado Constitutivo de UNASUR redactada por Rodrigo Borja²⁷⁶, y más específicamente su artículo 2, no encontró asidero en los Estados Miembros porque planteaba que:

“La autoridad y competencias de UNASUR están dadas por la voluntad soberana de los Estados Miembros que, a cambio de las ventajas económicas, políticas y geopolíticas que la supeditación a un orden comunitario les puede ofrecer, acuerdan autolimitar algunas de

²⁷³ SOLÓN P., “Reflexiones a mano alzada sobre el tratado de UNASUR”, *op. cit.*.

²⁷⁴ Para un amplio estudio sobre las posibles perspectivas de la UNASUR cabe mencionar CIENFUEGOS MATEO M., “¿Es la Unión de Naciones Suramericanas un proyecto viable?”, en DRNAS DE CLÉMENT Z. (Coordinadora) y HUMMER W. (Editor), *MERCOSUR y UNIÓN EUROPEA*, Lerner Editorial SRL, Córdoba, República Argentina, 2008, pp. 101-137.

²⁷⁵ Lo precisa SOLÓN P., “Reflexiones a mano alzada sobre el tratado de UNASUR”, *op. cit.*. Cabe destacar que Pablo Solón, fue secretario *pro tempore* de UNASUR durante la Presidencia *pro tempore* de Bolivia. Durante dicho periodo, de diciembre del 2006 hasta mayo del 2008, se negoció a lo largo de 12 reuniones del Consejo de Delegados el Tratado Constitutivo.

²⁷⁶ Rodrigo Borja fue presidente de Ecuador (1988-1992) y renunció, en fecha 22 de mayo de 2008, a la Secretaría General de la Unión de Naciones Sudamericanas por discrepar en torno al modelo de integración propuesto por los mandatarios de los 12 países de la región.

sus potestades soberanas y formar la Unión con órganos comunitarios de decisión y acción multinacionales.”

En un futuro será por tanto necesario avanzar hacia entidades supranacionales, ya que sin esta transformación es poco probable que la UNASUR tenga la capacidad para profundizar el proceso de integración. Pero en la actualidad los Estados Miembros han privilegiado la fórmula del acuerdo entre gobiernos donde todos están obligados a tomar en cuenta al otro para buscar un punto de encuentro.

Non obstante, a pesar de sus carencias y limitaciones, parte de la doctrina resaltó el logro que supone la firma de un tratado por todos los países miembros de Suramérica y esto por dos motivos. Ante todo, “se trata del primer Tratado Internacional negociado y firmado en conjunto por la totalidad de los países suramericanos. Nuestros países han firmado tratados bilaterales, subregionales como los andinos o los del Mercosur, o a una escala mayor el Tratado de Cooperación Amazónica; pero es la primera vez que un documento de esta naturaleza se negocia y firma por todos y recibe un nombre dedicado a Suramérica como conjunto”. Y en segundo lugar, es un Tratado que busca, por lo menos en los objetivos de largo plazo, un proceso de integración de toda la región, sin excluir la pertenencia futura de otros países latinoamericanos o caribeños²⁷⁷.

1.2. ...cuyo eje principal se caracteriza por la convergencia CAN-MERCOSUR

Desde el principio se ideó la construcción de este nuevo proceso de integración a partir de la convergencia institucional de la CAN y del MERCOSUR²⁷⁸. Esta idea de

²⁷⁷ En este sentido véase el análisis de CARDONA D., “El ABC de UNASUR: Doce preguntas y respuestas”, *op. cit.*, pp. 19-30.

²⁷⁸ En los términos siguientes lo expresa Freddy Ehlers, Secretario General de la CAN en el marco del foro Tribuna Iberoamericana: “CAN y MERCOSUR tienen la misma meta: la Unión Latinoamericana. El Barco navega con vientos cruzados, pero llegará a ese puerto”, en EHLERS F., “CAN y MERCOSUR tienen la misma meta: la Unión Latinoamericana”, en CasAmérica, 11/05/07. www.casamerica.es. Y Rita Marcela Gajate no dice otra cosa cuando escribe: “La construcción del nuevo proceso de integración ha

alcanzar la integración suramericana mediante la convergencia de los dos procesos suramericanos ya existentes, nos parece ser la opción más sensata e incluso más lógica, y, en cierto modo, también nos recuerda por su pragmatismo el llamado “método Schuman” que tanto éxito le ha proporcionado a la construcción europea. Sin embargo, como lo resaltamos en el capítulo anterior, consideramos que este planteamiento también supone una novedad absoluta y sin equivalente dentro todas las integraciones regionales experimentadas hasta entonces y por consiguiente plantea un desafío radicalmente diferente.

Ya, en la Declaración de Cusco de diciembre del 2004, primer antecedente de la Unión de Naciones Suramericanas, se exponía que:

“El espacio sudamericano integrado se desarrollará y perfeccionará impulsando (...) *la profundización de la convergencia entre MERCOSUR, la Comunidad Andina y Chile* a través del perfeccionamiento de la Zona de Libre Comercio, apoyándose en lo pertinente en la Resolución 59 del XIII Consejo de Ministros de la ALADI del 18 de octubre de 2004, y su evolución a fases superiores de la integración económica, social e institucional.”²⁷⁹

Este primer proyecto de regionalización suramericana se basaba fundamentalmente en la convergencia comercial de la CAN y el MERCOSUR. Dos años más tarde, en la Declaración de Cochabamba, se ampliaron los objetivos de este proyecto en los siguientes términos:

“Este nuevo modelo de integración comprende el ámbito comercial y una articulación económica y productiva más amplia, así como nuevas formas de cooperación política, social y cultural, tanto públicas y privadas, como de otras formas de organización de la sociedad civil. Se trata de una integración innovadora que incluya todos *los logros y lo avanzado por los procesos del MERCOSUR y la CAN, así como la experiencia de Chile,*

de concretarse a partir de la convergencia institucional de la CAN y del MERCOSUR” (GAJATE R. M., “Hacia la construcción de la UNASUL. Institucionalidad y convergencia”, en DRNAS DE CLÉMENT Z. (Coordinadora) y HUMMER W. (Editor), *MERCOSUR y UNIÓN EUROPEA*, Lerner Editorial SRL, Córdoba, República Argentina, 2008, pp. 139-159).

²⁷⁹ Declaración de Cusco. III Cumbre Presidencial Suramericana. 8 de diciembre de 2004. Texto Oficial, www.comunidadandina.org. El resalto nos pertenece.

Guyana y Surinam, yendo más allá de la convergencia de los mismos. El objetivo último de este proceso de integración es y será favorecer un desarrollo más equitativo, armónico e integral de América del Sur.”²⁸⁰

Observamos que en la Declaración de Cochabamba se planteó un modelo de integración más amplio que incluya, más allá de la dimensión comercial, los ámbitos políticos, sociales, ambientales, culturales y económicos y que abarque todas las áreas donde los Estados puedan asumir acuerdos concretos a nivel de la energía, la infraestructura, las finanzas, las políticas sociales, la educación, etc. No se descarta ni se relativiza la importancia de la integración comercial, pero la idea es canalizar la dimensión comercial a través el MERCOSUR y la CAN, con la plena participación de Chile, Guyana y Surinam, “porque es aquí donde mayores complejidades existen debido al patrimonio acumulado por cada uno de estos dos procesos de integración subregional, y por los diferentes enfoques en la región, en torno a los acuerdos comerciales en general y a los tratados de libre comercio en particular”²⁸¹.

Asimismo, a la lectura de los documentos fundacionales, se menciona en reiteradas ocasiones el término “convergencia” relacionando aspectos muy diversos: intereses políticos, económicos, sociales, culturales y de seguridad; profundización de las relaciones entre MERCOSUR, CAN y Chile con el objeto de lograr una Zona de Libre Comercio; avance progresivo de una institucionalidad que evite duplicación de esfuerzos y la promoción de crecimiento económico y reducción de asimetrías²⁸². Dada la multiplicidad de áreas a converger, cabe preguntarse acerca del concepto planteado. Parece ser que “la palabra convergencia fue una de las palabras más debatidas y controvertidas a lo largo de todo el proceso de construcción del Tratado Constitutivo de UNASUR y quedó encorchetada casi hasta el final. Para algunas delegaciones la simple mención de la palabra convergencia de la CAN y el MERCOSUR significaba plantear un esquema de integración basado en la liberalización comercial; para otras delegaciones era fundamental destacar la convergencia para recoger el patrimonio

²⁸⁰ Declaración de Cochabamba. Colocando la Piedra Fundamental para una Unión Sudamericana. 9 de diciembre de 2006. Texto Oficial. 1. Un nuevo modelo de integración para el Siglo XXI. El resalto nos pertenece.

²⁸¹ SOLÓN P., “Reflexiones a mano alzada sobre el tratado de UNASUR”, *op. cit.*.

²⁸² GAJATE R. M., en “Hacia la construcción de la UNASUL. Institucionalidad y convergencia”, *op. cit.*.

común de estos dos procesos de integración subregional y no volver a empezar de cero”²⁸³.

Finalmente, la redacción definitiva del séptimo párrafo preambular del Tratado Constitutivo de UNASUR, establece que los doce Estados signatarios

“ENTIENDEN que la integración suramericana debe ser alcanzada a través de un proceso innovador, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos de MERCOSUR y la CAN, así como la experiencia de Chile, Guyana y Suriname, yendo más allá de la convergencia de los mismos”.

2. Naturaleza del sistema de controversias

De momento, el sistema de solución de controversias unasureño se limita a un mecanismo de índole *diplomático* lo cual resulta insuficiente habida cuenta las ambiciones declaradas del proceso. Así, conscientes de que la determinación de la forma en que se deben resolver los conflictos constituye un elemento imprescindible en la articulación institucional de un mercado común y en la consolidación de los procesos de integración, los Estados Partes han emprendido la elaboración de un Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones aún pendiente de su aprobación definitiva.

²⁸³ Lo comenta SOLÓN P., “Reflexiones a mano alzada sobre el tratado de UNASUR”, *op. cit.*.

2.1. Un sistema *diplomático* de solución de controversias

En el artículo 21 del Tratado Constitutivo de UNASUR, se establece el mecanismo de Solución de Diferencias adoptado, en los siguientes términos:

“Las diferencias que pudieren surgir entre Estados Partes respecto a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Tratado Constitutivo serán resueltas mediante negociaciones directas.

En caso de no lograr una solución mediante la negociación directa, dichos Estados Miembros someterán la diferencia a consideración del Consejo de Delegadas y Delegados, el cual, dentro de los 60 días de su recepción, formulará las recomendaciones pertinentes para la solución de la misma.

En caso de no alcanzarse una solución ésta instancia elevará la diferencia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, para su consideración en su próxima reunión.”

De la lectura y análisis de este artículo, es destacable y sorprendente que se no haga mención a un mecanismo jurisdiccional y, por tanto, que la clave de los arreglos de controversias no esté en el plano jurídico sino más bien en el plano político o *diplomático*²⁸⁴.

El procedimiento planteado por el tratado prevé 3 etapas. En primer lugar, este mecanismo privilegia las negociaciones directas entre las partes. Este método presenta las ventajas de ser rápido y directo, pero si una parte bloquea la negociación, ésta queda anulada. Si falla la primera etapa, el Consejo de Delegados emite recomendaciones en 60 días. Entendemos que esta instancia no es vinculante puesto que se limita a recomendar soluciones. Finalmente, si las 2 etapas anteriores fracasan se eleva el

²⁸⁴ DE OLIVEIRA MAZZUOLI V., “Por un Tribunal de Justicia para UNASUR: la necesidad de una Corte de Justicia para América del Sur sobre los paradigmas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Corte Centroamericana de Justicia”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 2, N° 4, Agosto 2014, pp. 189-217.

conflicto al consejo de Cancilleres que lo considerará en una reunión posterior. Esta última instancia no especifica ningún sistema y se atiende solamente a una reunión ulterior de Ministros.

Cabe resaltar que el Consejo de delegados o el Consejo de cancilleres toman decisiones o recomendaciones solo por el mecanismo del consenso. Esto implica que la voluntad de las partes permite encontrar soluciones políticas pero al mismo tiempo puede trabar los acuerdos por consenso y a lo largo del tiempo puede bloquear algunos procesos.

Pues, si observamos los diferentes sistemas de solución de controversias en las zonas de Integración a nivel mundial y si consideramos el método de Diálogo político y el mecanismo de “Solución de Diferencias” expresado en el artículo 21, podemos decir sin la menor duda que la UNASUR se ha dotado del mecanismo más débil y menos desarrollado de los sistemas posibles. Los esquemas que desarrollaron un modelo con un sistema jurídico y que diseñaron un Tribunal de Justicia especial para encontrar soluciones a sus controversias como por ejemplo la Unión Europea y la CAN, son los que denotan un grado mayor de desarrollo en el sistema y que lograron un mayor avance en la creación de una arquitectura jurídica común. En ese sentido se puede considerar que la UNASUR está entre los menos avanzados por no tener un Tribunal de Justicia o un sistema de Arbitraje. Para algunos autores “no hubo consenso para idear un mecanismo semejante al existente en Europa o en la CAN, seguramente por la importancia que algunos prefieren otorgar a lo inter-gubernamental y a las soberanías nacionales”²⁸⁵.

Sin embargo, una parte minoritaria de la doctrina resalta la coherencia del sistema de solución de controversias de UNASUR con el modelo de integración de ese proceso y concluye que “el sistema de solución de controversias establecido por el TU es el único adecuado a esa voluntad y dinámica políticas y al estadio por el que transitan el

²⁸⁵ Véase por ejemplo CARDONA D., “El ABC de UNASUR: Doce preguntas y respuestas”, *op. cit.*, pág. 27.

diálogo político y las convergencias”²⁸⁶. En la etapa actual de crecimiento de este esquema de integración, el sistema “colegiado” de intervención y reacción de los Presidentes de cada país puede dar resultados muy rápidos.

En cambio, muchas son las voces que, consideran al contrario que la ausencia de un mecanismo jurisdiccional de solución de diferencias, “constituye un elemento de debilidad del esquema propuesto”²⁸⁷, “un claro retroceso en el proceso de integración subregional”²⁸⁸ y que, para poder alcanzar los propósitos instituidos por el Tratado fundacional, es “acuciante que la UNASUR sea dotada de un Tribunal de Justicia con competencia para controlar la convencionalidad de su convenio constitutivo y de los demás tratados respectivos aceptados por los Estados miembros”²⁸⁹.

2.2. Creación de un Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones

En la Declaración de Nueva Esparta, firmada en fecha 3 de octubre de 2008, tras la celebración de la III Cumbre de la UNASUR en Venezuela, los presidentes de los poderes judiciales de los Estados miembros expresaron

“la necesidad de que exista algún mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que responda a los principios y valores de nuestra región, ponderando los intereses comunes de nuestros países.”²⁹⁰

²⁸⁶ Desde esta original e interesante perspectiva mencionemos DRNAS DE CLÉMENT Z., “El sistema de solución de controversias de UNASUR y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso”, *Anuario del CIJS*, Vol. XI, pp. 337-350, 2008.

²⁸⁷ Véase por ejemplo CARDONA D., “El ABC de UNASUR: Doce preguntas y respuestas”, *op. cit.*, pág. 27.

²⁸⁸ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, *op. cit.*, pág. 21.

²⁸⁹ DE OLIVEIRA MAZZUOLI V., “Por un Tribunal de Justicia para UNASUR: la necesidad de una Corte de Justicia para América del Sur sobre los paradigmas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Corte Centroamericana de Justicia”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 2, N° 4, Agosto 2014, pp. 189-217.

²⁹⁰ Declaración de Nueva Esparta, Venezuela, 3 de octubre de 2008.

Especialmente, países como Bolivia, Ecuador y Venezuela, demostraron un profundo interés en la creación de un centro de resolución de controversias dentro de la UNASUR²⁹¹.

Posteriormente, durante la 39ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, que tuvo lugar en junio de 2009, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador, Fander Falconí, propuso que UNASUR crease un centro de arbitraje alternativo al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante CIADI)²⁹². Y, en fecha 26 de noviembre de 2010, en Guyana, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de UNASUR decidieron de manera unánime que Ecuador debía presidir un grupo de trabajo encargado de elaborar una propuesta de mecanismo sobre solución de controversias e inversiones: el Grupo de Trabajo de Expertos de Alto Nivel de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de la UNASUR. En la misma reunión, Ecuador presentó un proyecto de reglamentación del centro arbitral que fue aprobada por los jefes de Estado.

Las características más importantes de la propuesta ecuatoriana respecto la creación de un centro arbitral en UNASUR se encuentra contenida en tres documentos: el Reglamento de funcionamiento del Centro de Solución de Controversias de UNASUR, el Código de Conducta para los miembros de los procesos de manejo de

²⁹¹ MORENO-PAREDES E. A., “El Arbitraje de Inversiones en América del Sur: Propuesta de creación de un Centro alternativo de arbitraje dentro de la estructura internacional de la Unión de Naciones Suramericanas”, *Inter-American Law Review*, 42, pp. 175-195. Precisa la autora que mediante Sentencia N°1541/08 de fecha 17 de octubre de 2008 de la Sala Constitucional, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela manifestó “la importancia y la necesidad de fortalecer los medios alternativos de resolución de conflictos, no sólo a nivel interno sino en el ámbito internacional.”

²⁹² El CIADI es una institución del Grupo del Banco Mundial, constituido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (también llamado Convenio de Washington) que entró en vigor en 1966. Se creó para dotar a la comunidad internacional con una herramienta capaz de promover y brindar seguridad jurídica a los flujos de inversión internacionales. Resumidamente, entre sus funciones se establece que el Centro facilitará la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de Otros Estados Contratantes, a un procedimiento de conciliación y arbitraje. Adicionalmente, el CIADI realiza estudios académicos sobre legislación de arbitraje y elabora publicaciones sobre el arreglo de diferencias respecto de las inversiones internacionales. El CIADI ha sido fuertemente criticado por diversas organizaciones que consideran que su posición tiende a beneficiar a las empresas transnacionales, y por ello, países como Bolivia (en el año 2007), Ecuador (en 2009) y Venezuela (en 2012) han tomado la decisión de denunciar el convenio constitutivo y retirarse del organismo.

conflictos y tribunales arbitrales del centro de arbitraje de UNASUR y la creación del Centro de Asesoría Legal en Materia de Inversiones de UNASUR.

De acuerdo con el reglamento propuesto, a continuación exponemos las principales características de la propuesta de Ecuador²⁹³. En primer lugar, el centro arbitral tendría competencia para resolver diferencias entre Estados, y entre inversores y el Estado receptor si se encontrara contemplado en disposiciones contractuales o en un instrumento internacional. Por lo que la jurisdicción del centro excluiría las disputas que involucran temas de salud, impuestos y energía, entre otros, a menos que se establezca lo contrario en tratados o en los contratos pertinentes. Además, bajo ninguna circunstancia el tribunal arbitral tendría jurisdicción para resolver diferencias que conciernan a la legitimidad de las leyes internas (ni de sus efectos económicos) de los países miembros de UNASUR. Pese a que la jurisdicción del centro de arbitraje propuesto para UNASUR no solo se limitaría a las diferencias relativas a inversiones, la estipulación mencionada anteriormente reduciría considerablemente su ámbito de aplicación. Asimismo, los países miembros podrían requerir, como una precondition para el arbitraje, el agotamiento de todos los recursos administrativos y judiciales a nivel local.

Así, en fecha 31 de mayo de 2011, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador, Ricardo Patiño, inauguró la primera reunión un grupo de trabajo de solución de controversias también llamado “Grupo de Trabajo de Expertos de Alto Nivel de Solución de Controversias en Materia de Inversiones”, cuyo propósito es discutir y aprobar la resolución para crear el Centro de Solución de Controversias. Durante el encuentro, el canciller Ricardo Patiño indicó que “por razones como los fallos contradictorios, la gran complejidad de la litigación así como los altísimos costos procesales que demandan dichas controversias, es necesario tener un Sistema de Solución de Controversias en la región” y reiteró que “la idea es ir creando una

²⁹³ Véase FIEZZONI S. K., “The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration”, *Beijing Law Review*, 2(3), pp. 134–144, 2011; FIEZZONI S. K., “Centro de Arbitraje de UNASUR: las principales características de la propuesta de Ecuador”, *Investment Treaty News*, 2, pp. 6-7, 2012; y FACH GÓMEZ, K., “Are there “regional” approaches to international disputes resolutions?”, *Proceedings of the Annual Meeting – American Society of International Law*, 105, pp. 447-449, 2011.

institucionalidad jurídica en UNASUR, no solamente relacionada a la integración económica, social y política, que permita arreglar controversias entre estados y entre un Estado y una persona jurídica”.

En la actualidad, este Grupo de Trabajo sigue consolidando los lineamientos jurídicos y políticos del proyecto de “Acuerdo Constitutivo del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR” que contempla las normas aplicables para el Centro de Solución de Controversias. Sin embargo, tras más de 7 años de continuas reuniones, los Estados Miembros aún no han logrado llegar a un consenso sobre dicho Acuerdo Constitutivo aunque parece que se ha alcanzado un acuerdo respecto de aproximadamente un 80 por ciento del contenido del borrador de Acuerdo Constitutivo. En consecuencia, se supone que dicho Acuerdo Constitutivo está casi concluido y este nuevo organismo debería comenzar pronto a dar sus primeros pasos, no obstante la incertidumbre en torno a su aprobación definitiva nos obliga a cierta cautela al respecto.

§2. RASGOS GENERALES DEL FUTURO CENTRO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES

*1. Aspectos relevantes del actual borrador de Acuerdo Constitutivo*²⁹⁴

El borrador de Acuerdo Constitutivo se compone de un preámbulo y de 41 artículos, divididos en seis títulos. A continuación desgranaremos los aspectos más relevantes de este texto.

1.1. Disposiciones Generales

De conformidad con el título II, “Disposiciones Generales sobre el Centro”, el Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR será una instancia personalidad jurídica internacional de actuación independiente e imparcial²⁹⁵, competente para dirimir controversias que surjan entre

- a) Estados Miembros de UNASUR;
- b) un Estado Miembro de UNASUR y un nacional de otro Estado Miembro de UNASUR;
- c) un Estado Miembro de UNASUR y un Estado no miembro UNASUR;
- d) un Estado no Miembro UNASUR y un nacional de otro Estado de UNASUR;
- e) y un Estado Miembro de UNASUR y un nacional de otro Estado no miembro UNASUR.²⁹⁶

²⁹⁴ Quisiera aprovechar la ocasión para manifestar mi especial agradecimiento a María Gabriela Sarmiento que tuvo la amabilidad de remitirme el borrador de Acuerdo Constitutivo. Asimismo precisar que le debemos una traducción en inglés de este texto que puede hallarse en SARMIENTO M. G., *The 2014 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR* (December 14, 2015). Extraído de: <https://ssrn.com/abstract=2703651>.

²⁹⁵ Artículo 4 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

²⁹⁶ Artículo 5 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

Algunos aspectos merecen especial atención: el extenso artículo 3 propone definiciones muy técnicas sobre de una serie de conceptos claves como “Estado Miembro”, “Nacional de otro Estado”, “Partes”, “controversia” y “situación”. Por otra parte, cuando se suscite una controversia entre los Estados, el Acuerdo insiste en priorizar y potenciar el recurso a las consultas y negociaciones por la vía diplomática para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria²⁹⁷.

Asimismo, el Centro está conformado por dos órganos: el Consejo Directivo²⁹⁸ y la Secretaría²⁹⁹. Las funciones del Consejo Directivo son de índole administrativa³⁰⁰ y sus decisiones serán adoptadas por consenso³⁰¹. En cuanto al Secretario, bajo la dirección y supervisión del Consejo³⁰², desempeñará la función de registrador, tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales y conferir copias certificadas de los mismos³⁰³.

Por último, el Centro gozará de una serie de inmunidades y privilegios³⁰⁴ y de fuentes de financiamiento propias (contribuciones anuales de los Estados Miembros, las donaciones de Estados, organizaciones internacionales o entes privados etcétera)³⁰⁵, sin embargo, el país que albergará su sede aún no ha sido consensuada por los Estados miembros.

1.2. Procedimiento

²⁹⁷ Artículo 5 apartados 10 y 12 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

²⁹⁸ Artículo 8 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

²⁹⁹ Artículo 9 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³⁰⁰ Artículo 8 apartado 3 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³⁰¹ Artículo 8 apartado 5 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³⁰² Artículo 9 apartado 1 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³⁰³ Artículo 9 apartado 4 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³⁰⁴ Artículo 11 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³⁰⁵ Artículo 12 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

El sistema de solución de controversias instaurado por el Acuerdo se estructura en base a tres fases que son la facilitación, la conciliación y el arbitraje³⁰⁶. Es preciso resaltar que el sometimiento de una controversia a la jurisdicción del Centro es excluyente de cualquier otra jurisdicción nacional o internacional³⁰⁷, sin embargo no impide que se pueda llevar a cabo en paralelo una solución negociada mutuamente satisfactoria³⁰⁸. En consecuencia frente a las controversias surgidas, impera la idea de dar prioridad a la vía diplomática de la negociación y, por tanto, la conciliación y el arbitraje han de ser los últimos recursos.

Resumidamente, la facilitación constituye un mecanismo facultativo de carácter preventivo en materia de opiniones técnicas³⁰⁹, precisando que la opinión técnica tendrá como objeto comprobar y aclarar hechos que las partes consideren que deben ser abordados de manera especializada y no tendrá carácter vinculante³¹⁰.

La conciliación es un mecanismo en el que una tercera parte, en este caso un conciliador único o una Comisión de Conciliación conformada por un número impar de conciliadores³¹¹, “dilucidan los puntos controvertidos por las partes y se esfuerzan por lograr la avenencia entre ellas”³¹². La conciliación puede tener lugar antes o después de iniciarse el arbitraje. En el caso de realizarse después de iniciarse el arbitraje, ello significaría la paralización de éste³¹³.

En cuanto al mecanismo de arbitraje, se inicia con la solicitud de la parte demandante de incoar este procedimiento³¹⁴. Una vez registrada la solicitud al

³⁰⁶ Artículo 13 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*

³⁰⁷ Artículo 5 apartado 13 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*

³⁰⁸ Artículo 5 apartado 14 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*

³⁰⁹ Artículo 14 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*

³¹⁰ Artículo 14 apartado 2 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*

³¹¹ Artículo 15 apartado 4 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*

³¹² FACH GÓMEZ K. y TITI C., “El Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR: Comentarios Sobre el Borrador de Acuerdo Constitutivo”, *Investment Treaty News*, Número 3, Tomo 7, Agosto 2016, pág. 4.

³¹³ Artículo 20 apartado 3 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*

³¹⁴ Artículo 18 apartado 1 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*

Secretario se procederá a la constitución de un Tribunal Arbitral³¹⁵, pero a su vez se planteará a las partes la posibilidad de acudir a la conciliación³¹⁶.

El laudo dictado por el Tribunal Arbitral será adoptado por mayoría de votos y podrán ser objetos de recursos de aclaración, revisión, anulación y apelación. Conviene destacar que la sección del Acuerdo correspondiente a los posibles recursos planteados contra el laudo arbitral resulta ser la más controvertida del Acuerdo debido a la falta de consenso de los Estados miembros³¹⁷.

Así, el recurso de aclaración se planteará en caso de divergencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo³¹⁸, el recurso de revisión cuando cualquiera de las partes descubra *ex post* un hecho que hubiera podido ser determinante en el laudo³¹⁹ y el recurso de anulación cuando:

- i) el Tribunal se hubiere constituido inválidamente;
- ii) el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- iii) hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- iv) hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- v) no se hubieren expresado en el laudo los motivos en los que se funde.³²⁰

Fueron resaltados por la doctrina los símiles de los motivos planteados por el Acuerdo con las causales y plazos del artículo 52 del Convenio CIADI³²¹ y sobre todo

³¹⁵ Artículo 18 apartado 4 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³¹⁶ Artículo 20 apartado 3 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³¹⁷ FACH GÓMEZ K. y TITI C., “El Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR: Comentarios Sobre el Borrador de Acuerdo Constitutivo”, *Investment Treaty News*, Número 3, Tomo 7, Agosto 2016, pág. 5.

³¹⁸ Artículo 28 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³¹⁹ Artículo 29 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³²⁰ Artículo 30 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³²¹ El artículo 52 del Convenio CIADI establece que:

“(1) Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia.

(2) La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fue descubierto el hecho y, en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

(3) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.

las divergencias entre los Estados miembros³²²: Brasil, Perú y Colombia defienden la remisión del recurso de anulación ante una Comisión *ad hoc*, en cambio Argentina, Ecuador, Paraguay y Venezuela están a favor de remitir dicho recurso a un Tribunal Permanente³²³.

Pero la gran novedad que introduce el Acuerdo, respecto del mecanismo de arbitraje de inversiones establecido por CIADI, radica en la posibilidad de recurrir en apelación el laudo arbitral³²⁴. De este modo, las partes podrían solicitar un recurso de apelación dentro de un plazo de 120 días si en el laudo se recoge “un error en la aplicación o interpretación de la ley aplicable a la controversia”³²⁵. Sin embargo, los países de la UNASUR no han conseguido alcanzar un consenso en torno a dicho recurso respecto el motivo³²⁶, pero principalmente respecto al procedimiento³²⁷. En efecto, observamos la misma discrepancia que surge para el recurso de anulación: Brasil, Perú y Colombia defienden la remisión del recurso de apelación ante una Comisión *ad hoc* de Apelación, mientras que Argentina, Ecuador, Paraguay y Venezuela están a favor de remitir dicho recurso a un Tribunal Permanente. En todo caso, la posibilidad de recurrir en segunda instancia, sea en anulación, sea en apelación, ante un Tribunal Permanente, significa que nos podríamos hallar ante un procedimiento muy parecido al procedimiento establecido en el MERCOSUR.

Finalmente, el laudo dictaminado por el Tribunal será definitivo y obligatorio para las partes y tendrá fuerza de sentencia judicial ejecutoriada³²⁸. A su vez, las partes tendrán que acatar y cumplir el laudo sin demora³²⁹ pero teniendo en cuenta las

(4) Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la revisión. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que el Tribunal decida sobre dicha petición.”

³²² FACH GÓMEZ K. y TITI C., “El Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR: Comentarios Sobre el Borrador de Acuerdo Constitutivo”, *op. cit.*, pág. 5.

³²³ Artículo 30 apartado 3 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³²⁴ Artículo 31 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³²⁵ Artículo 31 apartado 1 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³²⁶ Argentina, Paraguay y Venezuela defienden el recurso de anulación en caso de “un error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de una prueba determinante en el laudo”.

³²⁷ Brasil, Perú y Colombia defienden la remisión del recurso de anulación ante una Comisión *ad hoc*, en cambio Argentina, Ecuador, Paraguay y Venezuela están a favor de remitir dicho recurso a un Tribunal Permanente.

³²⁸ Artículo 33 apartado 1 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³²⁹ Artículo 33 apartado 2 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

solicitudes, los recursos o las posibles suspensiones³³⁰. El Estado demandado dispondrá de un plazo de 120 días para cumplir el laudo y transcurrido dicho plazo, la parte interesada podrá iniciar el reconocimiento y ejecución de éste de conformidad con lo establecido en la legislación procesal del Estado³³¹ y con arreglo a los acuerdos internacionales que estén en vigor en dicho Estado³³².

1.3. Órganos competentes

Si bien la figura del Tribunal Arbitral ha sido consensuada por los Estados miembros, la discrepancia en torno al órgano de segunda instancia sigue vigente y el desacuerdo radica en torno a las dos alternativas planteadas: la Comisión *ad hoc* o el Tribunal Permanente.

El Tribunal Arbitral se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros según lo acordado por las partes. En caso de desacuerdo, el TA se compondrá de tres árbitros, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo³³³. El Centro mantendrá a disposición de los Estados miembros una lista de árbitros (y también de conciliadores)³³⁴. A su vez, en cualquiera etapa del procedimiento de conciliación o arbitral se podrá proponer la recusación de los miembros del Tribunal (o de la Comisión de conciliación). Varios puntos han de ser destacados.

En primer lugar, parte de la doctrina ha resaltado la innovadora propuesta de Argentina, a favor de que los Estados Miembros puedan solicitar aclaraciones sobre los candidatos propuestos por los demás Estados o presentar objeciones sobre estos si consideran que no son personas calificadas³³⁵. Si los Estados proponente y objetante no

³³⁰ Artículo 33 apartado 3 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³³¹ Artículo 33 apartado 8 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³³² Artículo 33 apartado 1 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³³³ Artículo 18 apartado 5 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³³⁴ Artículo 34 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³³⁵ Artículo 34 apartado 3 ter. del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

llegan a un acuerdo respecto de dicho candidato, se propone que prevalezca la objeción planteada³³⁶. En relación con la recusación de conciliadores o árbitros que estén ejerciendo como tales, Argentina propone que, a diferencia de lo que sucede en el régimen de CIADI, dicha recusación nunca sea decidida por los otros miembros del órgano de conciliación o arbitral, es decir la Comisión de conciliación o el Tribunal arbitral correspondiente³³⁷.

En cuanto a la elección del presidente, también se ha subrayado la implementación de un mecanismo novedoso para el caso en que el Secretario del Centro constate que las consultas con las partes en la controversia van a ser infructuosas a la hora de elegir a dicho presidente³³⁸: el Secretario presentará a las partes un listado de cinco candidatos y cada parte deberá excluir del listado a dos candidatos y realizar un orden de preferencia entre los tres no excluidos. Finalmente, el Secretario elegirá al presidente del Tribunal con base en las coincidencias de las partes³³⁹.

Por otra parte, de establecer el Tribunal Permanente, Argentina, Ecuador, Paraguay y Venezuela proponen que esté compuesto por un máximo de 12 integrantes, uno por cada Estado Miembro del Centro³⁴⁰, y que los integrantes del Tribunal sean personas imparciales e independientes, de reconocida trayectoria profesional en el campo del derecho internacional³⁴¹. Al igual que el TPR mercosureño, el carácter permanente de Tribunal establecido por el Acuerdo también es cuestionable y quizás sea más acertado hablar de Tribunal a disposición.

En cambio, en relación a la alternativa de la Comisión *ad hoc*, Brasil, Perú y Colombia proponen que esté integrada por tres personas designadas una por cada parte y el tercera que presidirá la Comisión de común acuerdo, además ninguno de los

³³⁶ Artículo 34 apartado 3 quater. del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³³⁷ ÁLVAREZ ZÁRATE J. M. y PENDLETON R., “The International Rule of Law in Latin American Investment Arbitration: UNASUR’s Advances in Arbitrator Appointment and Disqualification”, *The Journal of World Investment & Trade*, Volume 17, Issue 4, 2016, pp. 681-699.

³³⁸ Véase FACH GÓMEZ K. y TITI C., “El Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR: Comentarios Sobre el Borrador de Acuerdo Constitutivo”, *op. cit.*, pág. 4.

³³⁹ Artículo 18 apartado 6 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³⁴⁰ Artículo 32 apartado 1 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³⁴¹ Artículos 32 bis y ter del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal arbitral o haber actuado en la misma controversia³⁴².

1.4. Consideraciones finales

Finalmente, de las Disposiciones finales (título V) se deduce que solo serán necesarias seis ratificaciones para que el Acuerdo entre en vigor³⁴³. Pero seguramente se adoptará una postura algo más cautelosa sobre esta cuestión ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Tratado Constitutivo de UNASUR, “toda la normativa de UNASUR se adoptará por consenso” y, hasta la fecha, existe una falta de consenso evidente entre los Estados miembros respecto de cuestiones nada baladíes del AC.

Como valoración crítica a una posible implementación del Centro de solución de controversias en materia de inversiones diseñado resaltar el escepticismo que genera, “ya que su funcionamiento podría menospreciar estándares internacionales a favor de parámetros regionales y ello, a su vez, provocar una mayor inestabilidad en la región” pero a su vez se ha enfatizado el posible aumento de “legitimidad y la popularidad de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado en los países miembros de UNASUR”, habida cuenta las originales y sustantivas novedades procesales introducidas por el Acuerdo³⁴⁴. Conviene sin embargo insistir en las discrepancias significativas (esperemos que no irreconciliables) que hasta la fecha imperan entre los Estados miembros e impiden un consenso sobre la totalidad del Acuerdo tras, recordemos, más de siete años de continuas negociaciones.

³⁴² Artículo 31 apartado 2 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³⁴³ Artículo 35 apartado 1 del borrador de Acuerdo Constitutivo, *op. cit.*.

³⁴⁴ FACH GÓMEZ K. y TITI C., “El Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR: Comentarios Sobre el Borrador de Acuerdo Constitutivo”, *op. cit.*, pág. 6.

2. Problemática que podría suponer la instauración del Centro de solución de controversias en materia de inversiones

La instauración del Centro de solución de controversias en materia de inversiones posiblemente supondrá una duplicidad de procedimientos en la solución de controversias dentro del marco suramericano lo cual podría derivar en un conflicto de competencias entre los distintos sistemas de resolución de controversias de la región. En efecto, habida cuenta la pertenencia de la casi totalidad de los países miembros de la UNASUR al MERCOSUR y/o a la CAN, en caso de litigio en materia de inversiones de un Estado miembro ¿qué sistema de soluciones de controversias sería competente para dirimir dicho litigio? Por ejemplo, en el caso de Argentina, ¿sería competente el TPR o el Centro de solución de controversias? O en un litigio que implicara Colombia o cualquier país de la CAN ¿ante que órgano se tendría que solventar el conflicto? El TJCA?

En el marco del MERCOSUR, la controvertida opción de foro podría desactivar este conflicto de competencia. Así, la parte demandante de una controversia sobre materias de inversiones podría dirimir el litigio directamente ante el Centro de solución de controversias de la UNASUR por lo que no se produciría dicho conflicto de competencia. Incluso, los Estados Miembros del MERCOSUR podrían acordar dirigirse única y exclusivamente ante el órgano unasureño para todo litigio en materias de inversiones de modo que, en el ámbito mercosureño, quedaría solventado el posible conflicto de competencias producido por la superposición de vías de soluciones de controversias.

Sin embargo, en el marco andino, la situación resulta ser radicalmente distinta y esta problemática competencial totalmente vigente. En efecto, conforme lo dispuesto en el artículo 42 del Tratado de Creación del TJCA:

“Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad

Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado”.

Pues bien, resulta que la CAN regula la inversión extranjera en la Subregión a través de la Decisión 291 de 12 de marzo de 1991: “Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías”³⁴⁵. En virtud del artículo 1, se considera Inversión Extranjera Directa (en adelante IED):

“los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios. Igualmente, se considerarán como inversión extranjera directa las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior y las reinversiones (...)”.

Al respecto, es preciso señalar que la citada Decisión 291 da amplia libertad a los Países Miembros para legislar al nivel nacional y, a su vez, celebrar acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones con terceros países. En consecuencia los países de la CAN cuentan con tres fuentes de derecho sobre el tema: la normativa comunitaria comentada, la normativa nacional y los acuerdos bilaterales y multilaterales³⁴⁶.

Esta problemática de procedimientos duplicados en la solución de controversias ni es nuevo ni está circunscripto a la región suramericana³⁴⁷. Este posible *forum shopping*

³⁴⁵ Para un amplio estudio sobre este tema véase ANAYA VERA E. and POLANCO LAZO R., “The Court of Justice of the Andean Community: A New Forum for the Settlement of Foreign Investment Disputes? (El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿Un Nuevo Foro de Solución de Controversias de Inversión Extranjera?)” en *Transnational Dispute Management*, June 2016; el texto de este artículo fue presentado asimismo en “La Tercera Conferencia Bienal de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional” organizada en Bogotá, Colombia, 14, 15 y 16 de Agosto de 2014.

³⁴⁶ ANAYA VERA E. and POLANCO LAZO R., “The Court of Justice of the Andean Community: A New Forum for the Settlement of Foreign Investment Disputes? (El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿Un Nuevo Foro de Solución de Controversias de Inversión Extranjera?)”, *op. cit.*, pág. 6.

³⁴⁷ Véase por ejemplo FERNÁNDEZ MASIÁS E., “Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, en RODRÍGUEZ JIMÉNEZ S. y WÖSS H. (Coordinadores), *Arbitraje en Materia De Inversiones. Memorias de las jornadas del foro de arbitraje en materia de inversiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, pp. 123-145.

se está actualmente incrementando debido al aumento de acuerdos bilaterales concluidos al nivel internacional. Para hacer frente al desarrollo de procedimientos paralelos sean estos arbitrales o comunitarios, y lograr cierta coherencia en la jurisprudencia en materia de inversiones sería necesario contar con instrumentos de coordinación, sin embargo los instrumentos actualmente existentes no invitan al optimismo por sus limitados efectos prácticos, por lo que la única alternativa válida en estos momentos es la incorporación en los tratados internacionales de disposiciones que contemplan la acumulación de procedimientos³⁴⁸ para evitar la adopción de laudos contradictorios³⁴⁹.

³⁴⁸ En este sentido véase por ejemplo el artículo 1126 del NAFTA.

³⁴⁹ FERNÁNDEZ MASIÁS E., "Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras", *op. cit.*, pp. 141-145.

CAPÍTULO III. ATRIBUCIONES CONTENCIOSAS DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

I. CONTENCIOSO ANDINO

El artículo 4 del Estatuto del Tribunal encomienda al TJCA la función de “declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros”. Los aspectos principales del TJCA están regulados, además del citado Estatuto, por el Capítulo III del TTJCA (artículos 17 a 39).

Sucintamente, en cuanto se refiere a las funciones del TJCA, cabe avanzar en primer lugar, que ejerce un control de legalidad de los actos adoptados por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, por la Comisión de la Comunidad Andina y por la Secretaría General, destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. A su vez, una de las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba de 1996 fue atribuir al TJCA, una nueva competencia para pronunciarse sobre recursos por omisión dirigidos a declarar la violación del ordenamiento jurídico andino por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General si se abstuvieron de pronunciarse debiéndolo hacer. El TJCA es igualmente competente para pronunciarse sobre recursos por omisión si son interpuestos por dichos órganos institucionales, un País Miembro o por las personas naturales o jurídicas (§1). En segundo lugar, corresponde al Tribunal el poder de pronunciarse sobre los recursos de incumplimiento interpuestos, para constatar la

violación del derecho comunitario por un País Miembro (§2). Y por último, el Protocolo de Cochabamba también ha introducido dos innovaciones originales: la facultad para el Tribunal de ejercer la función arbitral y la jurisdicción laboral (§3).

§ 1. CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS COMUNITARIOS

El control de legalidad comunitaria que realiza el TJCA tiende a asegurar la legalidad del ordenamiento comunitario y a garantizar la protección jurídica de todos los sujetos de la Comunidad. Y, a semejanza de lo establecido en el marco europeo, este control jurisdiccional andino se efectúa mediante tres vías procesales, a saber: la acción de nulidad, la excepción de inaplicación y el recurso por omisión.

Existe sin embargo un enfoque sustancialmente diferente entre el TJCA y el Tribunal europeo; la expresión “control de legalidad” consagrada por la normativa comunitaria ha sido interpretada por la jurisprudencia europea en un sentido amplio, y desde una doble perspectiva³⁵⁰. En primer lugar, dicha expresión cubre tanto un control de legalidad en sentido estricto, es decir un control de la conformidad de los actos comparables a los actos administrativos nacionales con las normas que les sirven de fundamento, como un control de constitucionalidad, que posibilita la revisión de la conformidad de los actos normativos de carácter general con los Tratados constitutivos, que, a pese a su naturaleza jurídico-formal de instrumentos internacionales, han sido, como se constató anteriormente, interpretados y aplicados por el Tribunal de Justicia como una carta constitucional fundamental. Pero a su vez, la noción de legalidad comunitaria no solo incluye el respeto a las normas escritas, sino también “los principios generales del derecho”³⁵¹. En cambio, como analizaremos a continuación, el TJCA ha tendido a ceñirse más rigurosamente al tenor literal de las normas en una

³⁵⁰ RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *op. cit.*, pág. 384.

³⁵¹ RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *op. cit.*, pp. 373-403.

lógica más propia de un control contra los actos administrativos.

1. La Acción de Nulidad

La acción de nulidad es la vía procesal que permite al TJCA controlar la legalidad de los actos jurídicos obligatorios adoptados por las Instituciones comunitarias. En su sentencia dictada en el Proceso 5-AN-97, de 8 de junio de 1998, el TJCA ha definido la acción de nulidad como “el medio establecido para garantizar la legalidad de los actos de los órganos del Sistema Andino de Integración, por la vía del control de su conformidad con las normas del ordenamiento comunitario que les sirven de fundamento”³⁵². Además dispone el Tribunal que

“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 derechos particulares y concretos, sino, se repite, el imperio de la jerarquía normativa, característica de todo ordenamiento jurídico.”³⁵³

En una Comunidad de Derecho, como son la Unión Europea y la Comunidad Andina, este recurso constituye un mecanismo jurídico esencial para asegurar el respeto de la legalidad comunitaria y, por consiguiente, la protección jurisdiccional de los intereses de los sujetos de derecho comunitario³⁵⁴. En palabras del Tribunal, su labor en materia de control de legalidad es comparable a la acción de inconstitucionalidad de los

³⁵² TJCA, Proceso 5-AN-97, sentencia de 8 de junio de 1998. Publicada en la *GOAC* N° 361, de 7 de agosto de 1998.

³⁵³ TJCA, Proceso 1-AN-96, sentencia de 5 de noviembre de 1999. Publicada en la *GOAC* N° 520, de 20 de diciembre de 1999; reiterado en el Proceso 23-AN-2002, sentencia de 19 de agosto de 2003. Publicada en la *GOAC* N° 991, de 2 de octubre de 2003.

³⁵⁴ WAELBROECK M., WAELBROECK D.: “Article 173”, en LOUIS J.-V., VANDERSANDEN G., WAELBROECK M., WAELBROECK D., *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, vol. 10 (*La Cour de Justice. Les actes des institutions*), Editions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 1993.

ordenamientos internos:

“Como sistema para el control de la legalidad se asemeja a la acción de inconstitucionalidad o inexecutableidad, la que sin duda ha sido una de las mayores conquistas del derecho constitucional moderno, hasta el punto que se la considera, con toda razón, como el verdadero fundamento del llamado “Estado de Derecho”. Es en este sentido, una acción pública por esencia ya que se consagra en beneficio de la legalidad y no para proteger directamente intereses particulares o subjetivos.”³⁵⁵

Se regulan los aspectos básicos de la acción de nulidad en los artículos 17 a 22 del Tratado de Creación del Tribunal, siendo estos los actos impugnables, los motivos, el plazo de presentación del recurso, los efectos de la sentencia de anulación y el aspecto que más contrasta con el recurso de anulación de la UE: la legitimación de los particulares.

Finalmente destacar que la última actualización de los datos estadísticos establecida por el TJCA nos informa que, hasta 2017, el Tribunal ha resuelto 69 acciones de nulidad lo cual representa aproximativamente el 2 % de su actividad judicial.

1.1. Mecanismo general

a) Actos impugnables

De conformidad con lo previsto en el artículo 17 del Tratado, los actos atacables son las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General y los

³⁵⁵ TJCA, Proceso 5-AN-97, *op. cit.*.

Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1³⁵⁶. En la práctica procesal andina, los actos más recurridos en anulación resultan ser las Resoluciones.

Al respecto el TJCA considera que el procedimiento establecido por la normativa comunitaria andina coincide con

“las regulaciones del contencioso administrativo universal, las cuales reposan sobre la base de que, conformado como se encuentra el acto administrativo definitivo (tal sucede también con la sentencia judicial) por una “constelación de actos de mero trámite”, éstos – salvo casos excepcionales, ya señalados, que impidan la continuación del trámite – son revisables sólo con ocasión de la emisión final del acto administrativo definitivo que los dichos actos de trámite contribuyeron a integrar.”³⁵⁷

Sin embargo, para que un acto pueda ser recurrible en anulación, el TJCA, al igual que su homólogo europeo³⁵⁸, se atiende al contenido real del acto impugnado, independientemente de su denominación, y exige la concurrencia de tres condiciones, a

³⁵⁶ Por su parte, el artículo 263 párrafo 1 establece que el TJUE “controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”. La competencia del TJUE es por tanto más amplia que la del TJCA.

³⁵⁷ TJCA, Proceso 05-IP-99, sentencia *Sociedad C.I. BANACOL S.A.*, de 25 de octubre de 2000. Publicada en la *GOAC* N° 647, de 27 de febrero del 2001.

³⁵⁸ La jurisprudencia comunitaria estima en efecto que “para determinar si las medidas impugnadas constituyen actos a efectos del artículo 230 [actual artículo 263 *TFUE*], hay que atenerse a su contenido esencial”, que es el que determina el alcance del acto sobre sus destinatarios, la forma en que se adoptan los actos o decisiones, o la denominación que le hubiese dado el autor, son, “en principio, indiferente por lo que respecta a la posibilidad de impugnarlos a través de un recurso de anulación” (Sentencia *IBM c/ Comisión*, de 11 de noviembre de 1981 (60/81)). Así, con ocasión de un recurso contra una resolución del Consejo, el Tribunal planteó, en palabras de Marc Blaquet, un *véritable principe d’universalité* (BLANQUET M., *Droit général de l’Union européenne, op. cit.*, pág. 713) al afirmar que “deben ser susceptibles de recurso de anulación todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, destinadas a producir efectos jurídicos” (Sentencia *Comisión c/ Consejo*, de 31 de marzo de 1971 (22/70), considerado 42), especificando que el recurso de anulación se extiende contra todos los actos de las Instituciones “que produzcan efectos jurídicos frente a terceros” (Sentencia *Los Verdes c/ Parlamento Europeo*, de 23 de abril de 1986 (294/83), considerado 25), lo cual salvaguarda los actos de las Instituciones de carácter interno (circulares, instrucciones, reglamentos internos, actos de ejecución financiera), que despliegan efectos únicamente en el seno de la Institución. Y, son impugnables únicamente los actos de las Instituciones que tienen carácter definitivo, es decir, los que recogen la manifestación definitiva de la voluntad de la Institución. De este modo, el Tribunal de Justicia descartó los actos preparatorios de una decisión final, que no constituyen una manifestación definitiva de voluntad.

saber que produzca efectos jurídicos, que no sea un acto interno de la Institución y que sea definitivo. Según la argumentación jurídica del Tribunal,

“considerando el carácter decisorio que entraña la cuestionada actuación de la Junta, caso omiso del nombre con el cual fue adoptado, así como su capacidad para surtir efectos fuera del ámbito interno del Organismo que la emitiera, constituye ella, especialmente por su contenido, una manifestación de voluntad del órgano Colegiado emisor, con efectos resolutorios o decisorios, equivalente a las Resoluciones de la Junta y, por tanto, susceptible como tal de ser impugnada en anulación por las vías previstas en el Tratado, en particular, la acción de nulidad”³⁵⁹.

En consecuencia, el TJCA reconoce la posibilidad de impugnar los “actos atípicos” surgidos de la actividad de las instituciones que no encuadran dentro del artículo 1 del Tratado de Creación a pesar de

“ofrecer fundamento suficiente para sostener que se trataría de una norma *numerus clausus*. Sin embargo, entendemos que esta postura supone un freno al proceso de integración andino, en la medida en que estaría limitando la libertad de actuación de los órganos e instituciones comunitarios para dinamizar el proceso a través de la adopción de actos distintos a los enumerados en aquella disposición, pero cuyo contenido y alcance puede ser modelado en función de los objetivos que se persigan en cada momento. Esta actividad institucional de talante creativo se ha revelado muy útil en el ámbito europeo, donde se verifica una constelación de “actos atípicos” que, escapando a la nomenclatura del artículo 288 TFUE, ha regulado aspectos muy variados e importantes de la integración europea”³⁶⁰.

Pero a su vez, el TJCA ha producido una importante jurisprudencia respecto de los actos no impugnables en acción de nulidad. Así, por ejemplo, en la trascendental sentencia de 2 de febrero de 2000, Proceso 24-AN-99, el TJCA definió la naturaleza jurídica de los dictámenes de la Secretaría General y dedujo su exclusión de la acción de nulidad en los términos siguientes:

³⁵⁹ TJCA, Proceso 2-N-86, sentencia de 10 de junio de 1987. Publicada en la *GOAC* N° 21, de 15 de julio de 1987.

³⁶⁰ TJCA, Proceso 67-IP-2014, sentencia *Universidad Andina Simón Bolívar (UASB)*, de 18 de junio de 2014, puntos 68 y 70. Publicada en la *GOAC* N° 2362, de 10 de julio de 2014.

“En esencia, desde el punto de vista sustancial, tales dictámenes, emitidos dentro del procedimiento establecido para adelantar la acción de incumplimiento, no son otra cosa que opiniones autorizadas, conceptos técnicos, experticias, que se constituyen por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en presupuestos procesales para que la acción de incumplimiento pueda ser llevada ante la instancia judicial. Aunque no obligan ni son vinculantes con respecto a la decisión del juez comunitario, deben ser emitidos como una obligación de la Secretaría General y como un requisito sin el cual, la acción, por lo general, no puede ser establecida.”³⁶¹

En definitiva, el TJCA plantea la acción de nulidad dentro de la lógica del contencioso administrativo lo cual contrasta con la interpretación liberal del TJUE, cuyo enfoque resulta más amplio y más propio de un recurso contra las leyes.

b) Motivos de anulación

Desde su primera sentencia de nulidad dictada en fecha 10 de octubre 1985, Proceso 1-N-85, el TJCA ha considerado que la competencia que le confiere el artículo 17 del Tratado

“faculta al Tribunal para examinar las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, a fin de establecer si se ajustan formal y sustancialmente al ordenamiento jurídico del Acuerdo citado y resolver, en consecuencia, con base en los planteamientos y pruebas allegados en cada causa, si son válidas total o parcialmente, y en este último caso regular los efectos de esa nulidad en el tiempo”³⁶².

Sin embargo, el artículo 17 no enumera los motivos de anulación que pueden invocarse y se limita a señalar que los actos impugnables son aquellos “dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder”. Habida cuenta la imprecisión del

³⁶¹ TJCA, Proceso 24-AN-99, sentencia de 2 de febrero de 2000. Publicada en la *GOAC* N° 542, de 8 de marzo de 2000.

³⁶² TJCA, Proceso 01-N-85, sentencia de 10 de octubre de 1985. Publicada en la *GOAC* N° 15, de 24 de marzo de 1986.

artículo, el TJCA ha establecido que “los motivos de anulación que contempla el ordenamiento comunitario 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 acto”³⁶³. La jurisprudencia andina ha ido concretando estas causales de anulación que podrían afectar las Decisiones y Resoluciones impugnadas en vía de anulación, partiendo de los cinco elementos esenciales del acto:

- 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 se entiende como carencia de una efectiva motivación (vicio en la causa);
- y, finalmente, como vicio en el objeto, la imposibilidad, ilicitud o indeterminación del contenido de aquellas especies jurídicas comunitarias emanadas de la Comisión o de la actual Secretaría General bajo los respectivos nombres de Decisiones y Resoluciones.³⁶⁴

Es preciso destacar, en primer lugar, que para el TJCA la competencia “es el primer requisito que se debe analizar cuando se trata de establecer la legalidad de un acto jurídico porque la falta de competencia, por exceso o por defecto, vicia de ilegalidad la actuación cumplida”³⁶⁵.

Asimismo, por lo que respecta la desviación de poder, en la sentencia dictada en el proceso 1-AN-97, de 26 de febrero de 1998, el TJCA dispone que esta se produce

“cuando el agente o administrador obrando dentro de los ámbitos de su competencia se aparta del fin previsto en la norma jurídica que lo regula o se separa del motivo jurídico que dio origen a su competencia; esto es, cuando la actuación no guarda armonía o sujeción con la normativa superior. Desde este punto de vista la desviación de poder está

³⁶³ TJCA, Proceso 5-AN-97, *op. cit.*.

³⁶⁴ TJCA, Proceso 4-AN-97, sentencia de 17 de agosto de 1998. Publicada en la *GOAC* N° 373, de 21 de septiembre de 1998; TJCA, Proceso 1-AN-98, sentencia de 13 de octubre de 2000. Publicada en la *GOAC* N° 631, de 10 de enero de 2001.

³⁶⁵ TJCA, Proceso 01-N-85, *op. cit.*.

estrechamente relacionada con la ilegalidad del acto administrativo en tanto en cuanto el administrador se separe del marco específico de la competencia a él asignada en la ley. En este sentido la desviación de poder se deriva directamente de la ilegalidad del acto administrativo. Fractura o resquebraja el principio de legalidad el administrador cuando viola la *rule of law* realizando su actividad por encima de lo que la ley le autoriza y ese vicio debe ser corregido por vía de la nulidad.”

Sin embargo el Tribunal puntualiza que

“la revocatoria de un acto administrativo creador de situaciones jurídicas subjetivas, sin consentimiento de sus titulares lesiona la seguridad jurídica del sistema de integración. El principio de legalidad, ya lo exponía Cicerón en sus Diálogos sobre la República cuando señalaba que la república no puede conservar su estabilidad a no ser que se dé en ella un equilibrio de derecho, deber y poder, de suerte que los magistrados, no desemboquen en el poder omnímudo en que cayeron los decenviros romanos que terminaron gobernando con la férula de un mando absoluto y a su capricho.”

Y concluye citando los postulados del preámbulo del Tratado de Maastricht con estas elocuentes palabras:

“No puede desconocerse la relación estrecha que existe entre la seguridad jurídica y el progreso económico de manera equilibrada y armónica entre los Países Miembros. Tal principio, que está implícito en los sistemas democráticos, debe aplicarse también a los órganos de una comunidad de naciones, tal como lo postulan el preámbulo del Tratado de Maastrich constitutivo de la Unión Europea al predicar el propósito de “fortalecer el funcionamiento democrático y eficaz de las instituciones”, coincidente con los principios de “igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia” que sirvieron de fundamento al acuerdo de integración subregional andino recientemente fortalecido en el Protocolo de Trujillo, hoy vigente”.³⁶⁶

Por otra parte, a juicio del Tribunal, el vicio derivado de la carencia de una efectiva motivación, sea como resultado de un error de derecho (por falta de base legal o por un error en la aplicación o interpretación de la norma) o de una inexactitud o

³⁶⁶ TJCA, Proceso 1-AN-97, sentencia de 26 de febrero de 1998. Publicada en la GOAC N° 340, de 13 de mayo de 1998.

incorrecta calificación de los hechos, así como una ausencia, o insuficiencia en la motivación, también constituye causal de impugnación.

“En definitiva, la motivación constituye un elemento esencial de los actos administrativos, una garantía fundamental del derecho a la defensa y un requisito formal de orden público, cuya omisión no puede ser sustituida por la Administración comunitaria a posteriori en la instancia judicial mediante la exposición al Tribunal de los motivos de la Resolución. De tal suerte que el control jurisdiccional de la motivación puede ejercerse no sólo desde una perspectiva material, sustancial o de legalidad interna del acto (vicio en los motivos o causa), verificando la veracidad de los hechos y la existencia y pertinencia de las normas jurídicas en las que aquel se sustente, sino, además, en su aspecto estrictamente formal (legalidad externa), comprobando la suficiencia de la motivación, expresada en el propio acto.”³⁶⁷

En cuanto al control que ha de ejercer el Tribunal, la sentencia del 13 de octubre de 2000, Proceso 1-AN-98, aclaró el tenor del artículo 17 precisando que

“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, sobre los cuales se ejerce un control formal, mientras que la desviación de poder y la ilegalidad 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”³⁶⁸.

c) Plazo de ejercicio

El primer párrafo del artículo 20 especifica que la acción de nulidad “deberá ser intentada ante el Tribunal dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del

³⁶⁷ TJCA, Proceso 1-AN-98, sentencia de 13 de octubre de 2000. Publicada en la *GOAC* N° 631, de 10 de enero de 2001.

³⁶⁸ TJCA, Proceso 01-AN-98, *op. cit.*

Convenio objeto de dicha acción”³⁶⁹. Pero el siguiente párrafo del mismo artículo añade que aunque expirado el plazo de dos años previsto, “cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, podrá solicitar a dichos jueces o tribunales, la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione, conforme a lo dispuesto en el Artículo 17”.

d) Efectos de la sentencia

Por lo que respecta los efectos de la sentencia, el artículo 22 del Tratado de su creación dispone que “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”³⁷⁰. De este precepto, el TJCA infiere que la sentencia de nulidad “produce excepcionalmente, efectos retroactivos, aunque siempre *erga omnes* y con autoridad de cosa juzgada”³⁷¹. Pero precisa el TJCA, en el contencioso comunitario andino, la sentencia anulatoria es simplemente declarativa y no de condena ya que el Tribunal se limita a “decretar pura y simplemente la anulación de la norma demandada sin agregar ninguna declaración indemnizatoria”³⁷². Y, por lo que se refiere a la ejecución de la sentencia, “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”³⁷³.

A su vez, interesa resaltar que el TJCA ha planteado la posibilidad de exigir la responsabilidad a la propia estructura organizacional de las Instituciones andinas por el

³⁶⁹ También es destacable la diferencia con la normativa europea ya que el último párrafo del artículo 267 TFUE (antiguo artículo 230 TCE) establece que los recursos de anulación “deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo”.

³⁷⁰ Artículo 22 TTJCA.

³⁷¹ TJCA, Proceso 4-AN-97, sentencia de 17 de agosto de 1998. Publicada en la *GOAC* N° 373, de 21 de septiembre de 1998.

³⁷² TJCA, Proceso 01-AN-96, *op. cit.*. En cambio, en el ámbito europeo, el artículo 264 TFUE (antiguo artículo 231 TCE) señala que “si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado” lo cual significa que la sentencia que declara nulo posee una autoridad absoluta, desplegando los efectos de cosa juzgada material y formal.

³⁷³ Artículo 22 TTJCA y 106 ETJCA.

incumplimiento de sus obligaciones comunitarias³⁷⁴. En este sentido, en la sentencia del Proceso 214-AN-2005, de 17 de noviembre de 2006, el TJCA señaló que

“la inobservancia de un plazo para emitir una resolución, puede ser subsanado como en el caso de autos, y que dicha inobservancia no ha ocasionado ninguna restricción o recorte al derecho de defensa del actor. Sin embargo, este Tribunal considera que la Secretaría General está obligada a cumplir con los plazos que establece la norma y por tanto, sería responsable por los daños y perjuicios que su demora pudiera haber ocasionado a la parte afectada; pero ello no puede acarrear la nulidad del acto administrativo, ya que la inobservancia de un plazo no afecta la sustancia del acto, ni el debido proceso como en el presente caso. De otro lado, el ordenamiento jurídico comunitario otorga al actor un medio específico de defensa contra la inacción de la administración, mediante el “Recurso de Omisión”, desarrollado en el acápite anterior que sirve para exigir al órgano administrativo correspondiente que se 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 respectivo.”³⁷⁵

Posteriormente, en la misma sentencia de dicho Proceso 214-AN-2005, el TJCA añadió tajantemente que:

“Conforme a lo anotado anteriormente, queda clara la facultad de este Órgano de referirse a la eventual responsabilidad que podría sobrevenirle a la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como, en su caso, a cualquier órgano de la comunidad, por infracción de la normativa comunitaria, aún en asuntos que si bien no están específicamente señalados en las normas primarias y secundarias del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, su efectividad se deriva de sentencias anteriores que así lo han declarado y que al hacerlo no han hecho sino aplicar al caso subjudice las normas que son comunes en las legislaciones nacionales de los Países Miembros y que no son sino la correcta aplicación de los principios fundamentales del Derecho comunitario

³⁷⁴ Lo destaca VIGIL TOLEDO R., “El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos”, *op. cit.*, pp. 230-231.

³⁷⁵ TJCA, Proceso 214-AN-2005, sentencia de 17 noviembre de 2006. Publicada en la *GOAC* N° 1498, de 16 de mayo de 2007.

que, como es sabido, se ha construido, fundamentalmente, por vía pretoriana, con las sentencias expedidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.”³⁷⁶

En consecuencia, para el TJCA, la ausencia de una norma jurídica consagrando expresamente la responsabilidad de las Instituciones comunitarias por el incumplimiento o el cumplimiento tardío de sus obligaciones, no es un impedimento para que está pudiera ser, eventualmente, reclamada ante él. De ahí, su referencia a la construcción jurisprudencial del Tribunal europeo.

1.2. Una legitimación activa ampliamente concebida para los particulares

Del tenor literal del artículo 17 del Tratado se desprende que pueden incoar la acción en nulidad los Países Miembros, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el artículo 19 del Tratado.

En primer lugar, destaca la limitación que impone el artículo 18 a los Países Miembros pues estos “sólo podrán intentar la acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo”. Esta restricción contrasta con la normativa europea cuyo artículo 263 TFUE (antiguo artículo 230 TCE) reconoce a los Estados miembros la condición de demandantes privilegiados.

Sin embargo, como lo adelantábamos, la principal diferencia de la acción de nulidad con el recurso de anulación de la UE, radica en la legitimación de los particulares para acceder por esta vía directa al TJCA. Según el artículo 19, las personas naturales y jurídicas solo podrán intentar la acción de nulidad previa demostración de que la decisión, resolución o convenio objeto de la demanda afecta sus derechos

³⁷⁶ TJCA, Proceso 214-AN-2005, *op. cit.*

subjetivos o sus intereses legítimos. Pero la jurisprudencia del TJCA, con la célebre sentencia del Proceso 14-AN-2001, de 1 de febrero de 2002, ha realizado “una interpretación muy extensa del nuevo concepto de legitimación activa introducido por el protocolo de Cochabamba”³⁷⁷. Así, en la sentencia comentada, el TJCA considera, por una parte, que

“el espíritu de las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba al Tratado originario de Creación del Tribunal, reflejado en forma concreta en temas específicos como en el caso presente sobre la intervención de los particulares ante el órgano jurisdiccional de la Comunidad en materia de acciones de nulidad, persigue ampliar su participación según la nueva concepción contenida en la norma del artículo 19”³⁷⁸.

Seguidamente el Tribunal subraya con contundencia que

“uno de los avances más grandes del derecho comunitario andino ha sido el de facilitar la participación de los particulares, personas naturales o jurídicas, en los procesos que se surten ante el Órgano Judicial de la Comunidad, otorgándoles así la plenitud del ejercicio de sus deberes y derechos como sujetos del referido ordenamiento comunitario”³⁷⁹.

A continuación, partiendo de estos dos presupuestos, el TJCA prosigue con su razonamiento alegando lo siguiente:

“La norma vigente es pues, mucho más abierta que la del Tratado original, al manifestar qué tipo de elemento jurídico, objeto de garantía, se puede afectar al particular, esto es, bien sea en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos. El accionante alegó, y demostró a juicio del Tribunal, la afectación en cuanto a su interés legítimo, basando su fundamento para accionar en nulidad de los artículos demandados en el interés legítimo que expresó tener en su condición de abogado en ejercicio de su profesión y de ciudadano sujeto al régimen jurídico establecido en las normas comunitarias objeto de la demanda.

³⁷⁷ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., “El acceso a tribunales de justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía comunitaria”, en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A. y ZELAIA GARAGARZA M. (Directores), *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pág. 111.

³⁷⁸ TJCA, Proceso 14-AN-2001, sentencia de 1 de febrero de 2002. Publicada en la GOAC N° 773, de 18 de marzo de 2002.

³⁷⁹ TJCA, Proceso 14-AN-2001, *op. cit.*

Nada dijo, es cierto, respecto del derecho subjetivo posiblemente afectado pero no estaba obligado a hacerlo en la medida en que la norma que lo faculta sólo exige para acreditar la titularidad de la acción que se demuestre uno cualquiera de los elementos o factores acreditantes de la titularidad: o el interés legítimo o la afectación de un derecho subjetivo. El particular que establece la demanda de nulidad se presenta alegando el interés legítimo del cual es titular; en primer lugar, por su condición de individuo que se beneficia directamente del ordenamiento jurídico andino, en donde los particulares “tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de 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”; en segundo lugar, “porque como abogado tiene interés en el mantenimiento, respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que se encuentra, para el caso que nos ocupa, tanto en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos como en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, pues si la Comisión no lo cumple, se rompe ese ordenamiento jurídico, imposibilitándose, así, el desenvolvimiento normal de la Comunidad Andina, lo cual me causa perjuicio, no sólo como abogado sino como persona sometida a dicho ordenamiento, pues como lo ha expresado el Tribunal “los individuos se benefician directamente del ordenamiento jurídico, lo que los convierte, a la vez, en sujetos activos y obligados por el mismo.

Este razonamiento fue suficiente para que el Tribunal diera por cumplido el requisito del artículo 19 del Tratado y se le considerara como legitimado para accionar en la presente causa, condición que ahora ratifica antes de pasar a la expedición de la sentencia.”³⁸⁰

El TJCA reconoce por tanto “la legitimación activa a un particular sobre la base de un interés legítimo *strictu sensu*, sin la exigencia de ningún requisito modulador, basado en el simple hecho de su doble condición de abogado y de ciudadano sometido al Derecho andino”³⁸¹. Esta postura jurisprudencial provocó no obstante una división de la doctrina. Si bien una parte de la doctrina se posicionó a favor de un mayor acceso de los particulares a la justicia comunitaria y avaló por tanto la jurisprudencia del TJCA³⁸²,

³⁸⁰ TJCA, Proceso 14-AN-2001, *op. cit.*.

³⁸¹ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., “El acceso a tribunales de justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía comunitaria”, *op. cit.*, pág. 112.

³⁸² Véase SALAZAR MANRIQUE R., “Principios básicos en el Derecho comunitario andino”, VV.AA., *Memorias del Seminario Internacional “La Integración, Derecho y los Tribunales comunitarios”*, Quito, 1997, pp. 88 y ss..

también se considera que el Tribunal ha dado lugar, en el ámbito andino, al nacimiento espontáneo de una auténtica acción popular de nulidad juzgada poco adecuada para un proceso de integración de esta naturaleza³⁸³.

Finalmente resaltar y comentar el contraste entre la interpretación liberal de la jurisprudencia andina y la interpretación restrictiva del TJUE en cuanto al acceso de los particulares a la justicia comunitaria³⁸⁴. En realidad, este contraste se puede explicar por

³⁸³ Véase DÁVALOS GARCÍA D., “La misión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, VV.AA., *Memorias del Seminario Internacional “La Integración, Derecho y los Tribunales comunitarios”*, Quito, 1997, pp. 41 y ss.; QUINDIMIL LÓPEZ J. A., “El acceso a tribunales de justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía comunitaria”, *op. cit.*, pp. 113 y ss.

³⁸⁴ Recordemos que además de la limitación impuesta por el artículo 230 TCE, se suma la interpretación restrictiva del TJCE de los tres requisitos (afectación directa e individual, e interés para ejercitar la acción) establecidos por dicho artículo. En particular, para que una persona resulte directamente afectada, la jurisprudencia comunitaria exige que “la medida comunitaria impugnada debe surtir efectos directos en la situación jurídica del particular y no debe permitir ninguna facultad de apreciación a los destinatarios de dicha medida encargados de su aplicación, por tener ésta un carácter meramente automático y derivarse únicamente de la normativa comunitaria sin aplicación de normas intermedias” (Sentencia *International Fruit Company y otros c/ Comisión*, de 13 de mayo de 1971 (41/70 a 44/70)). Para el segundo requisito, la afectación individual, el Tribunal interpretó esta condición, señalando que “una persona física o jurídica sólo puede afirmar que la disposición objeto de litigio le afecta individualmente cuando le atañe debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que la caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, la individualiza de una manera análoga a la del destinatario” (Sentencia *Plaumann c/ Comisión*, de 15 de julio de 1963 (25/62)). Concretamente, para que se cumpla el requisito de individualización, es necesario que la situación de las personas afectadas haya sido tomada en consideración en el momento de la adopción del acto y que el acto le afecte de forma individualizada y no de manera general y abstracta como a todas las demás personas que pudieran encontrarse en la misma situación (Sentencia *Greenpeace c/ Comisión*, de 2 de abril de 1998 (C-321/95), considerado 28). En tercer lugar, los particulares tienen que justificar un interés para ejercitar la acción y pedir la anulación del acto recurrido. En la apreciación de esta condición de interés, el Tribunal estima que “la existencia de un interés del recurrente para ejercitar la acción supone que el recurso de casación pueda procurar, por su resultado, un beneficio a la parte que lo haya interpuesto” (Sentencia *Parlamento c/ Richard*, de 13 de julio de 2000 (C-174/99), considerado 33). En consecuencia, el acto impugnado debe tener consecuencias jurídicas sobre la situación del particular que mejoraría si dicho acto fuera anulado. Ciertamente es que esta restricción generó un intenso debate, además de ser criticada no sólo por la doctrina, sino también por Jueces y Abogados Generales y llevo al propio Tribunal, en su *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea*, a preguntarse si el recurso de anulación “que los particulares sólo pueden interponer contra los actos que les afecten directa e individualmente, es suficiente para garantizarles una protección jurisdiccional efectiva contra las violaciones de sus derechos fundamentales que pueden resultar de la actividad legislativa de las instituciones”. Sin embargo, pese al giro jurisprudencial de signo aperturista preconizado por el Abogado General Jacobs en sus conclusiones y por el TPI en el asunto *Jégo-Quéré c/Comisión*, el Tribunal reafirmó su lectura restrictiva, rehusando cualquier revisión judicial y jurisprudencial del artículo 230 (Sentencia *Area Cova*, de 1 de febrero de 2001 (C-300/99 P y C-388/99 P)), y puntualizando que, “si bien es cierto que puede concebirse un sistema de control de la legalidad de los actos comunitarios de alcance general distinto del establecido por el Tratado originario, cuyos principios nunca han sido modificados, corresponde a los Estados miembros, de conformidad con el artículo 48 UE, reformar en su caso, el sistema actualmente vigente” (Sentencia *UPA c/Consejo*, de 25 de julio de 2002 (C-50/00 P), considerado 45). Con el Tratado de Lisboa se introdujo una cierta flexibilidad con el párrafo 4 del artículo 263 TFUE. Este precepto mantiene el tradicional requisito según el cual los actos generales deben afectar al particular

la diferencia de enfoque del contencioso de anulación entre la jurisprudencia andina y la europea. El TJCA ha tendido a ceñirse más rigurosamente al tenor literal de las normas en una lógica más propia de un recurso contra los actos administrativos, de ahí una legitimación activa de signo aperturista para los particulares. En cambio, en el marco europeo, la consideración de actos sobre los que es posible interponer el recurso de anulación es más amplia tanto al nivel normativo que al nivel de interpretación jurisprudencial; además el derecho comunitario europeo no ha establecido una tipología formal clara entre los actos de “rango legislativo” cuya posibilidad de recurso ha de ser lógicamente restringida, y los actos que se podrían clasificar en la esfera administrativa, por ello el TJUE ha interpretado de forma tan restrictiva el acceso para los particulares³⁸⁵.

2. La excepción de inaplicación

La excepción de inaplicación de un acto es la vía de derecho que intenta no sólo hacerlo anular, sino también declarar inaplicable en el caso concreto, incluso después de la expiración del plazo de la acción de nulidad. Se prevé dicho procedimiento en sede de la acción en nulidad, concretamente en el artículo 20 párrafo 2 y 3 del Tratado y en el artículo 104 del Estatuto.

de forma “directa e individual” pero añade la posibilidad de recurrir “actos reglamentarios” que le “afecten directamente y no incluyan medidas de ejecución”. Pero la indefinición de la expresión “actos reglamentarios que no incluyen medidas de ejecución” también dio lugar a una lectura reduccionista del TJUE. Así, por “actos reglamentarios”, el TJUE entiende que son los actos no legislativos, es decir, “los actos distintos a los adoptados a través de un procedimiento legislativo en el sentido del artículo 294 TFUE” (Sentencia *Inuit*, de 3 de octubre de 2013 (C-583/11 P)), por lo que el Tribunal de Justicia vuelve a optar por la postura más estricta, pero también por la más coherente con la génesis del precepto. Y en la sentencia *Sugars*, de 28 de abril de 2015, (C- 456/13 P), el Tribunal considera que cuando un acto reglamentario requiere medidas de ejecución no podremos recurrirlo incluso si se trata de medidas que emane de las instituciones de la UE o de los Estados miembros y por mucho que nos afecte individual y directamente; además el TJUE establece que se ha de valor la posición de la persona que invoca el derecho de recurso y si el reglamento afecto o no al impugnante. En definitiva, a la vista de tales exigencia y a pesar de la flexibilidad introducida por el Tratado de Lisboa, fundamentar la legitimación de un particular para recurrir de forma directa ante el Tribunal de Justicia un acto comunitario de naturaleza normativa, resulta excesivamente complicado, incluso prácticamente imposible.

³⁸⁵ BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., pág. 744.

Así, a tenor del párrafo 2 del artículo 20, aunque hubiere expirado el plazo de dos años previsto para la interposición de la acción de nulidad, “cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, podrá solicitar a dichos jueces o tribunales, la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione, conforme a lo dispuesto en el Artículo 17”³⁸⁶. Y el párrafo siguiente añade que una vez presentada la solicitud de inaplicabilidad, “el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél”³⁸⁷.

En realidad, la excepción de inaplicación desempeña la misma función que la excepción de ilegalidad planteada en el artículo 277 TUE (antiguo artículo 241). Sin embargo, existe una importante diferencia entre ambos mecanismos procesales: “la excepción de inaplicación surge en el marco de un proceso ante el juez nacional mientras la excepción de ilegalidad se presenta en procesos que se substancien ante el TJUE”³⁸⁸.

3. El recurso por omisión o inactividad

El recurso por omisión o inactividad fue una de las novedades introducidas por el Protocolo de Cochabamba. Se encuentra regulado por el artículo 37 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y los artículos 129 a 134 de su Estatuto. Con este mecanismo procesal que encuentra su inspiración en la figura del contencioso francés del *recours en carence*, el TJCA no sólo es competente para sancionar los actos irregulares adoptados por las Instituciones comunitarias, sino también sus inacciones contrarias al Derecho comunitaria.

³⁸⁶ Artículo 20 párrafo 2 TTJCA.

³⁸⁷ Artículo 20 párrafo 3 TTJCA.

³⁸⁸ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 391.

Concretamente, cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstuvieran de cumplir alguna de sus obligaciones expresamente definida por el ordenamiento de la Comunidad Andina, dichos órganos, los Estados miembros, o incluso las personas naturales o jurídicas, podrán requerir su cumplimiento³⁸⁹.

El TJCA entiende 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 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.”³⁹⁰

Conforme a dichas normas, tienen legitimación activa para presentar el mencionado recurso el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, sin embargo se contemplan dos tipos de demandantes. En primer lugar, los demandantes privilegiados que son los sujetos institucionales, disponen de la facultad de interponer recurso por omisión contra cualquier abstención contraria al derecho comunitario. En cuanto a los recurrentes ordinarios, es decir las personas naturales o jurídicas, sólo podrán recurrir al TJCA en queja “previa comprobación de que la omisión o inactividad del organismo requerido afectan sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”³⁹¹.

Por otra parte, al igual que sucede en la acción de incumplimiento, el recurso por omisión consta de una fase administrativa previa o precontenciosa y de una fase contenciosa. Así, para que prospere la acción, se exige el cumplimiento previo de una

³⁸⁹ Artículo 37 TTJCA.

³⁹⁰ TJCA, Proceso 70-RO-2003, sentencia de 22 de octubre de 2003. Publicada en la *GOAC* N° 1033, de 10 de febrero de 2004.

³⁹¹ Artículo 132 ETJCA.

etapa administrativa que necesariamente debe agotarse ante el órgano comunitario correspondiente, que incluye el requerimiento por escrito al órgano correspondiente el cumplimiento de la actividad omitida y que el órgano no haya dado respuesta a la solicitud en el plazo de treinta días³⁹². Si, transcurrido el plazo, el órgano requerido no accediere a la solicitud, el solicitante puede acudir al TJCA para que se pronuncie³⁹³, en cuyo caso el Tribunal dictaminará dentro de los treinta días siguientes a la fecha de admisión del recurso, con base a la documentación técnica, los antecedentes del caso y las explicaciones del órgano objeto del recurso³⁹⁴. En su sentencia, el TJCA “deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso debe cumplir su obligación”³⁹⁵.

A pesar de una jurisprudencia actualmente escasa, la introducción de este mecanismo procesal viene completar las acciones de control de la legalidad comunitaria andina y por tanto debería contribuir “de manera eficaz a reforzar al papel nuclear del TJCA en el desarrollo, consolidación y perfeccionamiento de la integración andina”³⁹⁶, ya que en palabras del Tribunal

“para que opere eficazmente el control de legalidad, debe contemplarse no solo el examen y la sanción por el órgano judicial de las conductas positivas contrarias al ordenamiento jurídico sino también las omisiones o abstenciones que impliquen infracción de la norma comunitaria.”³⁹⁷

³⁹² Artículo 131 párrafo 1 ETJCA.

³⁹³ Artículo 131 párrafo 2 ETJCA.

³⁹⁴ Artículo 133 ETJCA.

³⁹⁵ Artículo 134 ETJCA.

³⁹⁶ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 394.

³⁹⁷ TJCA, Proceso 70-RO-03, op. cit..

§ 2. LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

1. Noción de incumplimiento

La acción de incumplimiento (*recours en manquement* según la muy conocida terminología francesa) es un mecanismo jurídico que permite al TJCA controlar el cumplimiento por parte de los Países miembros, de las aplicaciones de las normas comunitarias en sus territorios respectivos. Dicho mecanismo se regula en los artículos 23 a 31 del TTJCA y en los artículos 107 a 120 de su Estatuto.

El TJCA definió la acción de incumplimiento como

“el instrumento por el cual el Tribunal 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 del Acuerdo de Cartagena.”³⁹⁸

Y considera que “este recurso es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario, pues por su conducto se ejerce el control del comportamiento de los Estados”³⁹⁹. Añade que

“es una acción autónoma, propia, independiente y sui-géneris derivada exclusivamente de la conducta a que quedan sujetos los Estados para asegurar la ejecución del Tratado de Integración Económica y el cumplimiento de sus obligaciones que la jurisprudencia ha clasificado en positivas y negativas.”⁴⁰⁰

³⁹⁸ TJCA, Proceso 01-AI-96, sentencia de 30 de octubre de 1996. Publicada en la *GOAC* N° 234, de 21 de noviembre de 1996.

³⁹⁹ TJCA, Proceso 3-AI-96, sentencia de 24 de marzo de 1997. Publicada en la *GOAC* N° 261, de 29 de abril de 1997.

⁴⁰⁰ TJCA, Proceso 3-AI-96, *op. cit.*

En lo que respecta la noción de incumplimiento, el artículo 24 se refiere al incumplimiento por parte de un País miembro “de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”. En definitiva, existe incumplimiento cuando un Estado miembro infringe una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico comunitario.

Al igual que son homólogo europeo, el TJCA concibe ampliamente la noción de incumplimiento. Ambos Tribunales estiman en efecto que, las “obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” no son únicamente aquellas impuestas por el derecho comunitario primario, sino igualmente las obligaciones que se desprenden del derecho comunitario derivado⁴⁰¹.

2. Procedimiento

De conformidad con las disposiciones normativas, los recursos de incumplimientos constan de una fase precontenciosa de carácter administrativo y de una fase jurisdiccional, sustanciada ante el TJCA, que se concluye con una sentencia.

Por lo que respecta a la fase precontenciosa, el TJCA dispone que, como presupuesto procesal de la acción de incumplimiento, se establece la necesidad de agotar una serie de trámites administrativos ante la Secretaría General “semejantes a los

⁴⁰¹ TJCA, Proceso 3-AI-96, *op. cit.*, en la que el TJCA precisa que “el Abogado General Mayrás del Tribunal Europeo, estima que el incumplimiento se produce también como consecuencia de que “...un Estado Miembro promulgue o mantenga una legislación o una reglamentación incompatible con el Tratado o con el Derecho Comunitario Derivado”. (As. 39/72, *Comisión contra Italia*, Rec. 1973, pág. 11).” En este sentido destacar que el TJCE, en una extensa jurisprudencia, ha establecido que las obligaciones que se desprenden del Derecho comunitario derivado, incluyen aquellas que se desprenden del reglamento (sentencia *Comisión c/ Italia*, de 4 de marzo de 1970 (33/69)), de la directiva (sentencia *Comisión c/ Italia*, de 18 de Noviembre de 1970 (8/70)), de la decisión (sentencia *Comisión c/ Francia*, de 10 de diciembre de 1969 (11/69)), e incluso de las propias sentencias del TJCE (sentencia *Comisión c/ Italia*, de 13 de julio de 1972 (48/71)); también, considera que el incumplimiento puede resultar de un acto jurídico interno que viole el derecho comunitario (sentencia *Comisión c/ Bélgica*, de 5 de mayo de 1970 (77/69)) como de una abstención o un rechazo a adoptar las medidas jurídicas requeridas (sentencia *Comisión c/ Italia*, de 17 de febrero de 1970 (31/69)).

que constituyen el “agotamiento de la vía gubernativa” en los ordenamientos jurídicos nacionales”⁴⁰².

Así, el párrafo 1 del artículo 23 prevé que “cuando la Secretaría General considere que un Estado miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le debe formular al país, por escrito, sus observaciones”. El Estado infractor debe contestarlas dentro del plazo compatible con la urgencia del caso, que no puede exceder de dos meses. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General debe emitir un dictamen motivado dentro de los quince días siguientes.

También se estipula, como lo veremos en adelante, la posibilidad de los Estados Miembros y de los particulares, para elevar cualquier reclamo por incumplimiento ante la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, respectivamente en los artículos 24 y 25.

El TJCA ha tenido la oportunidad de especificar los tres pasos previos a la interposición de la demanda 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.”⁴⁰³

⁴⁰² TJCA, Proceso 07-AI-99, sentencia de 12 de noviembre de 1999. Publicada en la *GOAC* N° 520, de 20 de diciembre de 1999.

⁴⁰³ TJCA, Proceso 07-AI-99, *op. cit.*

Para el TJCA, esta etapa previa de carácter administrativo que se desarrolla ante la Secretaría General “constituye un diálogo entre el órgano comunitario y el País Miembro que supuestamente ha incumplido, para permitirle corregir su conducta en esta primera etapa de formulación de observaciones por la Secretaría General”⁴⁰⁴. De modo que esta fase precontenciosa puede permitir la eliminación del incumplimiento y evitar la demanda ante el TJCA, ya que

“esta etapa previa conciliatoria puede desembocar en la solución del impase por acatamiento del Estado a las observaciones y en caso contrario si la primera fase se ha visto frustrada en sus objetivos se produce la expedición de un Dictamen Motivado para que se corrija el incumplimiento.”⁴⁰⁵

En definitiva, la finalidad del procedimiento administrativo es dar al Estado miembro la ocasión de cumplir sus obligaciones derivadas del derecho comunitario o de argumentar su defensa frente a las imputaciones de la Secretaría General.

Si el Estado por el contrario persiste en su conducta incumplidora o si en el dictamen se corrobora el incumplimiento, la Secretaría General⁴⁰⁶ pero también un Estado Miembro⁴⁰⁷ o las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento⁴⁰⁸, podrán acudir al Tribunal de Justicia pidiéndole su pronunciamiento, abriéndose así la fase judicial.

⁴⁰⁴ TJCA, Proceso 02-AI-97, sentencia de 24 de septiembre de 1998. Publicada en la *GOAC* N° 391, de 11 de diciembre de 1998.

⁴⁰⁵ TJCA, Proceso 02-AI-97, *op. cit.*. En unos términos muy similares se expresa el TJCE: “A cet égard, il convient de relever que la procédure précontentieuse a pour but de donner à l’Etat membre concerné l’occasion de se conformer à ses obligations découlant du droit communautaire ou de faire utilement valoir ses moyens de défense à l’encontre des griefs formulés par la Commission.” (Sentencia *Comisión c/ Francia*, de 13 de diciembre de 2001 (C-1/00), considerado 64).

⁴⁰⁶ Artículo 23 párrafo 2 TTJCA.

⁴⁰⁷ Artículo 24 párrafo 2 TTJCA.

⁴⁰⁸ Artículo 25 TTJCA.

3. Una legitimación activa de signo aperturista

Una de las diferencias fundamentales con el derecho comunitario europeo caracterizado por “la absoluta discrecionalidad que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión tanto a los efectos de activar la fase precontenciosa como de iniciar la fase contenciosa”⁴⁰⁹ y por tanto por un acceso restringido a los particulares, radica en el hecho de que el derecho comunitario andino prevé justamente un mejor acceso de los particulares a la acción de incumplimiento⁴¹⁰. Por consiguiente, la Secretaría General no dispone de un poder discrecional para iniciar la fase jurisdiccional.

Cierto es que la Secretaría General desempeña un papel clave en los procedimientos por incumplimientos. Así lo considera el TJCA cuando resalta que

“el ejercicio de la acción para que el Tribunal declare las infracciones de los Estados, está radicado primordialmente en el órgano ejecutivo comunitario como es la Secretaría General (antigua Junta) la cual tiene la misión de “Guardián de los Tratados” y la función principal de velar por la aplicación y el cumplimiento de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, como se establece en el artículo 30 literal a) del Acuerdo de Cartagena.”⁴¹¹

Conforme lo dispuesto en el artículo 23, se desprende en efecto la libre facultad otorgada a la Secretaría General para considerar si un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

La normativa andina no especifica no obstante ningún plazo para la interposición de la acción de incumplimiento, por lo que el TJCA cubrió este vacío legal estableciendo que “aunque no hay plazo expreso para ello se debe aplicar, por analogía el plazo de dos meses que señaló el artículo 24 en su párrafo 2º del Tratado de Creación

⁴⁰⁹ ALONSO GARCÍA R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2014, pág. 254.

⁴¹⁰ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, *op. cit.*, pág. 99.

⁴¹¹ TJCA, Proceso 02-AI-97, *op. cit.*.

del Tribunal”⁴¹². Dicho artículo establece que “si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal”.

El artículo 24 contempla por tanto la posibilidad de que un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento, elevará el caso a la Secretaría General, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, pero también y sobre todo, que dicho país reclamante pueda acudir directamente al Tribunal, si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro del plazo arriba comentado a la fecha de presentación del reclamo o si el dictamen emitido no fuere de incumplimiento.

Sin embargo, uno de los aspectos más llamativos del ordenamiento jurídico andino es la posibilidad que tienen abierta los particulares para interponer una acción de incumplimiento ante el TJCA⁴¹³. El propio Tribunal, en una reiterada jurisprudencia, ha dejado muy claro 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. La acción tiene por objeto ofrecer al ciudadano garantía procesal para asegurarle la aplicación, por los Países Miembros, de las obligaciones que impone el Tratado”.⁴¹⁴

Así, el artículo 25 establece que “las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría

⁴¹² TJCA, Proceso 05-AI-98, sentencia de 1 de septiembre de 1999. Publicada en la *GOAC* N° 508, de 15 de noviembre de 1999.

⁴¹³ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., “El acceso a tribunales de justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía comunitaria”, *op. cit.*, pág. 120.

⁴¹⁴ TJCA, Proceso 01-AI-96, *op. cit.*. Como lo adelantamos, contrasta la jurisprudencia del TJCA con la del TJCE que considera que la Comisión dispone de un poder discrecional para iniciar la fase precontenciosa de los recursos de incumplimiento, y por extensión, para abrir la fase jurisdiccional de los mismos, argumentando que “de la sistemática del artículo 169 [actual artículo 258 *TFUE*] del Tratado se desprende que la Comisión no está obligada a iniciar un procedimiento con arreglo a esta disposición, sino que, por el contrario, dispone a este respecto de una amplia facultad de apreciación que excluye el Derecho de los particulares a exigir de esta institución que defina su postura en un sentido determinado.” (Sentencia *Start Fruit c/ Comisión*, de 14 de febrero de 1989 (247/87), considerado 11).

General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24”. Añade el artículo 25 en su segundo párrafo que el ejercicio de dicha acción “excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa”. El TJCA entiende que

“de conformidad con la disposición prevista en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, la posibilidad de ejercer la acción de incumplimiento corresponde a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento del País Miembro demandado. Ello significa que la legitimación para ejercer la acción de incumplimiento exige la existencia de una relación de identidad entre el titular del derecho subjetivo y el de la acción, de modo que ésta sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de aquél”⁴¹⁵.

La norma transcrita abre la posibilidad a los particulares de ejercer la acción de incumplimiento si se dan los requisitos de admisibilidad que son:

- a) Que sus derechos hayan sido afectados por el incumplimiento de un País Miembro.
- b) Que no se haya acudido a la vía prevista en el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, es decir, que no se haya ejercitado ante juez nacional, conforme a las prescripciones del derecho interno, acción para defender los derechos afectados por el incumplimiento de un País Miembro.
- c) Que se haya reclamado ante la Secretaría General de la Comunidad Andina para que ésta inicie el trámite precontencioso respectivo, de conformidad con el artículo 25.”⁴¹⁶

Pero, por su parte, el artículo 49, literal b) del Estatuto del Tribunal consagra como requisito adicional de la demanda de acción de incumplimiento, lo siguiente: “Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”. Para el TJCA

⁴¹⁵ TJCA, Proceso 75-AI-2001, sentencia de 29 de mayo de 2002. Publicada en la *GOAC* N° 825, de 14 de agosto de 2002.

⁴¹⁶ TJCA, Proceso 03-AI-2006, sentencia de 23 de enero de 2008. Publicada en la *GOAC* N° 1667, de 30 de octubre de 2008.

“la afectación a un interés legítimo se refiere a que la conducta del País Miembro que se considera incumplido afecte o pueda afectar tanto los derechos, como las prerrogativas, facultades, acciones, o el desarrollo de la actividad de un particular determinado, para cuyo ejercicio lo faculta una norma comunitaria.”⁴¹⁷

El TJCA distingue por tanto los conceptos de “derecho subjetivo” e “interés legítimo” argumentando que

“a diferencia del interés legítimo, el derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero. En este contexto, el hecho constitutivo de la inejecución de la prestación debida, por parte del País Miembro obligado, configura una situación de hecho que, al tiempo de infringir el orden normativo, lesiona el derecho subjetivo de su titular y, en consecuencia, lo legitima para formular, en sede judicial, una pretensión dirigida a declarar cierto el incumplimiento demandado, a ordenar el restablecimiento del orden normativo infringido, y, a diferencia de la acción de nulidad, a obtener, en las condiciones previstas en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, la reparación de la lesión y, por esta vía, la satisfacción de su derecho”.⁴¹⁸

En consecuencia, a diferencia de lo establecido para la acción de nulidad, el TJCA considera que el interés legítimo no es suficiente para accionar la acción en incumplimiento y exige la demostración de la titularidad y de la afectación de un derecho subjetivo.

⁴¹⁷ TJCA, Proceso 03-AI-2006, *op. cit.*.

⁴¹⁸ TJCA, Proceso 75-AI-2001, *op. cit.*.

4. Efectos de la sentencia

Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal impone, para el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de reclamo, la obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia⁴¹⁹. El Estado condenado dispone, para tomar las medidas que implica la ejecución de la sentencia, de un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación⁴²⁰.

A su vez, si dicho País Miembro no cumpliera la obligación, el TJCA, “sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso”⁴²¹. En todo caso, el TJCA “podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido”⁴²².

En palabras del Tribunal, de la lectura de dicho artículo se desprende claramente que la naturaleza de la acción de incumplimiento

“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”⁴²³.

En la sentencia posterior del Proceso 2-AI-97, el TJCA ha explicitado la naturaleza de la acción de incumplimiento en el ámbito andino en comparación con el recurso de incumplimiento europeo de la siguiente manera:

⁴¹⁹ Artículo 27 párrafo 1 TTJCA.

⁴²⁰ Artículo 27 párrafo 1 TTJCA.

⁴²¹ Artículo 27 párrafo 2 TTJCA.

⁴²² Artículo 27 párrafo 3 TTJCA.

⁴²³ TJCA, Proceso 01-AI-96, *op. cit.*.

“Se ha sostenido que el recurso de incumplimiento tiene un carácter meramente declarativo y así parece deducirse del tercer literal del artículo 171 del Tratado de la Comunidad Económica Europea [actual artículo 260] que establece que “si el Tribunal de Justicia declarase que un Estado Miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado, estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia”. En el ámbito Andino la sentencia, además, impone a los Estados adoptar las medidas necesarias; en consecuencia el Tribunal no tiene poder para anular las medidas estatales contrarias al derecho comunitario. Es el Estado el obligado a anular los actos que constituyan el incumplimiento declarado por el Tribunal y a reparar los efectos ilícitos que hubieran producido. Corresponde pues a los organismos estatales sacar las consecuencias que se derivan de las sentencias de incumplimiento; es decir, tanto en cuanto a la adopción de medidas necesarias para borrar el incumplimiento como en cuanto a la reparación de los daños eventuales causados.”⁴²⁴

Así pues, la sentencia que resuelve el recurso por incumplimiento tiene en primer lugar autoridad de cosa juzgada respecto al Estado condenado que está obligado a tomar todas las medidas que comporta la ejecución de la sentencia.

La sentencia de incumplimiento también tiene autoridad de cosa juzgada respecto a los órganos jurisdiccionales y autoridades nacionales del Estado condenado. En la misma sentencia el TJCA dispone que

“el efecto del derecho comunitario, declarado con autoridad de cosa juzgada, implica para las autoridades nacionales competentes, la prohibición de pleno derecho de aplicar una disposición nacional reconocida como incompatible con el Ordenamiento Jurídico Comunitario y en el caso la obligación de adoptar todas las medidas para facilitar el pleno efecto del derecho comunitario.”⁴²⁵

⁴²⁴ TJCA, Proceso 02-AI-97, sentencia de 24 de septiembre de 1998. Publicada en la *GOAC* N° 391, de 11 de diciembre de 1998.

⁴²⁵ TJCA, Proceso 02-AI-97, *op. cit.*. En unos términos idénticos se expresa el TJCE cuando afirma “qu’en l’occurrence, l’effet du Droit communautaire, tel qu’il avait été constaté avec autorité de la chose jugée (...) impliquait pour les autorités nationales compétentes prohibition de plein droit d’appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le Traité et, le cas échéant, obligation de prendre toutes dispositions pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire” (Sentencia *Comisión c/ Italia*, de 13 de julio de 1972 (48/71), considerado 7).

Por último, la sentencia de incumplimiento tiene autoridad de cosa interpretada, lo cual significa que se impone a los órganos jurisdiccionales nacionales de todos los Estados miembros⁴²⁶.

5. Sistema sancionatorio por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento

La última actualización de los datos estadísticos establecida por el TJCA nos informa que, hasta 2017, este órgano judicial ha dictaminado 129 sentencias de incumplimiento lo cual supone aproximativamente el 3,5 % de la actividad judicial de este Tribunal.

No obstante, si bien las sentencias del TJCA son vinculantes y de estricto cumplimiento, existe en la práctica, una tendencia a no acatarlas, lo cual debilita profundamente la credibilidad de todo el sistema de integración andino. Tal y como sostiene el TJCA, el desacato a un fallo

“constituye la más grave ofensa de cuantas puedan ser inferidas al Ordenamiento Jurídico Comunitario, pues lo resquebraja en su esencia al desconocer valores como el del respeto del fallo que dirige una controversia en última instancia;

Que cuando se desacata una sentencia no sólo se causa un daño particular o concreto que puede ser reparado con una medida compensatoria a favor de quién sufre el daño, 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 la acción de incumplimiento declarada en sentencia, sino que necesariamente, deben descansar en el

⁴²⁶ La autoridad de cosa interpretada de la sentencia de incumplimiento es comparable a la de las sentencias pronunciadas mediante reenvío prejudicial, como se analizara más adelante.

hecho del incumplimiento de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

Que siempre y en todos los casos de incumplimiento de una sentencia del órgano jurisdiccional comunitaria es de gravedad extrema, y que, como se puede deducir sin mayor esfuerzo dialectico, es un hecho que afecta a todos los Países Miembros y a todos los órganos y Entidades de la Comunidad al lesionar directamente el proceso de integración”.⁴²⁷

Así, para determinar y sancionar el incumplimiento en que pudiera haber incurrido un País Miembro, en la ejecución de una sentencia dictada en su contra en desarrollo de una acción de incumplimiento, se ha establecido el denominado “Procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento” regulado en los artículos 112 a 120 ETJCA.

Resumidamente, con arreglo a lo dispuesto en el ETJCA, este procedimiento sumario se iniciará “por el Tribunal de oficio, con fundamento en su propia información, o por denuncia de los Países Miembros, de los órganos comunitarios o de cualquier particular”⁴²⁸. Si, una vez abierto el procedimiento, “se adviertan serios motivos de credibilidad acerca del incumplimiento de la sentencia”, el TJCA dictará un auto, ordenando formular pliego de cargos al País Miembro sentenciado, en el que deberá consignarse toda la información que se tenga respecto del supuesto desacato y señalando las sanciones que se contemplan, de resultar probada su conducta⁴²⁹. Posteriormente, tras una serie de trámites de explicaciones por parte del País Miembro sentenciado⁴³⁰, de valoración de los descargos⁴³¹, de comprobación del incumplimiento de la sentencia⁴³² y de convocación de una audiencia con la Secretaría General⁴³³, el

⁴²⁷ Véase por ejemplo los Autos del TJCA de 20 de octubre de 1999, Sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el Proceso 1-AI-97, de 20 de octubre de 1999, Sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el Proceso 3-AI-96, de 1 de agosto de 2001, Sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el Proceso 34-AI-99, de 6 de marzo de 2002, Sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el Proceso 53-AI-99, de 4 de agosto de 2004, Sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el Proceso 52-AI-2002.

⁴²⁸ Artículo 113 párrafo 1 ETJCA.

⁴²⁹ Artículo 114 párrafo 1 ETJCA.

⁴³⁰ Artículo 115 ETJCA.

⁴³¹ Artículo 116 ETJCA.

⁴³² Artículo 117 ETJCA.

TJCA “expedirá un auto motivado mediante el cual decidirá lo que haya lugar sobre las sanciones de acuerdo con lo previsto en los artículos 27 del Tratado y 120 del presente Estatuto”⁴³⁴.

Finalmente, de no acatar las obligaciones impuestas en la sentencia de incumplimiento, el TJCA “podrá sumariamente determinar cómo sanción, y conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 27 del Tratado, los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso”⁴³⁵. En regla general, el tipo de sanción establecido por el TJCA consisten en autorizar a los Estados Miembros que procedan a la imposición temporal de un gravamen adicional del 5%, a las importaciones que realicen a sus territorios, procedentes y originarias del país incumplidor, de cinco productos a su elección⁴³⁶. Excepcionalmente, el TJCA ha adoptado sanciones más duras cómo por ejemplo en el Sumario por incumplimiento de sentencia de 20 de febrero de 2002, Proceso 52-AI-2001⁴³⁷ dónde incrementó ese porcentaje del 5% al 10%, o en el Sumario por incumplimiento del 19 de septiembre de 2006, Proceso 52-AI-2002⁴³⁸, dónde el Tribunal hizo oscilar ese porcentaje entre 8% y el 12%⁴³⁹.

Sin embargo, este sistema de sanciones actualmente adoptado por el TJCA está resultado cada menos eficiente por su dimensión excesivamente “*diplomática*”. En la práctica observamos en efecto que, hasta el 31 de diciembre de 2014, solo se registraron 5 asuntos por desacato a un auto de incumplimiento iniciado por denuncia de un Estado Miembro. Al Estado Miembro que beneficia del auto de incumplimiento no le interesa que el Estado infractor aplique las sanciones lo cual genera un doble incumplimiento,

⁴³³ Artículo 118 ETJCA.

⁴³⁴ Artículo 118 ETJCA.

⁴³⁵ Artículo 119 ETJCA.

⁴³⁶ Véase por ejemplo los Autos del TJCA de 20 de octubre de 1999, Sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el Proceso 1-AI-97, de 20 de octubre de 1999, Sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el Proceso 3-AI-96, de 1 de agosto de 2001, Sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el Proceso 34-AI-99, de 6 de marzo de 2002, Sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el Proceso 53-AI-99, de 4 de agosto de 2004, Sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el Proceso 52-AI-2002.

⁴³⁷ TJCA, sumario por incumplimiento de sentencia de 20 de febrero de 2002, Proceso 52-AI-2001.

⁴³⁸ TJCA, sumario por incumplimiento de sentencia de 19 de septiembre de 2006, Proceso 52-AI-2002.

⁴³⁹ QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 404.

tanto del país demandado como del país demandante⁴⁴⁰. Para solucionar este *impasse*, parte de la doctrina ha planteado recurrir a un sistema de multas coercitivas a los países miembros que incumplan las sentencias del TJCA, tal y como sucede en la Unión Europea⁴⁴¹.

§ 3. NUEVAS COMPETENCIAS

1. Función Arbitral

Una de las innovaciones más originales introducidas por el Protocolo de Cochabamba y desarrollada en la Sección Quinta del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia fue la facultad asignada al TJCA y a la Secretaría General, de ejercer una función arbitral es decir, poder emitir laudos arbitrales que diriman controversias.

De conformidad con el párrafo primero del artículo 38, el TJCA “es competente para dirimir las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos de la Comunidad o entre éstos y terceros, siempre que las partes así lo acuerden”. Igualmente “los particulares podrán acordar someter arbitraje del Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de los contratos de carácter privado que se rijan por las

⁴⁴⁰ SASAKI OTANI M. Á., “El sistema de sanciones por incumplimiento en el ámbito de la Comunidad Andina”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. n° 12, 2012, pp. 301-337.

⁴⁴¹ En este sentido véase VIGIL TOLEDO R., “El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos” en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A. y ZELAIA GARAGARZA M. (Directores), *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pp. 228-229; y SASAKI OTANI M. Á., “El sistema de sanciones por incumplimiento en el ámbito de la Comunidad Andina”, *op. cit.*

normas comunitarias”⁴⁴², y las partes deberán decidir si el TJCA debe emitir su laudo en derecho o en equidad⁴⁴³.

Por otra parte, el artículo 39 establece que la Secretaría General también podrá dirimir, “mediante arbitraje, controversias que los particulares le sometan referidas a la aplicación o interpretación de contratos de carácter privado que estén regidos por el ordenamiento jurídico de la CAN”. Añade el párrafo 2 de dicho artículo que el laudo que emita la Secretaría General deberá estar basado en criterios técnicos y de equidad, ajustados al derecho de la Comunidad.

Asimismo, los laudos emitidos por el Tribunal y por la Secretaría General serán obligatorios e inapelables, salvo que las partes acuerden lo contrario y, a su vez constituyen título legal y suficiente para solicitar su ejecución, de acuerdo al ordenamiento jurídico interno de cada País Miembro⁴⁴⁴.

Finalmente comentar que hasta la fecha, no se han emitidos laudos arbitrales, lo cual para algunos autores, no deja de ser sorprendente que aún no se haya hecho uso de esta “valiosa innovación especialmente en temas vinculados con la integración física, la propiedad intelectual, los seguros y el transporte en general”⁴⁴⁵.

2. Jurisdicción Laboral

Finalmente, el Protocolo de Cochabamba completa las nuevas atribuciones del TJCA, atribuyendo en la Sección Sexta, artículo cuarenta del Tratado, competencia al Tribunal “para conocer y dirimir las controversias de orden laboral que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración”. El Estatuto especifica que las acciones laborales que se interpongan ante el TJCA “tienen por objeto dirimir

⁴⁴² Artículo 38 párrafo 2 TTJCA.

⁴⁴³ Artículo 38 párrafo 3 TTJCA.

⁴⁴⁴ Artículo 38 párrafo 3 y artículo 39 párrafo 2 TTJCA.

⁴⁴⁵ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 143.

las controversias que, originadas en una relación de trabajo, se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable”⁴⁴⁶.

A propósito del alcance de la competencia que se consagra en esta disposición, el TJCA ha interpretado que “ella alcanza, en general, a las controversias que deriven de las relaciones de trabajo que se constituyan entre los órganos o instituciones del Sistema y los funcionarios o empleados que, bajo relación de dependencia, presten servicio remunerado en ellos”⁴⁴⁷.

En cuanto a la legitimación activa, podrán reclamar el cumplimiento de sus derechos laborales ante el Tribunal, los funcionarios o empleados “que tengan o hayan tenido relación laboral con cualquiera de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración determinados en el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Artículo 136 ETJCA.

⁴⁴⁷ TJCA, Proceso 75-DL-2003, sentencia de 5 de noviembre de 2004. Publicada en la *GOAC* N° 1156, de 10 de enero de 2005.

⁴⁴⁸ Artículo 137 párrafo 1 ETJCA.

II. CONTENCIOSO MERCOSUREÑO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 PO, de resultar infructuosas tanto las negociaciones directas que la mediación del GMC, se someterá el conflicto a la vía arbitral. Con las sucesivas reformas del sistema de solución de controversias, el procedimiento arbitral mercosureño ha experimentado un progresivo proceso de judicialización. Pese a ello, si comparamos su actividad arbitral con la actividad judicial del TJCA o del TJUE, destaca su escasez. Para ser preciso, durante la vigencia del Protocolo de Brasilia se dictaron 10 laudos arbitrales, mientras que, sobre la base del Protocolo de Olivos hasta la fecha se han emitido 6 laudos del TPR y 2 laudos de Tribunales Arbitrales *ad hoc*, es decir un total de 18 laudos arbitrales en 26 años de historia del MERCOSUR; laudos arbitrales que además versan casi exclusivamente sobre conflictos comerciales, a saber, medidas de efecto equivalente, salvaguardas, antidumping, etcétera. Para explicar esta situación conviene, en primer lugar, analizar las atribuciones arbitrales del TPR en el procedimiento mercosureño (§1) y, en segundo lugar, contemplar la incidencia real de este procedimiento en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes (§2).

§ 1. ATRIBUCIONES ARBITRALES DEL TPR EN UN PROCEDIMIENTO EN VÍA DE JURIDICIONALIZACIÓN

En este inédito y mejorado sistema de arbitraje establecido por el Protocolo de Olivos, le corresponde al TPR una doble función: entender en primera y única instancia en las controversias que se presentaran directamente ante el mismo y, en segunda instancia, en las controversias en las que se presentaran recursos de revisión contra los

laudos de los TAH. Además del procedimiento arbitral *stricto sensu*, cabe mencionar dos cuestiones que merecen una atención particular. En primer lugar, la determinación del objeto de la controversia que tras las interpretaciones divergentes originadas por la ambigua redacción del Protocolo de Brasilia, se revisó en el Protocolo de Olivos, pero sobre todo, la restringida legitimación para acceder al TPR ante el incumplimiento de un Estado Parte. Finalmente, el proyecto de Norma 02/2010 ofrece unas perspectivas prometedoras que merecen ser comentadas.

1. Atribuciones del TPR en el mejorado sistema de arbitraje mercosuerño

1.1. La doble función arbitral del TPR

En primer lugar, el TPR actuará como órgano de Primera y única instancia en las controversias que se presentaran directamente ante el mismo. Concluidos los trámites pre jurisdiccionales de negociaciones directas entre Estados previstos por los artículos 4 y 5 del Protocolo de Olivos, ellos de común acuerdo pueden someter la cuestión directamente y en única instancia al TPR. Esta hipótesis de acceso directo solo puede darse en las controversias entre Estados, pero no en los casos de reclamos de particulares⁴⁴⁹. En este caso, por tratarse de una primera y única instancia, el Tribunal debe actuar con la totalidad de sus miembros. El laudo debe ser adoptado por mayoría, ser fundado y suscrito por todos los integrantes del TPR. No se permiten votos en disidencia y las deliberaciones y votaciones deben ser confidenciales, siendo el plazo para expedirse de sesenta días, prorrógaes por treinta días.

Por otro lado, en las controversias en las que se presentaran recursos de revisión contra los laudos de los TAH, el TPR actuará como órgano de segunda instancia. En

⁴⁴⁹ Artículos 39 y ss PO.

virtud de los artículos 17 del Protocolo de Olivos y 36 del Reglamento del Protocolo de Olivos, el TPR, como órgano de alzada de los TAH, entiende en el recurso de revisión interpuesto contra el laudo de aquellos en un plazo de quince días a partir de su notificación. El recurso de revisión está limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia (quedan excluidas de este modo todas las cuestiones de hecho), y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo y no puede ser interpuesto contra laudos dictados en base a los principios *ex aequo et bono* (en equidad). Este recurso, por su alcance, constituye, como lo estableció el TPR en su primer laudo arbitral, más bien un mecanismo de casación que de revisión típica:

“ El Art. 17 del Protocolo de Olivos en su Numeral 2, establece expresamente que el recurso de revisión estará limitado a cuestiones de derecho y a las interpretaciones jurídicas del Tribunal Arbitral Ad Hoc. Es bueno resaltar en esta primera actuación del TPR que la distinción histórica entre cuestiones de derecho y de hecho está entroncada en el recurso de casación, una creación francesa.”⁴⁵⁰

A semejanza de la casación del Derecho nacional, el TPR puede confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del TAH, es decir que prevalecerá sobre el laudo del TAH⁴⁵¹. El dictado del laudo tiene además las mismas características que el dictado en primera y única instancia y se cuenta con un plazo para pronunciarse de treinta días, prorrogables por quince días más⁴⁵².

Sin embargo, el modo de funcionamiento del TPR está generando una serie de críticas por parte de la doctrina en la medida que difiere según los Estados Partes involucrados en la controversia; el artículo 20 del Protocolo distingue, en efecto, cuando el conflicto involucre a dos Estados Partes, y cuando involucre a más de dos.

En el primer caso, cuando la controversia involucre a dos Estados Partes, el párrafo primero del artículo 20 del Protocolo de Olivos y el artículo 33 del Reglamento del Protocolo de Olivos establecen que el Tribunal estará integrado solo con tres

⁴⁵⁰ TPR, Laudo N° 01/2005 de 20 de diciembre de 2005: “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”, considerado 1.

⁴⁵¹ Artículos 21 y 22 PO y 38 RPO.

⁴⁵² Artículos 21 PO y 37 y 38 RPO.

árbitros, uno nacional designado por cada Estado Parte en la controversia y el tercero que ejercerá la Presidencia, será elegido mediante sorteo realizado por el Director de la Secretaría del MERCOSUR entre los restantes árbitros no nacionales de los Estados Partes en la controversia.

En la segunda hipótesis, cuando la controversia involucre a más de dos Estados Partes, el párrafo segundo del artículo 20 del Protocolo de Olivos y el artículo 34 del Reglamento del Protocolo de Olivos disponen que el TPR actuará en su conjunto con los cinco árbitros.

Esta modalidad de hacer intervenir tres o cinco árbitros, se basó esencialmente en razones de simplicidad, celeridad y economía de medios. Sin embargo, para la doctrina, esta variación en la composición del TPR según los Estados Partes en conflicto “no coadyuva a la uniformidad y mayor certeza de los laudos y por ende a la seguridad jurídica del proceso integratorio”⁴⁵³. Para avanzar hacia la integración uniforme del Derecho mercosureño, hubiera sido más conveniente que en todos los casos el TPR funcione integrado por todos los miembros⁴⁵⁴. La experiencia en los conflictos llevados ante el TAH ha demostrado que, en las controversias planteadas entre dos Estados, la composición del TAH, integrado por sólo tres de sus miembros, será diferente según las Partes en la disputa, y por tanto suscitará distintas interpretaciones⁴⁵⁵. Será difícil pues lograr una interpretación uniforme del Derecho de MERCOSUR mediante el sistema preceptuado.

Por lo demás, esa distinción no resulta tan profundamente ventajosa, en la medida que la conformación con tres miembros solo juega en los casos en que el Tribunal actúa en segunda instancia de controversias entre dos Estados Partes; para todos los otros casos se requiere la intervención de los cinco árbitros⁴⁵⁶.

⁴⁵³ PUCEIRO RIPOLL R., “Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 618.

⁴⁵⁴ DREYZIN DE KLOR A. S., “El Protocolo de Olivos”, “Fórum Brasil-Europa”, *op. cit.*.

⁴⁵⁵ REY CARO E. J., *El protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, Marcos Lerner Editorial, Córdoba, 2002.

⁴⁵⁶ PUCEIRO RIPOLL R., “Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 618.

Por lo que respecta al alcance del laudo arbitral dictado por el TPR, los artículos 23 y 39 del Reglamento del Protocolo de Olivos establecen que el laudo arbitral es definitivo, no está sujeto a revisión y posee fuerza de cosa juzgada, pero puede presentarse recurso de aclaratoria contra el mismo.

En los términos del artículo 27 del Protocolo de Olivos, los laudos deben ser cumplidos en la forma y el alcance con que fueron dictados y esa obligación continúa aún en el caso de que se adopten medidas compensatorias de las que el Protocolo autoriza.

Sin embargo, existe, a cargo del TPR, un control jurisdiccional de las medidas compensatorias. En efecto, cuando un Estado parte en la controversia no cumpla total o parcialmente el laudo arbitral, la otra parte puede aplicar medidas compensatorias temporarias. No obstante si el Estado obligado a cumplir el laudo estima que las medidas que adoptó son satisfactorias, o que las medidas compensatorias aplicadas son excesivas, podrá llevar el caso ante el TPR, que se pronunciara sobre la situación en un plazo de treinta días⁴⁵⁷.

1.2. Esclarecimiento del objeto de la controversia

La cuestión del objeto de la controversia originó ambigüedades y dio lugar a interpretaciones disímiles del Reglamento del Protocolo de Brasilia, lo cual llevó los redactores del Protocolo de Olivos a esclarecer este punto esencial.

El artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia establecía que “el objeto de las controversias entre Estados y de los reclamos de particulares quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente”. Una postura consideraba que, el objeto de la controversia quedaba

⁴⁵⁷ Artículos 31 y 32 PO y 43 y 44 RPO.

establecido por las alegaciones radicadas en las etapas previas al arbitraje. En este sentido, el Tribunal que entendió, en el primer laudo arbitral, sostuvo que

“tanto el Protocolo de Brasilia como el de Ouro Preto, al prever etapas previas al arbitraje, imponen que no pueda añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y de contestación ante el Tribunal han de ajustarse a esa regla (...). Si el objeto de la controversia ha quedado fijado en la etapa de negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no puede haber modificación del objeto de la litis por las partes involucradas. Si admitiéramos en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior, estaríamos aceptando que se puede obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral, lo cual violenta la letra y el espíritu del procedimiento de solución del Mercosur.”⁴⁵⁸

En cambio, otra posición consideraba que la materia del conflicto es la que surge de los escritos de reclamación y de respuesta presentados por las partes ante el Tribunal aun cuando éstos contengan imputaciones no planteadas con anterioridad. En esta línea el tercer tribunal conformado para resolver una controversia en el MERCOSUR ha sostenido que

“interpreta el artículo 28 del RPB en el sentido de que el reclamante y/o reclamado pueden definir el objeto de la controversia hasta y no más allá de la presentación de los escritos de reclamación y/o de respuesta. Guiados por el artículo 28, las Partes establecieron el objeto de la disputa en los escritos de presentación y respuesta. El artículo 28 exige al Tribunal el examinar el contenido completo de las dos presentaciones, inclusive el “Petitorio”.”⁴⁵⁹

Como se podía prever, las diferencias apuntadas condujeron a adoptar soluciones divergentes. Además, este conflicto interpretativo de los tribunales sucesivos también hizo hincapié de la necesidad de una interpretación uniforme del derecho mercosureño.

⁴⁵⁸ TAH, Laudo 01: “Controversia sobre comunicados N° 37, del 17 de diciembre de 1997, y N° 7, del 20 de febrero de 1998 del departamento de operaciones de comercio exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco”.

⁴⁵⁹ TAH, Laudo 03 de 10 de marzo de 2000: “Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (RES. 861/99) del Ministerio Economía y Obras y Servicios Públicos”.

La adopción del Protocolo de Olivos y la nueva redacción del artículo 28 tiene, pues, como propósito aventar los aspectos contradictorios en torno a tan importante materia que resulta ser determinar el objeto de una controversia. Así, el artículo 17 del Protocolo de Olivos establece que la competencia del TPR se limitará a “las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y las interpretaciones jurídicas incluidas en el laudo del Tribunal *ad hoc*”⁴⁶⁰; pero sobre todo, el artículo 28 del Protocolo prescribe que “el objeto de la controversia quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta” de los Estados Partes sin que puedan ampliarse las cuestiones a hechos no considerados en las etapas previas al arbitraje⁴⁶¹.

El Reglamento del Protocolo de Olivos, en el artículo 27, completa los contenidos del objeto del conflicto, señalando que “estará constituido por los hechos, actos, omisiones o medidas cuestionadas por la parte demandante por considerarlos incompatibles con la normativa MERCOSUR, y sostenidos por la parte demandada, que hayan sido especificados en los respectivos escritos presentados ante el TAH”⁴⁶².

1.3. La legitimación restringida

Una cuestión que merece una reflexión especial radica en la determinación de los sujetos legitimados para acceder al TPR ante el incumplimiento de un Estado Parte.

En lo que hace específicamente a la legitimación activa, las principales deficiencias del actual sistema se detectan en torno al acceso de los particulares, el cual “en ocasiones se traduce en una denegación de justicia lisa y llana”⁴⁶³. Es más, algunos autores han afirmado que el Protocolo de Olivos ha significado un retroceso en lo que al

⁴⁶⁰ Artículo 17 PO.

⁴⁶¹ Artículo 28 PO.

⁴⁶² Artículo 27 PO.

⁴⁶³ JOVTIS I., “La legitimación activa en el sistema de solución de diferencias del MERCOSUR”, en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A., ZELAIA GARAGARZA M. (Directores), *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pág. 89.

acceso de los particulares⁴⁶⁴ y que “el ensanchar tal escenario ha quedado como evidente asignatura pendiente”⁴⁶⁵ del contencioso mercosureño.

En la actualidad, al contrario de lo previsto con el TJUE o con el TJCA, los entes institucionales componentes del proceso de integración mercosureño no tienen posibilidad de solicitar el TPR; sólo los Estados Partes tienen legitimación activa ante el TPR, mientras que las reclamaciones de los particulares, como ya se puso de relieve anteriormente, han quedado limitadas a una participación indirecta en la medida que están sujetas a un control por parte de las Secciones Nacionales del GMC.

Ahora bien, un sistema de solución de controversia que se limita a demandas “Estado contra Estado”, no es ajustado a la dinámica de un proceso de integración como el del MERCOSUR. Como lo destaca la Secretaría del MERCOSUR en *el Primer Informe Semestral*, “la práctica demuestra que los Estados son sumamente cautos a iniciar un procedimiento por incumplimiento contra otro Estado”⁴⁶⁶.

Efectivamente, de los cincuenta años de práctica judicial europea se desprende que fueron muy escasos los casos de incumplimiento que enfrentaron a dos Estados miembros, planteados ante el Tribunal de Justicia. La mayor parte del conflicto comunitario planteada ante el Tribunal y que permitió a este diseñar la arquitectura judicial de la Unión Europea, fueron recursos presentados por particulares, sea estos, personas físicas o jurídicas, contra los Estados por incumplimiento del derecho comunitario. Los conflictos entre Estados por incumplimiento de la norma comunitaria fueron asumidos por un órgano autónomo: la Comisión europea.

La importancia del tema tratado es evidente. No es novedoso señalar que uno de los factores claves para el desarrollo exitoso de un esquema de integración es adoptar un mecanismo de solución de conflictos eficiente, que asegure el imperio del ordenamiento

⁴⁶⁴ FERNANDEZ REYES J., “Comentaristas”, *Jornada Académica sobre el “Protocolo de Olivos para la Solución de las Controversias en el MERCOSUR”*, Asociación Latinoamericana de Integración-Facultad de Derecho. Universidad de la República, 10 de junio de 2002, Montevideo, 2003.

⁴⁶⁵ FERNÁNDEZ W., “El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 604.

⁴⁶⁶ Secretaría del MERCOSUR, *Primer Informe Semestral de la Secretaría del MERCOSUR, Un foco para el proceso de integración regional*, Secretaría del MERCOSUR, Montevideo, 2004, pág. 45.

normativo, y, en consecuencia, garantice la seguridad jurídica y los derechos de los particulares que operan en el proceso. La inexistencia de controles jurisdiccionales atenta contra este principio y perjudica la confiabilidad y el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, no debiendo olvidarse además, que la carencia de herramientas que garantice una tutela judicial efectiva, infringe los propios textos de las Cartas Magnas de todos los Estados Partes⁴⁶⁷.

En consecuencia, la profundización del proceso de integración mercosureño implicara tener en cuenta esta cuestión y buscar mecanismos eficaces para ampliar el acceso judicial a otros sujetos que los Estados Partes.

2. Perspectivas prometedoras con el proyecto de Norma 02/2010

Posiblemente, entre las novedades más significativas introducidas por el proyecto de Norma 02/2010 se dan en relación a la expansión de las competencias de este órgano jurisdiccional, introduciendo nuevas acciones que no estaban previstas en el Protocolo de Olivos, a la vez que amplía considerablemente la legitimación activa. Se ha comentado que “los particulares (personas físicas o jurídicas) son los principales “beneficiados” de la comentada ampliación”⁴⁶⁸.

Así, consciente de las profundas carencias del actual mecanismo, la Corte de Justicia ideada tendrá competencia para entender en *acciones de nulidad* contra normas emanadas de los órganos mercosureños, en *acciones por omisión* para las hipótesis en las que la inactividad de los órganos regionales infrinja el ordenamiento del bloque, así como en el caso de afectar negativamente los derechos subjetivos o intereses legítimos de las personas físicas y jurídicas, y en *acción de incumplimiento*, contemplando casos

⁴⁶⁷ DREYZIN DE KLOR A. S. y PEROTTI D. A., *El Rol de los Tribunales Nacionales de los Estados del MERCOSUR*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009.

⁴⁶⁸ JOVTIS I., “La legitimación activa en el sistema de solución de diferencias del MERCOSUR”, *op. cit.*, pág. 95.

en que un Estado Parte haya incurrido en la violación de las obligaciones emanadas del derecho mercosureño.

La acción de nulidad y la acción por omisión podrán ser incoadas por los Estados Partes, el Parlamento del MERCOSUR, el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común, la Comisión de Comercio del MERCOSUR, la Secretaría del MERCOSUR y las personas físicas y jurídicas cuando las normas afecten a sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos⁴⁶⁹. En el caso de la acción de nulidad, se permite ampliar la legitimación activa, extendiéndola a otros órganos del MERCOSUR⁴⁷⁰. En cuanto a la acción de incumplimiento se confiere legitimación activa a los Estados Partes, al Parlamento del MERCOSUR, a la Secretaría del MERCOSUR y a las personas físicas o jurídicas⁴⁷¹, estableciendo distintos procesos según el reclamante del que se trate⁴⁷².

Asimismo, se otorga a la CJM competencias de naturaleza arbitral estableciendo, por una parte, que será competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdo, suscrito entre órganos del MERCOSUR o entre éstos y terceros, cuando las Partes así lo acuerden⁴⁷³, y, por otro lado, que las personas físicas y jurídicas podrán acordar someter a arbitraje de la Corte, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado, regidos por las normas del MERCOSUR⁴⁷⁴.

Finalmente el proyecto atribuye a la CJM funciones de índole laboral teniendo en cuenta principalmente el creciente número de funcionarios de los órganos del MERCOSUR y por tanto de las controversias administrato-laborales que podrían resultar de la correspondiente relación contractual⁴⁷⁵.

⁴⁶⁹ Artículos 17.2 y 22.1 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

⁴⁷⁰ Artículo 17.3 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

⁴⁷¹ Artículo 24 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

⁴⁷² Artículos 26 a 32 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

⁴⁷³ Artículo 40 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

⁴⁷⁴ Artículo 41 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

⁴⁷⁵ Artículo 43 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

En definitiva, “la ampliación competencial de este órgano jurisdiccional, así como el mayor protagonismo otorgado a los particulares dentro del sistema de solución de controversias del proyecto de integración sudamericano, resultan más afines a un proceso comunitario ambicioso, como es el MERCOSUR”⁴⁷⁶.

§ 2. INCIDENCIA SUMAMENTE LIMITADA EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

La estructura jurídica del MERCOSUR suele experimentar una situación de parálisis consecuencia de la escasa aplicación efectiva del derecho mercosureño derivado vinculante (esto es Decisiones del CMC, Resoluciones del GMC, Directivas de la CCM), derecho que, recordemos, es de carácter obligatorio para los Estados Partes pero depende en la práctica de un procedimiento de incorporación de los Estados Partes a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos o nacionales. Lo expresado implica que “el incumplimiento de uno de los Estados Partes de su obligación de incorporar la normativa común propia del derecho de integración derivado del MERCOSUR, genera en los hechos una especie de *efecto bloqueo* que impide la aplicación de la misma no solamente en su jurisdicción, sino en el conjunto de los Estados Partes”⁴⁷⁷.

Frente a la situación expuesta, la única alternativa actualmente posible, en el marco del proceso de integración regional, es recurrir ante el TPR para sancionar el incumplimiento del o de los Estados Partes incumplidores, tal y como sucede en los marcos europeo y andino. Pero las limitaciones del sistema de solución de controversias impiden una penetración más efectiva del derecho mercosureño en los ordenamientos

⁴⁷⁶ JOVTIS I., “La legitimación activa en el sistema de solución de diferencias del MERCOSUR”, *op. cit.*, pág. 98.

⁴⁷⁷ PAVÓN PISCITELLO D., “Eficacia jurídica de la normativa común en procesos de integración regional, especial referencia al derecho del MERCOSUR”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 5, N° 9, Marzo 2017, pp. 58-77.

jurídicos de los Estados Partes. Estas limitaciones se deben en gran medida al posible *forum shopping* que además alimenta la controvertida opción de foro.

1. El frágil edificio jurídico mercosureño

El litigio que ilustra la limitada influencia del sistema de solución de controversias mercosureño en los ordenamientos nacionales de los Estados Partes fue el llamado litigio de las pasteras entre Uruguay y Argentina, que puso de relieve la fragilidad del edificio jurídico mercosureño y logró poner en riesgo dicho proceso de integración⁴⁷⁸.

El detonante de este conflicto fue la autorización del gobierno de Uruguay de instalar una planta de producción de pasta de celulosa en Fray Bentos, ciudad ubicada en territorio uruguayo sobre la margen este de las aguas binacionales del río Uruguay, y a su vez en frente de la población argentina de Gualeguaychú. En protesta por posibles daños ambientales que podría generar la actividad de producción de pasta de celulosa, pobladores y ambientalistas de Gualeguaychú iniciaron cortes esporádicos en las rutas fronterizas (cómo por ejemplo en el puente que une Gualeguaychú con Fray Bentos) impidiendo así la libre circulación entre ambos países.

En consecuencia, Argentina recurrió a la CIJ por violación del Estatuto del Río Uruguay, firmado el 26 de febrero de 1975 entre Uruguay y Argentina, y relativo al “óptimo y racional aprovechamiento del río”⁴⁷⁹. Por su parte, Uruguay presentó una reclamación ante el Tribunal Arbitral *ad hoc* del MERCOSUR por violación a la libre circulación consagrada en el Tratado fundacional.

⁴⁷⁸ Para un estudio sobre este litigio véase GAJATE R. M., “Una conflictiva cuestión medioambiental subregional: el caso de las pasteras” en MELLADO N. y CIENFUEGOS M. (Editores), *Los Cambios en la Infraestructura regional y sus impactos ambientales en clave de mejorar la Gobernabilidad en el MERCOSUR*, Lerner Editora, Córdoba, Argentina 2011, pp. 295-321.

⁴⁷⁹ Artículo 1 del Estatuto Del Río Uruguay.

Por lo que respecta el Laudo arbitral del TAH del MERCOSUR⁴⁸⁰, este acogió parcialmente la pretensión de Uruguay argumentando que

“la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso corregir los cortes de las rutas que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, realizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay (...), no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países”⁴⁸¹.

Sin embargo, si bien acoge favorablemente la pretensión de Uruguay, el Tribunal decide no sancionar Argentina a pesar de las reiteradas obstrucciones. Por ello el laudo fue criticado por la doctrina y calificado de postmoderno⁴⁸² e incluso de salomónico⁴⁸³. Para la doctrina este laudo “descontextualiza institutos jurídicos, evitando emplear el lenguaje técnico jurídico propio de esos institutos; imbrica los sentimientos del Tribunal con la ponderación de los hechos, asigna peso jurídico a creencias intersubjetivas que responden al error de derecho; reconoce la complejidad de la situación dada la multiactorialidad; deja de lado las argumentaciones propias de la analítica jurídica; muestra poco apego al derecho formal del MERCOSUR y al derecho internacional”⁴⁸⁴. Finalmente comentar que Argentina decidió no apelar este laudo ante el TPR.

⁴⁸⁰ Concretamente el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *ad hoc* de fecha del 6 de septiembre del 2006: “Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de las vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental de Uruguay”. Para un estudio de este Laudo véase DRNAS DE CLÉMENT Z., “Un fallo postmoderno (Laudo de 06/09/06 del TAH del MERCOSUR)” en *Revista DeCITA*, Vol. 7, Ed. Boiteaux/Zavallía, Brasil-Argentina, 2007, pp. 517-537 y AMZEL-GINZBURG C., “Uruguay-Argentina: impedimentos a la libre circulación” en MELLADO N. y CIENFUEGOS M. (Editores), *Los Cambios en la Infraestructura regional y sus impactos ambientales en clave de mejorar la Gobernabilidad en el MERCOSUR*, Lerner Editora, Córdoba, Argentina 2011, pp. 323-338.

⁴⁸¹ TAH, Laudo de 6 de septiembre del 2006, *op. cit.*, Decisión, punto segundo, pág. 39.

⁴⁸² Por la denominación de posmoderno, véase DRNAS DE CLÉMENT Z., “Un fallo postmoderno (Laudo de 06/09/06 del TAH del MERCOSUR)”, *op. cit.*.

⁴⁸³ Por ejemplo, el diario argentino *La Nación*, en su edición de 7 de septiembre de 2006, tituló: “El conflicto con Uruguay: fallo salomónico de un tribunal regional. Papeleras: critican los cortes pero no sancionan al país”.

⁴⁸⁴ DRNAS DE CLÉMENT Z., “Un fallo postmoderno (Laudo de 06/09/06 del TAH del MERCOSUR)”, *op. cit.*, pág. 520.

En cuanto al fallo de la CIJ de 20 de abril de 2010, el dictamen establece que Uruguay incumplió con sus obligaciones procesales previstas en el Estatuto del Río Uruguay de notificar, informar debidamente al país vecino sobre la construcción de la planta de producción de pasta de celulosa en Fray Bentos y negociar de buena fe los aspectos relativos a dicha instalación. Sin embargo, para la Corte, en base a la documentación presentada, “no hay elementos suficientes para decir que Uruguay violó sus obligaciones con respecto a la protección de la fauna y la flora”, por lo que concluye que no hay motivos para ordenar el desmantelamiento de la planta.

En definitiva, la problemática que plantea este conflicto fue la elección de resolver el diferente fuera del marco jurídico mercosureño, a través la vía internacional de la CIJ, en vez de recurrir a los instrumentos regionales a disposición. La elección de esta alternativa resalta la fragilidad del sistema jurídico mercosureño y su necesidad en pensar “adecuar su sistema de solución de controversias a las problemáticas que generan los cambios en la infraestructura regional”⁴⁸⁵.

2. La problemática compatibilidad con los acuerdos de la OMC

Los procesos regionales de integración como el MERCOSUR no son *a priori* incompatibles con los acuerdos internacionales constitutivos de la OMC, más bien al contrario. Sin embargo, debido a la posible coincidencia normativa de ambas organizaciones, algunas controversias pueden afectar varios Estados Partes del MERCOSUR sobre los ordenamientos jurídicos constituidos a la vez por el MERCOSUR y por la OMC⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ GAJATE R. M., “Una conflictiva cuestión medioambiental subregional: el caso de las pasteras”, *op. cit.*, pág. 319.

⁴⁸⁶ DAILLIER P., BENLOLO-CARABOT M., SUSANI N., VAURS-CHAUMETTE A.-L., “La jurisprudence des tribunaux des organisations d’intégration latino-américaines (chronique n° 3 – Le droit matériel)”, in *Annuaire français de droit international*, volume 53, 2007, pág. 770.

Esta situación se vio reflejada en la controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina sobre aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros⁴⁸⁷ y en el asunto sobre la “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”.

La primera controversia enfrentó Brasil y Argentina sobre la aplicación de medidas antidumping que aprobó Argentina contra la exportación de pollos enteros procedentes de Brasil. Brasil afirmaba que la resolución aprobada por el gobierno argentino no era compatible con la normativa mercosureña, pero al no existir normas específicas del MERCOSUR que regulasen el procedimiento de investigación de dumping y aplicación de medidas antidumping intrazona, Brasil reclamó al TAH que se analizara las disposiciones pertinentes del MERCOSUR en correlación con las correspondientes en el Acuerdo antidumping de la OMC. En consecuencia, Brasil solicitaba al TAH que declarase el incumplimiento por el gobierno argentino mientras que Argentina solicitaba que se rechazara la demanda brasileña y que se ratificara la normativa nacional. Al final, el TAH desestimó la reclamación de Brasil alegando que la resolución argentina “motivo de estas actuaciones satisface condiciones de razonabilidad”⁴⁸⁸.

Sin embargo, ante su disconformidad con el laudo arbitral del TAH, Brasil sometió el asunto ante el OSD de la OMC y este dictaminó favorablemente por Brasil. La actitud de Brasil de recurrir al ORD a pesar del dictamen del TAH⁴⁸⁹ fue duramente criticada y según Argentina justificaba invocar el principio de estoppel. En todo caso, este asunto ilustra el peligro que supone de la opción de elección de foro para la integridad y la viabilidad del edificio jurídico del MERCOSUR.

⁴⁸⁷ TAH, Laudo 04 de 21 de mayo de 2001: “Controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina sobre aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil (RES. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina”. Para un estudio de esta controversia véase SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, *op. cit.*, pág. 37 y ss.

⁴⁸⁸ TAH, Laudo 04 de 21 de mayo de 2001, *op. cit.*, considerado 212.

⁴⁸⁹ Precisar que, en aquel momento, el Protocolo de Olivos aún no estaba en vigor por lo que la cláusula de exclusividad de foro no era aplicable.

El detonante del siguiente asunto fue la adopción por Argentina de una ley de prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay, destinada a evitar, según el gobierno argentino, daño potencial al medio ambiente y a la salud pública. Ante el pronunciamiento del TAH favorable a Argentina⁴⁹⁰, Uruguay presentó recurso de revisión ante el TPR. En el Laudo N° 01/2005, el TPR revocó la decisión del TAH y ordenó a Argentina derogar o modificar su prohibición contra los neumáticos remoldeados al considerarla “restrictiva al libre comercio y discriminatoria”, pero sobre todo porque “no salvaba el examen de justificación y de proporcionalidad”, concluyendo que la ley argentina era “incompatible con los principios jurídicos en los cuales se basa el MERCOSUR”⁴⁹¹.

Posteriormente, Uruguay, considerando que Argentina no había dado cumplimiento de la decisión del TPR, decidió la aplicación de medidas compensatorias. Argentina solicitó al TPR, invocando el exceso en la aplicación de medidas compensatorias pero el TPR, en el Laudo N° 01/2007, desestimó su solicitud⁴⁹². Por lo que Argentina modificó su legislación, condicionando la importación de neumáticos remoldeados a la exportación previa de neumáticos usados de origen argentino. Disconforme con la modificación argentina, Uruguay recurrió nuevamente ante el TPR. Argentina defendió su legislación argumentando que la nueva medida estaba justificada por las disposiciones del GATT, “debido a la relación simbiótica existente entre ambos supuestos”, y trayendo a colación, en su análisis, la jurisprudencia del órgano de apelación de la OMC sobre un asunto similar⁴⁹³. Pese a ello, el TPR, en el Laudo N° 01/2008, pronunció el incumplimiento de Argentina, pero en base a una interpretación compatible con la jurisprudencia de la OMC.

⁴⁹⁰ TAH, Laudo de 25 de octubre de 2005, constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados”.

⁴⁹¹ TPR, Laudo N° 01/2005 de 20 de diciembre de 2005: “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”. Recurso de Revisión Presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del TAH de 25 de Octubre de 2005.

⁴⁹² TPR, Laudo N° 01/2007 de 8 de junio de 2007: “Prohibición de importación de neumáticos Remoldeados procedentes del Uruguay” —solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias—.

⁴⁹³ TPR, Laudo N° 01/2008 de 25 de abril de 2008: “Divergencia sobre el cumplimiento del Laudo N° 1/05, iniciada por la República Oriental del Uruguay (Art. 30 Protocolo de Olivos)”.

En definitiva, este asunto ilustra la voluntad del TPR de adaptar su interpretación con los criterios establecidos por la OMC para que su jurisprudencia sea compatible con los principios del derecho internacional⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ DAILLIER P., BENLOLO-CARABOT M., SUSANI N., VAURS-CHAUMETTE A.-L., “La jurisprudence des tribunaux des organisations d’intégration latino-américaines (chronique n° 3 – Le droit matériel)”, *op. cit.*, pág. 774.

CAPITULO IV. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN UNIFORME DEL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

I. LA CONSULTA PREJUDICIAL ANDINA: LA INSPIRACIÓN EUROPEA

El procedimiento prejudicial tiene como propósito de asegurar la uniformidad del derecho comunitario en el conjunto de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Como explica Pierre Pescatore, encontramos precedentes del mecanismo prejudicial en los diferentes ordenamientos nacionales como, por ejemplo, en la Ley Fundamental alemana de 23 de mayo de 1949, en la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 o en la práctica judicial francesa de los órganos jurisdiccionales en materia de interpretación de Tratados internacionales⁴⁹⁵.

Sin embargo, la gran originalidad de la competencia prejudicial establecida en el sistema judicial europeo que la diferencia substancialmente con los clásicos mecanismos anteriormente citados⁴⁹⁶, reside en el notable éxito que la remisión

⁴⁹⁵ PESCATORE P., “Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. y LIÑAN NOGUERAS J. D., *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, pág. 528.

⁴⁹⁶ En un amplio y profundo estudio, Koenraad Lenaerts reveló que, con el recurso prejudicial, los negociadores comunitarios recogieron inconscientemente la opción descartada por los Estados Unidos de América durante la Convención constituyente de Filadelfia, a saber, la de una aplicación descentralizada del orden jurídico común bajo el control de una única instancia judicial central (véase LENAERTS K., *Le*

prejudicial ha tenido en la práctica de la Comunidad, representando hoy en día la fuente más importante de asuntos para el Tribunal de Justicia Europeo, pero sobre todo, y conviene subrayar este punto clave una y otra vez, en el hecho que la competencia prejudicial constituye posiblemente, la pieza más importante del control jurisdiccional establecido por el derecho comunitario⁴⁹⁷. La cuestión prejudicial fue en efecto el instrumento procesal a partir del cual el Tribunal de Justicia ha diseñado la arquitectura europea de un modelo de poder judicial⁴⁹⁸, convirtiéndose así en la “*clé de voûte*”⁴⁹⁹ del sistema jurisdiccional comunitario.

En este sentido y sin entrar en una valoración crítica del Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014⁵⁰⁰ en virtud del cual el TJUE declaró la incompatibilidad del Proyecto de Adhesión de la UE al CEDH con los Tratados UE y FUE, nos detendremos brevemente en uno de los argumentos que motivó el dictamen del Tribunal. Resumidamente, para el TJUE, “puesto que el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la UE, el mecanismo instaurado por el Protocolo nº16 podría, especialmente tratándose de derechos garantizados por la Carta que se correspondiesen con los reconocidos por el CEDH, afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE”⁵⁰¹, “creando así un riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial que constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados”⁵⁰². En consecuencia, concluye el

juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen, Bruylant, Bruxelles, 1988, pág. 678 y ss.).

⁴⁹⁷ RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., *Le pouvoir judiciaire de la communauté européenne au stade actuel de l'évolution de l'Union*, Jean Monnet Chair Papers, Nº 41, Robert Schuman Centre at the European University Institute, 1996, pág. 24.

⁴⁹⁸ SARMIENTO D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004, pág. 50 y ss.

⁴⁹⁹ LECOURT R., “La Cour de Justice des Communautés vue de l'intérieur”, en *Europäische Gerichtsbarkeit und National Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum. 70. Geburtstag von Hans Kutscher* (Eds. Grewe, Rupp y Schneider), Ed. Nomos, Baden-Baden, 1981, pág. 271.

⁵⁰⁰ TJUE, Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454). Para un análisis crítico véase por ejemplo JACQUÉ J. P., “*Pride and/or Prejudice ? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice*”, *Cahiers de droit européen*, 2015, pp. 19-46 ; JACQUÉ J. P., “L'avis 2/13 de la Cour de Justice sur l'adhésion de l'Union à la CEDH et après? ”, *Parlement européen, Département thématique C: droits des citoyens et affaires constitutionnelles*, Bruxelles, 2016, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556975/IPOL_STU\(2016\)556975_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556975/IPOL_STU(2016)556975_FR.pdf); ALONSO GARCÍA R., “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014”, *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)*, nº 25, Madrid, 2015, disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2015-11-25-Binder1.pdf>.

⁵⁰¹ TJUE, Dictamen 2/2013, *op. cit.*, apartado 197.

⁵⁰² TJUE, Dictamen 2/2013, *op. cit.*, apartado 198.

TJUE, “la adhesión de la Unión al CEDH tal como está prevista en el Proyecto de acuerdo puede afectar a las características específicas del Derecho de la Unión y a su autonomía”⁵⁰³.

Inspirado por el instrumento europeo, el Pacto Andino instauró la consulta prejudicial como herramienta procesal para asegurar la interpretación y la aplicación uniforme de su ordenamiento jurídico (§1). La influencia de la cuestión prejudicial europea en la elaboración del mecanismo prejudicial andino salta por tanto a la vista, a pesar de unas características propias que lo distingue del mecanismo europeo (§2) aunque decepciona, no obstante, una incidencia excesivamente limitada en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros (§3).

§ 1. EL PROPÓSITO DEL MECANISMO PREJUDICIAL...

1. ...consiste en garantizar la unidad de interpretación y de aplicación del derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos nacionales...

Desde el inicio de la construcción europea, era evidente para los arquitectos comunitarios que el éxito del proceso de integración estaría en la creación de una única norma para todos en el territorio europeo, interpretada y aplicada de la misma manera por los Tribunales nacionales de todos los Estados miembros. Y quedó claro que el órgano encargado de velar por la interpretación uniforme del derecho comunitario sería el Tribunal de Justicia⁵⁰⁴.

⁵⁰³ TJUE, Dictamen 2/2013, *op. cit.*, apartado 200.

⁵⁰⁴ En palabras de Robert Lecourt : “Que tout conduise à l’exigence d’une application uniforme des règles communautaires est une évidence solaire! Ces règles doivent recevoir même interprétation et même application en tous les Etats membres” (LECOURT R., *L’Europe des juges*, *op. cit.*, pág. 264).

Con la adopción del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, la CAN otorgó al TJCA la “capacidad exclusiva para interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico del mismo, y lo hizo con un propósito esencial para la construcción integracionista”⁵⁰⁵: asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros⁵⁰⁶.

Si se tiene en cuenta “que la mayor parte del derecho comunitario es desarrollado y ejecutado en régimen de descentralización por las autoridades nacionales, encargados de velar por su correcta aplicación, parece claro que el ordenamiento jurídico comunitario corre el riesgo de ruptura si su fase aplicativa se dejara por completo en mano de los Estados miembros con posibilidad de divergencia entre unos y otros”⁵⁰⁷. Por tanto, el mecanismo prejudicial debe permitir evitar una desestabilización del derecho comunitario, que podrían provocar interpretaciones y aplicaciones divergentes de la normativa comunitaria por parte de los órganos judiciales de los Estados miembros, garantizando de este modo la seguridad jurídica de la Comunidad. Conviene no olvidar que una Comunidad de Derecho no solo supone una misma norma común, sino 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”⁵⁰⁸. Tanto el Tribunal de Justicia Europeo como el de la Comunidad Andina han subrayado reiteradamente esta función central de las cuestiones prejudiciales; así, siempre son muy explícitas las consideraciones del Tribunal Europeo cuando declara, como por ejemplo en la sentencia *Rheimühlen*, de 16 de enero 1974, que

“el artículo 177 [*actual artículo 267 TFUE*], esencial para preservar el carácter comunitario del Derecho establecido por el Tratado, tiene por objeto garantizar que este Derecho produzca el mismo efecto en cualesquiera circunstancias en todos los Estados de la Comunidad; (...) si bien tiene por objeto evitar divergencias en la interpretación del Derecho comunitario que han de aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales, pretende también garantizar esta aplicación ofreciendo al juez nacional un medio para eliminar las

⁵⁰⁵ TJCA, Proceso 2-IP-91, sentencia *Kadoch*, de 26 de febrero de 1991. Publicada en la *GOAC* N° 78, de 18 de marzo de 1991, considerado 1.

⁵⁰⁶ Artículo 32 TTJCA.

⁵⁰⁷ ALONSO GARCÍA R., *El juez español y el derecho comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 217.

⁵⁰⁸ LECOURT R., “La Cour de Justice des Communautés vue de l’intérieur”, *op. cit.*, pág. 271.

dificultades que pueda suscitar la exigencia de dar plenos efectos al Derecho comunitario en el marco de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros”.⁵⁰⁹

Estas consideraciones nos recuerdan aquellas del TJCA, en su primera interpretación prejudicial de 3 de diciembre de 1987, Proceso 1-IP-87, *Aktiebolaget Volvo*, según las cuales la interpretación prejudicial

“Es función básica..., indispensable para tutelar el principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, “a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembros” (artículo 28 del Tratado de Creación [*actual artículo 32 TTJCA*]), objetivo fundamental que está lógicamente fuera de las competencias de los jueces nacionales”.⁵¹⁰

Además, la *Nota informativa* elaborada por el TJCA a destinación de los órganos judiciales nacionales y cuyo propósito es facilitar el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial, enuncia claramente que la finalidad del mecanismo prejudicial “no es otra que resguardar la aplicación uniforme de todos los jueces en el territorio de los Países Miembros”⁵¹¹.

Finalmente, en su *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea*, el Tribunal de Justicia reconoció el papel fundamental que desempeña la cuestión prejudicial como herramienta jurídica que permite la interpretación uniforme de la norma común por todos los órganos jurisdiccionales nacionales argumentando que si

“el Derecho Comunitario ha conseguido implantarse tan profundamente en la realidad jurídica de los Estados miembros, se debe a que ha sido concebido, interpretado y aplicado como una norma uniforme por los ciudadanos, las administraciones y los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros; (...) el sistema de remisión prejudicial constituye la verdadera piedra angular del funcionamiento del mercado

⁵⁰⁹ TJCE, sentencia *Rheimühlen* de 16 de enero 1974 (166/73), considerados 2 y 3.

⁵¹⁰ TJCA, Proceso 01-IP-87, sentencia *Aktiebolaget VOLVO*, de 3 de diciembre de 1987. Publicada en la *GOAC* N° 28, de 15 de febrero de 1988.

⁵¹¹ TJCA, *Nota Informativa sobre el planteamiento de la solicitud de Interpretación Prejudicial por los órganos judiciales nacionales*. Publicada en la *GOAC* N° 694, de 3 de agosto de 2001.

interior, puesto que resulta fundamental para preservar el carácter comunitario del Derecho instituido por los Tratados y para garantizar en toda circunstancia a ese Derecho el mismo efecto a todos los miembros de la Unión.”⁵¹²

En el ámbito andino, si bien es cierto que la remisión prejudicial está lejos de haber desempeñado un papel tan determinante, el TJCA y la doctrina andina son plenamente conscientes de que este mecanismo jurídico es imprescindible para contribuir a la evolución y al desarrollo del derecho comunitario andino. En este sentido, en su discurso de posesión, la Presidenta del TJCA para la gestión 2017, Cecilia Luisa Ayllón Quinteros, recordó que la actividad jurisdiccional es la parte sustantiva y la razón de ser del Tribunal pero sobre todo manifestó lo importante que supone una mejora de “la calidad y cantidad de Sentencias e Interpretaciones Prejudiciales que emite este Órgano Supranacional”⁵¹³.

2. ...mediante una estrecha cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales...

El reenvío prejudicial es el primer y principal mecanismo de cooperación judicial en la UE⁵¹⁴. Gracias a la cuestión prejudicial, la estructura jurisdiccional “ha estado imbuida de un fuerte calado cooperativo a través del cual los jueces nacionales y el juez comunitario actúan de consumo en un marco de mutua ayuda”⁵¹⁵.

Desde las primeras sentencias, ambos Tribunales de Justicia comunitarios han subrayado esta característica esencial del mecanismo prejudicial y perfilado sus contornos. Por ejemplo, en la sentencia *Schwarze*, de 1 de diciembre de 1965, el

⁵¹² Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea reproducido en GARCÍA DE ENTERRÍA E., TIZZANO A. y ALONSO GARCÍA R., *Código de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1996.

⁵¹³ “Discurso de posesión como Presidenta del Tribunal para la gestión 2017 de la Doctora Cecilia Luisa Ayllón Quinteros”, de fecha 16 de enero del 2017, en sesión administrativa del Pleno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en Quito.

⁵¹⁴ BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., pág. 828.

⁵¹⁵ SARMIENTO D., *Poder judicial e integración europea*, op. cit, pág. 167.

entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas enunció la especificidad de

“la cooperación judicial establecida mediante el artículo 177 [*actual artículo 267 TFUE*], en virtud del cual el órgano jurisdiccional nacional y Tribunal de Justicia deben cooperar directa y recíprocamente, dentro del ámbito de sus propias competencias, a la elaboración de una resolución con el fin de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros.”⁵¹⁶

En los siguientes términos muy similares se expresa el TJCA en su primera interpretación prejudicial ya citada de 3 de diciembre de 1987, Proceso 1-IP-87, asunto *Aktiebolaget Volvo*:

“Se ha establecido así un sistema de división de trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de integración, competencia que le 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, para no interferir con la tarea que es de la exclusiva competencia del juez nacional. En otros términos, la jurisdicción comunitaria andina está constituida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por los Tribunales nacionales a los que el ordenamiento jurídico andino les atribuye competencia para decidir asuntos relacionados con este derecho”.⁵¹⁷

Además, en el primer párrafo de la *Nota informativa* elaborada por el TJCA a disposición de los jueces nacionales, se hace hincapié de la naturaleza de la interpretación prejudicial como “mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en el que este último representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno”⁵¹⁸.

⁵¹⁶ TJCE, sentencia *Schwarze* de 1 de diciembre de 1965 (16/65).

⁵¹⁷ TJCA, Proceso 1-IP-87, *op. cit.*, considerado 1.

⁵¹⁸ TJCA, *Nota Informativa sobre el planteamiento de la solicitud de Interpretación Prejudicial por los órganos judiciales nacionales*, *op. cit.*.

Se desprende del mecanismo prejudicial que la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de recurrir al Tribunal de Justicia implica necesariamente la competencia jurisdiccional de éstos en el terreno comunitario, lo cual significa, parafraseando la muy famosa fórmula de Robert Lecourt, que “cualquier juez nacional es también juez comunitario”⁵¹⁹.

Por su parte, los jueces nacionales de los Estados Miembros de la CAN han perfectamente entendido la finalidad del mecanismo prejudicial y asumido su rol dentro del ordenamiento jurídico comunitario como lo demuestra, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Bolivia en aplicación de la sentencia del Proceso 105-IP-2010:

“La interpretación prejudicial es "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". Se está en presencia de una figura que persigue asegurar una aplicación simultánea y descentralizada del derecho comunitario por parte de los jueces nacionales, en colaboración con los jueces comunitarios.

(...) La interpretación del TJCA tiene fuerza obligatoria, es decir, que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada, no se trata pues de una mera directiva o sugerencia, sino que vincula al juez nacional que hizo el reenvío y a los demás tribunales que deben conocerla por vía de recurso. Tiene autoridad de cosa juzgada, así lo establece expresamente el art. 35 del Tratado de Creación del Tribunal, que expresa: “El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

(...) Cuando un juez nacional conozca un asunto en donde se deban interpretar y aplicar normas comunitarias andinas, en virtud del principio de colaboración judicial en el ámbito andino y de las características del sistema comunitario, su actuación sería la de un verdadero juez comunitario andino; es decir, si bien es un juez nacional, cuando se enfrenta a un asunto que tenga que ver con normas comunitarias, dicho juez interno personifica o encarna la figura de juez comunitario andino. En esta circunstancia, el juez interno debe velar por la validez y eficacia del ordenamiento comunitario andino y, para

⁵¹⁹ LECOURT R, *L'Europe des juges*, op. cit., pág. 9.

logar esto, se encuentra investido de todas las prerrogativas para lograr dicho objetivo...”.⁵²⁰

De manera similar al anterior pronunciamiento, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia N° C-227/99, de 14 de abril de 1999, realiza las siguientes precisiones:

“la atomización de interpretaciones podría conducir a situaciones de inequidad, lo cual minaría el esfuerzo de integración. Dado que la interpretación uniforme sólo abarca el contenido y alcance de las normas de la comunidad, no se puede aducir que se vulnere la autonomía funcional de los jueces nacionales. En últimas se revela en esta materia, relacionada con la aplicación del derecho comunitario, un rasgo inherente a la formación y puesta en obra de un ordenamiento jurídico supranacional, que apela al concurso de los órganos judiciales nacionales con el objeto de aplicar sus normas a las controversias que se sometan a su consideración. Justamente, los medios procesales de unificación de la interpretación, apuntan a armonizar los campos de actuación de los diferentes órganos judiciales, lo que se realiza concediendo al Tribunal preeminencia en lo que atañe a la determinación del contenido y alcance del derecho comunitario”.⁵²¹

El mecanismo prejudicial está basado en un reparto de las funciones jurisdiccionales entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales⁵²². Nos hallamos, explica la Corte Constitucional de Colombia, en presencia

“de una particular colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario, aun cuando ambos actúen en ámbitos jurisdiccionales diferentes, en la aplicación de normas que tienen distinto contenido de validez, pero que exigen una interpretación integral. No existe, por tanto superposición de una jurisdicción sobre otra, que pudiera dar lugar a la estructura de una jerarquía, sino más bien actuaciones jurisdiccionales complementarias e interactuantes de los jueces comunitarios y nacionales que permiten la aplicación

⁵²⁰ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 0844/2014, de 8 de mayo de 2014.

⁵²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-227/99, de 14 de abril de 1999, apartado 13, considerado 3.

⁵²² Pierre Pescatore destaca que “el Tribunal de Justicia Europeo ha tratado de describir este reparto mediante fórmulas que han variado con el tiempo: primero “separación”, y más tarde “cooperación”” (PESCATORE P., “Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE”, *op. cit.*, pág. 545).

uniforme del derecho comunitario, e igualmente conciliada con el derecho nacional.”⁵²³

Resumidamente, por un lado, la interpretación del Tribunal de Justicia ha de ser abstracta y no comportar una aplicación del derecho comunitario a un asunto determinado en la medida que el Tribunal de Justicia no está llamado a resolver directamente el caso sometido al juez interno, y por otro lado, la puesta en obra de la interpretación para la solución del caso concreto depende siempre y exclusivamente del juez nacional. No obstante, en la práctica, el estricto respeto de esta distribución de las funciones no resulta tan fácil e incluso ha llegado a ser problemático⁵²⁴.

En todo caso, la idea y la finalidad de este mecanismo de cooperación judicial son de colocar al Tribunal de Justicia, “como órgano encargado de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por los jueces y Tribunales nacionales a la hora de velar por

⁵²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-228/95, de 25 de mayo de 1995.

⁵²⁴ Para ilustrar dicha problemática merece detenerse brevemente en la evolución de la colaboración entre el TJUE y los jueces nacionales, evolución que, para una parte muy crítica de la doctrina europea, se llevó a cabo en detrimento de las jurisdicciones nacionales. Resumidamente, durante los primeros años de las Comunidades Europeas, se estableció entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales una relación “horizontal y bilateral caracterizada por la igualdad entre ambas instituciones judiciales y una clara separación de sus funciones respectivas”. (Véase CRAIG P., DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 1998, que definían el modelo horizontal y bilateral de la siguiente manera: “The original conception of the relationship can best be described as both horizontal and bilateral. The former trait connoted the idea that the ECJ and the national courts were separate but equal. They had differing functions, which each performed within its own appointed sphere. It was for the national court to decide whether to refer a matter to the ECJ, which the ECJ would then interpret. This interpretation of Community law would then be applied by the national court to the case at hand. The latter trait connoted the idea that, in principle at least, the rulings of the ECJ were delivered to the particular national court which made the request. In this sense, there was a series of relationship between the ECJ and each of the national courts may always have been over-idealized and not readily sustainable”). Lentamente dicho modelo fue abandonado hacia un nuevo modelo de poder judicial europeo de carácter vertical o jerárquico, con una estructura “de corte más bien federal” (WEILER J. H. H., *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995). No obstante, mediante una actuación denominada “cooperación hacia abajo”, el Tribunal de Justicia ha hecho uso de esta herramienta para aumentar sus poderes y ensanchar su propia competencia, y de paso delimitar la de los jueces nacionales (SARMIENTO D., *Poder judicial e integración europea, op. cit.*, pág. 167). Según destacó el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, “el Tribunal de Justicia ha impuesto una dialéctica singular, al invitar a los jueces nacionales para que le dirijan cuestiones prejudiciales. Esta actividad, que puede ser considerada como de vocación pedagógica, ha mantenido a los jueces de los Estados miembros un poco bajo tutela, situación peligrosa que puede condicionarlos a la hora de asumir su responsabilidad.” Para el Abogado General, el Tribunal de Justicia se ha olvidado de que la cooperación prejudicial se ha establecido evitando toda relación jerárquica con los jueces nacionales y que la principal arma de que dispone el Tribunal de Justicia es la profunda fundamentación jurídica de sus sentencias. (RUIZ-JARABO COLOMER D., “La articulación de los Tribunales de la Unión Europea y de la estructura judicial de los Estados miembros”, en GARCÍA DE ENTERRÍA E. (Director) y ALONSO GARCÍA R. (Subdirector), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pp. 510-511).

la correcta interpretación y aplicación del derecho comunitario, extendiendo la “comunidad” alcanzada en la fase de producción normativa a la fase de ejecución material, en última instancia por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”⁵²⁵.

3. ... y proporcionando de este modo una protección jurídica a los particulares

Como es sabido la vía clásica que el derecho comunitario, tanto andino como europeo, otorga a los particulares para recurrir ante el juez nacional contra el incumplimiento de un País miembro que afecte sus derechos como persona natural o como persona jurídica, es la Acción de incumplimiento⁵²⁶.

Pero igualmente existe la segunda vía de la remisión prejudicial ya que este procedimiento también tiene como función la protección jurídica y judicial de los particulares⁵²⁷. En efecto, el mecanismo prejudicial asociando estrechamente los órganos jurisdiccionales nacionales y la justicia comunitaria, proporciona a los justiciables una protección de sus derechos e intereses conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, contra la vulneración por los Estados miembros, dándoles la posibilidad de someter sus litigios al examen del Tribunal comunitario a través el juez nacional.

En las siguientes palabras lo ha resumido el TJCA, en la sentencia del 25 de febrero de 1994, Proceso 6-IP-93, asunto *Marca Louis Vuitton*:

“Por la vía de la acción de incumplimiento de que gozan los particulares, en armonía con la acción de interpretación prejudicial contemplada en el artículo 28 del Tratado del

⁵²⁵ ALONSO GARCÍA R., *El juez español y el derecho comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 220.

⁵²⁶ Véase también ALEGRETT SALAZAR A., “Protección de los derechos de los ciudadanos andinos”, *II Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 81-84.

⁵²⁷ PESCATORE P., “Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE”, *op. cit.*, pág. 533.

Tribunal [*actual artículo 32 TTJCA*], se garantiza la salvaguardia de los derechos individuales mediante la cooperación entre el juez nacional y el comunitario. Se permite que éste desentrañe, con la autoridad que le otorga el Tratado, el alcance de las normas del ordenamiento susceptibles de aplicarse, por constituir fundamentos de derecho de la demanda en el proceso judicial interno o porque el juez nacional de oficio solicita su interpretación.⁵²⁸

De este modo, el mecanismo prejudicial se ha convertido para los justiciables y para los órganos jurisdiccionales nacionales en el equivalente del recurso por incumplimiento de Estado. La originalidad de la remisión prejudicial consiste en que permite a los particulares obtener que el juez nacional lleve ante el Tribunal de Justicia ciertos incumplimientos contra los que la Comisión Europea o la Secretaría General de la CAN no habrían actuado.

§ 2. ESPECIFICIDADES DE LA CONSULTA PREJUDICIAL ANDINA

Las consultas prejudiciales del ordenamiento jurídico andino aparecen contempladas en los artículos 32 a 36 del TTJCA y desarrolladas en los artículos 121 a 128 de su Estatuto. A su vez este procedimiento también cuenta con la ya comentada *Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales*, del TJCA publicada el 3 de agosto de 2001. A continuación desgranaremos las especificadas de la consulta prejudicial andina respecto a la cuestión prejudicial europea.

⁵²⁸ TJCA, Proceso 6-IP-93, sentencia *Marca Louis Vuitton*, de 17 de febrero de 1994. Publicada en la GOAC N° 150, de 25 de marzo de 1994.

1. Planteamiento de la consulta prejudicial por los jueces nacionales

En virtud de los términos del párrafo primero del artículo 33 del TTJCA, “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”⁵²⁹. Tanto el amplio concepto de “jueces nacionales” como sus indefinidas atribuciones fueron esclarecidos y concretados por el TJCA.

1.1. Concepto de “jueces nacionales”

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 33 del Tratado, son legitimados para plantear una consulta prejudicial los jueces nacionales⁵³⁰. Del tenor literal del citado artículo, el TJCA deduce 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 los casos específicos señalados en el artículo 29 del Tratado [*actual artículo 33 TTJCA*]. *Ninguna otra persona tiene facultad para promover dicha interpretación*. Este Tribunal, en consecuencia, carece de competencia para conocer solicitudes de interpretación prejudicial que provengan de personas que no sean jueces nacionales que estén conociendo de una causa concreta en la cual debe aplicarse el Ordenamiento jurídico de la integración andina, puesto que evidentemente las providencias que en esta materia dicta el Tribunal no están destinadas simplemente a absolver consultas o a esclarecer los alcances de normas comunitarias de modo general. Por el contrario, tales

⁵²⁹ Artículo 33 párrafo 1 TTJCA.

⁵³⁰ La redacción del artículo 267 TFUE es muy similar en la medida que confiere la capacidad para plantear las cuestiones prejudiciales a todo “órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros”.

procedimientos están destinados a resolver controversias jurídicas concretas sometidas a la decisión de jueces nacionales”.⁵³¹

Habida cuenta la amplitud e imprecisión del concepto de “jueces nacionales” y ante las diferencias significativas entre los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros, el TJCA establece que el concepto de “juez nacional”

“constituye un concepto autónomo, propio del Derecho Comunitario Andino que debe ser definido únicamente por el Tribunal de acuerdo con criterios propios y tomando en cuenta el objeto del instituto de la interpretación prejudicial. De esta manera, no resulta permisible una simple referencia a los derechos nacionales, ya que cada legislación puede conferir una dimensión diferente al término “juez nacional”, aspecto que puede generar una restricción indebida al acceso a la justicia comunitaria que imparte el Tribunal Andino; colocando en riesgo la aplicación uniforme de las normas comunitarias y promoviendo su fragmentación.”⁵³²

Esta autonomía de interpretación consagrada por el TJCA es una de las principales características que deriva de la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y que la jurisprudencia europea ha subrayado en reiteradas ocasiones.

Asimismo, en cumplimiento de su misión de asegurar la interpretación y aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario en todos los Países Miembros de la CAN, el TJCA

“no se ha limitado a realizar una interpretación restrictiva y mucho menos literal del artículo 33 de su Tratado de Creación y de los artículos 122 y 123 de su Estatuto, sino que a través de los años ha ido *ampliando el alcance del concepto de “juez nacional”* a los

⁵³¹ TJCA, Proceso 1-IP-89, providencia *Doctora Ángela Vivas Martínez*, de 25 de abril de 1989. Publicada en la *GOAC* N° 43, de 30 de mayo de 1989. Las cursivas nos pertenecen.

⁵³² TJCA, Proceso 242-IP-2015, sentencia *Marca: Textura Superficie “Old Parr”*, de 24 de agosto de 2015, apartado 8. Publicada en la *GOAC* N° 2579, de 4 de septiembre de 2015. La influencia de la jurisprudencia europea y específicamente de la sentencia *Vaassen-Göbbels*, de 30 de junio de 1966 (61/75), resulta evidente.

finés de la interpretación prejudicial; considerando que se trata de un término genérico y comprensivo de todas las autoridades que administran justicia por mandato legal.”⁵³³

Así, teniendo en cuenta que los “Estados tienen la potestad de atribuir funciones jurisdiccionales a órganos diferentes del Poder Judicial y revestirlos de competencias para aplicar normas jurídicas”, la jurisprudencia andina fue perfilando los contornos jurisprudenciales del concepto de “juez nacional” y reconoció el derecho a recurrir no solamente a jueces en sentido estricto, pero también a las jurisdicciones constitucionales⁵³⁴ y a las autoridades o entidades administrativas⁵³⁵ que desempeñan funciones formalmente de naturaleza jurisdiccional, las cuales se caracterizan –en sentido amplio– por

“la *independencia* (no sometimiento a instrucciones jerárquicas), la *imparcialidad o neutralidad* (en las controversias que se suscitan ante la Administración, ella actúa, por lo general, como juzgadora de sus propias decisiones) y la *fuerza de cosa juzgada definitiva de las sentencias* (las resoluciones que se dictan en el seno de la Administración se encuentran amparadas en cambio por una presunción de legalidad *iuris tantum*, siempre sujetas a una posterior revisión judicial)”⁵³⁶.

⁵³³ TJCA, Proceso 242-IP-2015, *op. cit.*, apartado 9. El resalto nos pertenece.

⁵³⁴ Como por ejemplo la Corte Constitucional de la República de Colombia (Procesos 10-IP-94, 01-IP-96, 60-IP-2012), la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela (Proceso 19-IP-98), la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (149-IP-2011), o el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (Proceso 67-IP-2014) entre otros.

⁵³⁵ Como, por ejemplo, el Tribunal Administrativo del Atlántico (Proceso 30-IP-98), la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia – Grupo de Trabajo de Competencia Desleal – (Procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007) o la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (Proceso 242-IP-2015) entre otros.

⁵³⁶ TJCA, Proceso 19-AI-99, sentencia de 2 de junio de 2000. Publicada en la GOAC N° 588, de 2 de agosto del 2000. Las cursivas provienen de la misma sentencia. Lo destaca CIENFUEGOS MATEO M., “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 25, 2013, pp. 26-27. En el ámbito europeo, considerando, en la sentencia *Vaassen-Göbbels* que el concepto de “órgano jurisdiccional” es un “concepto comunitario de carácter autónomo” que puede no coincidir con el que a dicha expresión otorgue cada derecho nacional, el Tribunal plasmó las características esenciales a las que debe responder dicho órgano: creación por ley, naturaleza permanente, competencia obligatoria, procedimiento contradictorio, resolución del litigio mediante la aplicación de normas jurídicas e independencia del órgano. Resumidamente, una vez sentada esta premisa, el Tribunal de Justicia reconoce el derecho a recurrir a todos los órganos jurisdiccionales, sea cual sea su competencia material (civiles, penales, mercantiles, administrativas, sociales etcétera) y sea cual sea su rango en la jerarquía (primera instancia, apelación, última instancia).

Resaltar que, a la diferencia de la jurisprudencia europea, el TJCA decidió incluir en los alcances del concepto “juez nacional” con capacidad para solicitar la interpretación prejudicial a los tribunales arbitrales⁵³⁷.

Con la sentencia *Marfor Producciones S.R.L.*, de 20 de noviembre 2014, del Proceso 121-IP-2014, el TJCA amplió esta línea jurisprudencial. Ante la necesidad de establecer criterios generales que sirvan como parámetro de análisis para verificar en cada caso si pueden ser considerados como “juez nacional” los órganos que solicitan interpretación prejudicial, el TJCA determinó que, en la “primera oportunidad en la que un órgano o entidad administrativa realice una consulta con el propósito de obtener la interpretación prejudicial”, esta deberá acreditar lo siguiente:

1. Constitución por mandato legal;
2. Carácter permanente del órgano o entidad;
3. Carácter obligatorio de sus competencias;
4. Deber de aplicar normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias;
5. Carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo y el respeto al debido proceso; y,
6. La imparcialidad de sus actos.⁵³⁸

En aplicación a estos criterios, el TJCA reconoce a la entidad administrativa peruana INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual) la legitimidad activa para solicitar interpretación prejudicial facultativa⁵³⁹. Esta sentencia supone un vuelco notable de su jurisprudencia ya que en la

⁵³⁷ El TJCA inauguró esta jurisprudencia con el Proceso 03-AI-2010, sentencia de 26 de agosto de 2011. Publicada en la *GOAC* N° 1985, de 11 de octubre de 2011. El TJCA consolidó esta línea jurisprudencial con los Tribunales Arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá (Procesos 161-IP-2013, 181-IP-2013, 14-IP-2014), el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín (Proceso 79-IP-2014), el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriana – Americana (Proceso 262-IP-2013).

⁵³⁸ TJCA, Proceso 121-IP-2014, sentencia *Marfor Producciones S.R.L.*, de 20 de noviembre 2014, apartados 28 y 29. Publicada en la *GOAC* N° 2427, de 11 de diciembre de 2014. Estos criterios fueron reiterados unos días después en el Proceso 105-IP-2014, sentencia *Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)*, de 28 de noviembre 2014. Publicada en la *GOAC* N° 2459, de 4 de marzo de 2015; y en el Proceso 104-IP-2014, sentencia *Eston*, de 20 de noviembre 2014. Publicada en la *GOAC* N° 2471, de 10 de abril de 2015.

⁵³⁹ TJCA, Proceso 121-IP-2014, *op. cit.*, apartados 48, 49 y 50.

Providencia de 9 Diciembre de 1993, el TJCA había rechazado la calidad de órgano jurisdiccional de dicha entidad⁵⁴⁰.

1.2. Atribuciones de los jueces nacionales

Por otra parte, el artículo 33 del Tratado también enuncia que corresponde al juez nacional aplicar las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en las causas para las cuales tenga jurisdicción y competencia. Ahora bien, concreta el TJCA, la “aplicación” autorizada por el Tratado puede y debe darse cuando las personas naturales o jurídicas nacionales acudan al juez nacional en demanda del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Países Miembros del Acuerdo, en virtud de lo establecido en el mismo Tratado Constitutivo del Tribunal⁵⁴¹. Este compromiso, como dice el Tribunal, significa que los Países Miembros:

“tienen que adoptar toda clase de medidas, sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden, llámense reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias, que garanticen el cumplimiento de la normativa andina, es decir, de las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud de los Tratados y de las que les corresponda por mandato de las normas secundarias o derivadas del mismo ordenamiento. En el caso de que no se tenga claro el alcance y valor de los principios de aplicación directa y preeminencia de la norma comunitaria, la obligación de cada país se extendería, incluso, a derogar expresamente las normas de su ordenamiento jurídico interno. Por otra parte, en virtud de la segunda obligación, el País Miembro tiene que abstenerse de toda medida que, con cualquier nombre o forma que se pretenda adoptar, pueda obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino, abstención imperativa inherente al cumplimiento de lo pactado y como soporte básico para el desarrollo del proceso de la integración. Por esta segunda parte del compromiso, los Países Miembros no pueden aprobar leyes o dictar reglamentos o expedir normas administrativas que, aunque no sean abiertamente

⁵⁴⁰ TJCA, Providencia de 9 Diciembre de 1993. Publicada en la *GOAC* N° 146, de 31 de enero de 1994.

⁵⁴¹ Artículo 4 TTJCA.

contrarias al citado ordenamiento, obstaculicen, en la práctica, la aplicación del mismo.”⁵⁴²

Consecuente con lo anterior, el TJCA reitera que la “aplicación” de las citadas normas de la integración, de acuerdo con la estructura jurídica adoptada para el Acuerdo de Cartagena, es tarea que corresponde a los jueces nacionales. Es cierto que para ello requieren de la colaboración del Tribunal comunitario, el cual debe emitir una interpretación “uniforme” de las normas comunes, pero ello no quiere decir que el TJCA deba “aplicar” dichas normas. Su colaboración se limita a señalar el entendimiento o alcance de las citadas normas andinas principales y derivadas, las cuales deben ser aplicadas por el juez nacional⁵⁴³; no puede “interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso”⁵⁴⁴. Para los jueces nacionales, como por ejemplo lo expone la Corte Constitucional de Colombia,

“Aparece delimitada la función del Tribunal Andino de Justicia y de esta Corte, con respecto a la elucidación del asunto a que se contrae la demanda, así: corresponde al Tribunal hacer la interpretación prejudicial de las aludidas normas comunitarias, limitándose a precisar el contenido y alcance de las mismas, sin interpretar el aspecto sustancial del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, pues esto último corresponde a la Corte. Dentro de los supuestos limitativos anotados, la Corte debe acatar la interpretación prejudicial hecha por el Tribunal”.⁵⁴⁵

En definitiva, la facultad interpretativa del Tribunal para asegurar la uniformidad regulada por el Tratado es concordante con la atribución concedida a los jueces nacionales para aplicar, cuando corresponda, las normas del ordenamiento jurídico andino, produciéndose de este modo una clara e indispensable colaboración judicial.

⁵⁴² TJCA, Proceso 5-IP-89, sentencia *Pachón Muñoz*, de 26 de Octubre de 1989. Publicada en la *GOAC* N° 50, de 17 de noviembre de 1989.

⁵⁴³ TJCA, Proceso 2-IP-91, *op. cit.*, considerado 3.

⁵⁴⁴ Artículo 34 TTJCA.

⁵⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-228/95, de 25 de mayo de 1995.

2. Objeto de la cuestión prejudicial

La técnica del reenvío prejudicial no es contenciosa y permite a un juez nacional, ante el que se está sustanciando un litigio que requiere la aplicación de una norma comunitaria, dirigirse al TJCA para solicitarle que interprete la norma en cuestión.

Así, con arreglo a lo establecido en el artículo 33 del Tratado y en los artículos 122 y 123 de su Estatuto, los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna norma comunitaria, “podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno”⁵⁴⁶. De lo contrario, esto es si no cupiere recurso alguno en derecho interno, “el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”⁵⁴⁷. A pesar de evidentes similitudes entre ambos mecanismos, las diferencias más relevantes de las consultas prejudiciales andinas respecto a las cuestiones prejudiciales europeas han de ser destacadas.

2.1. La no aplicación de la “teoría del acto claro”

Por interpretación del Tratado y del derecho comunitario, hay que entender que el Tribunal de Justicia tiene competencia para aclarar el contenido material de las disposiciones del derecho comunitario, determinar su alcance y definir todo aquello que caracteriza su modo de operar y sus efectos⁵⁴⁸. O, en palabras del TJCA,

“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

⁵⁴⁶ Artículos 33 párrafo 1 TTJCA y 122 ETJCA.

⁵⁴⁷ Artículos 33 párrafo 2 TTJCA y 123 ETJCA.

⁵⁴⁸ PESCATORE P., “Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE”, *op. cit.*, pág 533.

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”.⁵⁴⁹

Ahora bien, la principal dificultad que plantea la competencia de interpretación de la cuestión prejudicial es la de saber si el juez nacional está obligado a someter al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial automáticamente, en todos los casos en los que una disposición de derecho comunitario es invocada ante él, o bien si dispone de un margen de apreciación. La respuesta que se dé a esta pregunta es fundamental, “pues condiciona la eficacia del mecanismo de aplicación uniforme del derecho comunitario”⁵⁵⁰. Dicho de otra manera ¿se acomoda la obligación de reenvío prejudicial con la libertad de apreciación que se desprende de la teoría del “acto claro”⁵⁵¹?

Como ha expresado reiteradamente la jurisprudencia andina, la solicitud de interpretación prejudicial andina que el juez nacional puede presentar al TJCA “tiene el carácter facultativo u obligatorio cuando de acuerdo con el derecho interno la sentencia que le corresponda dictar sea susceptible de recursos o no, respectivamente”⁵⁵². Sin embargo, subraya el Tribunal, tanto en el caso de una consulta obligatoria como de una facultativa, la solicitud de interpretación debe elevarse únicamente cuando los jueces nacionales “conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”⁵⁵³, es decir que “cuando el juez nacional no deba aplicar ninguna norma del citado ordenamiento jurídico, no está en el caso de solicitar al Tribunal, la interpretación de la norma comunitaria, existan o no recursos internos dentro de la causa que le corresponda fallar”⁵⁵⁴. En otras palabras,

⁵⁴⁹ TJCA, Proceso 1-IP-87, *op. cit.*, considerando 3.4). Véase también el Proceso 2-IP-91, *op. cit.*.

⁵⁵⁰ BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, pág. 846.

⁵⁵¹ La *théorie de l'acte clair* encuentra su origen en el Derecho francés y se fundamenta en la separación de competencias entre las jurisdicciones nacionales ordinaria y administrativa derivada de la estricta separación de poderes asumida por la Revolución francesa. En virtud de esta teoría, el juez ante quien se plantea una excepción prejudicial está obligado a remitirla al órgano jurisdiccional competente para zanjarla sólo en el caso de que exista una “auténtica dificultad” de interpretación o de validez, si existe una seria duda sobre el sentido o la validez de la disposición concernida; si el sentido del acto es “claro”, si la validez es evidente, el juez puede aplicarla inmediatamente (LAFFÉRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., 1896, pág. 498).

⁵⁵² TJCA, Proceso 2-IP-91, *op. cit.*, considerado 2.

⁵⁵³ Artículo 33 TTJCA.

⁵⁵⁴ TJCA, Proceso 2-IP-91, *op. cit.*, considerado 2.

“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 teniendo en cuenta que la causa, razón o circunstancia para la interpretación se produce cuando, como hemos dicho, “Los jueces nacionales ... conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena...”. No basta por tanto que dentro del proceso se citen determinadas normas de la integración, bien sea por las partes o por el agente del Ministerio Público, para que el juez de la causa, automáticamente, decida formular la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal, sin constatar previamente que dicho trámite se justifica. De procederse en esta forma se estaría utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna, lo cual redundaría en la dilación injustificada de los procesos, con evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantiza la celeridad de los procesos.

Es evidente que el juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial, pero tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa ya que, según se desprende del citado artículo 29 del Tratado del Tribunal [*actual artículo 33 TTJCA*], sería improcedente la solicitud de interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en los que se haya planteado la *litis*.”⁵⁵⁵

Por otro lado, como acabamos de comentar, la consulta obligatoria deberá ser solicitada por el juez nacional en todo proceso que debe aplicarse alguna de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, de suerte que, para el TJCA, 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”⁵⁵⁶. Por consiguiente, el TJCA considera que la interpretación prejudicial se realiza “para cada caso concreto por lo que la “teoría del acto claro” no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino”⁵⁵⁷ argumentando que “las sentencias han de recoger las peticiones formuladas por el juez nacional a fin de que

⁵⁵⁵ TJCA, Proceso 2-IP-91, *op. cit.*, considerado 2.

⁵⁵⁶ TJCA, Proceso 3-IP-93, sentencia *Sociedad Aluminio Nacional S.A.*, de 13 de julio de 1993. Publicada en la *GOAC* N° 138, de 4 de agosto de 1993.

⁵⁵⁷ TJCA, Proceso 4-IP-94, sentencia *Eden for Man-Etiqueta*, de 7 de agosto de 1995, considerado b. Publicada en la *GOAC* N° 189, de 15 de diciembre de 1995.

éste pueda aplicar la norma comunitaria según las circunstancias o los hechos y los fundamentos de derecho que rodean al proceso, considerado como una individualidad jurídica”⁵⁵⁸.

La no aplicación de la “teoría del acto claro” por parte del TJCA supone una de las diferencias más destacables entre la cuestión prejudicial europea y la consulta prejudicial andina. Como es sabido, el Tribunal de Justicia europeo declaró, en su sentencia *Da Costa en Schaake NV y otros* de 27 de marzo de 1963, que si bien la normativa europea

“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 [actual artículo 267 *TFUE*], puede, no obstante, privar a dicha obligación de su causa y vaciarla así de su contenido; que ocurre así, en especial, cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo.”⁵⁵⁹

Así, en virtud de la doctrina del “acto claro”, el Tribunal de Justicia, en la sentencia *CILIFT* de 6 de octubre 1982, resaltó tajantemente que

“la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión planteada. 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 estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional

⁵⁵⁸ TJCA, Proceso 4-IP-94, *op. cit.*, considerado b.

⁵⁵⁹ TJCE, sentencia *Da Costa en Schaake NV y otros*, de 27 de marzo de 1963 (asuntos acumulados 28/62 a 30/62,-> Rec. pp. 59 y ss., especialmente pág. 75)

nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad.”⁵⁶⁰

El rechazo a la teoría del acto claro por parte del TJCA fue objeto de críticas contundentes de la doctrina por diferentes motivos⁵⁶¹. De modo específico porque genera la acumulación ante el TJCA de solicitudes de interpretación que versan sobre la misma materia, dando lugar a sentencias idénticas o muy semejantes sin ninguna necesidad que desvaloriza las funciones del propio Tribunal y la calidad de sus fallos a su vez que deja traslucir una cierta desconfianza en el buen hacer del juez nacional⁵⁶². Otro inconveniente apuntado es la escasez de consultas prejudiciales evacuadas por jurisdicciones andinas inferiores que contrasta que la situación reseñada de la UE en la que la mayoría de las cuestiones prejudiciales procede justamente de las jurisdicciones inferiores⁵⁶³. En consecuencia, para la doctrina la adopción de la teoría del acto aclarado se justifica plenamente “en aras de una mayor penetración de la justicia nacional en el campo del derecho comunitario y, al mismo tiempo, como instrumento para solidificar la jurisprudencia de orden supranacional”⁵⁶⁴.

Sin embargo, a pesar de no seguir la línea jurisprudencial europea, el TJCA ha matizado su postura planteando la posibilidad de “variar y aún cambiar su opinión

⁵⁶⁰ TJCE, sentencia *CILFIT* de 6 de octubre 1982 (283/81), considerado 16. A continuación de la fórmula resaltada, el Tribunal de Justicia enunció una serie de criterios que el juez nacional debe tener en cuenta (versión lingüística etcétera) a la hora de someter la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

⁵⁶¹ Conviene no olvidar que la postura del Tribunal europeo también fue muy criticada no sólo por considerar imposible llevar a la práctica con absoluto rigor estas exigencias, sino también por sostener que el trasfondo de la sentencia *CILFIT* no era más que un reforzamiento del control del Tribunal de Justicia sobre los tribunales nacionales. Sin embargo, recuerda Ricardo Alonso García, el Abogado General Tizzano defendió la línea jurisprudencial, argumentando que lo que pretendió el Tribunal de Justicia “fue tomar una serie de precauciones destinadas a limitar el margen de discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales nacionales, sentando una línea interpretativa anclada en criterios de apreciación objetivos en la medida de lo posible frente a otra que dejaría abierto el paso a apreciaciones subjetivas, por no decir arbitrarias” (ALONSO GARCÍA R., *El juez español y el derecho comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 240).

⁵⁶² Para un amplio análisis véase BUENO MARTINEZ P. y PEROTTI D. A., “La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?”, en *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, Colombia, Núm. 14, 2005, pp. 133-152.

⁵⁶³ CIENFUEGOS MATEO M., “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 25, 2013, pág. 31.

⁵⁶⁴ BUENO MARTINEZ P. y PEROTTI D. A., “La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?”, *op. cit.*

cuando encuentre razones justificadas para hacerlo”⁵⁶⁵. De modo que es legítimo pensar que el TJCA acabará reconsiderando su jurisprudencia adoptando la teoría del acto claro.

2.2. La restricción del objeto de la cuestión prejudicial

Por último, otra de las diferencias relevantes de las consultas prejudiciales andinas respecto a las cuestiones prejudiciales europeas radica en la restricción establecida por la legislación andina de ceñirse a la interpretación de las normas comunitarias andinas, cuando el artículo 267 TFUE se caracteriza por el establecimiento de un doble objeto de la competencia prejudicial europea: la interpretación de los Tratados pero también “la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”⁵⁶⁶. Si bien es cierto que estas dos funciones del reenvío prejudicial europeo comparten cierta similitud, cumplen no obstante funciones jurídicas diferentes ya que las cuestiones prejudiciales de aplicación de validez permiten además a los jueces nacionales interrogar el TJUE sobre la validez de un acto normativo comunitario, aplicable al litigio principal del que están conociendo⁵⁶⁷.

Empero esta restricción ha de ser suavizada. La posibilidad de incoar la acción de nulidad ante el TJCA regulada por los artículos 17 a 22 del Tratado de Creación del

⁵⁶⁵ TJCA, Proceso 7-IP-89, Providencia *Ciba-Geigy AG*, de 24 de noviembre de 1989. Publicada en la *GOAC* N° 53, de 18 de diciembre 1989.

⁵⁶⁶ Artículo 267 párrafo 1.b) TFUE.

⁵⁶⁷ Pierre Pescatore afirma que el artículo 267 TFUE “reúne en un mismo sistema dos supuestos de distinta naturaleza: la remisión de interpretación (aplicable al propio Tratado y al Derecho derivado) y la remisión sobre apreciación de validez (únicamente aplicable, por su propia naturaleza, a los actos de Derecho derivado). De hecho, la práctica muestra la estrecha conexión entre las dos remisiones, en el sentido de que la solución a toda cuestión de validez implica una interpretación de las normas que condicionan la existencia jurídica del acto controvertido, revelando así la vinculación entre apreciación de validez e interpretación”. (PESCATORE P., “Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE”, *op. cit.*). A su vez, Marc Blaquet precisa que si “l’interprétation comme l’appréciation de validité contribuent finalement l’une et l’autre à définir la portée de la règle de droit et comportent ainsi une certaine similitude, il ne faut pas oublier que l’appréciation de validité participe, en outre, au système de contrôle de la légalité des actes des institutions de l’Union. Et, en tout état de cause, elles relèvent de deux fonctions juridiques différentes.” (BLANQUET M., *Droit général de l’Union européenne, op. cit.*, pp. 835-839).

Tribunal, para cuya interposición están legitimados los órganos principales de este proceso de integración (el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la CAN y la Secretaría General), los países miembros y sobre todo las personas físicas o jurídicas cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos se vean afectados, ofrece una alternativa a la competencia prejudicial europea de aplicación de validez⁵⁶⁸.

3. Efecto vinculante de la sentencia prejudicial

La sentencia prejudicial es obligatoria es decir que la interpretación que dicte el TJCA tiene un carácter vinculante para el juez nacional que la solicitó, por lo que deberá acatarla a la hora de fallar el litigio nacional. Así se han de entender los artículos 35 TTJCA y 127 del ETJCA cuando disponen que “el juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”⁵⁶⁹.

Para el TJCA, la interpretación prejudicial

*“no es ni puede equipararse a una prueba, sino que constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, la que deberá por otra parte, adoptar dicha interpretación.”*⁵⁷⁰

Explica el Tribunal que

⁵⁶⁸ CIENFUEGOS MATEO M., “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina”, *op. cit.*, pág. 33.

⁵⁶⁹ En el ámbito europeo, cabe recordar el silencio de los Tratados en lo que respecta a los efectos de la sentencia prejudicial. Por tanto, de la finalidad específica del procedimiento, el Tribunal de Justicia ha conferido a la sentencia prejudicial una autoridad que se caracteriza por su obligatoriedad, su generalidad y su retroactividad. Así, la sentencia prejudicial que dicte el Tribunal de Justicia, constituye una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que se la ha planteado, de modo que “vincula al juez que planteo la cuestión para la solución del litigio en lo principal” (TJCE, sentencia *Milch-, Fett- und Eierkontor*, de 24 de junio de 1969 (29/68); sentencia *Benedetti*, de 3 de febrero de 1977 (52/76), considerado 26), con “autoridad de cosa juzgada” (TJCE, sentencia *Wünsche*, de 5 de marzo de 1986 (69/85)).

⁵⁷⁰ TJCA, Proceso 10-IP-94, sentencia *Barrera Carbonell*, de 17 de marzo de 1995. Publicada en la GOAC N° 177, de 20 de abril de 1995. Las cursivas provienen de la misma sentencia.

“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.”⁵⁷¹

A su vez, al igual que la sentencia prejudicial europea, la sentencia prejudicial dictada por el juez andino es firme por naturaleza 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”⁵⁷².

Sin embargo, a diferencia con la sentencia dictada por el juez europeo, el alcance de la obligatoriedad de la interpretación prejudicial no es *erga omnes*⁵⁷³, puesto que, dispone la jurisprudencia andina, “la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares y análogos”⁵⁷⁴, lo cual constituye una diferencia relevante con la sentencia dictada en el marco de una cuestión prejudicial en la UE, de eficacia *erga omnes*, como fue expuesto⁵⁷⁵.

Por otra parte, los Países Miembros y la Secretaría General de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento y la observancia, por parte de los jueces nacionales, de las disposiciones que regulan la interpretación prejudicial⁵⁷⁶. Los Países Miembros y los particulares podrán acudir ante el TJCA en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta prejudicial se abstenga de

⁵⁷¹ TJCA, Proceso 11-IP-96, sentencia *Marca Belmont*, de 29 de agosto de 1997. Publicada en la *GOAC* N° 299, de 17 de octubre de 1997.

⁵⁷² Artículo 91 ETJCA.

⁵⁷³ Véase CIENFUEGOS MATEO M., “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina”, *op. cit.*, pág. 38.

⁵⁷⁴ TJCA, Proceso 1-IP-87, *op. cit.*, considerado 3.3.

⁵⁷⁵ En la sentencia *Da Costa*, de 27 de marzo de 1963 (30/62), el Tribunal Europeo estableció que el alcance de la sentencia prejudicial es general, es decir que produce efectos más allá de los órganos jurisdiccionales encargados del litigio principal, respecto de las partes para futuros litigios ante cualquier órgano jurisdiccional del conjunto de los Estados miembros. No obstante, el Tribunal de Justicia no considera que su sentencia prejudicial sea irrevocable y no rechaza ni la posibilidad de modificarla él mismo, ni las solicitudes de un cambio de su postura por los órganos jurisdiccionales nacionales, mediante un nuevo reenvío. El Tribunal de Justicia quiere así evitar una cristalización de su jurisprudencia.

⁵⁷⁶ Artículos 36 TTJCA y 128 párrafo 1 ETJCA.

hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal⁵⁷⁷. Para el TJCA, el incumplimiento del trámite de solicitud de consulta prejudicial de carácter obligatorio, cuando no cabe un recurso ulterior, constituye

“una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear su nulidad, si es que dicha sentencia puede ser materia de un recurso de casación o de un recurso de amparo, toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento.”⁵⁷⁸

En conclusión, es preciso subrayar lo fundamental que resultan estos efectos de la sentencia prejudicial para asegurar la uniformidad de interpretación del derecho comunitario en el conjunto de la Comunidad andina. Tales efectos vinculantes son la garantía mínima para asegurar la armonización del Derecho andino en todo el territorio de los Estados miembros.

§ 3. INCIDENCIA DE LA CONSULTA PREJUDICIAL EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES DE LOS PAÍSES MIEMBROS

Al cabo de los años, la consulta prejudicial se ha convertido en el instrumento jurídico andino por excelencia, en la “piedra angular”⁵⁷⁹ del sistema jurisdiccional andino. Como lo demuestran las estadísticas, las sentencias prejudiciales resultan ser la aplastante mayoría de las sentencias del TJCA con un total de 4.548 asuntos desde el inicio del funcionamiento del TJCA en 1984 hasta 2017, y abarcando

⁵⁷⁷ Artículo 128 párrafo 2 ETJCA.

⁵⁷⁸ TJCA, Proceso 76-IP-2009, sentencia *Marca Alemania*, de 28 de agosto de 2009. Publicada en la GOAC N° 1828, de 30 de abril de 2010.

⁵⁷⁹ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 128.

aproximativamente el 94% de su actividad jurisdiccional⁵⁸⁰. A su vez, el *Informe Estadístico* del TJCA destacó el incremento sistemático, a lo largo de los años, de solicitudes de Interpretación Prejudicial.

“En efecto, entre 1984 y 1990 se recibieron únicamente dieciocho (18) solicitudes, posteriormente entre 1991 y 1995 el número de solicitudes recibidas fue cincuenta y siete (57). Sin embargo, a partir del año 1996 se incrementaron sustancialmente las consultas formuladas por las autoridades nacionales y entre ese año y el año 2000 se recibieron cuarenta y seis consultas (46) en promedio por cada año. Este promedio subió a ciento cuarenta y dos (142) solicitudes anuales entre 2001 y 2005, y continuó en ascenso en los siguientes cinco años, alcanzado un promedio de 161 consultas anuales entre 2006 y 2010. En los últimos años el panorama fue el siguiente: el año 2011 se recibieron 190 consultas, en el año 2012, 176 solicitudes fueron recibidas, en el año 2013 este número ascendió a 265, en el año 2014 se fueron recibidas 365 consultas, y finalmente en el año 2015 se recibieron 691 consultas es decir el mayor número de solicitudes de interpretación prejudicial en la historia del Tribunal”⁵⁸¹.

También comentar que los jueces nacionales han acatado y aplicado las sentencias prejudiciales aunque es cierto que, en algunos casos muy excepcionales, el TJCA ha observado el incumplimiento de un País Miembro debido a su inobservancia por sus jueces internos⁵⁸².

En la práctica sin embargo, la inmensa mayoría de los reenvíos prejudiciales versan casi exclusivamente sobre el Derecho derivado andino relativo a los derechos de la propiedad intelectual, seguida muy de lejos por asuntos sobre la fiscalidad indirecta. Esta limitación nos resulta por tanto decepcionante habida cuenta la ambición planteada con la adopción del mecanismo prejudicial.

⁵⁸⁰ Se pueden consultar en detalle las estadísticas del TJCA en la página web siguiente: http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=24.

⁵⁸¹

http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=80.

⁵⁸² CIENFUEGOS MATEO M., “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina”, *op. cit.*, pág. 39. El autor cita el Proceso 01-AI-96, *op. cit.*. En este asunto, el Tribunal Distrital núm. 1 de lo Contencioso Administrativo de Ecuador desató la interpretación prejudicial contenida en la sentencia del TJCA de 9 de diciembre de 2003, Proceso 06-IP-94, sin que la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana la anulase en el recurso de casación interpuesto.

Por lo que a continuación haremos especial hincapié en la audaz jurisprudencia andina relativa a los derechos de la propiedad intelectual pero también nos detendremos brevemente sobre la problemática limitación de dicho mecanismo en el ámbito andino.

1. Eficaz jurisprudencia en torno a los derechos de la propiedad intelectual

Sin duda ninguna, la incidencia más destacable del mecanismo de la interpretación prejudicial en los ordenamientos nacionales de los Países miembros y el aporte más decisivo del TJCA al derecho comunitario andino, fue su atrevida jurisprudencia en torno a la protección de los derechos de la propiedad intelectual. Es más, en un artículo de referencia, los académicos Karen J. Alter, Lawrence R. Helfer y Florencia Guerzovich explicaron, cómo el TJCA, mediante el mecanismo prejudicial, ha diseñado progresivamente una exitosa “isla de Estado de Derecho de propiedad intelectual” en la Comunidad Andina⁵⁸³.

Resaltan los autores – a quienes reproducimos parcialmente – que las sentencias del TJCA han contribuido en la construcción de un eficaz Estado de Derecho en propiedad intelectual y a asegurar que las normas jurídicas, antes que significar poder, influencia política, o soborno, determinen las decisiones que toman los países miembros. Es más, subrayan que el éxito del TJCA en la construcción de un sistema jurídico andino eficaz –aunque sólo en un limitado espacio político– es altamente notable, teniendo en cuenta las décadas de inestabilidad económica y política en las que

⁵⁸³ ALTER K. J., HELFER L. R. y GUERZOVITCH F., “Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community”, *The American Journal of International Law*, Vol. 103, Núm. 1, January 2009, pp. 1-47. Recopilado en ALTER K. J. y HELFER L. R., *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2017. Este artículo fue traducido por VARGAS MENDOZA M. bajo el título: “Casos aislados de jurisdicción internacional eficaz: la construcción de un Estado de Derecho de propiedad intelectual en la Comunidad Andina”, en SAIZ ARNAIZ A., MORALES-ANTONIAZZI M. y UGARTEMENDIA J. I. (Coordinadores), *Las Implicaciones Constitucionales de los Procesos de Integración en América Latina: un Análisis desde la Unión Europea*, coed. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, IVAP, Universidad del País Vasco, Universitat Pompeu Fabra, 2011, pp. 207-281.

estaban inmersos los países miembros además de la debilidad de los sistemas jurídicos de los Estados sujetos a la jurisdicción del TJCA.

Para evaluar la eficacia de los sistemas jurídicos, la doctrina suele considerar el grado de cumplimiento de sus normas. En esta misma línea, los autores midieron la eficacia del sistema jurídico andino a través de tres dimensiones diferentes. “Primero, el sistema normativo y el litigio andino han creado derechos privados de propiedad valorables económicamente y exigibles. Segundo, las providencias del TJCA han mejorado notablemente los procedimientos para la toma de decisiones en las agencias administrativas nacionales en propiedad intelectual, fortaleciendo su autonomía, aumentado su sujeción al Estado de Derecho, y equilibrado los derechos de propiedad intelectual frente al interés público. Tercero, el TJCA ha proporcionado un mecanismo para los particulares, los funcionarios andinos y para las agencias nacionales de propiedad intelectual, mediante el cual hagan frente a los países miembros que buscan eludir el enfoque distintivo de la región en cuanto a la protección de la propiedad intelectual”⁵⁸⁴. Como consecuencia, el TJCA ha contribuido orientar los tribunales nacionales, las agencias internas y los particulares en cuestiones complejas de la normativa andina permitiendo así la creación y la armonización de un auténtico Estado de Derecho en propiedad intelectual y, a su vez, ha ayudado a los países andinos a resistirse frente a la presión de Estados Unidos para expandir la protección en propiedad intelectual en relación con las multinacionales extranjeras, al contrario de lo que sucede en cualquier otro lugar de América Latina.

Analizando detalladamente las sentencias del TJCA y examinando la evolución de la jurisprudencia andina, los autores identificaron las tendencias que sugieren el fortalecimiento del Estado de Derecho en materia de propiedad intelectual. En primer lugar, observaron que la calidad de la información en las interpretaciones prejudiciales mejoró notablemente con el tiempo a través la estandarización de las consultas de interpretación prejudicial. En segundo lugar, el Tribunal adoptó procedimientos para proteger a los particulares que se oponen a las solicitudes de registro marcario y de

⁵⁸⁴ HELFER L. R., ALTER K. J. y GUERZOVITCH F., “Casos aislados de jurisdicción internacional eficaz: la construcción de un Estado de Derecho de propiedad intelectual en la Comunidad Andina”, *op. cit.*, pág. 59.

concesión de patentes. Estos procedimientos fomentaron un clima propicio para una justa e imparcial resolución de los conflictos en propiedad intelectual. En tercer lugar, el TJCA solicitó a las agencias administrativas nacionales de propiedad intelectual que justifiquen razonadamente sus decisiones. Así, la obligación de motivar tuvo cómo efecto de disuadir a los funcionarios nacionales de eludir o violar la ley al decidir el caso con base en sobornos, influencia política o “intuición”⁵⁸⁵. Conviene aquí resaltar el destacable papel de las agencias nacionales de propiedad intelectual en el éxito de la jurisprudencia andina en materia de propiedad intelectual; sin el soporte, la actividad y la eficiencia de estas entidades administrativas, el cumplimiento de las sentencias del TJCA no hubiera sido posible. A ello se suma la ya comentada tendencia jurisprudencial del TJCA en ampliar el alcance del concepto de “juez nacional”⁵⁸⁶ y reconocer a entidades administrativas de propiedad intelectual como el INDECOPI la legitimidad activa para solicitar interpretación prejudicial facultativa⁵⁸⁷.

Los autores ilustran la eficacia de la jurisprudencia andina a través el análisis de tres casos de violación de la legislación andina de suma importancia política y cuyas resoluciones por parte del TJCA resultaron claves en la consolidación de marco legislativo andino en el ámbito de la propiedad intelectual.

El primer caso corresponde a las denominadas patentes “pipeline”. El pipeline es un mecanismo de transición que permite la prolongación de una patente que se encuentra en el estado de la técnica; este mecanismo consiste en realidad en otorgar una patente de invención a un producto o procedimiento que siendo conocido o ya patentado en otro país pueda ser patentado en un tercer país. Con dicha figura se permite así prolongar la vida de una patente más allá del plazo máximo establecido por el ordenamiento jurídico andino⁵⁸⁸. En efecto, de conformidad con la normativa vigente en propiedad industrial, es decir las Decisiones 85, 311, 313, 344 y 486, una vez

⁵⁸⁵ TJCA, Proceso 28-IP-96, sentencia *Marca Ciel*, de 31 de octubre de 1997. Publicada en la *GOAC* N° 318, de 26 de enero de 1998. En esta sentencia el TJCA considera que la notoriedad de una marca “no debería ser producto de la simple intuición”, pero más bien “ha de ser el producto o la consecuencia de un análisis, procedimiento o investigación (...) con las pruebas presentadas por las partes”.

⁵⁸⁶ TJCA, Proceso 242-IP-2015, *op. cit.*, apartado 9.

⁵⁸⁷ TJCA, Proceso 121-IP-2014, *op. cit.*.

⁵⁸⁸ PÉREZ M. C., *Tribunal de Justicia de la CAN, propiedad intelectual y salud pública*, Editorial Abya Yala, Quito, 2006, pág. 63.

transcurridos los primeros veinte años, el producto ha perdido la protección de patente. Y, en el caso de una patente farmacéutica, el producto se ha convertido en un genérico de modo que se encuentra libre de la protección de la patente y puede ser reproducido libremente haciendo más fácil su acceso al público a un precio más bajo. Explican los autores que los Países Miembros adoptaron la doctrina conocida como “novedad absoluta”, en virtud de la cual se negaron a proteger medicinas patentadas en otros países durante los años en que era imposible solicitar patentes farmacéuticas en los países andinos. Así, en la sentencia de 9 de diciembre de 1994, Proceso 6-IP-94, cuya petición de interpretación prejudicial solicitó el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso-Administrativo de la República del Ecuador, el TJCA interpretó la normativa andina sobre propiedad industria en vigor, y más específicamente la Decisión 344, declarando que el “principio del “pipeline” no se encuentra contemplado dentro de la legislación andina y es contrario al de “novedad absoluta”, la cual debe ser aplicada por las autoridades competentes. En consecuencia cualquier patente solicitada con base en él, deberá ser denegada o en su caso, la ya concedida, ser anulada⁵⁸⁹. Con esta trascendental sentencia, el TJCA invalidó un acuerdo bilateral entre Ecuador y los Estados Unidos, mediante el cual se concedía protección de patente a las empresas farmacéuticas extranjeras.

El segundo caso se refiere a la controvertida figura jurídica de las llamadas patentes de “segundo uso”. Las patentes de “segundo uso” son patentes inicialmente concedidas para un propósito, pero posteriormente se les ha encontrado un uso distinto a la patente original o algún nuevo beneficio, y por consiguiente se les concede un periodo adicional de protección. No obstante, en virtud de la interpretación de la normativa andina realizada por del TJCA, la novedad de una invención consiste en aquello que “no está comprendido en el estado de la técnica (divulgación cualificada) o lo que no haya sido divulgado o hecho accesible al público en cualquier lugar (divulgación simple y novedad absoluta)”⁵⁹⁰, por lo que el Tribunal asevera que cuando una invención es patentada, entra en el estado de la técnica, y toda solución que parta de

⁵⁸⁹ TJCA, Proceso 6-IP-94, sentencia *Pipeline*, de 9 de diciembre de 1994. Publicada en la *GOAC* N° 170, de 23 de Enero de 1995.

⁵⁹⁰ TJCA, Proceso 6-IP-89, sentencia *Interplast Ltda*, de 31 de Octubre de 1989. Publicada en la *GOAC* N° 50, de 17 de noviembre de 1989.

ésta sin cambiarla ni mejorarla, sino simplemente destinándola a otro uso antes no identificado, carece de la novedad exigida para gozar de la protección que brinda el sistema de patentes⁵⁹¹. En definitiva, el TJCA entiende que el requisito de la “novedad absoluta” establecido por la normativa andina también prohíbe el reconocimiento de las patentes de segundo uso, motivo por el cual el Tribunal revocó un decreto peruano mediante el cual se autorizaba a las agencias de propiedad intelectual para otorgar patentes de segundo uso en violación de la normativa andina, incluyendo la lucrativa patente para el Viagra y que fue adoptado como consecuencia de la presión de la gigante farmacéutica estadounidense Pfizer. Posteriormente y, en la misma línea jurisprudencial, el TJCA también revocó las decisiones de las agencias ecuatoriana y venezolana que concedieron patentes para el Viagra⁵⁹². Finalmente, en el caso colombiano⁵⁹³, la agencia administrativa INVIMA (Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos) rechazó la solicitud de Pfizer de patente de segundo uso para el Viagra, por lo que Pfizer presentó un recurso ante el Consejo de Estado (en adelante CE) colombiano. El CE colombiano solicitó una interpretación prejudicial y el TJCA, en una sentencia de 25 de noviembre de 2004, Proceso 105-IP-2004⁵⁹⁴, reiteró su interpretación de la norma andina, de modo que el CE, en su fallo de 4 de agosto de 2005, denegó las pretensiones de Pfizer e implementó la interpretación prejudicial del TJCA alegando que

“Las conclusiones de la sentencia interpretativa prejudicial traída a este proceso son claras en señalar que las normas comunitarias sobre la materia en estudio priman sobre el derecho interno, y que los artículos 78 y 79 de la Decisión 344 son aplicables al presente caso por ser pertinentes y por cuanto era la regulación comunitaria que se hallaba vigente para cuando fue presentada la solicitud de los registros sanitarios que se piden invalidar. Lo anterior no obsta para que se aplique el derecho interno cuando no exista norma sobre

⁵⁹¹ TJCA, Proceso 1-IP-96, sentencia *Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial*, de 9 de diciembre de 1996. Publicada en la *GOAC* N° 257, de 14 de abril de 1997.

⁵⁹² Véase TJCA, Proceso 01-AI-2001, sentencia de 27 de junio de 2002. Publicada en la *GOAC* N° 818, de 23 de julio de 2002; y TJCA, Proceso 34-AI-2001, sentencia de 21 de agosto de 2002. Publicada en la *GOAC* N° 839, de 25 de septiembre de 2002.

⁵⁹³ El asunto fue mediatizado en el diario *EL TIEMPO*, el 6 de enero de 2009: “Multinacional Pfizer no puede patentar principio activo del potenciador sexual Viagra en Colombia”, disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4743402>.

⁵⁹⁴ TJCA, Proceso 105-IP-2004, sentencia *Vintix*, de 25 de noviembre de 2004. Publicada en la *GOAC* N° 1161, 27 de enero de 2005.

el punto en la normativa comunitaria, ésta defiera al derecho interno el desarrollo de algún aspecto específico de la materia objeto de la misma.

Por lo tanto, si bien prima el derecho comunitario sobre el interno, ello no excluye la aplicación de éste, ora de manera subsidiaria, o ya de manera complementaria de aquél.”⁵⁹⁵

Y por último, la tercera y más reciente controversia de incumplimiento en propiedad intelectual, se refiere a las políticas de protección de los datos de prueba, más concretamente, a los datos de prueba que las empresas farmacéuticas presentan ante los ministerios nacionales de salud al solicitar la aprobación para comercializar nuevos medicamentos. En este caso, el TJCA consideró contrario a la normativa comunitaria, específicamente a la Decisión 486, un decreto colombiano adoptado bajo la presión de Estados Unidos, mediante el cual se protegían los datos de prueba presentados por los fabricantes de productos farmacéuticos ante los organismos nacionales de salud, al solicitar la aprobación para la comercialización de nuevos medicamentos. El Tribunal argumentó que “el interés comunitario que debe regir la comercialización de los productos farmacéuticos” tiene como finalidad “la protección del derecho fundamental a la salud de los pueblos”⁵⁹⁶ que son “la salud pública y el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de la subregión”⁵⁹⁷.

En conclusión, el punto esencial que caracteriza las controversias en torno a la protección de los derechos de la propiedad intelectual, radica en que las interpretaciones prejudiciales del TJCA han impedido que los países miembros incumplan la normativa andina para atender las solicitudes de los Estados Unidos y sus empresas logrando de este modo fortalecer la legislación andina y, por ende, garantizar progresivamente la protección de “derechos humanos fundamentales como la salud y la vida”⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Consejo de Estado de Colombia, Sentencia N° 11001-03-24-000-1999-06015-01 de 2005, Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Primera, de 4 de Agosto de 2005.

⁵⁹⁶ TJCA, Proceso 114-AI-2004, *op. cit.*.

⁵⁹⁷ TJCA, Proceso 114-AI-2004, *op. cit.*.

⁵⁹⁸ TJCA, Proceso 112-IP-2012, sentencia *Marca Avantha*, de 13 de noviembre de 2012. Publicada en la GOAC N° 2161, de 8 marzo 2013.

2. Problemática limitación de la consulta prejudicial andina

A pesar del incontestable y notable éxito del mecanismo prejudicial en materia de propiedad intelectual, es de lamentar que, a diferencia de la UE cuyas “temáticas son mucho más variadas y afectan principalmente no sólo al Derecho secundario sino también a su Derecho primario”⁵⁹⁹, la consulta prejudicial andina sea utilizada casi exclusivamente en el ámbito de la propiedad intelectual y que, en otras áreas relevantes de la integración regional como en aranceles, aduanas e impuestos, las normas andinas permanecen plagadas de excepciones y fragilidades, y a menudo acaban incumplidas por los actores nacionales. En resumidas cuentas y para seguir con la metáfora, resulta muy decepcionante el “carácter insular” de la construcción jurisprudencial del TJCA.

Para ilustrar esta problemática, es preciso comentar la jurisprudencia andina sobre la fiscalidad indirecta, cuyas interpretaciones prejudiciales han sembrado, para parte de la doctrina, más dudas que aclarado conceptos jurídicos. Concretamente nos referimos a los contenidos problemáticos de las interpretaciones prejudiciales sobre la Decisión 388 “Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes”, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de 2 de julio de 1996, que regula la devolución del impuesto sobre el valor agregado en la CAN⁶⁰⁰.

La armonización de los tributos relacionados con el comercio entre Estados, y más específicamente el IVA, es uno de los propósitos que persigue la Comunidad andina. Al efecto, la CAN ha adoptado desde el año 1992 una serie de Decisiones sobre la materia⁶⁰¹, entre las cuales la comentada Decisión 388. Así, la Decisión 388

⁵⁹⁹ CIENFUEGOS MATEO M., “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina”, *op. cit.*, pág. 32.

⁶⁰⁰ Para un estudio detallado véase MONTAÑO GALARZA C., “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Serie Memorias y Debates, José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón Editores, Quito, 2012, pp. 25-38. También se recomienda la tesis doctoral dirigida por ROZAS VALDÉS J. A.: GONZALES BUSTOS J. P., *Hacia la armonización fiscal en la Comunidad Andina*, Universitat de Barcelona, Facultat de Dret, 2017.

⁶⁰¹ Las Decisiones adoptadas por la CAN son las siguientes: Decisión 324 “Arancel Externo Común, Programa de Liberación e Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales”; Decisión 330 “Eliminación

“Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes” establece normas que armonizan la devolución total de los impuestos indirectos que gravan la adquisición de las materias primas, insumos intermedios y bienes de capital, consumidos o utilizados en la producción, transporte y comercialización de bienes exportados. Debido al amplio abanico de contenidos jurídicos que abarca, dicha Decisión ha generado entre los agentes del mercado andino un interés muy significativo, esencialmente porque vehicula la idea de que “el IVA no debe ser trasladado al mercado de consumo de los productos que se exportan (principio de destino de IVA), de tal forma que estos no se encarezcan ni pierdan competitividad respecto a los demás bienes del mercado importador”⁶⁰². Sin embargo, también se ha comentado que la Decisión 388 es una normativa incompleta e imprecisa principalmente por no establecer un plazo dentro del cual los Estados Miembros deben previamente revisar las leyes nacionales que regulan el impuesto sobre el valor agregado para dar cumplimiento a las normas comunitarias de armonización adoptadas sobre esta en materia⁶⁰³. Por estas razones, la Decisión 388 fue objeto de una serie no desdeñable de solicitudes de interpretaciones prejudiciales en las cuales se plantearon algunos puntos sensibles.

En la sentencia de 22 de junio de 2005, Proceso 75-IP-2005, sentencia prejudicial de referencia en esta temática, las conclusiones establecidas por el TJCA trataron varios aspectos relevantes que, con sentido similar, fueron reiteradas en los posteriores fallos y

de Subsidios y Armonización de Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales”; Decisión 388 “Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes”; Decisión 599 “Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado”; Decisión 600 “Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo”; Decisión 635 “Modificación de las Decisiones 599 y 600 relativas a la Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado y Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo”.

⁶⁰² MONTAÑO GALARZA C., “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, *op. cit.*, pág. 30.

⁶⁰³ Las Decisiones posteriores, específicamente la Decisión 599 y la 635, subsanaran este defecto. Además César Montaña Galarza destaca que la Decisión 599 clarificó la naturaleza del proceso de armonización legislativa al exponer, en su séptimo considerado, que “la armonización de los impuestos tipo valor agregado debe entenderse como un proceso gradual, que deberá ser administrado por cada País Miembro dentro de los plazos definidos en esta Decisión.” Añade el autor que “esta definición comunitaria es sustancial para entender que las acciones relacionadas con la armonización legislativa del IVA se enmarcan en un “proceso”, que será “gradual” y, que además, será de responsabilidad de cada uno de los Estados Nacionales y no de la comunidad, en atención a los plazos que esta establezca. Lo que da para entender además, por una parte, que la armonización no puede ser automática o inmediata, y por la otra, que no puede depender de la organización supranacional sino de los propios Estados, que son quienes han de ajustar la legislación pertinente.” (MONTAÑO GALARZA C., “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, *op. cit.*, pp. 31-32).

que, a su vez, fueron muy criticadas. Resumidamente, el TJCA considera a la normativa de la Decisión 388 de obligatorio e inmediato cumplimiento por parte de los Estados Miembros, reconoce a los Países Miembros de la CAN “la facultad para concebir los desarrollos que consideren necesarios para la aplicación efectiva y cabal en sus respectivos territorios, del régimen común sobre “Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes””⁶⁰⁴, explica que

“los principios fundamentales de aplicación directa y preferente de la ley comunitaria, suponen que el ordenamiento comunitario opera sin necesidad de complemento legislativo interno y con preeminencia sobre la ley nacional, siendo inaplicables las disposiciones de derecho interno que contradigan o sean irreconciliables con la norma andina.”⁶⁰⁵

Y finalmente expone que

“cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los Países Miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquélla, en aplicación del principio de complementación indispensable, les corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que éstas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario o, restrinjan aspectos esenciales por él regulados.”⁶⁰⁶

En fallos posteriores, como por ejemplo, en la sentencia de 5 de julio de 2006, Proceso 50-IP-2006, o la sentencia de 22 de mayo de 2013, Proceso 157-IP-2012⁶⁰⁷, el TJCA siguió su línea jurisprudencial disponiendo que la Decisión 388, “prevalece sobre toda regulación nacional anterior o posterior a ella, en cuanto resulte incompatible con dicha Decisión, conforme a los principios de aplicación inmediata y primacía de la norma comunitaria”. Y seguidamente concluye que “de no ser así, resultaría imposible alcanzar la meta propia del derecho comunitario de lograr *un régimen uniforme para*

⁶⁰⁴ TJCA, Proceso 75-IP-2005, sentencia *Compañía Curtiembre Renaciente S.A.*, de 22 de junio de 2005, conclusión n° 1. Publicada en la *GOAC* N° 1233, de 18 de agosto de 2005.

⁶⁰⁵ TJCA, Proceso 75-IP-2005, *op. cit.*, conclusión n° 7.

⁶⁰⁶ TJCA, Proceso 75-IP-2005, *op. cit.*, conclusión n° 8.

⁶⁰⁷ TJCA, Proceso 157-IP-2012, sentencia *Varaderos y Talleres Durán Vatadur S.A.*, de 22 de mayo de 2013. Publicada en la *GOAC* N° 2233, de 5 de septiembre de 2013.

todos los Países de la Comunidad y los objetivos del Proceso de Integración de la Comunidad Andina”⁶⁰⁸.

Sin embargo, una vez expuesto los principios fundamentales del Derecho andino, el TJCA no guía el juez nacional en la aplicación de dicha normativa tal y como sucede en materia de propiedad intelectual, es decir que no explica detalladamente los criterios idóneos acerca de la naturaleza, concepto, elementos y alcance de un régimen de armonización, así como las responsabilidades de los Estados Miembros, frente a tal ordenamiento jurídico que busca la convergencia de las legislaciones estatales. Pero sobre todo el TJCA no aclara las semejanzas y las diferencias existentes entre el régimen de armonización y el régimen común o unificado⁶⁰⁹. Esta ausencia de matices respecto los conceptos disímiles de “armonización” y de “uniformización” ha generado cierta confusión a la hora de aplicar la normativa en cuestión. Pero sobre todo la falta de complicidad entre el TJCA y los jueces nacionales también explica las reticencias del juez nacional en solicitar el Tribunal de Justicia⁶¹⁰.

En todo caso, si bien es cierto que, en estos asuntos específicos, la jurisprudencia del TJCA resultó ser más evasiva y no tan precisa ni creativa como en los litigios relacionados con la propiedad intelectual, también es innegable que la normativa andina en cuestión careció de la claridad y del rigor jurídico que se le debe exigir a una norma comunitaria. En consecuencia, que las normas comunitarias sean claras, explícitas y coherentes con el marco jurídico fundacional de la CAN también es requisito imprescindible para que la consulta prejudicial se convierta en la “piedra angular” del sistema jurídico andino.

⁶⁰⁸ TJCA, Proceso 50-IP-2006, sentencia *Curtiembre Renaciente S.A.*, de 5 de julio de 2006. Publicada en la *GOAC* N° 1399, de 15 de septiembre de 2006. Las cursivas nos pertenecen.

⁶⁰⁹ MONTAÑO GALARZA C., “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, *op. cit.*, pp. 30-35.

⁶¹⁰ ALTER K. J. y HELFER L. R., “Legal Integration in the Andes: Law-Making by the Andean Tribunal of Justice”, *European Law Journal*, Vol. 17, Issue 5, 2011, pp. 704-705.

II. LA OPINIÓN CONSULTIVA DEL TPR

Como enseñan los estudios sobre la interpretación y la aplicación uniforme tanto en el ámbito europeo como andino, el mecanismo prejudicial resulta ser el instrumento de integración imprescindible y fundamental; sin este mecanismo no hubiese sido posible conseguir el grado de integración tan avanzado que hoy en día encontramos en la arquitectura jurídica europea y, en menor medida, en la andina. Por su parte, los negociadores mercosureños establecieron como instrumento de armonización de la normativa del MERCOSUR, un mecanismo diferente: la opinión consultiva. Sin embargo, si bien la opinión consultiva tiene la misma finalidad que la cuestión prejudicial (§1), sus características evidencian las limitaciones del mecanismo aunque el Proyecto de Norma 2/2010 propone superar dichas carencias (§2).

§ 1. SI BIEN LA OPINIÓN CONSULTIVA TIENE LA MISMA FINALIDAD QUE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL,...

1. El mecanismo de la opinión consultiva...

El mecanismo de opinión consultiva no es exclusivo del MERCOSUR, ni mucho menos; también hayamos este mecanismo en otras instituciones y otros regímenes jurídicos internacionales.

Entre las jurisdicciones internacionales habilitadas a emitir opiniones consultivas conviene ante todo citar la Corte Internacional de Justicia. El origen de las opiniones consultivas emitidas por la CIJ no es reciente: así, según el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, creado por el Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919, su antecesora, la entonces Corte Permanente de Justicia Internacional, tenía la facultad de emitir opiniones consultivas sobre cualquiera diferencia o sobre cualquiera cuestión que le fuese presentada por el Consejo o la Asamblea. La institución del procedimiento consultivo se mantuvo para la CIJ, aunque esta tarea fue reformulada y se incrementó la legitimación activa de posibles solicitantes. Así, en virtud de lo establecido en el Capítulo IV de su Estatuto, artículo 65, la Corte “podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma”⁶¹¹. De esta manera, la CIJ ha emitido opiniones consultivas con relevancia política, como la opinión consultiva de fecha 22 de julio de 2010, sobre la compatibilidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo.

Adicionalmente, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y en vigor desde el 18 de julio de 1978, también faculta la Corte Interamericana de Derechos Humanos para emitir opiniones consultivas. De este modo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 64 de la Convención, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) así como los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA, podrán consultar a la Corte “acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”⁶¹². Asimismo, la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, “podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”⁶¹³.

⁶¹¹ Artículo 65.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁶¹² Artículo 64 párrafo 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

⁶¹³ Artículo 64 párrafo 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Y finalmente, como último ejemplo, este mecanismo consultivo también se ha introducido como vía de control incidental del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶¹⁴. En efecto, el desarrollo de la jurisdicción del TEDH a partir de la entrada en vigor del Protocolo número 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), en 1998, ha dado lugar a un proceso de reforma del Tribunal cuyo último exponente es el Protocolo número 16, firmado el 2 de octubre de 2013. Este Protocolo persigue el objetivo de promover un diálogo con los jueces nacionales, con el propósito de facilitar la protección de derechos humanos a nivel nacional. Dentro de este esquema, el Protocolo número 16 crea un nuevo procedimiento, que permite a los altos tribunales de las Partes Contratantes solicitar al TEDH que “emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos”⁶¹⁵.

2. ...como instrumento de interpretación uniforme del derecho mercosureño

Durante las negociaciones previas a la suscripción del Protocolo de Olivos, se reconoció la importancia y la necesidad de la interpretación uniforme y se reflexionó acerca del instrumento idóneo para lograr semejante propósito. La lectura de los Considerados del Protocolo de Olivos pone de manifiesto que la necesidad de garantizar la interpretación uniforme “de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR”, constituyó una prioridad y uno de los motivos del legislador mercosureño para modificar el sistema anteriormente establecido.

Además, en las conclusiones del *Segundo Informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales*, la Secretaría del MERCOSUR resaltó que

⁶¹⁴ Para un estudio sobre este mecanismo véase ALONSO GARCÍA R., *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Civitas, Thomson Reuters, 2015, pp. 152-166.

⁶¹⁵ Artículo 1 párrafo 1 del Protocolo número 16 del CEDH.

“la falta de uniformidad que se observa en algunos sectores del derecho del MERCOSUR, como así también los problemas que plantean los supuestos de incompatibilidades entre el ordenamiento mercosureño y la normativa nacional, señalan la imperiosa necesidad de contar con una jurisdicción especializada en materia de interpretación de normas.”⁶¹⁶

Por tanto, una de las grandes innovaciones del Protocolo de Olivos fue el establecimiento de mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al TPR, desarrolladas por el Reglamento del Protocolo de Olivos, en la medida que el Protocolo de Olivos solo prevé la contingencia del establecimiento de opiniones consultivas, dejando la definición y el alcance de ellas al árbitro del Consejo Mercado Común.

Así, en primer lugar, al igual que la cuestión prejudicial, el propósito de la opinión consultiva es velar a la interpretación uniforme del conjunto normativo del MERCOSUR, “desentrañando el alcance y el sentido de las normas regionales”⁶¹⁷ para “aunar criterios hermenéuticos, generando un clima de mayor previsibilidad y certeza jurídica”⁶¹⁸. Escribe el Comité de Expertos del proyecto “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, que la opinión consultiva “puede llegar a convertirse en la auténtica piedra angular de la arquitectura judicial del MERCOSUR”⁶¹⁹. En este sentido, el antiguo Presidente del TPR, José Antonio Moreno Ruffinelli, recalca la importancia de la opinión consultiva para el proceso de integración mercosureño, asimilando dicho mecanismo a la cuestión prejudicial⁶²⁰.

⁶¹⁶ Secretaría del MERCOSUR, *Segundo Informe sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Rio de Janeiro, 2004.

⁶¹⁷ KLEIN VIEIRA L., *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración: Unión Europea, Comunidad Andina y MERCOSUR*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2011, pág. 82.

⁶¹⁸ DREYZIN DE KLOR A. S. y HARRINGTON C., “Las opiniones consultivas en MERCOSUR: El debut del mecanismo jurídico”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n°2, Buenos Aires, 2007, pág. 573.

⁶¹⁹ ALONSO GARCÍA R. y DREYZIN DE KLOR A. S. (Directores), “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, *Revista de Derecho Internacional y MERCOSUR*, Año 8, N°5, octubre 2004, considerado 6.

⁶²⁰ MORENO RUFFINELLI J. A., “Solución de controversias en el MERCOSUR”, Seminario organizado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 21-25 de febrero de 2005.

Por ello, en la primera opinión consultiva del TPR, emitida el 3 de marzo de 2007 a instancias del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Jurisdicción de Asunción, el mismo Moreno Ruffinelli, entonces Presidente del TPR, y el árbitro Joao Grandino Rodas expusieron que:

“El MERCOSUR constituye aún hoy un proceso de integración marcado por el accionar intergubernamental. No obstante ello, el Derecho del MERCOSUR “necesita” no quedar sujeto al albur de lo que establezcan las normas nacionales de los Estados Partes. Esa y no otra es la filosofía de la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en “Costa c. ENEL”, dictada cuando la Comunidad Económica Europea había apenas comenzado y no había indicios tan claros de que se llegaría a la supremacía del Derecho Comunitario. El TJCE señaló que no hay otra forma posible de hacer funcionar la Comunidad y de hacer respetar las obligaciones asumidas por los Estados que colocar el Derecho emanado del bloque en otro nivel diferente. La supranacionalidad –como superación de lo intergubernamental– es un término a veces ambiguo. No obstante, el mismo hecho –entre otros– de que los Estados se hayan comprometido a respetar las decisiones de las controversias sometidas al TPR ya crea, en cierto sentido, un marco de supranacionalidad. Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización, contribuyendo así, de manera efectiva, a la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración al avance de todo proceso de integración.

(...) Al respecto, corresponde fijar algunas precisiones generales muy importantes como pautas interpretativas para éste y otros casos análogos que pudieran presentarse dentro del bloque”⁶²¹.

Por otra parte, también cabe subrayar la importancia de la opinión consultiva como acción preventiva tendiente a evitar una futura controversia con otro Estado Parte, sosteniendo que si bien las controversias son naturales a todo proceso de integración,

⁶²¹ Opinión Consultiva N° 01/2007: “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”. Esta esclarecedora exposición del TPR fue resaltada por ALONSO GARCIA R., “La experiencia judicial europea en los sistemas suramericanos de integración regional, y las posibilidades de una inspiración inversa”, en *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pág. 40.

también debe admitirse que ellas desgastan, a veces innecesariamente, las relaciones de los países envueltos en ella⁶²².

Se entiende, pues, que las opiniones consultivas no sean un mero mecanismo de solución de controversias, sino que se trata en realidad de un mecanismo cuyo propósito es justamente evitar que se produzcan controversias. Esta idea se expresa en el documento preliminar del Reglamento del Protocolo de Olivos, en el cual se establece que:

“el Protocolo de Olivos restringe las opiniones consultivas a situaciones en las cuales todavía no se ha producido la circunstancia, evento, hecho o normación objeto de la consulta. Se trata de una consulta ex ante, esto es, solicitada, procesada y evacuada con antelación a que se produzcan las circunstancias, eventos o hechos, o a que se adopten decisiones, sospechados de no ajustarse a la normativa comunitaria o que suscitan opiniones divergentes incompatibles”.⁶²³

En consecuencia, el novedoso mecanismo de las opiniones consultivas puede llegar a ser considerado como un modo idóneo de prevenir controversias, poder fijar criterios interpretativos de la normativa MERCOSUR y orientar en tal sentido la conducta de aquellas Partes.

⁶²² MORENO RUFFINELLI J. A., “Solución de controversias en el MERCOSUR”, *op. cit.*

⁶²³ Documento preliminar del RPO citado por DREYZIN DE KLOR A. S., “El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año II, núm. 3, enero-junio de 2005, pág. 85.

§ 2. ...SUS CARACTERÍSTICAS EVIDENCIAN LAS LIMITACIONES DEL MECANISMO

A pesar de la ambición expresada cuando se estableció la opinión consultiva como mecanismo de interpretación uniforme, la realidad, tras más de quince años, resulta un tanto decepcionante: sólo se emitieron hasta entonces 3 opiniones consultivas lo cual contrasta radicalmente con el éxito del mecanismo prejudicial andino⁶²⁴. Parece por tanto evidente que difícilmente se conseguirá una armonización del Derecho mercosureño con una jurisprudencia tan escasa y hace que surja la pregunta de si el actual diseño de este mecanismo sea el adecuado para lograr la necesaria interpretación uniforme.

Como lo analizaremos a continuación, las características específicas del mecanismo consultivo evidencian diferencias profundas con la cuestión prejudicial (tanto andina como europea) y limitaciones importantes, que le han impedido hasta la fecha convertirse en la piedra angular de la arquitectura judicial del MERCOSUR, pero el Proyecto de Norma 02/2010 ofrece perspectivas y soluciones ambiciosas que merecen ser destacadas.

1. Principales limitaciones de la opinión consultiva...

⁶²⁴ Concretamente los enunciados bajo los que se registran estas opiniones consultivas responden respectivamente a la siguiente nominación: Opinión Consultiva N° 01/2007 del 04 de marzo de 2007: “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”; Opinión Consultiva N° 01/2008 del 24 de abril de 2009: “Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”; Opinión Consultiva N° 01/2009 del 15 de junio de 2009: “Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto”.

1.1. Una legitimación restringida

De conformidad con el artículo 2 RPO, están legitimados para solicitar opiniones consultivas al TPR, los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR y los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional. Así, la “relevancia de avanzar hacia una interpretación uniforme de la normativa del bloque”⁶²⁵, llevó al Consejo Mercado Común a determinar que las opiniones consultivas pueden ser solicitadas al TPR no sólo por todos los Estados Partes del MERCOSUR y por los órganos con capacidad decisoria, sino que con acertado criterio, incluyó a los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes⁶²⁶. Existen por tanto tres tipos de legitimados activos.

A estos efectos, en primer término, se requiere que la opinión consultiva sea elevada en conjunto por todos los países miembros, de modo que un Estado Parte de forma individual, no está facultado para solicitar una consulta al TPR. Sin embargo, conforme lo establecido en el Reglamento ¿qué sucede si no se logra el consenso de los Estados miembros para solicitar la opinión consultiva? En este caso, en la medida en que el consenso es requerido para activar la consulta, los Estados miembros que elevan la solicitud, no podrán avanzar con el pedido⁶²⁷. Por lo que es de lamentar que no se haya concedido esta facultad a los Estados sin la necesidad de requerir su unanimidad⁶²⁸

⁶²⁵ DREYZIN DE KLOR A. S., “El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones”, *op. cit.*, pág. 76.

⁶²⁶ Artículos 2, 3 y 4 RPO.

⁶²⁷ DREYZIN DE KLOR A. S., “El reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones”, *op. cit.*, pág. 78.

⁶²⁸ Para Roberto Ruiz Díaz Labrano “no parece razonable que los Estados partes deban actuar en conjunto para requerir opiniones consultivas; habría sido más lógico que fuera posible a uno o más Estados, cuanto lo estimaren necesario, requerir consultas al TPR sin supeditar a este efecto la formulación por consenso. Teniendo en cuenta que la consulta evacuada por un órgano especializado clarifica el derecho, armoniza la interpretación y la aplicación del derecho común, contribuyendo a fortalecer el proceso de integración –como se puede verificar en el sistema europeo por medio de las cuestiones prejudiciales ante el TJCE–, sólo se puede inferir un beneficio para todos los Estados partes en la consulta, aun cuando la formule un solo Estado, razón por la cual no compartimos esta limitación” (RUIZ DÍAZ LABRANO R., “Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de los tribunales superiores de los Estados partes”, *op. cit.*, pág. 638).

y que se priorizara una vez más “el criterio del estricto control colectivo en que se anida la intergubernamentalidad del régimen”⁶²⁹.

A su vez, los órganos con capacidad decisoria, esto es el Consejo Mercado Común, el Grupo Mercado Común o la Comisión de Comercio del MERCOSUR⁶³⁰, podrán solicitar opiniones consultivas. A estos órganos regionales, se ha de añadir el Parlasur, desde el 9 de diciembre de 2005, fecha de su creación, y de conformidad con el artículo 13 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR.

Con todo, sean los Estados partes quienes solicitan la opinión consultiva, o sea uno de los órganos del MERCOSUR, el procedimiento será el mismo⁶³¹; en ambos casos, la o las partes solicitantes deberán presentar un proyecto común de solicitud de opinión consultiva a los demás a los fines de consensuar el contenido. Una vez conseguido este consenso, la presidencia *pro tempore* presentará dicha solicitud al TPR a través de su Secretaría⁶³².

En segundo lugar, se prevé que el TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional. Por ende, debe entenderse que por su generalidad, se ha querido que ello comprenda a todos los niveles del Poder Judicial del Estado solicitante⁶³³.

El monopolio de la remisión de la consulta conferido a tales Tribunales Supremos ha sido no obstante objeto de crítica ya que no parece “compatible con la dinámica propia del proceso de integración y se aparta de la solución y la práctica de otros esquemas asociativos”⁶³⁴. En consecuencia, se considera que el “RPO debió haber establecido que cualquier juez, de cualquier instancia, tuviera legitimación activa para

⁶²⁹ PUCEIRO RIPOLL R., “Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 620.

⁶³⁰ Artículo 3 párrafo 1 RPO.

⁶³¹ Artículo 3 RPO.

⁶³² Artículo 3 párrafo 3 RPO.

⁶³³ PUCEIRO RIPOLL R., “Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 620.

⁶³⁴ PEROTTI D. A., “Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: situación institucional y opiniones consultivas”, en *Temas del Cono Sur: dossier de integración*, n°49, Buenos Aires, 2008, pág. 85.

dirigir, en forma directa y por su propia autoridad, una solicitud de opinión consultiva al TPR, sin que sea necesario que la misma deba ser canalizada a través de su tribunal suprema”⁶³⁵.

Aun así, la inclusión de los Tribunales Supremos como actores en el sistema mercosureño, supone “un extraordinario avance en cuanto mecanismo de interrelación y cooperación con los órganos judiciales nacionales”⁶³⁶. Aunque, obviamente, el grado de cooperación no es comparable con el que encontramos en el sistema judicial europeo y, en menor medida, en el andino.

Por último, si bien esta vía abierta por el RPO también es un acceso indirecto a la opinión consultiva para los particulares⁶³⁷, parte de la doctrina ha lamentado que no se confiese a los particulares la posibilidad de activar este procedimiento directamente y que lo correcto sería democratizar el acceso a la jurisdicción del TPR “de manera a garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales”⁶³⁸.

1.2. Un objeto limitado

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 3 y 4 RPO, las opiniones consultivas versarán sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en la normativa del MERCOSUR, esto es el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los

⁶³⁵ PEROTTI D. A., “Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: situación institucional y opiniones consultivas”, *op. cit.*, pág. 86.

⁶³⁶ RUIZ DÍAZ LABRANO R., “Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de los tribunales superiores de los Estados partes”, *op. cit.*, pág. 640. En este sentido, DREYZIN DE KLOR A. S., en “El reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones”, *op. cit.*, pág. 77, escribe que “por primera vez en lo que va de MERCOSUR, se reconoce protagonismo a la justicia nacional contribuyendo de ese modo –a nuestro juicio en grado superlativo– al objetivo que inspiró la regulación de esta faz consultiva.”

⁶³⁷ SUSANI N., “El alcance del procedimiento de opiniones consultivas establecido por el Reglamento del Protocolo de Olivos”, *Revista de Derecho Internacional y MERCOSUR*, Año 8, N°1, Buenos Aires, 2004, pp. 66-79.

⁶³⁸ BIACCHI GOMES E., “La democratización del acceso al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de las Opiniones Consultivas”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 2, N° 4, Agosto 2014, pág. 58.

protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR. A continuación formularemos algunas observaciones.

Las opiniones consultivas deben versar sobre “cuestiones objetivas acerca de la compatibilidad de la disposición nacional frente al derecho común establecido por los Estados partes, a fin de asegurar que este derecho, prevalente ante el derecho interno en el ámbito de la competencia atribuida, sea aplicado adecuadamente por los órganos nacionales”⁶³⁹. Lo que se recaba a través de este mecanismo es la interpretación de la norma mercosureña en función de una cuestión jurídica que suscita, a las instancias nacionales, incertidumbres en su aplicación. El objeto de las opiniones consultivas está por tanto estrictamente ceñido a toda cuestión jurídica vinculada a la normativa mercosureña y queda excluida toda cuestión que no sea estrictamente jurídica de modo que los negociadores del Reglamento limitaron considerablemente las materias que podían constituir el objeto de la consulta⁶⁴⁰.

Asimismo, también resaltar que el objeto de la consulta abarca tanto el Derecho originario como el Derecho derivado, lo cual convierte el TPR en intérprete de todo el ordenamiento jurídico del MERCOSUR, posibilitando una interpretación uniforme⁶⁴¹.

Pero conviene destacar que el artículo 4 RPO introduce un matiz aparentemente diferencial al establecer que las opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia se “referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la

⁶³⁹ RUIZ DÍAZ LABRANO R., “Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de los tribunales superiores de los Estados partes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006, pág. 648.

⁶⁴⁰ Adriana Silvia Dreyzin Klor precisa que “en el documento elevado a la reunión celebrada en Asunción para negociar el Reglamento, se ejemplificó acerca de las materias que pueden constituir el objeto de la consulta incluyendo entre las mismas, las siguientes: legalidad de una proyectada aplicación de una norma; interpretación de un derecho comunitario; dictamen sobre posibles conflictos de competencia entre órganos comunitarios, o entre éstos y Estados Partes; legalidad de proyectados acuerdos del Mercosur con otras instituciones internacionales o con determinados Estados.” No obstante, concluye la autora, “la propuesta no prosperó pues la reglamentación aprobada la redujo en grado significativo”. (DREYZIN DE KLOR A. S., “El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones”, *op. cit.*, pág. 81).

⁶⁴¹ DREYZIN DE KLOR A. S., “El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones”, *op. cit.*, pág. 81.

normativa del MERCOSUR”⁶⁴², lo cual generó una gran discusión doctrinal para intentar aclarar si, en este supuesto, la interpretación jurídica incluye o no el examen de validez de una norma del MERCOSUR⁶⁴³. En efecto, al limitar la opinión consultiva a la interpretación jurídica parece que se excluye expresamente para los Tribunales Superiores “la posibilidad de un pronunciamiento sobre la cuestión de validez de la normativa del MERCOSUR, que sin embargo, queda alcanzada cuando quienes plantean la solicitud son los Estados Partes conjuntamente o los órganos con facultad decisoria”⁶⁴⁴. De suerte que, para la doctrina, resultaría incoherente establecer un mecanismo de consulta sobre la interpretación jurídica de las normas “sin existir vías de control jurisdiccional sobre la validez de las mismas”⁶⁴⁵; “si un juez nacional tuviera dudas acerca de la validez de una norma regional, y se inclinara por su invalidez, debería obligatoriamente, consultar de forma previa al TPR acerca de la legalidad de dicha disposición”⁶⁴⁶.

Con el propósito de despejar las incertidumbres doctrinales, el Comité de Expertos del proyecto “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR” consideró que, “pese a las dudas que pudiera suscitar la redacción del Reglamento, la opinión es susceptible versar tanto sobre la interpretación jurídica de la normativa MERCOSUR, como su validez misma a la luz del propio ordenamiento del MERCOSUR”⁶⁴⁷.

⁶⁴² Artículo 4.1 RPO.

⁶⁴³ Lo resalta KLEIN VIEIRA L., *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración: Unión Europea*, *op. cit.*, pág. 85.

⁶⁴⁴ DREYZIN DE KLOR A. S. y HARRINGTON C., “Las opiniones consultivas en MERCOSUR: El debut del mecanismo jurídico”, *op. cit.*, pág. 576.

⁶⁴⁵ DREYZIN DE KLOR A. S. y HARRINGTON C., “Las opiniones consultivas en MERCOSUR: El debut del mecanismo jurídico”, *op. cit.*, pág. 576.

⁶⁴⁶ PEROTTI D. A., *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2008, pág. 71.

⁶⁴⁷ ALONSO GARCÍA R. y DREYZIN DE KLOR A. S. (Directores), “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, *op. cit.*, considerado 13.

1.3. Una opinión consultiva ni vinculante ni obligatoria

Sin duda alguna, el punto más débil y más criticado de la opinión consultiva, y probablemente la diferencia más notable con el mecanismo prejudicial tanto andino como europeo, radica en los efectos de la decisión del órgano jurisdiccional. Mientras que el dictamen del TJUE o del TJCA es vinculante para el juez nacional que lo solicitó y que deberá resolver el caso conforme a la interpretación de los mismos, teniendo en cuenta que su carácter vinculante se extiende a las Instituciones comunitarias y a las autoridades, incluyendo a los órganos jurisdiccionales, el artículo 11 del RPO establece que las opiniones consultivas no son ni vinculantes ni obligatorias.

Ahora bien, como lo subraya el *Primer Informe Semestral de la Secretaría del MERCOSUR*,

“teniendo en vistas la finalidad propia del instituto de las consultas –uniformidad en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho–, resulta imperioso que la respuesta del TPR sea vinculante y obligatoria para los jueces nacionales. Tal obligatoriedad es la garantía mínima para asegurar que el Derecho del MERCOSUR sea uniforme en todo el territorio de los Estados Partes. La importancia del instrumento de las consultas de interpretación y validez del tribunal del MERCOSUR no debe ser soslayada. En efecto, cabe resaltar que los principios más importantes del Derecho comunitario europeo y del Derecho comunitario andino fueron trazados por sendos Tribunales de Justicia, precisamente a partir de las consultas que les fueron dirigidas por los jueces nacionales.”⁶⁴⁸

Además, la ausencia de fuerza jurídica vinculante de las opiniones consultivas del TPR puede originar situaciones de inseguridad jurídica en la arquitectura judicial del MERCOSUR; asimismo, el Comité de Expertos del proyecto “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, alerta de los graves riesgos que puede generar en el sistema judicial mercosureño no seguir las

⁶⁴⁸ SECRETARÍA DEL MERCOSUR, *Primer Informe Semestral de la Secretaría del MERCOSUR. Un foco para el proceso de integración regional*, Secretaría del MERCOSUR, Montevideo, 2004, pág. 45.

pautas uniformes marcadas por el TPR, riesgos que se agudizan “cuando la opinión versa no ya sobre la interpretación de la normativa del MERCOSUR, sino sobre su validez misma: si preocupante resulta un sistema de integración aplicado de manera distinta en el territorio de los Estados Partes, más preocupante aún resulta un sistema de integración aplicado en unos Estados Partes y no en otros”⁶⁴⁹.

Desde esta perspectiva se entiende que, en la primera Opinión Consultiva N° 01/2007 ya mencionada, el TPR haya lamentado que, en el actual sistema mercosureño,

“la mal llamada opinión consultiva no es obligatoria (...), ni mucho menos vinculante para el juez nacional consultante. En primer término es característica de todo tribunal su imperatividad, pero mucho más que ello, con un sistema no obligatorio ni vinculante respecto al magistrado nacional, se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación prejudicial. Ello atenta principalmente con el objetivo de la consulta del juez nacional en el ámbito de un proceso de integración, que es lograr la interpretación de la norma comunitaria de manera uniforme en todo el territorio integrado”.

Por todo ello, el TPR insta

“muy respetuosamente a que en un futuro cercano, las autoridades pertinentes mejoren las características, hoy en día ya absolutamente uniformes en el Derecho comparado en cuanto al carácter obligatorio del planteo de la consulta así como en cuanto al carácter vinculante de la respuesta de este TPR.”⁶⁵⁰

A favor de la obligatoriedad de las opiniones consultivas, también se han pronunciado miembros del TPR en escritos doctrinales⁶⁵¹, la práctica totalidad de la

⁶⁴⁹ ALONSO GARCÍA R. y DREYZIN DE KLOR A. S. (Directores), “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, *op. cit.*, considerado 15.

⁶⁵⁰ Opinión Consultiva N° 01/2007 de 4 de marzo de 2007: “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, *op. cit.*.

⁶⁵¹ En este sentido véase por ejemplo RUIZ DÍAZ LABRANO R., “Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de los tribunales superiores de los Estados partes”, *op. cit.*, pág. 636 y PUCEIRO RIPOLL R., *Guía Opiniones consultivas en el régimen del Protocolo de Olivos*, Análisis del CURI, núm. 4, 2009, pp. 8-9.

doctrina mercosureña⁶⁵² y, como se adelantó anteriormente, la Secretaría del MERCOSUR.

Como se puede comprobar es notoria la preocupación tanto del TPR, como de la Secretaría del MERCOSUR y de la doctrina respecto la falta de carácter vinculante de la opinión consultiva por los riesgos que podría afectar la seguridad jurídica una interpretación disímil de la norma mercosureña⁶⁵³. En realidad, esta característica establecida por el RPO se “aleja de la filosofía y del espíritu de los sistemas de solución de controversias de un proceso de integración en estado avanzado como el MERCOSUR”⁶⁵⁴.

También precisar que la ausencia de obligatoriedad de la opinión consultiva establecida por el protocolo 16 Convenio Europeo de Derechos Humanos también fue señalada, comparándole con la cuestión prejudicial regulada en el artículo 267 TFUE⁶⁵⁵. Eso sí, subrayando las diferencias entre vías incidentales de intervención y la finalidad de ambas: mientras la cuestión prejudicial persigue esencialmente la armonización interpretativa de la norma comunitaria, la opinión consultiva tiene como propósito el reforzamiento del principio de subsidiaridad, para asegurar la protección de los derechos y de las libertades garantizados por el Convenio lo cual implica una responsabilidad compartida entre los Estados Partes y el TEDH⁶⁵⁶.

Entre las razones por las cuales no se introdujeron opiniones consultivas con carácter vinculante en el Protocolo de Olivos, se adujo que “previamente debía haber una mayor profundización sobre los efectos que las consultas vinculantes tendrían sobre

⁶⁵² Véase por ejemplo CIENFUEGOS MATEO M., “Opiniones Consultivas en el MERCOSUR y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 462-463.

⁶⁵³ KLEIN VIEIRA L., *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración: Unión Europea*, *op. cit.*, pág. 109.

⁶⁵⁴ PEROTTI D. A., “Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: situación institucional y opiniones consultivas”, *op. cit.*, pág. 77.

⁶⁵⁵ ALONSO GARCÍA R., *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 159-160.

⁶⁵⁶ Conférence de haut niveau sur l’avenir de la Cour européenne des droits de l’homme, Déclaration d’Interlaken, 19 février 2010, www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_FRA.pdf, pág. 2.

la normativa MERCOSUR y sobre los Estados partes”⁶⁵⁷. Por tanto, en la medida que el proceso de consolidación avance, entendemos que las opiniones consultivas deberán ser encaminadas en tener naturaleza vinculante.

Merece no obstante especial atención la reflexión de Alejandro Daniel Perotti según la cual el artículo 11 del RPO, al establecer que las opiniones consultivas no son ni obligatorias ni vinculantes, infringe el espíritu y el texto del POP y del PO, por lo que tratándose de una típica norma derivada, resultaría inaplicable dado el rango jurídico prevalente que cabe asignar a ambos protocolos. De modo que si un juez nacional considerase, en un caso concreto, que este artículo es incompatible con una disposición del Derecho mercosureño originario, tendría la obligación de plantear una opinión consultiva al TPR en tal sentido y el Tribunal podría determinar la inaplicabilidad (pero no la invalidez) de dicha norma derivada con el estricto alcance eso sí del caso concreto⁶⁵⁸.

Finalmente, el argumento más contundente que aboga a favor de la obligatoriedad de las opiniones consultivas no es otro que la propia actitud de los jueces nacionales de Uruguay y de Paraguay frente a las opiniones consultivas del TPR: tanto los Tribunales de Primera Instancia⁶⁵⁹ como los Tribunales de Apelación⁶⁶⁰ manifestaron su disconformidad con la interpretación del TPR alegando que

⁶⁵⁷ RUIZ DÍAZ LABRANO R., “Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de los tribunales superiores de los Estados partes”, *op. cit.*, pág. 647.

⁶⁵⁸ PEROTTI A. D., “La obligatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”, en CIENFUEGOS MATEO M., NERYS FERNÁNDEZ W. y MELLADO N. B. (Editores y Directores), *Desafíos del desarrollo de la infraestructura regional para el medio ambiente, la cohesión social y la gobernabilidad del MERCOSUR*, Taller de Comunicación, Uruguay, febrero de 2012, pp. 307-348.

⁶⁵⁹ Véase por ejemplo Tribunal de Primera Instancia de lo civil y comercial de Asunción, providencia de 29 agosto de 2007, asunto *Norte SA importación-exportación c. Laboratorios Northia SAEFIA s/indemnización de daños y perjuicios y lucro cesante*, (año 2005, n° 385), AI N° 1203; Tribunal letrado de Primera Instancia de lo civil de 1° turno, sentencia n° 54, de 14 de septiembre de 2009, asunto *Sucesión Carlos Schneck y otros c. Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos*, ficha 2-32247/2007; Tribunal letrado de Primera Instancia de lo civil de 2° turno, sentencia n° 73, de 25 de noviembre de 2009, asunto *Frigorífico Centenario S.A. c. MEF y otro. Cobro de pesos*, IUE 2-43923/2007.

⁶⁶⁰ Tribunal de Apelación en lo Civil (tercer turno), sentencia n° 235/10, de 23 de agosto de 2010, asunto *Sucesión Carlos Schneck y otros c. Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos*, IUE 2-32247/2007.

“el orden jurídico del MERCOSUR no es supranacional, de aplicación predominante sobre los órdenes jurídicos internos, ni nace como un orden jurídico interno con efecto derogatorio sobre el respectivo y propio orden jurídico, todo lo cual deriva de la naturaleza intergubernamental y no supranacional del MERCOSUR, así como de la ausencia de un órgano legislativo y de un tribunal jurisdiccional supranacionales”⁶⁶¹.

2. ...que podría solventar el Proyecto de Norma 02/2010

Con anterioridad al Proyecto de Norma 02/2010, conviene comentar el Proyecto de Norma (Decisión del CMC) “Obligatoriedad y gastos de las Opiniones Consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión”, también presentado por los Parlamentarios Adolfo Rodríguez Saá y Eric Salum Pires, y recibido por el PM como expediente MEP 75/2009, en fecha 16 de marzo de 2009⁶⁶².

En la exposición de motivos los autores consideran que

“la finalidad principal de las OC es lograr la uniforme interpretación y aplicación del derecho del MERCOSUR, por lo que la naturaleza obligatoria de dichas OC resulta imprescindible para el cumplimiento de su finalidad, al menos cuando son elevadas por los Tribunales Supremos de los Estados Partes”.⁶⁶³

En consecuencia, este Proyecto propone, en su articulado primero, la sustitución del actual artículo 11 del RPO por el siguiente texto:

⁶⁶¹ Tribunal de Apelación en lo Civil (tercer turno), sentencia n° 235/10, de 23 de agosto de 2010, *op. cit.*.

⁶⁶² Proyecto de norma (Decisión del CMC) N°, Obligatoriedad y gastos de las Opiniones Consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión, Parlamento del MERCOSUR: www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/1509/1/15-2009-pn-so-xvii---mep-75-2009.pdf

⁶⁶³ Proyecto de norma (Decisión del CMC) N°, Obligatoriedad y gastos de las Opiniones Consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión, *op. cit.*, considerado III.

“Artículo 11. Efecto de las opiniones consultivas. Las opiniones consultivas emitidas por el TPR serán obligatorias.”⁶⁶⁴

El proyecto se encuentra actualmente en análisis en la Comisión de Asuntos Jurídicos e Institucionales del PM⁶⁶⁵. De ser aprobada, esta reforma “significará un avance importante en la consolidación de la seguridad jurídica en el bloque y el desarrollo institucional del Tribunal”⁶⁶⁶. De hecho, esta reforma podría suponer un primer paso intermedio, transitorio e experimental previo a una posible aprobación del Proyecto de Norma 02/2010.

Por su parte, el Proyecto de Norma 02/2010 trata de solucionar algunas de las carencias e incertidumbres de la regulación de las opiniones consultivas que fueron apuntadas anteriormente, inspirándose en el régimen jurídico de las cuestiones judiciales de la UE y sobre todo de la CAN⁶⁶⁷. Sobre la influencia del mecanismo andino de cuestión prejudicial en el Proyecto de Norma 02/2010, resulta interesante resaltar la sugerencia que ya planteaba el TPR, en su primera Opinión Consultiva N° 01/2007:

“El sistema de interpretaciones prejudiciales por la naturaleza de su función, obviamente debe ser obligatorio para los jueces que enfrentan la aplicación de normas comunitarias, cuando estos fueren de única o última instancia en la causa en cuestión; y opcional para que aquellos magistrados nacionales que se encuentran con la necesidad de aplicación de tal tipo de normas, cuando éstos no fueren de única o última instancia en la causa en cuestión. Aunque con matices diferentes, este es el sistema prevalente tanto en la Comunidad Andina como en la Unión Europea, dos procesos de integración con mucho mejor desarrollo institucional que el nuestro. La única diferencia es que en la Unión Europea se aplican las teorías del acto claro y del acto aclarado para eximir excepcionalmente a los magistrados de la obligación de la remisión de la opinión

⁶⁶⁴ Proyecto de norma (Decisión del CMC) N°, Obligatoriedad y gastos de las Opiniones Consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión, *op. cit.*, Artículo 1°.

⁶⁶⁵ Según comenta PEROTTI A. D., “La obligatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”, en CIENFUEGOS MATEO M., NERY FERNÁNDEZ W. y MELLADO N. B. (Editores y Directores), *op. cit.*, pág. 336.

⁶⁶⁶ Proyecto de norma (Decisión del CMC) N°, Obligatoriedad y gastos de las Opiniones Consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión, *op. cit.*, considerado IV.

⁶⁶⁷ Según lo precisa CIENFUEGOS MATEO M., “Opiniones Consultivas en el MERCOSUR y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 470.

consultiva. *A nuestro entender el sistema vigente en la Comunidad Andina es el más apropiado, no solo para nuestra realidad mercosureña sino para nuestra realidad latinoamericana en general.* Primero, porque dada nuestra realidad coayuda mejor a la concientización de los órganos judiciales nacionales sobre la importancia de la interpretación prejudicial en el marco del Derecho Comunitario (o Derecho de Integración) y segundo, porque si bien a riesgo de ser innecesariamente repetitivo, proporciona sin embargo al tribunal comunitario la oportunidad de evolucionar y modificar sus propios criterios anteriores. El derecho es y debe ser siempre evolutivo.”⁶⁶⁸

Así, en primer lugar, las opiniones consultivas pasan a ser formalmente cuestiones prejudiciales, tal y como refleja el mismo título de la sección IV del Capítulo II, lo cual resalta su carácter claramente jurisdiccional. Por otra parte, interesa destacar particularmente la obligatoriedad del mecanismo que le otorga el proyecto⁶⁶⁹, obligatoriedad que, como se comentó anteriormente, solicita el propio TPR, la Secretaría del MERCOSUR así como prácticamente la totalidad de la doctrina mercosureña. Además de tornarla obligatoria, se amplía la capacidad para peticionarla y se prevé así la facultad directa de peticionarla tanto a los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros⁶⁷⁰ como a varios órganos del bloque – el Parlamento del MERCOSUR o Parlasur, el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común, la Comisión de Comercio y la Secretaría del MERCOSUR – siguiendo la práctica ya prevista en el Reglamento del Protocolo de Olivos⁶⁷¹. Sobre el particular, interesa destacar que cuando se trata de órganos jurisdiccionales contra cuyas decisiones no caben recursos ordinarios o sean supuestos de invalidez de la norma del MERCOSUR, según el derecho interno, se ha optado por disponer la obligatoriedad de encaminar el reenvío prejudicial⁶⁷².

En consecuencia, la regulación de las cuestiones prejudiciales ideada por el Proyecto de Norma 02/2010 supera con creces las muchas limitaciones de las opiniones

⁶⁶⁸ TPR, Opinión Consultiva N° 01/2007 del 04 de marzo de 2007: “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, *op. cit.*. El resalto nos pertenece.

⁶⁶⁹ Artículo 39 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

⁶⁷⁰ Artículo 34.1 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

⁶⁷¹ Artículo 38 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

⁶⁷² Artículos 34.2 y 35 del Proyecto de norma (protocolo) N° --/09, *op. cit.*.

consultivas, instaurando un mecanismo procesal equivalente a la UE y a la CAN, que de ser sancionado por el CMC, aseguraría con mucha más eficiencia la interpretación y aplicación uniforme de las normas mercosureñas, elemento clave para la consolidación y el desarrollo de la arquitectura jurídica del MERCOSUR.

CAPITULO V. EL JUEZ Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA

“The Court bows to the lessons of experience and the force of better reasoning, recognizing that the process of trial and error, so fruitful in the physical sciences, is appropriate also in the judicial function.”

LOUIS D. BRANDEIS, Associate Justice of the U.S. Supreme Court, *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*, 1932

I. PAPEL DEL TJCA EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO

Tras más medio de siglo de existencia, el TJUE ha desarrollado una intensa actividad jurisprudencial, mediante la cual ha creado las fundamentales doctrinas del *Efecto Directo*, de la *Primacía*, de los *Derechos Fundamentales* y de la *Responsabilidad* de los Estados miembros, doctrinas que fueron un potente y eficiente instrumento integrador del conjunto jurídico comunitario, desempeñando así un papel imprescindible en la consolidación y la profundización de la integración europea (§1). Esta jurisprudencia ambiciosa del juez europeo ha tenido una influencia incontestable en la jurisprudencia andina aunque parcial (§2). El resultado de la actividad judicial del TJCA nos parece no obstante un tanto decepcionante, ya que la consolidación de la

integración jurídica andina ha sido circunscrita al ámbito de la propiedad intelectual pero podría ofrecer, pese a ello, una interesante perspectiva que conviene resaltar (§3).

§ 1. LA INFLUENCIA DEL JUEZ EUROPEO...

Los principios rectores que han permitido la articulación entre el derecho comunitario europeo y los ordenamientos nacionales no fueron configurados en una expresa previsión de los Tratados constitutivos, sino que fueron enunciados por el Tribunal de Justicia a partir de los caracteres específicos y los objetivos del Tratado de Roma. En efecto, la economía original del Tratado de Roma ha permitido al Tribunal de Justicia jugar un papel novedoso en numerosos ámbitos. El Tratado presenta las características de un *Traité-cadre*, es decir que prescribe objetivos generales y organiza un marco institucional que permitirá la puesta en marcha de políticas destinadas a cumplir dichos objetivos⁶⁷³.

En la sentencia *H.P. Bulmer Ltd. c. J. Bollinger* de la *House of Lord*, Lord Denning, una de las figuras más carismáticas del mundo judicial inglés, puso de relieve la diferencia y la originalidad del Tratado:

“El Tratado es totalmente diferente a cualquier de los promulgados a los que estamos acostumbrados. Los autores de nuestras leyes se esforzaron por expresarse con suma exactitud. Intentaron prever todas las hipótesis posibles que puedan ocurrir y por regularlas (...). En consecuencia, los jueces solo tuvieron que seguir el movimiento. Ellos interpretan la ley para aplicarse sólo a las hipótesis planteadas por sus disposiciones. Dan una interpretación totalmente literal. Si las disposiciones de una ley no contemplan una nueva situación — que no ha sido prevista — los jueces no se estiman autorizados para colmar las lagunas. (...)

⁶⁷³ DEHOUSSE R., *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, Paris, 1997.

¡Qué diferente es este Tratado! Este prescribe principios generales. Este expresa sus propósitos y sus objetivos. Todo ello mediante frases breves y encomiable estilo. Pero éste carece de precisión. Utiliza palabras y frases sin definir sus sentidos. Un jurista inglés intentaría buscar una cláusula interpretativa, pero buscaría en vano. Allí no hay alguna. En todos lados del Tratado hay omisiones y lagunas. Aquellas deben ser colmadas por los jueces, o mediante reglamentos y directivas. Esta es la vía europea...”⁶⁷⁴

Según escribe Pierre Pescatore, la labor del Tribunal de Justicia responde a la necesidad de dotar al Derecho comunitario de una “parte general” en la medida que “el Derecho comunitario constituye sin duda... un “orden público”, es decir, un sistema completo, con sus propios objetivos y fuentes del Derecho que aseguran su autonomía normativa. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que este Derecho, cuyas bases constitutivas se derivan de una especie de tecnicismo económico social, está falto de una “parte general” suficientemente desarrollada, tal como encontramos en los sistemas jurídicos nacionales. En efecto, cada uno de estos sistemas comporta un conjunto de concepciones y de reglas fundamentales, como las que figuran, por ejemplo, en las Constituciones nacionales y en las partes generales de los Códigos, y que se tiene la costumbre de reunir en la “doctrina general” o la “teoría general” del Derecho. Ahora bien, cuando tales problemas se plantean en el Derecho comunitario, uno se da cuenta de que falta en él una expresión suficientemente articulada de principios que permiten afrontar cuestiones de carácter general, y, a veces, fundamental. Y es en tales situaciones cuando se ha dirigido, con éxito, hacia los órdenes jurídicos nacionales, para extraer, por el método comparativo, soluciones traslapables al Derecho comunitario”⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ House of Lord (Reino-Unido), *H.P. Bulmer Ltd. c. J. Bollinger S.A.*, 1974, All E.R. 1226. Recorro a una traducción propia de la versión inglesa siguiente: “The Treaty is quite unlike any of the enactments to which we have become accustomed. The draftsmen of our statutes have striven to express themselves with the utmost exactness. They have tried to foresee all possible circumstances that may arise and to provide for them. (...) In consequence, the judges have followed suit. They interpret a statute as applying only to the circumstances covered by the very words. They give them a very literal interpretation. If the words of the statute do not cover a new situation — which was not foreseen — the judges hold that they have no power to fill the gap. (...)”

How different is the Treaty. It lays down general principles. It expresses its aims and purposes. All in sentences of moderate length and commendable style. But it lacks precision. It uses words and phrases without defining what they mean. An English lawyer would look for an interpretation clause, but he would look in vain. There is none. All the way to the Treaty, there are gaps and lacunae. These have to be filled in by the judges, or by regulations and directives. It is the European way...”

⁶⁷⁵ PESCATORE P., “Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des Etats membres”, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 32, N°2, Avril-juin 1980, pp. 337-359. Réimpression in *Etudes de droit communautaire*

El carácter programático del Tratado y la relativa imprecisión de algunas de sus disposiciones, han dejado un margen de maniobra considerable, que el Tribunal de Justicia ha sabido aprovechar para crear una jurisprudencia ambiciosa y novedosa. Así, merced a la presencia de un órgano jurisdiccional autónomo encargado de una misión de interpretación y aplicación de los Tratados, la esfera jurídica europea ha experimentado su propia dinámica. Las exigencias del orden jurídico comunitario tal como fueron interpretadas por el Tribunal fueron determinantes para esta evolución. De este modo, mediante la jurisprudencia elaborada, el Tribunal de Justicia ha sabido asentar la autoridad del derecho comunitario y conferirle una efectividad si ninguna proporción con la del derecho internacional. No cabe ninguna duda, que el Tribunal de Justicia “no sólo ha llevado a cabo satisfactoriamente su función específica de asegurar el respeto del derecho en el ámbito comunitario, sino que además, ha contribuido de forma decisiva al progreso del proceso de integración en orden al logro de los objetivos comunitarios”⁶⁷⁶.

El ritmo de la integración debe mucho a los instrumentos conferidos al Tribunal de Justicia por el Tratado, y al empeño importante que la jurisprudencia comunitaria a reservado a la acción de los particulares. Pero la actuación del Tribunal también es consecuencia de la manera con la que sus miembros han concebido su misión de juez⁶⁷⁷; a la preocupación arraigada en la tradición europea por la independencia de la justicia se añade el rechazo al vacío jurídico, puesto en relieve por Pierre Pescatore, el juez comunitario arquitecto de esta jurisprudencia:

européen 1962-2007, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 527-552. Recorro a una traducción propia de la versión francesa siguiente: “Le Droit communautaire constitue sans l’ombre d’un doute un “ordre public”, c’est à dire, un système complet, avec ses propres objectifs et sources du Droit qui lui assurent son autonomie normative. Cependant, l’expérience a démontré que ce Droit, dont les bases constitutives découlent d’un genre de technicisme économique-social, est dépourvu d’une “partie générale” suffisamment développée, telle que nous la rencontrons dans les systèmes juridiques nationaux. En effet, chacun de ces systèmes comporte un ensemble de conceptions y de règles fondamentales, comme celles qui figurent, par exemple, dans les Constitutions nationales et dans les parties générales des Codes, et que l’on a pour habitude de réunir dans la “doctrine générale” ou dans la “théorie générale” du Droit. Or, quand de tels problèmes se posent dans le Droit communautaire, on constate qu’il lui manque une expression suffisamment articulée de principes lui permettant de faire face à des questions de portée générale, et parfois, à des questions fondamentales. Et c’est dans de telles situations que l’on s’est tourné, avec succès, vers les ordres juridiques nationaux, pour extraire, par la méthode comparative, des solutions transposables au Droit communautaire.”

⁶⁷⁶ RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *op. cit.*, pág. 394.

⁶⁷⁷ DEHOUSSE R., *La Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.*.

“Cada vez que se solicita el Tribunal en el ámbito de su competencia, este tiene la obligación de pronunciarse de conformidad con la misión general que le asigna el artículo 164 del Tratado [*actual artículo 19 TUE*]. A diferencia del poder político que puede rechazar los problemas ante él, el juez no puede renunciar a su obligación *de dire le droit* a cualquier justiciable que le solicita legalmente. Sustraerse a esta obligación sería una “denegación de justicia” y semejante escapatoria constituiría una violación a uno de los principios fundamentales de la ética judicial... Teniendo en cuenta la obligación del juez de pronunciarse en virtud de la ética que es la esencia de su función, éste no tiene otra elección, puesto que el legislador no le facilita los criterios de solución apropiada, sino que conformarse con los elementos de sistema a su disposición. Resulta pues, que en el ámbito comunitario, la carencia del legislador ha generado, por repercusión, una extraordinaria valoración de los elementos de sistema inherente al Derecho comunitario, tanto al nivel de las normas generales de derecho material que de los principios de estructura.”⁶⁷⁸

Para parte de la doctrina, dicha concepción del papel del juez estaría influenciada por la tradición jurídica de la *Civil Law* ya que el espíritu sistémico de los países de Europa continental teme el vacío jurídico⁶⁷⁹. Por tanto, gracias a la actuación de jueces ilustres y, a la vez, europeos convencidos como Robert Lecourt o Pierre Pescatore, el

⁶⁷⁸ PESCATORE P., “La carence du législateur communautaire et le Devoir du juge”, *Rechtsvergleichung, Europarecht, Staatsintegration – Gedächtnisschrift für L.-J. Constantinesco*, Cologne Carl Heymanns Verlag, 1983, pp. 576-577. Recurro a una traducción propia de la versión francesa siguiente: “La Cour, chaque fois qu’elle est saisie dans le cadre de sa compétence, a l’obligation de se prononcer, l’obligation de dire le droit conformément à la mission générale qui lui est assignée par l’article 164 du traité. A la différence du pouvoir politique, qui peut repousser les problèmes devant lui, le juge ne peut se dérober à son obligation de dire le droit à tout justiciable qui le saisit légalement. Se soustraire à cette obligation, ce serait le « déni de justice », une telle dérobade constituerait une atteinte à l’une des règles fondamentales de l’éthique judiciaire... le juge étant obligé de se prononcer, en vertu de l’éthique qui est l’essence même de sa fonction, il n’a d’autre choix, parce que le législateur refuse de lui fournir les critères de solution appropriés, que de se rabattre sur les éléments de système qui se trouvent à sa disposition. Il se fait ainsi que, dans le cadre communautaire, la carence du législateur a entraîné, par contrecoup, une extraordinaire mise en valeur des éléments de système inhérents au droit communautaire, au niveau tant des règles générales de droit matériel que des principes de structures. ”

⁶⁷⁹ En este sentido, Renaud Dehousse plantea una interesante reflexión al respecto. Su argumentación es la siguiente: “Cette conception du rôle du juge est fortement influencée par la tradition juridique des pays de droit civil. Si la peur du vide y occupe une place considérable, c’est en raison de l’importance que l’on y attache à l’esprit de système – un esprit profondément ancré dans les milieux universitaires, dont provenaient la majorité de juges. En mettant en avant les finalités du traité et ses ambitions institutionnelles, la jurisprudence de la Cour de Justice s’est inscrite dans la tradition de l’Europe continentale, où prévalent les interprétations rationnelles et déductives, par opposition aux approches empiriques et inductives qui leur sont souvent préférées dans les pays de la *common law*. Cette manière d’appréhender les problèmes juridiques a sans doute plus compté dans le développement de la jurisprudence communautaire que les préférences ou les pressions des gouvernements nationaux.” (DEHOUSSE R., *La Cour de justice des Communautés européennes, op. cit.*, pp. 94-95).

Tribunal de Justicia no solo ha desempeñado un imprescindible y clave papel jurídico, sino incluso un auténtico compromiso político con el proceso de integración europeo⁶⁸⁰.

En palabras de Francisco Rubio Llorente, debemos a Joseph. H. H. Weiler posiblemente el análisis y las conclusiones más sólidos y agudos en el ámbito de la estructura jurídica de la Unión Europea⁶⁸¹. Weiler se apoya en las decisiones del Tribunal de Justicia para descubrir y describir las sucesivas etapas del proceso real de integración y la afirmación progresiva de la superioridad del derecho comunitario sobre los derechos nacionales. El argumento central de Weiler es la relación entre el poder y derecho, analizada a través de la dialéctica entre *Exit* y *Voice* que toma del economista Albert Hirschman. Escribe Weiler que “en *Exit, Voice and Loyalty*, Hirschman identificó las categorías de *Exit* (Salida) y *Voice* (Voz) con las respectivas disciplinas de la economía y la política. La Salida correspondía al mundo simplificado del economista, en tanto que la Voz correspondía al desordenado mundo de la política”.

Hirschman desarrolla su pensamiento en los siguientes términos: “Salida y Voz, es decir las fuerzas del mercado y del no-mercado, es decir, los mecanismos económicos y políticos, se presentan como dos actores principales de rango e importancia estrictamente iguales. Al desarrollar mi argumento sobre tal base, espero demostrar a los politólogos la utilidad de los conceptos económicos y a los economistas la utilidad de los conceptos políticos. Esta reciprocidad ha estado ausente del trabajo interdisciplinario reciente...”. En consecuencia, “*Exit* es el mecanismo de abandono de la organización en caso de cumplimiento insatisfactorio. *Voice* el mecanismo de corrección y recuperación dentro de la organización”⁶⁸². A partir de allí, Weiler dotó de

⁶⁸⁰ No obstante, estas últimas décadas, es perceptible una evolución de la jurisprudencia europea; en efecto, parece que la jurisprudencia comunitaria se muestra más prudente respecto a los Estados miembros (véase DEHOUSSE R., *La Cour de justice des Communautés européennes*, op. cit., pág. 129). Esta prudencia ha sido puesta en evidencia por algunos miembros del Tribunal; así, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, su presidente durante el mandato 1994–2003, ha subrayado que hoy en día la tarea del Tribunal no era erigirse en “motor de la integración europeo”, sino más bien de comportarse en guardián de la Constitución comunitaria (RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., *Le pouvoir judiciaire de la communauté européenne au stade actuel de l'évolution de l'Union*, op. cit.).

⁶⁸¹ RUBIO LLORENTE F., prólogo de WEILER J. H. H., *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

⁶⁸² HIRSCHMAN A., *Exit, Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, 1970.

caracterización específica a *Exit* y *Voice* en el contexto comunitario. De suerte que *Exit* significa la separación de la Comunidad Europea de un Estado Miembro.

Con estos conceptos, Weiler describe la actividad que se ha desarrollado a partir de lo que ha denominado una auténtica labor de “constitucionalización” de los Tratados, realizada por el Tribunal de Justicia. Las doctrinas que desde el Tribunal se han emitido, y que han fijado la relación entre el derecho comunitario y el derecho del Estado miembro se establecieron en los primeros años de la década de los sesenta, en lo que Weiler llama el Período Fundacional: se trata de las doctrinas del *Efecto Directo* y de la *Primacía*. Por *Efecto Directo*, se entiende que las normas jurídicas comunitarias que son claras, precisas y autosuficientes deben recibir la consideración de derecho nacional en la esfera de la aplicación del derecho comunitario. Además, el efecto directo crea obligaciones exigibles no sólo entre los Estados miembros sino los propios particulares. Y, la doctrina *de la Primacía* significa que en la esfera de aplicación del derecho comunitario, cualquier norma comunitaria prevalece sobre el derecho nacional en conflicto, sea ésta anterior o posterior a la norma comunitaria. Posteriormente, el Tribunal de Justicia también establecerá la doctrina de *los Derechos Fundamentales* que permite un control de las medidas comunitarias por violación de derechos humanos fundamentales y, en los años noventa, el principio de la *Responsabilidad* de los Estados miembros por incumplimiento de las obligaciones impuestas por el derecho comunitario⁶⁸³.

⁶⁸³ WEILER J. H. H., *Europa, fin de siglo, op. cit.*, pág. 26. El autor también destacó la doctrina *de los Poderes Implícitos* establecida por el Tribunal de Justicia. Los poderes se entenderán implícitos a favor de la Comunidad siempre que sean necesarios para servir a los fines legítimos por ella perseguidos. La línea jurisprudencial del Tribunal desarrolló, a partir de los años setenta, dos doctrinas que complementan a ésta: exclusividad y preclusión. En otras materias, la legislación positiva comunitaria produce un efecto preclusivo, vedando a los Estados miembros cualquier acción, entre o no en conflicto real con el derecho comunitario de acuerdo con criterios específicos desarrollados por el Tribunal de Justicia.

§ 2. ...EN LA JURISPRUDENCIA ANDINA...

Las doctrinas del efecto directo y de la primacía, fundamentales para entender el desarrollo del derecho comunitario europeo, han tenido una influencia decisiva en el desarrollo de la jurisprudencia andina. En cambio, la doctrina de los derechos fundamentales y el principio de la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento de las obligaciones comunitarias, no han tenido la misma recepción por parte del TJCA aunque podrían suponer una fuente de inspiración enriquecedora para el proceso andino de integración.

1. ...resulta incontestable...

1.1. El efecto directo

Eficacia directa de las normas comunitarias significa que éstas pueden desplegar por sí mismas plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez. En consecuencia, crean derechos y obligaciones para todos aquellos que puedan verse afectados por su ámbito de aplicación.

Concretamente, el efecto directo o aplicabilidad directa es el derecho para cualquier persona de pedir a su juez que le aplique las normas comunitarias sean éstas tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias y es la obligación para el

juez de hacer uso de estos textos, cualquiera que sea la legislación del país del que depende⁶⁸⁴.

La posibilidad de los ciudadanos de invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales el derecho comunitario fue por primera vez consagrada en la trascendental sentencia *Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963⁶⁸⁵, que constituye sin duda la “decisión histórica capital que haya dictado el Tribunal de Justicia Europeo”⁶⁸⁶. En una note breve pero clarificante, el juez Mertens de Wilmars resaltaba, que en “su celebre sentencia *Van Gend & Loos*, el Tribunal ha enlazado el efecto directo a la naturaleza misma del orden jurídico comunitario y al proceso de integración, en el cual es la expresión”⁶⁸⁷.

Según lo argumenta el propio Tribunal, el fundamento de la aplicabilidad directa se debe a la naturaleza específica del ordenamiento jurídico establecido por el Tratado constitutivo de la CEE: es la finalidad de la integración que postula la aplicabilidad directa de principio en la medida que

“el objetivo del Tratado CEE, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que dicho Tratado constituye algo más que un Acuerdo que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes”.

En la sentencia, el Tribunal europeo recuerda que esta finalidad del Tratado de Roma, esta concepción de la Comunidad europea

⁶⁸⁴ LECOURT R., *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976.

⁶⁸⁵ TJCE, sentencia *Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963 (26/62). El supuesto de hecho era el siguiente: la empresa de transporte *Van Gend & Loos* tenía que pagar, al importar mercancías de Alemania a los Países Bajos, unos aranceles que estimaba contrarios a la norma del Tratado 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 norma nacional y las normas del Tratado CEE. El TJCE 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 comunitaria.

⁶⁸⁶ BLANQUET M., *Droit Général de l'Union européenne*, op. cit., pág. 556.

⁶⁸⁷ Nota citada por LOUIS J.-V., VANDERSANDEN G., WAELBROECK M., WAELBROECK D., *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, op. cit..

“está confirmada por el Preámbulo del Tratado, que además de a los Gobiernos, se refiere a los pueblos, y lo hace, de forma más concreta, mediante la creación de órganos en los que institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos”.

Por esas razones, el Tribunal llega a la conclusión de que

“la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales”.

Así pues, de lo establecido anteriormente, el Tribunal de Justicia deduce un auténtico principio general según el cual

“el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico”.

La noción de la eficacia directa ha sido una “auténtica opción jurisprudencial”⁶⁸⁸. Pero, esta noción no ha sido inventada por el Tribunal Europeo, sino que ella ha sido tomada de la doctrina de la aplicabilidad directa consagrada por la jurisprudencia norteamericana y del Tribunal Internacional de Justicia⁶⁸⁹. El Tribunal ha deducido este rasgo esencial mediante una metodología interpretativa de los Tratados basada en “su espíritu, su economía y sus términos”, es decir “sirviéndose de los métodos de interpretación sistemático y teleológico, mostrando la coherencia y los objetivos de la

⁶⁸⁸ PESCATORE P., “Aspectos judiciales del “acervo comunitario””, *Rev. De Instituciones Europeas*, 1981.

⁶⁸⁹ LOUIS J.-V., VANDERSANDEN G., WAELBROECK M., WAELBROECK D., *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, vol. 10 (*La Cour de Justice. Les actes des institutions*), Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1993. Además Michel Waelbroeck nos recordó que “de tout temps, la jurisprudence nationale a reconnu aux particuliers le droit de se fonder sur les dispositions d'un traité international imposant des obligations à l'Etat pour faire écarter l'application des mesures nationales contraires à ces obligations (...)” (WAELBROECK M., en “L'immédiateté communautaire, caractéristique de la supranationalité”, *Le droit international demain*, XXVI Congrès de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye, Neuchâtel, 1974, pág. 18).

norma en el marco de las finalidades últimas de los Tratados a cuya realización el Tribunal de Justicia debe contribuir”⁶⁹⁰.

En cambio, en la Comunidad Andina, el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal dispone expresamente que “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”. De modo que, como lo reseña el TJCA, la aplicación directa del derecho comunitario andino “se deriva tanto de la norma positiva como de la jurisprudencia”⁶⁹¹.

Aparte de este leve matiz diferencial, la influencia del modelo europeo en la jurisprudencia andina es incontestable: observamos en efecto que las referencias a la doctrina europea y a las trascendentales sentencias del Tribunal europeo en la jurisprudencia del TJCA son permanentes. En este sentido, reveladora de la profunda huella de la construcción jurisprudencial europea en la jurisprudencia andina resulta ser la sentencia de 24 de marzo de 1997, Proceso 3-AI-96. En esta sentencia, el TJCA afirma, en un primer tiempo, el carácter fundamental del principio de la aplicabilidad directa para la existencia misma del derecho comunitario:

“La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los países miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.”⁶⁹²

Seguidamente, el Tribunal va desgranando su argumento en los términos siguientes:

“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

⁶⁹⁰ MANGAS MARTIN A., LIÑAN NOGUERAS D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, 2016, pág. 411.

⁶⁹¹ TJCA, Proceso 3-AI-96, *op. cit.*.

⁶⁹² TJCA, Proceso 3-AI-96, *op. cit.*.

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”.

El profesor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, define el principio manifestando que “La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria tiene efectos en el orden interno, sin requerirse su incorporación al derecho nacional por acto interno y genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla”.

El mismo, tratadista al referirse al principio de la aplicación directa del derecho comunitario ha dicho: “El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo y su primacía”.

En el área europea el principio de la aplicabilidad directa es reconocida a partir de la sentencia Van Gend & Loos, 1963, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y precisado en la sentencia Simmenthal, 1978, en la que se sostuvo que la aplicabilidad directa “...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 toda la duración de su validez; que de esta manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario...”.

Este principio ha sido recogido también por los Presidentes Andinos al reiterar “la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las

autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión”. (Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, mayo 18 de 1991).⁶⁹³

De modo que la máxima autoridad jurisdiccional de la Comunidad Andina de Naciones, al igual que su par europeo, también reconoce la eficacia directa y la aplicación inmediata, como condición para la existencia y, a la vez, garantía de la intangibilidad del derecho comunitario andino. En este sentido, en la sentencia del 12 de noviembre de 1999, Proceso 7-AI-99, el TJCA declaró que:

“No es cierto, como se afirma en el memorial de conclusiones de la parte demandada, que los Países Miembros estén dotados de una facultad de precisar (de manera general) los alcances de las normas que están obligados a cumplir y que de no declararse infundada la presente acción el Tribunal estaría limitando dicha facultad. Los principios de aplicación directa y preeminente, (...) no dejan espacio para que cada uno de los países emita disposiciones de derecho interno, so pretexto de que éstas viabilizan la aplicación en su territorio de las normas comunitarias. Si tal facultad llegara a existir y cada País Miembro pudiera, de manera general y obligatoria plasmar en normas jurídicas de derecho interno sus criterios y particulares concepciones sobre la forma de aplicar las normas comunitarias y sobre el entendimiento que debe dársele a su contenido, no podríamos hablar de un ordenamiento jurídico común, sino de tantos ordenamientos cuantos Países Miembros existieran (...)”⁶⁹⁴

En la misma sentencia, líneas más adelante, el TJCA acotó que estima conveniente

“pronunciarse una vez más sobre lo inconveniente que resulta y la amenaza que representa para la intangibilidad del ordenamiento jurídico comunitario, el hábito adoptado por algunos países de reproducir, incorporándolas en instrumentos jurídicos de derecho interno, las normas del ordenamiento comunitario con el fin de darles publicidad en sus respectivos periódicos, boletines o registros oficiales. Se ha dicho hasta la saciedad que las normas del ordenamiento jurídico comunitario rigen, por lo general, en todo el territorio de la comunidad, que es, por supuesto, el de todos y cada uno de los Países Miembros, de manera inmediata y directa, luego de su publicación en la Gaceta Oficial

⁶⁹³ TJCA, Proceso 3-AI-96, *op. cit.*.

⁶⁹⁴ TJCA, Proceso 7-AI-99, *op. cit.*.

del Acuerdo de Cartagena. No es necesario ni conveniente, y podría representar una violación al ordenamiento jurídico andino, que cada uno de los países incorpore la norma comunitaria mediatizándola en un instrumento jurídico interno, cuya vigencia está sujeta a la publicación en el correspondiente medio de divulgación oficial. Ello podría, incluso, generar en el proceso de aplicación de las normas el fenómeno conocido como conflicto de la ley en el tiempo, ya que haría suponer que la norma andina no entró en vigencia sino hasta cuando fue reproducida y publicada por el país correspondiente”.⁶⁹⁵

Pero ¿qué impacto real va a producir la doctrina de la aplicabilidad directa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y sobre todo para los particulares?

En primer lugar, la aplicabilidad directa permite de salvaguardar los derechos de los justiciables ante los jueces de los Estados miembros. En efecto, si bien es cierto que la noción de aplicabilidad directa ha sido tomada del derecho internacional, el Tribunal de Justicia Europeo, con la sentencia *Van Gend & Loos*, opera una ruptura profunda con el sistema clásico del derecho internacional en el punto esencial siguiente:

“que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias.”

Esto significa que los particulares pueden convertirse en titulares de derechos aunque no estén expresamente designados como los destinatarios de una norma comunitaria. De modo que, el valor excepcional de esta sentencia es que “declara efectos para los particulares de una obligación de abstención impuesta a los Estados miembros”⁶⁹⁶.

En consecuencia, a la luz de la sentencia *Van Gend & Loos*, por efecto directo entendemos, por una parte que las normas de los Tratados pueden producir efectos

⁶⁹⁵ TJCA, Proceso 7-AI-99, *op. cit.*

⁶⁹⁶ MANGAS MARTIN A., “Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en RODRIGUEZ IGLESIAS G. C. y LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 55-96.

jurídicos inmediatos independientemente de la legislación de los Estados miembros; y, por otra parte, que los particulares pueden hacer valer ante los poderes públicos nacionales los derechos que se deriven de las normas comunitarias. Los órganos jurisdiccionales deben, por lo tanto, asegurar el respeto a las obligaciones asumidas por los Estados en los Tratados y proteger los derechos individuales.

Además, el efecto directo implica un efecto de sanción respecto a los Estados miembros que no han tomado las medidas necesarias para la aplicación de las normas comunitarias. En la práctica, la aplicabilidad directa ha hecho de los particulares un instrumento del respeto por los Estados miembros de sus obligaciones, tal y como lo expone la sentencia *Van Gend & Loos*:

“la vigilancia de los particulares interesados en la protección de sus derechos lleva consigo un eficaz control que se añade al que los artículos 169 y 170 [*actuales artículos 258 y 259 TFUE*] encomiendan a la Comisión y a los Estados miembros.”⁶⁹⁷

Y tal y como lo expresa el TJCA, en la sentencia del 12 de noviembre de 1999, Proceso 7-AI-99:

“Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos “generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales”, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales (...) En conclusión, las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, cualquiera que sea su forma (Tratados, Protocolos, Acuerdos, Convenios o Resoluciones) son, por regla, de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los órganos del Acuerdo y los particulares (...).”⁶⁹⁸

⁶⁹⁷ TJCE, sentencia *Van Gend & Loos*, *op. cit.*.

⁶⁹⁸ TJCA, Proceso 7-AI-99, *op. cit.*.

Al fin y al cabo, “*reconnaître l’effet direct, c’est garantir le statut juridique du citoyen européen*”.⁶⁹⁹

1. 2. La primacía

A partir del momento de que se admitió que el orden jurídico comunitario se integraba en los ordenamientos jurídicos nacionales y que sus disposiciones creaban derechos y obligaciones para los particulares, cuyos jueces nacionales deberían asegurar el respeto, parecía inevitable que aparecieran conflictos de primacía entre el derecho nacional y el derecho comunitario.

Se proclamó solemnemente por primera vez el principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional en la sentencia *Costa c/ ENEL*⁷⁰⁰ del Tribunal de Justicia Europeo, tan importante como la sentencia *Van Gend & Loas*. Conviene resaltar que los Tratados europeos no mencionan expresamente el principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional y por tanto no se indican como resolver los conflictos que podrían surgir⁷⁰¹. No obstante la práctica no tardaría a plantear el problema en términos concretos, obligando el Tribunal de Justicia a dar una solución. De modo que otra vez debemos a la jurisprudencia la existencia de un principio jurídico

⁶⁹⁹ BLANQUET M., *Droit Général de l’Union européenne, op. cit.*, pág. 552.

⁷⁰⁰ TJCE, sentencia *Flaminio Costa c/ ENEL*, de 15 de julio de 1964 (6/64). En este asunto, un tribunal italiano había preguntado al TJCE si la Ley italiana de nacionalización del sector de la producción y distribución de la energía eléctrica era compatible con una serie de normas del Tratado CEE. En opinión del demandante, Flaminio Costa, la ley italiana de nacionalización de la energía eléctrica de 1962 violaba algunos preceptos del Tratado de Roma y, en consecuencia, el artículo 11 de la Constitución italiana que prevé la auto-limitación de competencias. El juez *conciliatore* de Milan planteó una cuestión de inconstitucionalidad ante la *Corte Costituzionale* italiana, que confirmó la validez de la Ley ENEL. No obstante, el juez italiano también planteó una cuestión prejudicial ante el TJE.

⁷⁰¹ Para Jean Boulois semejante silencio es menos una laguna que el resultado de una prudencia necesaria. Explica el autor que afirmar expresamente la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional, es decir recoger el principio propio al federalismo según el cual el derecho federal prevalece sobre el derecho local, hubiese sido comprometerse sobre la naturaleza constitucional de la construcción comunitaria, compromiso que los Estados fundadores no estaban dispuestos a consentir, de la misma manera que hoy en día tampoco están dispuestos a consentir (BOULOIS J., *Droit institutionnel de l’Union Européenne*, Montchrestien, Paris, 1997, pág. 273).

comunitario fundamental. El razonamiento del Tribunal de Justicia se fundamentó principalmente en tres argumentos:

Primero: la aplicabilidad inmediata y directa, que sería letra muerta si un Estado pudiera sustraerse a ella por medio de un acto legislativo oponible a los textos comunitarios:

“el tratado de la CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado y que vincula a sus órganos jurisdiccionales;

(...) esta integración en el derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuente comunitaria, y más en general, los términos y el espíritu del tratado, tienen como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento.”

Además, el Tribunal de Justicia añade que

“la primacía del derecho comunitario está confirmada por el artículo 189 [*actual artículo 288 TFUE*] según los términos del cual los reglamentos tienen valor “obligatorio” y son “directamente aplicable en cada Estado miembro”;

que esta disposición, que no está acompañada de reserva alguna, carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias.”

Segundo: la atribución de competencias a la Comunidad, al limitar de manera correspondiente los derechos soberanos de los Estados:

“la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno a favor del ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña (...) una limitación definitiva de su soberanía, contra la

que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad.”

Tercero: la unidad del ordenamiento jurídico comunitario, es decir la indispensable uniformidad de aplicación del derecho comunitario:

“la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas posteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado a que se refiere el apartado 2 del artículo 5 [*actual artículo 10 TFUE*], y sin causar una discriminación prohibida por el artículo 7 [*actual artículo 18 TFUE*].”

Al término de su motivación, el Tribunal Europeo concluye con la fórmula sintética siguiente:

“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.”

Esta fórmula resume por sí sola los cuatro elementos de la doctrina del Tribunal sobre la primacía, que su jurisprudencia ulterior no hará sino confirmar.

En primer lugar, la primacía es una “condición existencial” del derecho comunitario⁷⁰², que no podría existir en tanto derecho sino con la condición de doblegarse ante el derecho de los Estados miembros. El logro de los objetivos de la Comunidad impone la aplicación uniforme del derecho comunitario, sin la cual no existe integración. La primacía del derecho comunitario se basa en que esta regla debe prevalecer aun so pena de dejar de ser común; y si no es común, deja de existir y no hay más Comunidad.

⁷⁰² PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Ed. Université de Liège, 1973, pág. 227.

En segundo lugar, es en virtud de su propia naturaleza que el derecho comunitario afirma su superioridad. En efecto, basada en la naturaleza intrínseca de los tratados comunitarios y de las Comunidades, la primacía escapa a la suerte que le harían correr, si de ellas dependiera, las reglas divergentes que, en cada Estado y para cada Estado, pretenden regular los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno.

En tercer lugar, el ordenamiento jurídico comunitario prevalece en su integridad sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. Así, el Tribunal Europeo ha planteado una nueva lectura de la integración, enfocada en la idea de transferencia de competencias. De modo que concediendo atribuciones específicas a la Comunidad, los Estados miembros se han declarado incompetentes en las competencias correspondientes. En virtud de semejante razonamiento, cualquier norma comunitaria, sea cual sea, goza de una primacía absoluta sobre las normas nacionales⁷⁰³.

Finalmente, la primacía del derecho comunitario no sólo es válida en el ordenamiento comunitario, es decir, en las relaciones entre Estados e instituciones, y sobre todo ante el Tribunal de Justicia, sino también y en esto estriba el aporte fundamental de la sentencia *Costa c/ ENEL*, en los ordenamientos jurídicos nacionales donde se impone a los órganos jurisdiccionales nacionales.

En el ámbito andino, siguiendo el ejemplo de su homólogo europeo, el TJCA ha reiterado el principio de la preeminencia en varias providencias, recordando que

“el ordenamiento jurídico de la Integración Andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció 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

⁷⁰³ No obstante, algunas jurisdicciones nacionales se negaron, en un primer tiempo, en la adhesión del principio mismo de la primacía. En Francia, ha sido necesario esperar la sentencia *Nicolo*, de 20 de octubre de 1989 del *Conseil d'Etat* francés para recibir a la primacía. Pero la alta jurisdicción francesa admitió la primacía en referencia al artículo 55 de la Constitución francesa de 1958, que establece: “Les Traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie”, y no en referencia a la especificidad del derecho comunitario.

(Lima, 29 de mayo - 5 de junio de 1980). Dicho principio ha sido ratificado en sentencias posteriores (Procesos 2-IP-90, 6-IP-93 y 10-IP-94) a propósito de la interpretación del artículo 27 del Tratado del Tribunal, al considerar que para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros”.⁷⁰⁴

Respecto de este principio, explica el TJCA que algunos autores hacen derivar la preeminencia de la Norma Comunitaria del efecto directo⁷⁰⁵ y definen a aquella como la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de prevalecer sobre una norma de derecho interno que se le oponga, cualquiera sea el rango de esta última. Asimismo, claramente inspirado por la jurisprudencia europea, el Tribunal andino resalta que la base jurisprudencial de la doctrina está dada por la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 15 de julio de 1964 en el caso *Costa c/ ENEL*⁷⁰⁶.

A su vez el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina estipula 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”. Añade el citado artículo que los Países Miembros se comprometen “a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

Por tanto, en aplicación y como corolario de los principios y características anteriormente descritos, y de la lectura de la disposición transcrita, en los que se tutelan tanto la aplicabilidad directa e inmediata y el consecuente efecto directo, ambos derivados de la indispensable preeminencia de su ordenamiento jurídico, el TJCA deduce que

“se le imponen a los Países Miembros dos obligaciones básicas con respecto al mismo: una, de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de dicho ordenamiento dentro de su ámbito territorial; y, otra, de no hacer, conducente a que no se

⁷⁰⁴ TJCA, Proceso 3-AI-96, *op. cit.*

⁷⁰⁵ MUÑOZ MACHADO S., “Principios de Articulación de las Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Interno y las Garantías Constitucionales para su Aplicación Efectiva”, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 503.

⁷⁰⁶ TJCA, Proceso 3-AI-96, *op. cit.*

adopten medidas o se asuman conductas o se expidan actos, sean de naturaleza legislativa, judicial, o administrativa, que contraríen u obstaculicen la aplicación del derecho comunitario”⁷⁰⁷.

Por consiguiente, el principio de primacía en el derecho comunitario andino, implica para los Estados miembros, una obligación positiva y otra negativa: por un lado deben tomar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la normativa comunitaria andina y por otra parte deben abstenerse de tomar cualquier medida que obstaculice o impida el cumplimiento del ordenamiento comunitario andino.

De esta forma el Tribunal Andino ha reconocido la prevalencia de las normas comunitarias sobre el derecho interno de cada uno de los Estados miembros, como un requisito indispensable para la existencia misma del ordenamiento supranacional y de la integración.

Ahora bien, ¿qué implicaciones supone el principio de primacía en los ordenamientos jurídicos nacionales? Las consecuencias del principio de primacía⁷⁰⁸ fueron elucidadas por el Tribunal de Justicia Europeo en la sentencia *Simmenthal*⁷⁰⁹. Ante todo, recuerda el Tribunal, la primacía significa que las normas comunitarias directamente aplicables “forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros”⁷¹⁰; por tanto, dichas normas han de ser aplicadas desde su entrada en vigor.

⁷⁰⁷ TJCA, Proceso 07-AI-99, *op. cit.*.

⁷⁰⁸ CARREAU D., “Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté?”, *RTDE*, 1978, pp. 381-418.

⁷⁰⁹ TJCE, sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978 (106/77). En el supuesto de hecho, la sociedad italiana *Simmenthal* compraba carne bovina en Francia y en la frontera italiana era sometida al pago de unos derechos de control sanitario en virtud de una ley de 1970. En un primer proceso en 1976, el Tribunal de Justicia declaró que dichas medidas eran contrarias al Tratado, pero la Administración italiana no ejecutó la sentencia alegando que la ley que impuso la tasa era posterior a la ley que aprobó el Tratado CE en Italia y aún no había sido derogada o declarada inconstitucional. Ante este nuevo conflicto, el juez nacional planteó una nueva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia a fin que se pronunciase sobre la validez de una ley nacional ulterior contraria a una norma comunitaria.

⁷¹⁰ TJCE, sentencia *Simmenthal*, *op. cit.*, considerado 17.

En consecuencia, en caso de incompatibilidad del derecho comunitario con una ley nacional, el Tribunal muy explícitamente establece que

“en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las 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”⁷¹¹.

Del párrafo que antecede, se desprende pues, que la ley nacional incompatible con el derecho comunitario es inaplicable “de pleno derecho”, sea esta anterior o posterior a la norma comunitaria.

El reconocimiento claro e inequívoco en favor de la primacía resulta coherente respecto a toda la construcción jurisprudencial del Tribunal, dado la naturaleza específica del Tratado que ya venimos subrayando una y otra vez; en el caso contrario,

“el hecho de reconocer eficacia jurídica a los actos legislativos nacionales que invaden el ámbito en el que se ejerce el poder legislativo de la Comunidad, o que de otro modo sean incompatibles con las disposiciones del Derecho comunitario, equivaldría de hecho a negar, por ello, el carácter efectivo de los compromisos incondicional e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondría así en peligro los propios fundamentos de la Comunidad.”⁷¹²

En unos términos idénticos se expresa el Tribunal Andino, en la sentencia relacionada con el Proceso 2-IP-88, cuando dispone que

“para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno, en el cual ocurre “un desplazamiento automático de competencias que pasan del legislador nacional al

⁷¹¹ TJCE, sentencia *Simmmenthal*, *op. cit.*, considerado 17.

⁷¹² TJCE, sentencia *Simmmenthal*, *op. cit.*, considerado 18.

comunitario”, describiendo ese fenómeno como “aquel en que la comunidad organizada invade u ocupa el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno.”⁷¹³

Por ello, a juicio del TJCA,

“el legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho comunitario vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo. El derecho de la integración no deroga leyes nacionales, “tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias” al ordenamiento jurídico comunitario andino.”⁷¹⁴

En definitiva, la consecuencia más directa de la primacía que hemos de destacar es que un Estado miembro no puede hacer prevalecer su legislación interna frente a lo dispuesto en una norma comunitaria. Y según la jurisprudencia comunitaria, la razón de ser de esta obligación no es otra que de garantizar tanto la especificidad del derecho comunitario como la uniformidad en su aplicación.

1. 3. Recepción del efecto directo y de la primacía por las jurisdicciones nacionales

En primer lugar resaltar que las constituciones nacionales de los Estados miembros establecen claramente la promoción de la integración como objetivo estratégico de Estado⁷¹⁵. Pero sobre todo las jurisdicciones nacionales reconocen que, con amparo en la supranacionalidad, el derecho comunitario andino tiene como

⁷¹³ TJCA, Proceso 2-IP-88, sentencia *Cavelier*, de 25 de mayo de 1988. Publicada en la *GOAC* N° 33, de 26 de julio de 1988.

⁷¹⁴ TJCA, Proceso 2-IP-88, *op. cit.*.

⁷¹⁵ Las constituciones de los países andinos son claras y expresas al establecer y promover la integración latinoamericana, lo cual se evidencia en el artículo 265 de la Constitución Política de Bolivia, en los artículos 416 y 423 de la Constitución de la República del Ecuador, y desde el preámbulo y específicamente en los artículos 9, 150, 226 y 227 de la Constitución Política de Colombia. En cambio, a diferencia de los demás países miembros de la CAN, se puede constatar que la Constitución Política de Perú de 1993 no dedica toda una articulación sobre el particular.

característica el efecto directo y la primacía⁷¹⁶; es decir la obligatoriedad de su cumplimiento y prevalencia frente a las normas nacionales que regulan la misma materia, por parte de los Países Miembros:

“Como es sabido, el concepto de supranacionalidad –dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena– implica que los Países Miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los Países Miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los Países Miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) –dentro del efecto conocido como *preemption*– a la norma nacional.”⁷¹⁷

Así, en relación con el principio de efecto directo del derecho comunitario andino, las jurisdicciones nacionales explican que una vez adoptada y publicada una norma comunitaria,

“la misma se constituye en fuente de derechos y de obligaciones tanto para las autoridades públicas como para los habitantes del territorio de los países miembros. Así

⁷¹⁶ Para un estudio más amplio véase por ejemplo JIMÉNEZ W. G., “Papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en decisiones judiciales de los países miembros”, *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, N° 23, Bogotá, 2013, pp. 87-118; BALDIVIESO JINÉS M. A., “Supremacía constitucional y primacía comunitaria, ¿convivencia o incompatibilidad? Análisis jurisprudencial y estudio de caso”, *Revista Jurídica Derecho*, Volumen 2, N° 3, Julio – Diciembre, 2015, pp. 41-48; GUERRA RODRÍGUEZ E., “Supremacía constitucional y control del Derecho comunitario”, en *FORO*, Revista de Derecho, N° 22, UASB-Ecuador, Quito, 2014, pp. 37-62.

⁷¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-137/96, de 9 de abril de 1996, apartado 24. Estos efectos fueron reconocidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia en su concepto de septiembre 6 de 1979. Véase también por ejemplo la Sentencia N° C-276/93 de la Corte Constitucional de Colombia, de 22 de julio de 1993.

las cosas, el efecto directo de las normas comunitarias comporta el derecho para cualquier persona de pedir a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. Es obligación del juez, hacer uso de esos textos, cualquiera que sea la legislación del país del que depende

Sobre los alcances de esta característica del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló:

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

(...) Entre el principio de la aplicabilidad directa y del efecto directo existe una conexión estrecha: la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los Países Miembros tiene como efecto inmediato que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales”.⁷¹⁸

En cuanto al principio de primacía del derecho comunitario, las jurisdicciones nacionales entienden que

“La supremacía del Derecho Comunitario significa que sus normas prevalecen sobre las de derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas. Esto se traduce, en la práctica, que el hecho de pertenecer al Acuerdo de Integración Subregional le impone a los Países Miembros, dos obligaciones fundamentales: una la de adoptar medidas que aseguren el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina en su ámbito territorial; y la otra la prohibición de adoptar medidas, desarrollar conductas o ejecutar

⁷¹⁸ Consejo de Estado, Sentencia N° 11001-03-26-000-2012-00020-00, Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Tercera, de 9 de agosto de 2012.

actos, sean de naturaleza legislativa, administrativa o judicial, que contraríen, impidan u obstaculicen la ejecución o aplicación del ordenamiento comunitario.”⁷¹⁹

La primacía del derecho comunitario andino fue non obstante asumida con mucha cautela por algunas jurisdicciones nacionales dejando incluso constancia de la supremacía constitucional. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional del Ecuador expone que

“Dentro de la aplicación jerárquica de las normas, la Constitución de la República, en su artículo 424 determina la primacía de las disposiciones constitucionales sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, por lo que todas las normas y actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, so pena de ser ineficaces en caso de entrar en conflicto con su contenido. Bajo estas circunstancias, los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano, al formar parte del ordenamiento jurídico, deben guardar armonía con los principios y reglas establecidos en la Constitución de la República.”⁷²⁰

De modo que, para la Corte Constitucional ecuatoriana “la supremacía de la Constitución no se trata sólo de un enunciado dogmático, al contrario, es un deber y garantía del Estado, por el cual todos los poderes del Estado, e incluso el actuar de los particulares, se someten a los principios enmarcados en la Constitución”⁷²¹, aunque la Corte puntualiza al precisar que

“el Estado ecuatoriano ha sumido compromisos internacionales de los cuales no puede desligarse unilateralmente, gozando estos preceptos internacionales de aplicación directa sobre la legislación interna ; adicionalmente, recordemos que los Tratados que involucren a los Derechos Humanos gozan de una jerarquía Constitucional, según lo establece el artículo 424 de la Constitución vigente, frente a lo cual los operadores judiciales deben

⁷¹⁹ Consejo de Estado de Colombia, Sentencia N° 11001-03-24-000-1999-06015-01 de 2005, Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Primera, de 4 de Agosto de 2005.

⁷²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen N° 003-013-DTI-CC, de 24 de enero de 2013, Caso N° 0009-10-TI.

⁷²¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 0006-09-SIS-CC, de 3 de septiembre de 2009, Caso No. 0002-09-IS.

aplicar directamente la normativa internacional relativa a la protección de derechos constitucionales.”⁷²²

En la misma línea, a pesar de una postura más matizada y más precisa que su par ecuatoriana, la Corte Constitucional de Colombia estableció que el derecho comunitario andino no forma parte del bloque de constitucionalidad y por tanto, no es referente para realizar el control de constitucionalidad o convencionalidad, considerando que la regla general es:

“ni los tratados de integración económica ni el derecho comunitario integran el bloque de constitucionalidad, como quiera que su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc., de donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, similar a la prevista en el artículo 93 de la Carta, carece de sustento (...) Con todo, de manera excepcionalísima, la Corte ha admitido que algunas normas comunitarias pueden integrarse al bloque de constitucionalidad, siempre y cuando se trate de una norma comunitaria que de manera explícita y directa reconozca y desarrolle derechos humanos.”⁷²³

La problemática relación entre la primacía del derecho comunitario y la supremacía de las constituciones de los Estados miembros también se plantea en el marco europeo. Sin embargo es posible gestionar de forma coherente este problema *a priori* insoluble⁷²⁴. En efecto, de conformidad con el artículo 4 TUE, la Unión ha de respetar las “identidades nacionales” de los Estados miembros lo cual incluye la identidad constitucional de éstos. El TJUE recuerda reiteradamente esta obligación⁷²⁵ pero, a su vez, aprecia si el principio constitucional objeto de recurso es común a todos los Estados de la UE o si, al contrario, es específico al orden nacional del Estado miembro. En la primera hipótesis, el control se realizará al nivel europeo y, en última

⁷²² Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen N° 0005-09-DTI-CC, de 14 de mayo de 2009, Caso N° 0003-09-TI.

⁷²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-988/04, de 12 de octubre de 2004.

⁷²⁴ BLANQUET M., “L’Union européenne est-elle une Communauté? Est-elle une communauté?”, in *Revue de l’Union Européenne*, N° 621, Editions Dalloz, Paris, septembre 2018, pp. 513-514.

⁷²⁵ Véase por ejemplo TJUE, sentencia *Wittgenstein*, de 22 de diciembre de 2010 (C-208/09).

instancia, a través el mecanismo prejudicial; en cambio, en el segundo caso, será el juez nacional quien podrá sancionar una violación, no el TJUE⁷²⁶.

2...aunque parcial

2.1. Los derechos fundamentales

Hasta la ratificación y la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en fecha 1 de diciembre de 2009, los Tratados fundacionales de la UE, caracterizados por un contenido principalmente económico y el carácter funcional de las competencias atribuidas a las Instituciones comunitarias, carecían de una Carta de Derechos fundamentales legalmente vinculante para los Estados Miembros. Sin embargo, en su esencia, la Comunidad europea, antes de ser un proceso de integración económico y social, se crea como un proyecto de civilización en el contexto histórico y traumático del final de la segunda guerra mundial y del descubrimiento del holocausto judío, con la finalidad y la prioridad absoluta de la preservación de la paz, de la solidaridad entre los pueblos y de la defensa de la integridad del ser humano. De modo que la construcción europea cuya famosa *promesse originelle* se resume en las pocas palabras “*plus jamais ça*”, nunca más guerras, nunca más exterminio, no podía dejar entre paréntesis la razón de ser de su existencia. Por tanto, pese a la ausencia de una referencia a un catálogo o una declaración de Derechos, el TJCE colmó esta laguna y se empeñó a controlar las medidas comunitarias por violación de derechos humanos fundamentales⁷²⁷.

⁷²⁶ BLANQUET M., “L’Union européenne est-elle une Communauté? Est-elle une communauté?”, *op. cit.*, pág. 514.

⁷²⁷ Además, precisa Weiler, “este control riguroso es importante dado el “Déficit Democrático” en el proceso de adopción de decisiones comunitarias” (WEILER J. H. H., *Europa, fin de siglo, op. cit.*, pág. 32).

La doctrina de los derechos humanos fue una construcción pretoriana progresiva⁷²⁸. Curiosamente, en los primeros casos en los cuales se plantean este tema problemático, el Tribunal de Justicia, a la vez de rechazar la tutela de derechos contenidos en las Constituciones nacionales, considera que el derecho comunitario “no contiene ningún principio general, explícito o no, que garantice el mantenimiento de los derechos adquiridos”⁷²⁹.

El cambio de actitud por parte del Tribunal se manifiesta en el caso *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969, en el que se sostiene, sin ulteriores consideraciones, que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto garantiza el TJCE⁷³⁰ pero no especifica ninguna referencia a catálogos de derechos de algún tratado. Sentada esta premisa, el TJCE dio un paso más en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de diciembre de 1970, de la que resultan dos aclaraciones relevantes según las cuales la salvaguardia de los derechos fundamentales, “aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad”⁷³¹.

Cuatro años más tarde, esta primera aproximación se completará en la sentencia *Nold* de 14 de mayo de 1974, aportando tres precisiones esenciales. En primer lugar, el Tribunal de Justicia,

“tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los derechos de los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los

⁷²⁸ SAIZ ARNAIZ A., “El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa”, en CARTABIA M., DE WITTE B., PÉREZ TEMPS P. (Director), GÓMEZ I. (Coordinador), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 531-587.

⁷²⁹ TJCE, sentencia *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, Präsident, Geitling, Mausegatt, et Entreprise I. Nold KG*, de 15 julio de 1960 (C-36, 37, 38 y 40/59).

⁷³⁰ TJCE, sentencia *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969 (C-29/69), considerado 7.

⁷³¹ TJCE, sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970 (C-11/70), considerado 4.

derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones de esos Estados”⁷³².

Esta fórmula suele verse como la expresión del principio de *standard maximum*, es decir como la aplicación, en el nivel comunitario, de la garantía nacional más elevada. En segundo lugar,

“los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”⁷³³.

Lo que permitirá sobre todo la incorporación material en el ordenamiento jurídico comunitario, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades, como *standard minimum europeo*, sin la adhesión del mismo al derecho comunitario⁷³⁴. Esta doctrina se convertirá en derecho positivo por la incorporación en el texto del Tratado, pero es preciso subrayar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se aplica como norma, sino como fuente de derecho para recoger e identificar las tradiciones constitucionales comunes.

Y, por último, los derechos fundamentales no podrían aparecer como prerrogativas absolutas pero deben ser considerados, como en el derecho constitucional de todos los Estados miembros, “a la luz de la función social de los bienes y actividades protegidos”⁷³⁵;

“que, por tal razón, esta categoría de derechos sólo se garantiza por regla general a reserva de las limitaciones establecidas en aras del interés público; que, en el

⁷³² TJCE, sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974 (C-4/73), considerado 13, párrafo 2.

⁷³³ TJCE, sentencia *Nold*, *op. cit.*, considerado 13, párrafo 3.

⁷³⁴ Así lo afirma, por ejemplo, el TJCE en el considerado 13 de la sentencia *Hoechst AG c/ Comisión*, de 21 de septiembre de 1989 (46/87 y 27/88): “según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como con los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han intervenido o a los que han adherido (...) El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (...) presenta en este orden una singular relevancia”.

⁷³⁵ TJCE, sentencia *Nold*, *op. cit.*, considerado 14, párrafo 1.

ordenamiento jurídico comunitario, también parece legítimo mantener, respecto a tales derechos, determinados límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre y cuando no se atente contra la esencia de dichos derechos”⁷³⁶.

La idea de plasmar y materializar esta jurisprudencia en una Carta de Derechos Fundamentales se concretizó con el Tratado de Niza. Entre 1999 y 2000, la Convención convocada por los Consejos Europeos de Colonia y de Tampere, elaboró una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta que fue solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000. Pero el Consejo Europeo de Niza rehusó conferir a la Carta un estatuto jurídico vinculante.

Posteriormente, la Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea, adoptada en el Consejo Europeo de 15 de diciembre de 2001, al convocar una “Convención sobre el futuro de Europa”, planteó múltiples interrogantes sobre las Instituciones entre los cuales el debate sobre los derechos fundamentales. Así pues, durante la redacción del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa y en base al documento presentado por la Convención, se estudió y decidió incorporar dicha Carta, garantizando su plena vinculación desde el punto de vista jurídico. El valor esencial de esta incorporación era hacer visible y simbólico una declaración de derechos en un texto constitucional⁷³⁷.

Finalmente, a pesar del fracaso del Tratado constitucional de 2004, se mantuvo la inserción de la Carta en la redacción del nuevo Tratado y por tanto, al ratificar el Tratado de Lisboa, la UE se dotó, por primera vez en su historia, de un catálogo de derechos fundamentales plenamente vinculante para los Estados miembros y parte integrante del derecho primario de la Unión.

⁷³⁶ TJCE, sentencia *Nold*, *op. cit.*, considerado 14, párrafo 2.

⁷³⁷ DE BÚRCA G., “Fundamental Rights and Citizenship”, en DE WITTE B. (Editor), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Instituto Universitario Europeo, abril de 2003, pág. 18.

En el ámbito andino, el Acuerdo de Cartagena, inspirado por los “principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia”⁷³⁸, carecía no obstante de una Declaración de Derechos Humanos aunque si es cierto que la CAN contaba con normativas específicas sobre Seguridad Social⁷³⁹ o Migración Laboral⁷⁴⁰ y celebró una serie de convenios sociales como los de Andrés Bello, Hipólito Unanue, Simón Rodríguez y el programa José Celestino Mutis.

La Carta de Riobamba suscrita el 1 de septiembre de 1980 por los presidentes de Colombia, Ecuador, Venezuela y el representante de Perú, constituye una de las primeras expresiones del interés de la CAN en el tema de los derechos humanos. Seguirán otros documentos como la Carta Social Andina⁷⁴¹ o la Declaración de Machu Pichu⁷⁴² que culminaran con la adopción de la Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos adoptada por el Consejo Presidencial Andino en Guayaquil, Ecuador, el 26 de julio, 2002. Desarrolla en la línea discursiva y procesal de los instrumentos y convenios anteriores, la Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos instituye un marco de valores y principios comunes a los países andinos. Sin embargo, a diferencia de la Carta de derechos fundamentales de la UE, esta Carta Andina no forma parte del ordenamiento jurídico de la CAN, ni tiene fuerza vinculante por los Estados miembros.

Además, hasta la instauración de la Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos y el TJCA no había desarrollado una doctrina en torno a los derechos fundamentales⁷⁴³. De modo que la consolidación y codificación de una

⁷³⁸ Preámbulo del Acuerdo de Cartagena, párrafo 5.

⁷³⁹ Decisión N° 113 o Instrumento Andino de Seguridad Social.

⁷⁴⁰ Decisión N° 116 o Instrumento Andino de Migración Laboral.

⁷⁴¹ Adoptada el 30 de septiembre de 1994 por el Parlamento Andino en su décimo período ordinario de sesiones en La Paz, Bolivia.

⁷⁴² Declaración de Machu Pichu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza suscrita el 29 de julio de 2001 en Machu Pichu, Perú.

⁷⁴³ HUMMER W. y FRISCHHUT M., “Diferentes concepciones de la protección de los Derechos Humanos en la integración europea y latinoamericana. La “Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos” (2002)”, *Anuario argentino de derecho internacional*, vol. n° XIII, 2004, pág. 69. Los autores formularon varias hipótesis para explicar la falta de jurisprudencia andina en materia de derechos humanos: “primero, puede ser que el Tribunal Andino nunca haya sido confrontado con casos pertinentes; en segundo lugar, puede ser que sí se haya dado un caso pertinente, pero que las partes no lograran hacer valer una violación de los Derechos Humanos y que el Tribunal tampoco la hubiese considerado “*ex officio*” como tal; y en tercer lugar, puede ser que las partes sí hayan logrado hacer valer

jurisprudencia andina pertinente en la protección de los derechos humanos no fue, tal y como sucedió con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, motivo para la elaboración de la Carta Andina⁷⁴⁴.

Pero progresivamente, a partir de la adopción de la Carta Andina, las referencias a los derechos humanos y los derechos fundamentales serán más frecuentes por parte del TJCA, principalmente en los asuntos relacionados con la propiedad intelectual y siendo la influencia explícitamente reivindicada la Corte Interamericana de Derechos Humanos y “los estándares de protección de los esquemas interamericano y universal”⁷⁴⁵. Así el Tribunal ha considerado que el interés comunitario tiene como finalidad “la protección del derecho fundamental a la salud de los pueblos”⁷⁴⁶ que son “la salud pública y el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de la subregión”⁷⁴⁷ y que la normativa comunitaria siempre debe interpretarse “dentro del marco de los derechos humanos y los derechos fundamentales”⁷⁴⁸.

Con la sentencia *Comercializadora Business de Colombia S.A.* del Proceso 116-IP-2012, el TJCA dará un paso adelante estableciendo que

“Los derechos humanos, dentro de los cuales se encuentran el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y a un ambiente sano, son mínimos fundamentales sin los cuales sería imposible cumplir los objetivos del proceso de integración subregional; son *principios generales del derecho comunitario andino*. (...) Asimismo, la defensa al consumidor se desarrolla sobre la base de este conjunto de principios, ya que lo mínimo que se debe garantizar en el mercado es que la adquisición de bienes y servicios no afecte sus derechos fundamentales.

una violación de Derechos Humanos, pero que el Tribunal no hubiese querido manifestarse con respecto a esa pretensión” (pp. 66-69).

⁷⁴⁴ HUMMER W. y FRISCHHUT M., “Diferentes concepciones de la protección de los Derechos Humanos en la integración europea y latinoamericana. La “Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos” (2002)”, *op. cit.*, pág. 69.

⁷⁴⁵ TJCA, Proceso 60-IP-2012, sentencia *Marca Coca Indígena y Coca Zagradha*, de 24 de octubre de 2012. Publicada en la *GOAC* N° 2157, de 27 de febrero de 2013.

⁷⁴⁶ TJCA, Proceso 114-AI-2004, *op. cit.*.

⁷⁴⁷ TJCA, Proceso 114-AI-2004, *op. cit.*.

⁷⁴⁸ TJCA, Proceso 90-IP-2008, sentencia *Procurador del Ministerio de Agricultura*, de 22 de agosto de 2008. Publicada en la *GOAC* N° 1662, de 9 de octubre de 2008.

(...) En conclusión, el convenio estudiado no se puede entender sin que en su médula se ubique la protección de los derechos fundamentales del habitante de la subregión.⁷⁴⁹

Las sentencias posteriores seguirán esta línea⁷⁵⁰, en consecuencia, pese a que la influencia de la doctrina elaborada por la jurisprudencia europea en torno a esta trascendental materia no haya sido tan determinante para la jurisprudencia andina, la dinámica iniciada por el TJCA parece ser el camino idóneo para garantizar la protección de los derechos fundamentales del ciudadano andino⁷⁵¹.

2.2. La responsabilidad por incumplimiento

El principio de responsabilidad interna de los Estados miembros frente a los particulares por los daños y perjuicios derivados de sus infracciones del derecho comunitario, es al igual que los principios de primacía y de eficacia directa, anteriormente analizados, una construcción pretoriana del Tribunal de Justicia europeo. De algún modo, este principio de capital importancia viene completar los dos principios de primacía y de eficacia directa.

No obstante, como adelantábamos, al contrario de las doctrinas de la primacía y de la eficacia directa, la doctrina de la responsabilidad interna de los Estados miembros por incumplimiento desarrollada por la jurisprudencia europea no ha inspirado de igual manera el TJCA. Como tuvimos la ocasión de comentarlo en el capítulo II, si bien es cierto que el TJCA se ha referido en algunas sentencias a la jurisprudencia europea, no

⁷⁴⁹ TJCA, Proceso 116-IP-2012, sentencia *Comercializadora Business de Colombia S.A.*, de 13 de noviembre de 2012. Publicada en la *GOAC* N° 2161, de 8 marzo 2013. El resalto nos pertenece. Aunque la influencia explícitamente reivindicada sea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los términos del TJCA nos recuerdan la sentencia *Stauder* del TJCE. Para un comentario sobre esta sentencia véase ALTER K. J. y HELFER L. R., *Transplantating International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, *op. cit.*, pág. 105.

⁷⁵⁰ Véase TJCA, Proceso 128-IP-2014, sentencia *One Smart Start Limited*, de 22 de enero de 2015. Publicada en la *GOAC* N° 2459, de 4 de marzo de 2015.

⁷⁵¹ CESPEDES ARTEAGA J. P., “La protection des droits de l’homme dans l’intégration communautaire andine”, in *Intégration et Droits de l’Homme*, Mare & Martin, collection Horizons européens, 2018, pág. 267.

ha, sin embargo, elaborado un auténtico régimen de responsabilidad de los Estados miembros comparable a su par europeo.

El Tribunal de Justicia europeo se enfrentó por primera vez con el problema de la existencia y extensión de la responsabilidad de los Estados miembros como consecuencia de la violación de obligaciones impuestas por el derecho comunitario en el asunto *Francovich y Bonifaci*, de 19 de noviembre de 1991⁷⁵².

El supuesto de hecho planteaba la inejecución por Italia de una directiva comunitaria. Tras recordar su jurisprudencia más conocida sobre la naturaleza del ordenamiento jurídico comunitario y su vocación de engendrara derechos en beneficio de los particulares, el Tribunal sostuvo que

“el Derecho Comunitario impone el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares como consecuencia de violaciones del Derecho Comunitario que les sean imputables.”⁷⁵³

Considerando que la existencia del principio de responsabilidad era “inherente al sistema del Tratado”, el TJCE basó su argumentación en otros dos principios:

a) la plena eficacia de las normas comunitarias, que

“se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable a un Estado miembro.”⁷⁵⁴

⁷⁵² TJCE, sentencia *Francovich y Bonifaci*, de 19 de noviembre 1991 (6 y 9/90). Los asuntos acumulados 6/90 y 9/90 en la *sentencia Francovich y Bonifaci*, versaban sobre el alcance de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. En los hechos, dos ciudadanos italianos, Andrea Francovich y Danila Bonifaci, cuyos salarios no habían sido pagados por sus respectivos empresarios declarados en quiebra, recurrieron contra el Estado italiano por no haber adaptado el ordenamiento jurídico interno a las normas comunitarias sobre protección de los trabajadores por cuenta ajena en caso de insolvencia del empresario.

⁷⁵³ TJCE, sentencia *Francovich y Bonifaci*, *op. cit.*, considerado 37.

⁷⁵⁴ TJCE, sentencia *Francovich y Bonifaci*, *op. cit.*, considerado 33.

b) la lealtad comunitaria que sobre la base del artículo 5 del Tratado, impone a los Estados miembros la adopción de

“todas las medidas generales o particulares pertinentes con el fin de asegurar la ejecución de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Comunitario, entre las que se encuentran la de hacer frente a las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho Comunitario.”⁷⁵⁵

El reconocimiento por el TJCE del principio de responsabilidad, se extiende en relación con los daños causados por la violación de cualquier norma de derecho comunitario. Surgirá, pues, un derecho a ser indemnizado por el Estado cuando concurren tres requisitos:

“El primer de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.”⁷⁵⁶

Finalmente, las implicaciones de esta sentencia son de enorme alcance. En primer lugar, declara de un modo definitivo que, en determinadas condiciones, el incumplimiento por parte de un Estado miembro de las normas comunitarias, compromete su responsabilidad. Y ésta se desprende del Tratado, sin que puedan oponerse la legislación nacional. Además, los principios de esta sentencia se impondrán como un estándar mínimo de cumplimiento; sin descartar la aplicación de los sistemas de responsabilidad de los Estados miembros más favorable para el ciudadano. En todo caso, se ha impuesto la penetración de un principio de responsabilidad comunitaria en el derecho interno de los Estados miembros⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ TJCE, sentencia *Francovich y Bonifaci*, *op. cit.*, considerado 36.

⁷⁵⁶ TJCE, sentencia *Francovich y Bonifaci*, *op. cit.*, considerado 40.

⁷⁵⁷ Véase MUÑOZ MACHADO S., “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. y LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 133-160.

Sin embargo, el TJCE no precisó en la sentencia *Francoovich* el problema práctico de los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho de indemnización. Fue en el caso *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, de 5 de marzo de 1996, que el Tribunal se planteará el tema de los requisitos para que exista la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por violación del derecho comunitario que le sean imputables⁷⁵⁸.

Resumidamente, en una extensa sentencia, sostiene el TJCE que, cuando la violación es imputable a una autoridad “en un ámbito en el que dispone de una facultad de apreciación amplia”⁷⁵⁹ para adoptar opciones normativas,

“el Derecho Comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumple tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que existe una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas”⁷⁶⁰.

La jurisprudencia europea posterior diseñara progresivamente un auténtico pero complejo régimen de responsabilidad.

En la Comunidad andina se contempla el régimen de responsabilidad de los Países miembros en el artículo 31 del Tratado que dispone:

⁷⁵⁸ TJCE, sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, de 5 de marzo de 1996 (46 y 48/93). La sentencia resuelve acumuladamente sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el *Bundesgerichtshof* alemán (Tribunal Supremo Federal) y la *Hight Court of Justice* británica (Tribunal Supremo). El origen de asunto 46/93 estaba en la interrupción por la sociedad francesa *Brasserie du Pêcheur*, a fines de 1981, de sus exportaciones de cerveza a Alemania debido a que las autoridades alemanas consideraban que la cerveza fabricada por dicha sociedad no era conforme a la Ley de pureza consagrada en los artículos 9 y 10 de la *Biersteuergesetz* de 14 de marzo de 1952 (Ley del Impuesto sobre la Cerveza) en su versión reformada de 1976. Por entender que dicha Ley infringía el artículo 30 del Tratado CEE (libre circulación de mercancías), la Comisión inició un procedimiento por incumplimiento en contra de Alemania. En el asunto 48/93, *Factortame* y otros, que agrupan a personas físicas y a sociedades británicas, así como los miembros del órgano de administración y accionistas de dichas sociedades, entablaron un procedimiento ante la *Hight Court of Justice*, en el que se impugnaba la *Merchant Shipping Act 1988* (Ley Marina Mercante de 1988) por incompatibilidad con el Derecho comunitario, en especial con el artículo 52 del Tratado CEE (libertad de establecimiento).

⁷⁵⁹ TJCE, sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, *op. cit.*, considerado 47.

⁷⁶⁰ TJCE, sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, *op. cit.*, considerado 51.

“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.”

De la lectura de dicho artículo el TJCA deduce que le “corresponde al Juez nacional establecer, dentro de la normativa interna, si se dan las causales de incumplimiento generadoras de responsabilidad del Estado ante el individuo”⁷⁶¹. Es decir que la responsabilidad de los Países Miembros se tendrá que establecer ante el Juez nacional de conformidad con las disposiciones del derecho interno. Sin embargo, es de lamentar que el TJCA no haya establecido un régimen comunitario específico de responsabilidad⁷⁶² tal y como sucede en el marco europeo. Es cierto que en asuntos específicos⁷⁶³, la jurisprudencia del TJCA abre la posibilidad para los particulares de acudir a los jueces nacionales para solicitar una indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de un País Miembro⁷⁶⁴ pero no construye un régimen de responsabilidad de los Estados miembros.

Entonces, ¿qué objetivo persigue el Tribunal europeo a través esta jurisprudencia que podría inspirar al TJCA? La premisa de la que partió el Tribunal de Justicia europeo, en la sentencia *Brasserie du Pêcheur*, fue la uniformización del régimen de responsabilidad de las Instituciones y de los Estados miembros⁷⁶⁵, en la medida que

“los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto, la protección de los derechos que los particulares deducen del

⁷⁶¹ TJCA, Proceso 6-IP-93, *op. cit.*.

⁷⁶² QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, *op. cit.*, pág. 309.

⁷⁶³ Véase por ejemplo TJCA, Proceso 114-IP-2009, sentencia *Señor Marcel Tangarife Torres*, de 29 de abril de 2010. Publicada en la *GOAC* N° 1860, de 4 de agosto de 2010.

⁷⁶⁴ Lo destaca VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, *op. cit.*, pp. 100-101.

⁷⁶⁵ Para un amplio estudio sobre este tema véase ALONSO GARCÍA R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño.”⁷⁶⁶

De esta forma, la configuración de un régimen de responsabilidad al nivel de la Comunidad, constituye un ejemplo de armonización a través la construcción pretoriana del Tribunal europeo que alcanza a todo un sistema, en este caso el de la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario.

Esta faceta del derecho comunitario a impregnar los ordenamientos nacionales considerados en su conjunto, se asemejaría “al que en su tiempo desempeño el *ius commune*, en el sentido de que se trata de un cuerpo jurídico que venga a suplantar a los Derechos nacionales, como de un molde al que éstos se irían acomodando progresivamente, de manera que los Derechos internos seguirían elaborando y aplicando su *ius publicum proprium*, pero ya no de forma aislada o autónoma, sino a la luz de ese *mos europaeus*”⁷⁶⁷.

§ 3. LA CONSOLIDACIÓN DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA ANDINA...

1. ...excesivamente circunscrita...

Como adelantamos en el capítulo anterior, si bien es cierto que el TJCA a través del ejercicio del mecanismo de la interpretación prejudicial, ha ayudado a establecer una isla de jurisdicción efectiva para los casos donde se ventilan los derechos sobre la

⁷⁶⁶ TJCE, sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, op. cit., considerado 42.

⁷⁶⁷ ALONSO GARCÍA R., *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Editorial Civitas, Madrid, 1989, pág. 279.

propiedad intelectual, no fue así respecto de otras áreas relevantes de la integración regional como por ejemplo en aranceles, aduanas e impuestos.

La integración jurídica andina resulta por tanto excesivamente circunscrita lo cual no deja de sorprender y decepcionar teniendo en cuenta que ambos tribunales de justicia se caracterizan por competencias similares tanto al nivel de control de legalidad de los actos comunitarios que al nivel de interpretación y aplicación uniforme con el mecanismo prejudicial. Varios argumentos fueron expuestos para explicar los motivos por los cuales la normativa de propiedad intelectual y su correspondiente jurisprudencia permanecen como una excepción que no fue posible declinar en otros ámbitos jurídicos. Así, los académicos Lawrence R. Helfer, Karen J. Alter y Florencia Guertzovich han tratado demostrar porque el TJCA no procede a una “constitucionalización” de los Tratados al igual que el Tribunal europeo y proponen tres argumentos⁷⁶⁸.

En primer lugar, las normas jurídicas andinas, excepto las de propiedad intelectual, son menos precisas y contienen lagunas que limitan su aplicabilidad. De suerte que la calidad normativa del Derecho andino no es del todo satisfactoria. Esta realidad jurídica refleja una situación política más amplia, consistente en que los gobiernos andinos se encuentran débilmente comprometidos con la integración, ya que sus relaciones comerciales más importantes se dan con otros países.

En segundo lugar, el TJCA se rehúsa a promover deliberadamente la integración de los mercados regionales mediante la interpretación de la norma andina. La interpretación restrictiva del TJCA disminuye los incentivos de los litigantes para generar acciones tendientes al cumplimiento de la normativa comunitaria, y limita la presión en los gobiernos para construir unas relaciones económicas más profundas. El postulado neofuncionalista, que observamos en el marco jurídico europeo, según el cual los jueces tienden naturalmente en ampliar sus competencias y el ámbito de aplicación del derecho que interpretan, no se aplica en el marco andino⁷⁶⁹. Al contrario, en vez de

⁷⁶⁸ HELFER L. R., ALTER K. J. y GUERZOVITCH F., “Casos aislados de jurisdicción internacional eficaz: la construcción de un Estado de Derecho de propiedad intelectual en la Comunidad Andina”, *op. cit.*, pág. 5.

⁷⁶⁹ PEÑA-PINON M., *La fonction juridictionnelle au service de l'intégration sud-américaine*, *op. cit.*, pp. 287-288.

ampliar el alcance competencial de la CAN y en aplicación del principio del “*complemento indispensable*”⁷⁷⁰, el TJCA ha establecido que

“ante la posibilidad de alguna injerencia nacional para complementar, ejecutar o adaptar la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia suelen aplicar criterios muy restrictivos, tales como el principio del “complemento indispensable” que tradicionalmente se utiliza en el derecho interno para verificar hasta dónde pueden llegar las innovaciones normativas que se incorporan a un reglamento con el fin de complementarlo. De esta suerte, sólo suelen legitimarse las medidas complementarias adoptadas por los Países Miembros que resulten ser estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo lo entraben o desvirtúen.”⁷⁷¹

En tercer lugar, y quizás la más importante, es la falta de órganos de ejecución cuyos intereses profesionales los motiven a ver que la normativa comunitaria plasmada en el papel es actualmente respetada. Como resaltamos en el capítulo anterior, el éxito de la jurisprudencia andina en materia de propiedad intelectual se debe justamente en gran medida a la actividad y a la eficiencia de las agencias nacionales de propiedad intelectual; el cumplimiento de las sentencias del TJCA no hubiera sido posible sin el soporte de estas agencias nacionales administrativas.

Por otra parte, que la cuestión prejudicial sea utilizada casi exclusivamente en el ámbito de la propiedad intelectual también pone en evidencia el desconocimiento del derecho comunitario andino y la poca influencia del mismo en los ordenamientos nacionales⁷⁷². Lo cual ilustra otro de los escollos más relevantes de la integración jurídica andina: la ignorancia de los jueces nacionales y de los actores jurídicos de los

⁷⁷⁰ Para un análisis sobre el principio de “*complemento indispensable*” véase ALTER K. J. y HELFER L. R., *Transplantating International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, *op. cit.*, pp. 90-110.

⁷⁷¹ TJCA, Proceso 2-IP-88, *op. cit.*. Jurisprudencia reiterada en Proceso 2-IP-96, sentencia *Marca Marta*, de 11 de diciembre de 1996. Publicada en la GOAC N° 257, de 14 de abril de 1997; Proceso 121-IP-2004, sentencia *Marca Frucolac*, de 6 de octubre de 2004. Publicada en la GOAC N° 1139, de 12 de noviembre de 2004; Proceso 211-IP-15, sentencia *Sociedad Bus-Ven CA*, de 24 de agosto de 2015, apartado 37. Publicada en la GOAC N° 2628, de 9 noviembre de 2015.

⁷⁷² QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, *op. cit.*, pág. 415.

Países Miembros sobre el derecho comunitario⁷⁷³. Y de ahí la imperiosa necesidad pedagógica de su divulgación tanto por parte de las instituciones comunitarias andinas como de los magistrados del TJCA.

2. ...pero con una interesante perspectiva

A pesar de las evidentes carencias del sistema jurídico andino que acabamos de exponer, existe non obstante una interesante perspectiva, tanto desde el punto de vista estrictamente andino cómo desde un enfoque más continental de la integración suramericana.

En primer lugar, que la exitosa jurisprudencia del TJCA en torno a los derechos de la propiedad intelectual sea una excepción en el ámbito andino no tiene porqué ser ninguna fatalidad y no es insensato imaginar que en un futuro no muy lejano dicha jurisprudencia impulse por mimetismo la construcción de otras “Islas de Derecho” en áreas jurídicas relevantes de la integración regional. Por ejemplo, en materia de armonización fiscal, la jurisprudencia establecida por el TJCA desde 2005, a pesar de las imprecisiones que ya resaltamos en el capítulo anterior, de su tímido desarrollo y de una incidencia práctica en los ordenamientos nacionales aún incierta, resulta estimulante e interesante y, parece estar avanzando en la dirección correcta⁷⁷⁴.

⁷⁷³ CHAHÍN LIZCANO G., “Interpretación prejudicial u optativa: una mirada desde la Comunidad Andina”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pág. 79.

⁷⁷⁴ Sobre este tema se recomienda la tesis doctoral dirigida por ROZAS VALDÉS J. A.: GONZALES BUSTOS J. P., *Hacia la armonización fiscal en la Comunidad Andina*, op. cit.. Precisa el autor que a “lo largo de los ya 35 años de pleno funcionamiento del Tribunal, este tuvo la oportunidad de conocer un total de 34 procesos en materia tributaria. De entre todas las sentencias emitidas por el Tribunal, quizás, las que mayor importancia hayan adquirido sean las Sentencias de los procesos 75-IP-2005; 77-IP-2005; 190-IP-2006; 02-AN-2007; 169-IP-2011 y 171-IP-2013, ya que tuvieron gran importancia en los lineamientos a seguir en la armonización negativa de la tributación directa e indirecta en la CAN (pág. 448).”

Además, la consolidación de un Estado de Derecho estable en relación con los derechos de la propiedad intelectual ha demostrado que es posible una jurisprudencia comunitaria eficaz a pesar de las vicisitudes e incluso graves crisis políticas, económicas y sociales de la subregión y del tibio compromiso de los gobiernos andinos hacia el proceso de integración. Es importante recordar que la manifestación de la acción creativa de la jurisprudencia europea en los años sesenta que ha permitido la elaboración de los principios pilares del derecho comunitario, también ha coincidido con periodos de crisis y de estancamiento en el ámbito de acción de los actores políticos europeos⁷⁷⁵.

Eso sí, para que se profundice y consolide la integración jurídica de la CAN, mejorar la calidad normativa del Derecho andino ha de ser una de las prioridades. Para la doctrina, la calidad de las normas jurídicas alude tanto a su “calidad técnica, que exige rigor, claridad expositiva y sistemática y coherencia con el resto del Ordenamiento (*calidad técnico-formal*), pero también a su contenido en la medida que la norma sea adecuada, necesaria y proporcionada para alcanzar los objetivos normativos propuestos (*calidad material*)”⁷⁷⁶. En consecuencia, sería indispensable que “los órganos comunitarios autorizados para ejercer el poder de emanar normativa sobre distintas temáticas, mejoren sustancialmente las técnicas de redacción jurídica”⁷⁷⁷ de tal suerte que la normativa andina sea clara, precisa y rigurosa.

Y, en segundo lugar, que la divulgación del derecho comunitario andino a todos los actores y sectores judiciales importantes de los Estados Miembros sea efectiva. En

⁷⁷⁵ Nos lo recuerda PESCATORE P., *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, op. cit., pp. 81-82. Precisa el autor que “cette action créatrice n'a été rendue possible que grâce à une constellation de plusieurs facteurs dont la réunion pouvait seule permettre un développement aussi extraordinaire (...) : en premier lieu, une définition large de la mission de la Cour comme “gardienne du droit” ; en second lieu, l'organisation de voies de droit suffisamment diversifiées, bien définies, obligatoires pour les Etats, ouvertes sur requêtes unilatérales, accessibles aux particuliers ; enfin, l'existence d'un droit matériel qui comporte à tous les niveaux — objectifs communautaires, structure institutionnelle, aménagement des pouvoirs, clauses générales — des repères suffisamment distincts pour permettre l'application des méthodes d'interprétation constructives de caractères systématique et téléologique. Somme toute donc, la jurisprudence de la Cour est la mise en œuvre des conceptions courageuses que les architectes des Communautés ont placées à la base de leur construction. Voilà le secret du succès.”

⁷⁷⁶ MARCOS F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179, Madrid, mayo-agosto, 2009, pág. 336.

⁷⁷⁷ MONTAÑO GALARZA C., “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, op. cit., pág. 36.

este sentido, cabe mencionar algunas iniciativas como la apertura en 1985, de la Universidad Andina Simón Bolívar cuyo objetivo es fomentar el espíritu de cooperación y coordinación entre las universidades de la Subregión, y coadyuvar a la realización y al fortalecimiento de los principios de la CAN, y la creación en 2013, de la Cátedra de Integración Regional Germánico Salgado cuyo propósito es enriquecer el debate académico y político sobre gobernanza e integración regional, con énfasis en la Subregión Andina y Sudamérica, como objetivos estratégicos por sobre las urgencias de la coyuntura. Además, muy consciente de la carencia problemática que supone el desconocimiento del derecho comunitario andino, la anterior Presidenta del TJCA en función, Cecilia Luisa Ayllón Quinteros, subrayó en su discurso de posesión, lo imperativo que resultaba “continuar con el importante trabajo de difusión del derecho comunitario, el cual se ha profundizado en los últimos años. Estas actividades deben estar destinadas a fortalecer las capacidades profesionales en esta materia, en los cuatro Países Miembros”⁷⁷⁸.

Por otra parte, con la convergencia de la CAN y el MERCOSUR para conformar la UNASUR, y dependiendo de las instituciones y normativas que los países miembros adopten, además de la forma en que dichas instituciones y normativas estén vinculadas con los sistemas jurídicos internos, es muy probable que sus miembros establezcan una normativa común en propiedad intelectual, y aún más importante, que acaben implantando el Centro de solución de controversias de la UNASUR para interpretar estas reglas y otras normativas regionales, por lo que no es descabellado pensar que la isla de Estado de Derecho en propiedad intelectual diseñada por la jurisprudencia andina podrá expandirse para incluir al continente entero.

Asimismo, la experiencia jurídica andina en la construcción de una isla de Estado de Derecho en la Comunidad Andina, aunque únicamente circunscrita en un espacio jurídico definido, y los análisis teóricos al respecto, pueden estimular la emergencia de otras islas de Estado de Derecho no exclusivamente dentro de la CAN pero a su vez dentro del MERCOSUR y de la UNASUR, en áreas jurídicas igualmente específicas

⁷⁷⁸ “Discurso de posesión como Presidenta del Tribunal para la gestión 2017 de la Doctora Cecilia Luisa Ayllón Quinteros”, de fecha 16 de enero del 2017, en sesión administrativa del Pleno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en Quito.

pero diferentes, y contribuir así a estabilizar y reforzar el Estado de Derecho en la región suramericana pese a que sólo confinado en determinadas materias jurídicas. De suerte que el posible surgimiento de estas islas, conjuntamente con la isla fomentada por el TJCA, plantea la esperanza de que los órganos de solución de diferencias suramericanos (TJCA, TPR, Centro de solución de controversias de la UNASUR) puedan contribuir a la progresiva construcción de un Estado de Derecho unasureño “por partes, institución por institución y cuestión por cuestión”⁷⁷⁹. En consecuencia, expondremos con más detalle esta idea de profundizar la integración jurídica del continente mediante la creación de “Islas de Derecho” en la Parte III del presente Capítulo.

⁷⁷⁹ HELFER L. R., ALTER K. J. y GUERZOVITCH F., “Casos aislados de jurisdicción internacional eficaz: la construcción de un Estado de Derecho de propiedad intelectual en la Comunidad Andina”, *op. cit.*, pág. 59.

II. ¿PUEDE EL TPR JUGAR UN PAPEL EN LA INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR?

La limitación del derecho internacional que caracteriza el sistema mercosureño frente a la constitución de un derecho comunitario tipo europeo o andino es precisamente el principal escollo que impide el desarrollo de la original jurisprudencia del TPR y, por ende, de una integración más significativa del actual sistema del MERCOSUR (§1), aunque se vislumbra una voluntad de cambio con el Laudo N° 01/2012 del TPR pero sobre todo, como se ha venido comentando reiteradamente, a través de la iniciativa parlamentaria con el Proyecto de Norma 02/2010 (§2).

§ 1. LAS LIMITACIONES INSTITUCIONALES DEL MERCOSUR...

Como ya resaltamos, la arquitectura institucional intergubernamental del MERCOSUR influye en la naturaleza arbitral del sistema de controversias, y por lo tanto, en sus limitaciones respecto los sistemas judiciales europeo y andino. Por lo expuesto, se desprende que la estructura mercosureña de índole intergubernamental impide al TPR desempeñar un protagonismo de primer orden a pesar de una interesante y coherente jurisprudencia.

1. ...consecuencia de su estructura de índole intergubernamental ...

Ya es sabido que los negociadores de los Tratados fundacionales europeos y andinos apostaron por una Comunidad de derecho y, por tanto, por una justicia comunitaria. En cambio, al no existir en el sistema mercosureño “un Derecho comunitario con los principios básicos de tal Derecho aceptados en cambio en la Unión Europea, vale decir, los principios de la aplicación directa y de la supremacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno de los Estados, no se puede sostener en base a los textos intergubernamentales del Tratado de Asunción la existencia de un Derecho comunitario creado por los órganos del mismo. El Tratado de Asunción no establece una comunidad de Estados ni da poderes supranacionales a sus órganos para crear un Derecho comunitario que no pase por los trámites constitucionales de cada Estado, con los elementos esenciales de tal Derecho antes mencionados, solamente es un tratado intergubernamental que evita cuidadosamente cualquier mención a posibles competencias supranacionales, que serían imprescindibles para que sus órganos pudieran crear Derecho comunitario con los caracteres propios del mismo, como en cambio ocurre donde sí existen esos poderes supranacionales como en la Unión Europea o en el Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino”⁷⁸⁰.

El actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR, se estructura sobre “la base de un incipiente derecho de integración” y por ende no posee aún un derecho comunitario con sus esenciales características: la aplicación inmediata, el efecto directo y la primacía⁷⁸¹. Si bien es cierto que el Protocolo de Olivos ha supuesto un notable progreso respecto al anterior sistema de solución de controversia, en el cual el preeminente papel del Estado resultaba patente, a pesar de la transitoriedad del sistema

⁷⁸⁰ GARRE COPELLO B., *Solución de controversias en el Mercado común del Sur*, Estudios Multidisciplinares sobre el Mercosur. Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, pág. 213.

⁷⁸¹ FERNÁNDEZ W., “El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 609. Pero, añade el autor, “acotamos que el nuevo proyecto de revisión del Protocolo de Ouro Preto, que es la base de la estructura institucional mercosureña, pueda ser una excelente oportunidad para insertar definitivamente el principio de la supranacionalidad en el Mercosur” (pág. 610).

y de una posible evolución hacia una jurisdicción permanente⁷⁸², el procedimiento actual sigue por tanto conservando un fuerte trasfondo de naturaleza interestatal. Por ello, en el *Primer Informe Semestral*, la Secretaría del MERCOSUR expone que a pesar de no ser debatido formalmente en las esferas del MERCOSUR, “el uso de la técnica de supranacionalidad merece ser aventado como expresión institucional típica de la gestión de un mercado común”⁷⁸³.

Según la doctrina, la ausencia de grados de supranacionalidad del MERCOSUR permitió que el bloque sobreviva a las crisis de la última década, gracias a los “principios de gradualismo y de flexibilidad”. Sin embargo, la misma doctrina indica que las eventuales profundizaciones y ampliaciones del bloque exigirían la evolución del sistema mercosureño y la creación de instancias capaces de ejecutar la voluntad colectiva⁷⁸⁴. Básicamente porque un proceso de integración que pretende transitar de una zona de libre comercio, de una unión aduanera y de ésta a un mercado común, debe contemplar la necesidad de transformación, en la medida de la evolución del proceso, hacia un sistema de tipo supranacional.

A su vez, parte de la doctrina lleva tiempo reflexionado sobre la necesaria evolución del actual sistema de solución de controversias de naturaleza arbitral en tribunal supranacional, y ha concluido que el objetivo de lograr concretar un mercado común, hace pensar en la positiva experiencia europea con el TJUE, “con rumbo que debiera seguir el sistema de solución de controversias, avanzando hacia un Tribunal Jurisdiccional supranacional en el MERCOSUR”⁷⁸⁵. No obstante, para la creación de una jurisdicción supranacional en un proceso de integración como el MERCOSUR, “es menester la decisión política y las condiciones jurídicas para su creación, o en todo caso la adecuación o reforma constitucional en los Estados Partes si tuvieran limitaciones

⁷⁸² ALONSO GARCÍA R., *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretaciones uniforme*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

⁷⁸³ SECRETARÍA DEL MERCOSUR, *Primer Informe Semestral de la Secretaría del MERCOSUR. Un foco para el proceso de integración regional*, op. cit., pág. 54.

⁷⁸⁴ Lo resalta la SECRETARÍA DEL MERCOSUR, *Primer Informe Semestral de la Secretaría del MERCOSUR. Un foco para el proceso de integración regional*, op. cit., pág. 54.

⁷⁸⁵ En este sentido plantea por ejemplo desde hace ya varias décadas la instauración de un tribunal supranacional RUIZ DÍAZ LABRANO R., “Hacia un tribunal de carácter supranacional en el MERCOSUR”, en PEREZ GONZALEZ M. y otros, *Desafíos del MERCOSUR*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 159-175.

para constituir las”⁷⁸⁶. Y, actualmente, el carácter intergubernamental del MERCOSUR, cuyo desarrollo y profundización depende de la voluntad política de los Estados partes, impide la creación de un Tribunal de corte supranacional, como lo demuestra la pasividad del CMC ante la aprobación del Proyecto de Norma 02/2010.

En este sentido, el Presidente de la Corte de Justicia de Paraguay, Antonio Fretes, durante el VII encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas de los países miembros del MERCOSUR celebrado en Buenos Aires, en noviembre de 2009, ha señalado que “uno de los principales desafíos del bloque, a casi veinte años de la suscripción del primer acuerdo internacional que dio marco jurídico al MERCOSUR, es un sinceramiento respecto de las verdaderas aspiraciones de los países que formamos el bloque. Sin una decisión y un compromiso por la supranacionalidad, no habrá verdadera intención política de tener una región consolidada. Estaremos a las expensas de negociaciones bilaterales, o del empleo de políticas darwinianas de relacionamiento y avenencia de nuestros diferendos”⁷⁸⁷. Concluye por tanto la Secretaría del MERCOSUR que

“los aspectos del modelo europeo que pueden servir como referencia a los procesos de integración latinoamericanos, son precisamente la convivencia entre las técnicas intergubernamental y supranacional, con nítido predominio de la primera; y el método adoptado en el proceso decisorio comunitario, cual es la especialidad (preparación técnica de las decisiones) y el derecho (garantías de aplicación de los compromisos).”⁷⁸⁸

Por último, conviene recordar que a esta limitación institucional, se suma la ya sugerida novedosa pero muy criticada opción de foro que, según la doctrina, debilita aún más el actual frágil sistema de solución de controversia y que el Proyecto de Norma 02/10 se propone acertadamente suprimir. A ello debe añadirse, por lo demás, las limitaciones propias al funcionamiento del TPR que vinimos resaltando como, por ejemplo, la muy restringida legitimación de los particulares tanto en las controversias

⁷⁸⁶ RUIZ DÍAZ LABRANO R., “Hacia un tribunal de carácter supranacional en el MERCOSUR”, *op. cit.*.

⁷⁸⁷ FRETES A., “Tribunal de Justicia Supranacional”, *VII Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR*, Brasilia, 2009.

⁷⁸⁸ SECRETARÍA DEL MERCOSUR, *Primer Informe Semestral de la Secretaría del MERCOSUR, Un foco para el proceso de integración regional*, Secretaría del MERCOSUR, Montevideo, 2004, pág. 54.

que en la solicitud de opiniones consultivas y la no vinculación o no obligatoriedad de las opiniones consultivas. La mejora de los referidos puntos no cambiaría obviamente el marco institucional en el cual actúa el TPR, pero, probablemente, supondría un avance significativo para el desarrollo de la jurisprudencia mercosureña.

2. ...impiden el desarrollo de la original jurisprudencia del TPR

A pesar de sus limitaciones, el TPR puede llegar a convertirse en un futuro “en semilla de un Tribunal de Justicia” con plenas competencias para:

“1) velar por el debido respeto del sistema de integración tanto por el aparato político del propio sistema de integración como por los Estados Partes; y 2) garantizar la esencia de todo sistema de integración, a saber, que las normas comunes propias del sistema sean comúnmente interpretadas y aplicadas en el territorio de todos los Estados por todos los operadores jurídicos, en última instancia por todos los jueces y tribunales nacionales.”⁷⁸⁹

Y, aunque la jurisprudencia mercosureña resulta más bien escasa, los casos ventilados han sido, pese a ello, “suficientes para dejar sentada una interesante jurisprudencia, la cual ha sido invocada en diversas controversias”⁷⁹⁰. Así, mediante un método interpretativo original y específico al MERCOSUR, los TAH y el TPR han elaborado un *corpus iuris*⁷⁹¹ jurisprudencial coherente. El método de interpretación teleológico que guía la jurisprudencia mercosureña está plenamente basado en el derecho internacional pero, a su vez, se inspira en el derecho comunitario, ya que el

⁷⁸⁹ ALONSO GARCÍA R. y DREYZIN DE KLOR A. S. (Directores), “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, *op. cit.*.

⁷⁹⁰ CENTURIÓN GONZÁLEZ C. H., “Aporte del Tribunal Permanente de Revisión al proceso de integración del MERCOSUR: reflexiones orientadas hacia la sociedad civil del MERCOSUR”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 5, N° 9, Marzo 2017, pp.78-100.

⁷⁹¹ MASNATTA H., “Perspectivas para el sistema definitivo de solución de controversias en el Mercosur”, *Revista de Derecho del Mercosur*, N°5, Editorial La Ley, octubre 2002, pág. 259.

objetivo perseguido por los Tratados es lograr el fortalecimiento de la integración⁷⁹². Este doble criterio lo resumen reiteradamente los árbitros mercosureños en los términos siguientes:

“La aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción debe realizarse además, desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacional”⁷⁹³.

2.1. Un método de interpretación teleológico basado en el derecho internacional...

Primeramente, la lógica de interpretación teleológica de los TAH y del TPR se basa en el derecho internacional. Desde los primeros laudos arbitrales, la jurisprudencia mercosureña ha establecido y justificado el marco conceptual internacional como referencia:

“En primer lugar ha de considerarse el principio de cumplimiento de los tratados – *pacta sunt servanda* – “norma fundamental” originaria del Derecho Romano, aceptada por clásicos como Anzilotti, Kelsen y Verdross y recogida por primera vez en un texto positivo de Derecho Internacional en el artículo 26 de la Convención de Viena. En segundo lugar ha de tenerse en cuenta que dicho cumplimiento deberá realizarse de buena fe, principio este unido al de *pacta sunt servanda* en el artículo citado y ratificado por abundante y pacífica jurisprudencia de los Tribunales Internacionales (Conforme Ernesto De la Guardia y Marcelo Delpech, *El Derecho de los Tratados y de la Convención de Viena*, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 275 a 279; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press, Second Edition, p.119 a 120).

⁷⁹² Para un amplio y detallado análisis sobre el método de interpretación teleológico que guía la jurisprudencia mercosureña véase el estudio de referencia de SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, op. cit., pág. 276 y ss.

⁷⁹³ TAH, Laudo 02 de 27 de septiembre de 1999, constituido para entender en la reclamación de la República Argentina a la República Federativa del Brasil, sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo, considerado 56.

(...) El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido. Es que no se trata de “un derecho acabado” al decir de Lecourt (Op. cit. p. 237), sino de un proceso dinámico, dentro de una realidad en cambio. El método teleológico, como enseña Fausto Quadros, procura garantizar que las normas “sean eficaces en relación con su fin último, que es el de dar satisfacción a las exigencias de la integración” (Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público, Almedina, Lisboa, 1984, p. 426 a 427). En el mismo sentido Lecourt (Op. cit. p. 237) anota que en estos instrumentos internacionales existe “la vocación común de extraer la plenitud de los efectos buscados” y derivar de los textos “todas las consecuencias razonables.

Apreciación que vale no sólo para las formas institucionales más avanzadas y profundas con elementos de supranacionalidad sino también para las demás, incluso cuando los parámetros son todavía tenues. Los fines y objetivos no son un adorno de los instrumentos de integración sino una guía concreta para la interpretación y para la acción.”⁷⁹⁴

La voluntad por parte de los árbitros mercosureños de erigir el derecho internacional como fundamento interpretativo de la normativa del MERCOSUR aparece como la mejor garantía para aplicar conceptos imparciales pero sobre todo para respetar la soberanía de los Estados partes⁷⁹⁵.

Otro principio fundamental al que la jurisprudencia “le otorga relevancia que necesita ser considerado cuando se interpretan normas del MERCOSUR”⁷⁹⁶ es el

⁷⁹⁴ TAH, Laudo 01 de 28 de abril de 1999: “Controversia sobre comunicados N° 37, del 17 de diciembre de 1997, y N° 7, del 20 de febrero de 1998 del departamento de operaciones de comercio exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco”, considerados 56, 57 y 58.

⁷⁹⁵ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, op. cit., pág. 278.

⁷⁹⁶ TAH, Laudo 03 de 10 de marzo de 2000: “Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (RES. 861/99) del Ministerio Economía y Obras y Servicios Públicos”, pág. 13.

principio de libre comercio; consagrado en el Tratado de Asunción⁷⁹⁷, este principio es *la piedra angular*⁷⁹⁸ de la edificación del proyecto de integración.

“La consideración del objeto y fin de los tratados e instrumentos de integración, dentro de los parámetros fijados, es además un factor de seguridad jurídica, como anota Lecourt (Op. Cit. p. 243) y en especial con respecto a la libre circulación de bienes elemento fundamental en la construcción del proyecto integracionista. Siendo los objetivos permanentes y no mediando una modificación expresa por una norma de jerarquía igual, se constituyen en una referencia estable de cuya continuidad depende la consolidación de las corrientes de comercio y de los procesos económicos y sociales que se producen a su alrededor (TA preámbulo y artículos 1 y 5, entre otras normas).”⁷⁹⁹

Explican los árbitros mercosureños que

“La posición central de la liberación comercial consagrada en términos jurídicamente obligatorios por la normativa originaria y reiterada en los ajustes realizados en las metas y objetivos del Mercosur se halla reflejada a su vez en la realidad operativa del Mercosur en la que el comercio intrazona es la piedra angular sin la cual el emprendimiento regional quedaría vacío de contenido. De ahí que tanto por razones jurídicas como por la materialidad de las relaciones creadas al amparo de la normativa Mercosur, las eventuales limitaciones a la libre circulación deban ser colocadas y examinadas bajo esa perspectiva.”⁸⁰⁰

En base a ello, para la jurisprudencia mercosureña solo existe un principio, el libre comercio, al cual se lo puede anteponer ciertas excepciones, como por ejemplo la protección del medio ambiente⁸⁰¹ pero quien invoca una excepción al libre comercio deberá probarla⁸⁰². Por lo que la consideración por parte de los tribunales mercosureños

⁷⁹⁷ Artículo 1 párrafo 2 del Tratado de Asunción.

⁷⁹⁸ TAH, Laudo 04 de 21 de mayo de 2001, *op. cit.*, considerado 140.

⁷⁹⁹ TAH, Laudo 01 de 28 de abril de 1999, *op. cit.*, considerado 60.

⁸⁰⁰ TAH, Laudo 04 de 21 de mayo de 2001, *op. cit.*, considerado 140.

⁸⁰¹ TPR, Laudo N° 01/2005 de 20 de diciembre de 2005, considerado 9: “Prohibición de importación de neumáticos remodelados procedentes del Uruguay” constituido para entender en el Recurso de Revisión Presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *ad hoc*.

⁸⁰² TPR, Laudo N° 01/2005 de 20 de diciembre de 2005, *op. cit.*, considerado 10. Lo cual contrasta con el enfoque del TJCA que establece: “Más allá de los fines meramente empresariales, de eficiencia y productividad, la normativa comunitaria en esta materia debe interpretarse siempre teniendo en cuenta los

de objetivos del Tratado de Asunción más exigentes y ambiciosos que el libre comercio parece tímida y limitada según la percepción de parte de la doctrina⁸⁰³.

2.2. ... e inspirado en el derecho comunitario

Pero, a su vez, siendo la finalidad de los Tratados profundizar y consolidar la integración, los criterios adoptados por el TPR se inspiran claramente de las jurisprudencias europea⁸⁰⁴ y andina lo cual evidencia la influencia del derecho comunitario. En uno de los laudos arbitrales de referencia, esto es el laudo N° 01/2007 de 8 de junio de 2007⁸⁰⁵, el TPR destaca que, a diferencia de la OMC y a semejanza de la Unión Europea y de la CAN, en el MERCOSUR se ha creado una “comunidad de intereses no sólo económicos y comerciales sino también sociales, culturales, jurídicos y políticos”⁸⁰⁶. En virtud de ello, el TPR subraya la gravedad que constituye el incumplimiento de una sentencia arbitral para todo el sistema ya que

“la falta de observancia de una decisión del Tribunal, además de perjudicar al Estado Parte beneficiado por la misma, pone en causa la estabilidad y efectividad de las instituciones del Mercosur, provocando, asimismo, una preocupante sensación de descrédito en la sociedad en relación al proceso en su conjunto.”⁸⁰⁷

derechos de primer orden enunciados, ya que la libertad empresarial debe desarrollarse dentro del marco de los derechos humanos y los derechos fundamentales y, por lo tanto, no es un derecho absoluto que no tenga límites.” (TJCA, Proceso 90-IP-2008, *op. cit.*).

⁸⁰³ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, *op. cit.*, pp. 283-284.

⁸⁰⁴ ALONSO GARCÍA R., *Un Paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su Reflejo en los Sistemas Suramericanos de Integración*, Advocatus, Cuadernos de Derecho Público N°1, Córdoba, Año 2008, pág. 75 y ss. Véase también MEJÍA HERRERA O., “La influencia de la jurisprudencia comunitaria europea en los principales tribunales de los sistemas de integración latinoamericanos: un estudio exploratorio” en ROY J. (Compilador), *Después de Santiago: Integración Regional y Relaciones Unión Europea-América Latina*, The Jean Monnet Chair, University of Miami, Miami-Florida European Union Center, 2013, pp. 52-62.

⁸⁰⁵ TPR, Laudo N° 01/2007 de 8 de junio de 2007: Controversia entre Uruguay y Argentina sobre “Prohibición de importación de neumáticos Remoldeados procedentes del Uruguay” —solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias—.

⁸⁰⁶ TPR, Laudo N° 01/2007 de 8 de junio de 2007, *op. cit.*, considerados 7.1 y 7.2.

⁸⁰⁷ TPR, Laudo N° 01/2007 de 8 de junio de 2007, *op. cit.*, considerado 8.2.

El incumplimiento de una sentencia arbitral del TPR supone por tanto una situación delicada por tener que imponer medidas compensatorias al país infractor afín de obtener su cumplimiento. El TPR justifica su decisión citando la jurisprudencia del TJCA:

“En palabras del mismo TJCA, aplicables al Mercosur, cuando se desacata una sentencia no sólo se causa un daño particular o concreto que puede ser reparado con una medida compensatoria a favor de quién sufre el daño, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario, convirtiéndose en un hecho que afecta a todos los Países Miembros, así como a los Órganos del Sistema al lesionar el proceso de integración.”⁸⁰⁸

Posteriormente, a la hora de evaluar el daño que una medida compensatoria tiende a revertir, el TPR prescinde de las concesiones comerciales recíprocas (como en el caso de la OMC), y, por el contrario, entiende que la medida compensatoria ha de englobar tanto el daño económico como el daño “institucional”⁸⁰⁹. A continuación, al referirse a la multa coercitiva de un Estado miembro por incumplimiento de sus obligaciones jurídicas, el TPR se refiere explícitamente a la jurisprudencia europea en los términos siguientes:

“En el caso europeo, el Tribunal de Justicia, al referirse a la suma a tanto alzada y a la multa coercitiva como remedios para los supuestos de incumplimiento de sus sentencias, ha destacado que su finalidad es inducir al Estado miembro a que ponga fin al desacato en el menor tiempo posible, fijando como criterio moderador que la misma sea proporcional a la capacidad de pago del Estado del que se trata y al incumplimiento propiamente dicho. En cualquier caso la medida aplicada debe garantizar que el Estado cumpla con la sentencia cuya falta de observancia se le imputa y con ello garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de la legalidad jurídica.”⁸¹⁰

⁸⁰⁸ TPR, Laudo N° 01/2007 de 8 de junio de 2007, *op. cit.*, considerado 8.5.

⁸⁰⁹ TPR, Laudo N° 01/2007 de 8 de junio de 2007, *op. cit.*, considerado 10.1.

⁸¹⁰ TPR, Laudo N° 01/2007 de 8 de junio de 2007, *op. cit.*, considerado 10.2.

Y seguidamente de añadir que, para el TJUE “las medidas mencionadas no tienen un sentido reparador o de indemnización, sino presionar al Estado a que ejecute la sentencia dictada en su contra”⁸¹¹. Por ello podemos concluir que tanto la jurisprudencia europea como la andina han tenido una “incidencia en la *ratio decidendi* del laudo del TPR”⁸¹².

En consecuencia, la jurisprudencia mercosureña reconoce al derecho del MERCOSUR algunos principios y características que derivan del derecho comunitario. Por ejemplo, pese a la “ausencia de la tan anhelada supranacionalidad”, le incumbe al TPR imponer la norma mercosureña “con suficiente *autonomía* de las otras ramas del Derecho”:

“no obstante de que los principios y disposiciones del derecho internacional están incluidos en el Protocolo de Olivos como uno de los referentes jurídicos a ser aplicados (Art. 34), su aplicación siempre debe ser solo en forma subsidiaria (o en el mejor de los casos complementaria) y solo cuando fueren aplicables al caso. Nunca de manera directa y primera, como desde luego corresponde en un derecho de integración (que ya lo tiene el Mercosur) y en un derecho comunitario al cual se aspira (que todavía no lo tiene el Mercosur) por la ausencia de la tan anhelada supranacionalidad. En suma, el derecho de integración tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho. El no considerar ello contribuirá siempre de manera negativa al desarrollo de la institucionalidad y normativa mercosureña. Al respecto dice Alejandro Daniel Perotti “recurrir a elementos que se ubican fuera del ordenamiento de la integración lleva el pecado original de desconocer su autonomía en relación al derecho nacional y al derecho internacional”. ”⁸¹³

Sobre todo, el TPR reconoce una de las características esenciales del derecho comunitario: la primacía del derecho mercosureño; en efecto, en la Opinión Consultiva N° 01/2008 de fecha 24 de abril de 2008, el TPR establece que

⁸¹¹ TPR, Laudo N° 01/2007 de 8 de junio de 2007, *op. cit.*, considerado 10.3.

⁸¹² MEJÍA HERRERA O., “La influencia de la jurisprudencia comunitaria europea en los principales tribunales de los sistemas de integración latinoamericanos: un estudio exploratorio”, *op. cit.*, 2013, pág. 56.

⁸¹³ TPR, Laudo N° 01/2005 de 20 de diciembre de 2005, *op. cit.*, considerado 9.

“El término “primacía” no es exclusivo del derecho comunitario producto de la evolución de procesos de integración como lo es el de la Unión Europea – por mencionar el proceso de integración más profundo. Es propio de todo análisis en que esté en juego la preeminencia de una norma sobre otra o su jerarquía para la interpretación y aplicación del derecho. Por tal razón se ha reconocido la primacía o jerarquía superior a la normativa Mercosur desde su incorporación o internalización sobre la normativa interna dentro del mismo ámbito de competencias.”

“(…) la primacía de la normativa del MERCOSUR desde su ratificación. Incorporación o internalización, según sea el caso, respecto de toda disposición interna de los Estados Parte que le sea contrapuesta sobre materias de la competencia legislativa del Mercosur”.⁸¹⁴

Se ha de valorar la consagración del principio de primacía de la normativa del MERCOSUR por el TPR, pero también se ha de ser cauto: la primacía tal y como la plantea el TPR (asimilación de la primacía con la “*jerarquía superior* a la normativa”, “*incorporación*” de la norma del MERCOSUR en la legislación interna de los Estados Parte, etcétera) no se corresponde con la primacía del derecho comunitario e incluso podría debilitar el alcance del principio⁸¹⁵. En efecto, el TPR deja bien en claro que en la actual etapa del proceso de integración tanto los Tribunales *ad hoc* como el TPR carecen de competencia para declarar en forma directa la nulidad o inaplicabilidad de la norma interna contraria al derecho del MERCOSUR, siendo los órganos estatales competentes los que deben derogar o modificar la norma interna incompatible⁸¹⁶.

En definitiva, plenamente consciente de las limitaciones del marco institucional en el cual debe actuar, el TPR ha tratado de elaborar un derecho de la integración

⁸¹⁴ TPR, Opinión Consultiva N° 01/2008 de 24 de abril de 2008, considerados 31 y 34: “Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”, solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1° turno IUE 2-32247/07.

⁸¹⁵ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, *op. cit.*, pág. 268.

⁸¹⁶ TPR, Opinión Consultiva N° 01/2008 de 24 de abril de 2008, considerado 33: “Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”, *op. cit.*... Este criterio fue reiterado en la Opinión Consultiva N° 01/2009 de 15 de junio de 2009, considerado 16: “Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto”, solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° Turno.

específico al MERCOSUR, firmemente anclado en los principios rectores del derecho internacional pero a su vez, inspirado por el derecho comunitario y por las jurisprudencias del TJUE y del TJCA.

§ 2. AUNQUE SE VISLUMBRA UNA VOLUNTAD DE CAMBIO...

1. ...por parte del TPR con el Laudo N° 01/2012...

Para parte de la doctrina, el Laudo 01/2012 supone un punto de inflexión en la práctica arbitral del TPR, hasta el punto de preguntarse si el sistema mercosureño se dirige hacia una independencia y conformación de un poder jurisdiccional supranacional⁸¹⁷. Incluso voces menos entusiastas con este laudo consideran que varias apreciaciones del TPR merecen ser resaltadas⁸¹⁸.

Cómo comentamos en el capítulo II, la materia de los laudos arbitrales del TPR versa mayoritariamente sobre conflictos comerciales, sin embargo, el Laudo 01/2012⁸¹⁹ va más allá de estos temas y entra a examinar las facultades de los órganos de MERCOSUR ya que, en dicho laudo, la parte demandante, esto es la República del Paraguay, cuestiona la suspensión de su participación en los órganos del

⁸¹⁷ Véase por ejemplo FABBRICATORE A., “Análisis del Laudo Nro. 1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión: ¿Hacia una independencia y conformación del poder jurisdiccional supranacional?”, *Revista Electrónica de la Catedra Jean Monnet de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, Año I, N°1, 2013, pp. 91-99.

⁸¹⁸ PEROTTI D. A., “El Laudo 1/12 del TPR y la tutela judicial cautelar previa en el MERCOSUR” en MORENO RODRÍGUEZ J. A. y FERNÁNDEZ ARROYO D. P. (Coordinadores), *Integración y Derecho Internacional Privado - Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, ed. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Asunción, 2013, pág. 772.

⁸¹⁹ TPR, Laudo N° 01/2012 de 21 de julio de 2012: “Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los Órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno”.

MERCOSUR⁸²⁰ y a su vez contesta la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno.

Las principales causas que llevaron al laudo son las siguientes: en fecha 9 de julio de 2012, se recibió en la Secretaría del TPR, una presentación realizada por la República del Paraguay solicitando la aplicación del procedimiento para atender Casos Excepcionales de Urgencia instituido en el artículo 24 del Protocolo de Olivos⁸²¹. La pretensión de Paraguay tiene por objeto la declaración de inaplicabilidad de la decisión que suspende a Paraguay de participar como órgano del MERCOSUR y, a su vez, de la declaración que incorpora a Venezuela como miembro pleno del MERCOSUR, dado que las mismas conculcaban sus derechos como miembro del bloque. Resumidamente, funda su pretensión en que la decisión de suspenderle no se tomó mediante una norma emanada en los órganos enunciados en el Protocolo de Ouro Preto, es decir, con capacidad decisoria en los términos del artículo 3 del Tratado de Asunción.

Por otra parte, los demandados, esto es Argentina, Brasil y Uruguay, solicitan que el TPR rechace el presente procedimiento por incompetencia para dirimir el litigio alegando que el objeto de la presente controversia versa sobre una cuestión de índole política y que el Protocolo de Ushuaia no resulta alcanzable por el sistema de solución de controversias previsto en el Protocolo de Olivos. También alegan que las negociaciones directas previstas en el Capítulo IV del Protocolo de Olivos no han sido llevadas a cabo.

En primer lugar resulta fundamental destacar que “el TPR antes de resolver el presente laudo establece claramente su autonomía como organismo”⁸²² y, por ende, se declara competente para entender de la controversia, entendiendo que la jurisdicción del sistema de solución de controversias

⁸²⁰ Recordemos que los países miembros del MERCOSUR suspendieron, en cumplimiento del Protocolo de Ushuaia sobre el compromiso democrático, la República del Paraguay a raíz de la grave crisis política paraguaya también llamada “golpe parlamentario” (véase Capítulo I).

⁸²¹ El artículo 24 del Protocolo de Olivos establece que el “Consejo del Mercado Común podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes”.

⁸²² FABBRICATORE A., “Análisis del Laudo Nro. 1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión: ¿Hacia una independencia y conformación del poder jurisdiccional supranacional?”, *op. cit.*

“se extiende *ratione personae* a los Estados miembros del MERCOSUR. *Ratione materiae*, esta jurisdicción se conforma sobre controversias entre los Estados Partes referidas a la interpretación o incumplimiento de la normativa MERCOSUR. No hay, de forma implícita o explícita en el texto del PO, exclusión de jurisdicción con base a la materia objeto de la controversia.”⁸²³

Teniendo en cuenta que el artículo 8 del Protocolo de Ushuaia expresamente determina que es “parte integrante del Tratado de Asunción y de los respectivos acuerdos de integración celebrados entre el MERCOSUR y la República del Bolivia y entre el MERCOSUR y la República de Chile”, el TPR deduce que

“el sistema de solución de controversias abarca las normas del PU en la medida en que afecten o puedan afectar derechos y obligaciones de cualquiera de los Estados Parte. Por lo tanto, no cabe discutir el derecho a recurrir a ese sistema que tiene un Estado Parte que considere que se han vulnerado sus derechos en aplicación de las normas del PU.”⁸²⁴

De modo que “la suspensión dispuesta en cuanto a la participación de un Estado Parte en los órganos del MERCOSUR no afecta su derecho a recurrir al sistema de solución de controversias establecido en el Protocolo de Olivos”⁸²⁵.

Además, de forma novedosa y valiente, el TPR definió por primera vez el alcance del artículo 1.1 del Protocolo de Olivos, ampliando la visión netamente economicista imperante en el MERCOSUR y estableciendo que su actividad jurisdiccional o la de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc no se agotan simplemente en cuestiones comerciales⁸²⁶. El TPR argumenta que

“no se puede hablar de “falta de vocación” del sistema para solucionar controversias más allá de la esfera comercial. La legitimidad del sistema se fundamenta en la contribución a

⁸²³ TPR, Laudo N° 01/2012, *op. cit.*, considerado 36.

⁸²⁴ TPR, Laudo N° 01/2012, *op. cit.*, considerado 40.

⁸²⁵ FABBRICATORE A., “Análisis del Laudo Nro. 1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión: ¿Hacia una independencia y conformación del poder jurisdiccional supranacional?”, *op. cit.*

⁸²⁶ DELUCA S., “El Mercosur tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: Ponderación del Laudo TPR N° 01/2012”, *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, Universidad Complutense, Madrid, 2013.

la estabilidad, en la medida en que avanza el proceso de integración, en sus diversas esferas. Esta legitimidad debe ser apreciada conforme al texto acordado en el PO por los Estados Parte, el cual no excluye *a priori* el análisis de cualquier tipo de controversia en el marco normativo del MERCOSUR”.⁸²⁷

En consecuencia, debemos considerar de suma importancia este acontecimiento dado que a partir de ello el TPR sienta el primer antecedente jurídicamente relevante para afrontar la responsabilidad de asumir su protagonismo como organismo jurisdiccional del MERCOSUR, y por tanto, se ha de valorar positivamente que el TPR se pronuncie afirmativamente sobre el rol institucional que debe ocupar dentro del proceso, ampliando así su proyección hacia otras cuestiones que no sean de carácter netamente comercial y propias del arbitraje.

2. ...y a través de la iniciativa parlamentaria con el Proyecto de Norma 02/2010

El Proyecto de Norma 02/2010 plantea un cambio sustancial del bloque que llevaría a la consolidación de la estructura institucional mercosureña. Y por tanto, con la aprobación del Parlamento se da un paso importante hacia la posible revisión del actual sistema de solución de controversias.

Sin embargo, ante la pasividad del CMC, el Parlasur insiste activamente en su iniciativa. Así, durante, la XLVII Sesión Ordinaria de 29 de mayo 2017, la Propuesta de Recomendación por la cual el Parlasur recomienda al CMC retomar el estudio, la consideración y la aprobación del Proyecto de Norma 02/2010, volvió nuevamente a ser uno de los puntos destacados del orden del día.

⁸²⁷ TPR, Laudo N° 01/2012, *op. cit.*, considerado 37.

Resumidamente, en dicha norma se prevé la plena independencia de los jueces de la CJM, tanto de los Gobiernos como de los demás órganos del bloque, y además se exige que sus miembros deban reunir requisitos especiales para acceder al cargo –tienen que ver con su actividad profesional previa y su experiencia–, así como también el rol preponderante de las Cortes de Justicia de los Estados Parte por ser ellos quienes tienen a su cargo la elaboración de una terna de candidatos a partir de la cual cada Estado designará al juez correspondiente.

Asimismo el Proyecto de Norma amplía considerablemente el ámbito competencial del sistema de solución de controversias, introduciendo las acciones de nulidad, acciones por omisión y acciones de incumplimiento, y a su vez, otorga un mayor protagonismo a los particulares dentro del sistema, saldándose de tal manera la deuda de darles legitimación en relación al relegado protagonismo que tienen en los procedimientos actualmente previstos. Todo ello supondría una consolidación del proceso de integración y la garantía del respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de la seguridad jurídica, del Estado de Derecho y de los principios democráticos.

Finalmente, con la implementación de un mecanismo prejudicial similar al mecanismo vigente en la CAN, la CJM resultaría competente para interpretar y aplicar todo el derecho del MERCOSUR, desde el derecho originario hasta diversas normas de derecho derivado, como reglamentos, directivas y decisiones. Le permitiría por tanto construir una jurisprudencia comunitaria y por consiguiente la consolidación y el desarrollo de una arquitectura jurídica mercosureña.

No obstante, sin querer menguar el importante paso dado con la aprobación del Parlasur, también debemos ser realista y admitir que este proyecto de norma crea una institución muy similar al TJUE o al TJCA, es decir demasiado ambiciosa en el actual contexto mercosureño y, en virtud de la resistencia que han venido constantemente demostrando los Estados Partes ante cualquier avance con carácter supranacional, parece poco probable que, en un futuro inmediato, se apruebe dicho proyecto de

norma⁸²⁸. No debemos olvidar que conforme el sistema actual, para que esta norma entre en vigor, cada Estado debe incorporarla a su ordenamiento jurídico interno.

Por este motivo, esto es por considerar el Protocolo como excesivamente ambicioso y carente de una gradualidad tan necesaria en los cambios institucionales en el contexto mercosureño, parte de la doctrina ha criticado la CJM ideada. En este sentido, el presidente de la Corte Suprema de Argentina, Ricardo Lorenzetti, ha reafirmado la necesidad de una construcción progresiva. No es menester, añade el autor que “nosotros dialoguemos y convenzamos a todos los parlamentos nacionales para construir una corte, de punta a punta, con todos sus recursos económicos, sus jueces, porque esa es una tarea muy difícil de lograr. La construcción progresiva (...) me parece una posición razonable que podría ser pensada en distintas etapas que avancen gradualmente”⁸²⁹.

También se ha comentado que este proyecto no representa la solución para los problemas que padece actualmente el proceso de integración ya que la pretendida supranacionalidad debe buscarse en los órganos con capacidad decisoria y no en su el sistema de solución de controversias y, por tanto, parte de la doctrina aboga a favor de una reorganización normativa del MERCOSUR con la suscripción de un Tratado Marco comparable al Tratado de Maastricht que reordene los distintos pilares (pilar político, pilar económico, la estructura institucional y el sistema de solución de controversias)⁸³⁰.

Aun así y a pesar de las críticas justamente fundamentadas, esta iniciativa reformista no hace desmerecer el evidente interés y sobre todo la manifiesta voluntad de fortalecer al MERCOSUR desde el lado institucional y jurídico. Además, con toda probabilidad, algunas innovaciones claves introducidas por el proyecto como la obligatoriedad de la opinión consultiva y la ampliación de la legitimación activa, sigan

⁸²⁸ JOVTIS I., “La legitimación activa en el sistema de solución de diferencias del MERCOSUR”, en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A., ZELAIA GARAGARZA M., *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pág. 98.

⁸²⁹ LORENZETTI R. L., “Creación de una Corta de Justicia del MERCOSUR”, *VII Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR*, Brasilia, 2009.

⁸³⁰ En este sentido véase por ejemplo DELUCA S., “El Mercosur necesita su Maastricht”, *Revista Pensar en Derecho*, N°1, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2012, pp. 247-265.

nutriendo los debates y acaben siendo materializadas en una futura y efectiva reforma del TPR. Tal iniciativa sería por tanto, el punto de partida de una voluntad de cambio de paradigma, la cual podría perfeccionarse o adaptarse posteriormente conforme los conflictos que la práctica plantee y las realidades que se desenvuelvan en el marco de su competencia.

III. ¿HACIA LA CREACIÓN DE UN ESPACIO JURÍDICO INTEGRADO AL NIVEL CONTINENTAL?

Uno de los principales méritos de la creación de la UNASUR y su apuesta por la convergencia de la CAN y del MERCOSUR, fue generar interesantes reflexiones doctrinales y originales propuestas acerca las estrategias y los instrumentos posibles para materializar jurídicamente la idea de convergencia de estos dos bloques regionales (§1). Entre las estrategias planteadas nos detendremos brevemente en la posible creación de un mecanismo jurisdiccional al nivel suramericano pero sobre todo, expondremos más detalladamente los encuentros entre los magistrados del TJCA y del TPR cuyo propósito no es otro que emprender el acercamiento entre el sistema jurídico de la CAN y el del MERCOSUR a través la emergencia de “Islas de Derecho”. Pensamos que estos encuentros podrían llegar en convertirse en un *soft power* judicial⁸³¹ e influir positivamente en la integración regional y, por consecuente, constituir una valiosa contribución en la progresiva elaboración de un espacio jurídico integrado al nivel continental (§2).

⁸³¹ ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., pág. 53.

§ 1. ESTRATEGIAS E INSTRUMENTOS PLANTEADOS

A continuación desgranaremos las dos estrategias planteadas por la doctrina y los magistrados que nos parecen más relevantes para consolidar y profundizar la integración jurídica suramericana. En primer lugar, los diferentes proyectos de crear un instrumento o un órgano jurisdiccional suramericano que permita armonizar los sistemas andino y mercosureño. Y por otra parte, también merece especial atención, no como una estrategia alternativa pero, al contrario, como una estrategia adicional y complementaria a la creación de una jurisdicción suramericana, los encuentros que organizaron los magistrados del TJCA y del TPR para reflexionar sobre el acercamiento entre la CAN y el MERCOSUR.

1. Creación de un mecanismo jurisdiccional al nivel suramericano

A partir de la década de los noventa, el orden jurídico internacional se ha caracterizado por una creciente “jurisdiccionalización” o “judicialización” al nivel mundial acentuado por el fenómeno de globalización⁸³². La multiplicación de jurisdicciones internacionales es por tanto un fenómeno relativamente reciente en el ámbito internacional⁸³³. Este *buissonnement*⁸³⁴ jurisdiccional combinado con la tendencia a la convergencia política que intentan promover los actuales gobiernos suramericanos para superar la polarización ideológica y la fragmentación política permitiendo así un acercamiento institucional para consolidar la integración regional,

⁸³² BURGOGUE-LARSEN L., “Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international”, en *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Société Française pour le Droit international, Editions A. Pedone, Paris, 2003, pp. 203-264.

⁸³³ PETROVA GEORGIEVA V., “La “judicialización”: una nueva característica del sistema jurídico internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, México, D. F., 2015, pp. 3-45.

⁸³⁴ Fue René-Jean Dupuy quién utilizó la expresión “*buissonnement organique*” para resaltar la multiplicación de estructuras institucionales en el ámbito económico (véase SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Les Nations Unies et le droit international économique. Colloque de Nice*, Paris, Pédone, 1986, pág. 376).

ofrecen una *window of opportunity*⁸³⁵ para la creación de un órgano jurisdiccional suramericano.

Este contexto explica por tanto las negociaciones entre los Estados Partes de la UNASUR en la elaboración de un Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones, y también la propuesta del fiscal general de Ecuador, Galo Chiriboga, de creación de una Corte Penal Sudamericana en el marco de la UNASUR para combatir delitos transnacionales en la región. Sin embargo la sofisticación creciente del derecho internacional como del derecho de la integración suramericano en particular, y la tendencia al *forum shopping* que se está incrementando, pueden llegar a convertirse en un problemático factor de desorden jurídico. Además, las arduas negociaciones en la elaboración del Centro de Solución de Controversias unasureño nos demuestran que, a pesar del intento de acercamiento político y jurídico de los países de la región, persisten divergencias ideológicas en torno al modelo de integración que los Estados Partes desean implementar.

Por ello, cabe resaltar la original e interesante propuesta del antiguo presidente del TJCA, Ricardo Vigil Toledo, de conformar un Comité Jurídico Mixto CAN-MERCOSUR representado por Magistrados del TJCA y del TPR⁸³⁶. Resumidamente, este Comité tendría como propósito examinar de manera permanente el desarrollo de la jurisprudencia de ambos tribunales, a fin de garantizar una interpretación homogénea de los Acuerdos de Libre Comercio celebrados bajo el Acuerdo de Complementación Económica entre la CAN y el MERCOSUR⁸³⁷. Además tendría por objeto establecer las

⁸³⁵ Según la expresión de SALDÍAS O., *The Judicial Politics of Economics Integration: The Andean Court as an Engine of Development*, Routledge, New York, 2014, pág. 72 y ss..

⁸³⁶ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 174 y ss.

⁸³⁷ El Acuerdo de Complementación Económica N° 59 (ACE-59), suscrito en fecha 18 de octubre de 2004, también conocido como Acuerdo CAN-MERCOSUR, es un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (AAP.CE), suscrito en el marco del Tratado de Montevideo de 1980. Este Acuerdo establece el marco a través del cual Colombia, Ecuador y Venezuela otorgan y reciben de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, preferencias comerciales bilaterales, progresivas y automáticas, aplicables sobre los aranceles vigentes para la importación de terceros países en cada Parte Signataria. Posteriormente, en fecha 21 de julio de 2017, se firmará el Acuerdo de Complementación Económica N° 72 (ACE-72) entre los Estados Partes del MERCOSUR y Colombia. Este nuevo Acuerdo mantiene los mismos objetivos y alcances del ACE-59, incorporando profundizaciones puntuales previamente acordadas entre algunas de las Partes Signatarias para productos industriales como textiles, confecciones, metalmecánica y vehículos.

bases para la profundización de la cooperación entre ambos tribunales con el fin de crear un Tribunal de Justicia de la UNASUR con competencias específicas y exclusivas para la interpretación y aplicación uniforme de disposiciones comunes sobre materias jurídicas relevantes para la integración (protección del Medio Ambiente, unión aduanera, transporte multimodal etcétera). Y este Comité prepararía los proyectos de Acuerdo de Complementación Económica a fin de garantizar que los textos sean idénticos así como el proyecto de Reglamento para el funcionamiento del Tribunal Permanente del Espacio Económico Sudamericano. En definitiva, estos tres objetivos constituirían una hoja de ruta que “permitiría avanzar en el largo proceso de integración que ya existe en América del Sur y le darían forma y contenido a un Espacio Económico Sudamericano al estar dotado de un mecanismo que aseguraría la interpretación uniforme, en todo el territorio Sudamericano, de una normativa que iría contribuyendo a la profundización del proceso de integración sudamericano”⁸³⁸.

A su vez, ante la necesidad de crear un órgano jurisdiccional para fortalecer la UNASUR como organización comunitaria capaz de atender las necesidades y objetivos comunes de sus Estados miembros, proposiciones de tribunales fueron esbozadas por la doctrina. Merece especial atención, desde nuestro punto de vista, la propuesta de Tribunal de Justicia para la UNASUR (en adelante TJU) defendida por Valerio de Oliveira Mazzuoli⁸³⁹, basada en los ejemplos del TJUE y de la Corte Centroamericana de Justicia (en adelante CCJ) que propone la posibilidad de diseñar institucionalmente un TJU, teniendo como paradigmas las experiencias europea y centroamericana⁸⁴⁰. Así,

⁸³⁸ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 174 y ss.

⁸³⁹ Esta propuesta de creación de un Tribunal de Justicia para UNASUR fue defendida en audiencia pública realizada en el Senado Federal brasileño, en la Comisión de Medio Ambiente, Defensa del Consumidor y Fiscalización y Control, el 22 de octubre de 2013, en sesión presidida por el Senador Blairo Maggi (PR-MT). V *Jornal do Senado*, ano XIX, N° 3.976, Brasília, 23.10.2013, pág. 8: “Para o professor da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) Valerio Mazzuoli, a Unasul precisa criar um tribunal como o que existe na União Europeia para compatibilizar as normas domésticas com as dos demais países-membros. Ele sugeriu que o tribunal tenha sede em Mato Grosso, por ser o centro do continente sul-americano”.

⁸⁴⁰ Para un estudio detallado véase DE OLIVEIRA MAZZUOLI V., “Por un Tribunal de Justicia para UNASUR: la necesidad de una Corte de Justicia para América del Sur sobre los paradigmas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Corte Centroamericana de Justicia”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 2, N° 4, Agosto 2014, pp. 189-217; y DE OLIVEIRA MAZZUOLI V., “Por um tribunal de justiça para a UNASUL: a necessidade de uma Corte de Justiça para a América do Sul sob os paradigmas do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Centro-americana de Justiça”, *Revista dos Tribunais*, vol. 939, São Paulo, enero 2014, pp. 183-224.

mediante la celebración de un Protocolo adicional al tratado fundador de la Organización, se crearía el TJU con competencia para controlar los conflictos entre Estados relativos a la interpretación de un tratado vigente en la Unión del cual los dos (o más) Estados son parte, conocer de las acciones de nulidad por incumplimiento de los acuerdos de los organismos de UNASUR, controlar conflictos entre el Estado y su propio derecho interno, controlar la convencionalidad de los actos administrativos estatales y de los organismos de la UNASUR frente al derecho comunitario, manifestarse en el ámbito del renvó prejudicial, conocer las controversias o cuestiones que surjan entre un Estado suramericano y otro que no lo sea, cuando de común acuerdo le sean sometidas, conocer y decidir un litigio *ex aequo et bono* si con esto las partes concordaren y manifestarse consultivamente tanto para los Estados como para organismos de UNASUR⁸⁴¹.

Finalmente, también quisiéramos destacar una inédita propuesta de Corte de Justicia Suramericana (en adelante CJS) común para todos los procesos de integración suramericanos expuesta por Mariana Peña-Pinon⁸⁴². Tras un exhausto y muy completo análisis comparativo del panorama político y jurídico de la integración jurídica suramericana con la integración europea, la autora reflexiona sobre la viabilidad política y jurídica de una Corte de Justicia al nivel suramericano y culmina su estudio proponiendo un detallado tratado de creación de CJS. Esta propuesta de CJS es posiblemente la más rigurosa y completa que se haya diseñado hasta la fecha y esperamos que inspire los actores políticos de la región tal y como sucede con el Proyecto de Norma 02/2010 del Parlamento del MERCOSUR que contiene el Protocolo constitutivo de la CJM.

⁸⁴¹ DE OLIVEIRA MAZZUOLI V., “Por un Tribunal de Justicia para UNASUR: la necesidad de una Corte de Justicia para América del Sur sobre los paradigmas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Corte Centroamericana de Justicia”, *op. cit.*, pp. 207-211.

⁸⁴² PEÑA-PINON M., *La fonction juridictionnelle au service de l'intégration sud-américaine*, *op. cit.*, pp. 391-407.

2. Encuentros entre el TJCA y el TPR: ¿semilla de un espacio jurídico suramericano integrado?

El fenómeno de mundialización ha provocado una profunda mutación e internacionalización del derecho y ha contribuido a una intensificación de la comunicación entre los jueces más allá de las fronteras políticas nacionales. En consecuencia, esta mundialización del derecho ha propiciado la organización de fórums de intercambios informales entre jueces al margen de los mecanismos institucionales. La intensificación de estos encuentros e intercambios entre los jueces abre un nuevo horizonte en la esfera jurídica internacional y está contribuyendo a la progresiva elaboración de una nueva forma de poder, de un *soft power* judicial cuya influencia no deja de aumentar⁸⁴³. La legitimidad, el motor y la eficacia de estos fórums se deben a los dispositivos institucionales como la construcción europea o las jurisdicciones y organizaciones internacionales que les inspiran, también a la imperiosa necesidad objetiva de regulación y establecer criterios normativos en este nuevo escenario globalizado y a la autoridad de la argumentación⁸⁴⁴. Los temas de debates y de reflexión que abarcan estos fórums son muy amplios y diversos: juicios sobre crímenes contra la humanidad ante los tribunales penales internacionales, lucha contra el narcotráfico, discusiones sobre el arbitraje comercial internacional, sobre la protección del medio ambiente etcétera.

Y si existe un continente cuya agenda judicial se caracteriza por el incremento constante de fórums, encuentros o congresos entre jueces, este es América Latina. Las temáticas abordadas son propias de las problemáticas inherentes al continente como por ejemplo la lucha contra la corrupción y el blanqueo de capitales, la constitucionalización de los Derechos sociales y fundamentales o la integración regional. Por ello merece especial atención los llamados “Encuentros entre los

⁸⁴³ ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., pág. 53.

⁸⁴⁴ ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., pág. 11 y ss..

Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del TJCA y del TPR”.

Impulsados por el TJCA, estos encuentros entre Magistrados se iniciaron en el 2005 con el propósito claramente esbozado de emprender el “acercamiento entre el sistema jurídico de la CAN y el del MERCOSUR”, mediante la creación de “una base teórica y práctica para un adecuado análisis en relación con la interacción de los dos sistemas de integración”⁸⁴⁵. Y, aunque estos encuentros entre magistrados del TJCA y del TPR se hayan interrumpidos, esta iniciativa podría suponer un paso decisivo en el dialogo y la cooperación entre ambos tribunales en materias esenciales para la integración del continente e incluso ser una semilla para la armonización jurídica suramericana.

Sin embargo, el reto es mayúsculo; como hemos analizado a lo largo de este estudio, dos visiones de la integración coexisten en Suramérica: el marco comunitario de la CAN claramente influenciado por el derecho de la Unión europea y el arbitraje mejorado del MERCOSUR que, de momento, obedece más a los estándares del derecho internacional, ambos procesos dentro de un continente que comparte la misma tradición jurídica “Romano-Canónica” también conocida como Sistema *Civil Law*. Desde esta perspectiva, la integración europea, a pesar de las situaciones totalmente diferentes e incomparables entre las dos regiones, ofrece un panorama que vale la pena traer a colación, y, no cabe duda de que el camino recorrido y la experiencia adquirida por la UE a lo largo de estas últimas décadas, tanto a nivel jurisprudencial como al nivel de normativa comunitaria, constituya un referente para la integración suramericana. La UE ofrece en efecto el modelo de un “*pluralisme ordonné*”⁸⁴⁶ que ha conseguido mezclar las dos culturas jurídicas occidentales, la cultura de la *Civil Law* y la cultura de la *Common Law*⁸⁴⁷. En consecuencia, esta estrategia de encuentros entre magistrados supone entablar un fructífero dialogo entre el dualismo jurídico que caracteriza los procesos de integración en la región. Motivo por el cual, desde el Primer Encuentro de

⁸⁴⁵ PERDOMO PERDOMO L., “Introducción”, *op. cit.*, pág. 7.

⁸⁴⁶ DELMAS-MARTY M., *Le Relatif et l’Universel. Les Forces imaginantes du droit*, Le Seuil, Paris, 2004, pág. 19.

⁸⁴⁷ ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.*, pág. 54.

Magistrados, celebrado en Lima y Arequipa, del 12 al 14 de octubre de 2005, se estableció el objetivo de

“consultar el juicio de sus participantes sobre la conveniencia de activar espacios de reflexión jurídica conjunta, dirigidos a facilitar la participación temprana de las Magistraturas de la CAN y del MERCOSUR en la tarea común de contribuir al desarrollo de un espacio sudamericano integrado”⁸⁴⁸.

Por ello, se insistió en “la importancia de que las autoridades nacionales y subregionales trabajen progresivamente en reformas normativas que permitan un mayor acercamiento en ciertas materias de interés común”⁸⁴⁹.

Por otra parte, cómo ya se comentó, la eficaz jurisprudencia del TJCA en la construcción de una exitosa “Isla de Estado de Derecho de propiedad intelectual” en la Comunidad Andina dio lugar a una profunda reflexión teórica sobre la posible influencia de esta construcción jurídica en una armonización en aspectos de propiedad intelectual en el marco suramericano y, a su vez, a la posibilidad de ampliación a otros temas relevantes para la integración de la subregión estimulando la emergencia de otras islas de Estado de Derecho⁸⁵⁰. No es por tanto descabellado pensar que el éxito la jurisprudencia andina en el ámbito de la propiedad intelectual haya sido una influencia a la hora de enfocar dichos encuentros en función de las temáticas jurídicas relevantes para la integración suramericana en vista en fomentar “Islas de Estado de Derecho” al nivel continental. De ahí que en el primer encuentro de Magistrados se estableciera que los regímenes de propiedad intelectual “podrían ser objeto de una aproximación

⁸⁴⁸ *Primer Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, Lima y Arequipa, 12, 13 y 14 de octubre de 2005, considerado II.

⁸⁴⁹ *Primer Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, *op. cit.*, Conclusiones, considerado IV.

⁸⁵⁰ HELFER L. R. y ALTER K. J., “La propiedad intelectual en el mecanismo de cooperación judicial comunitaria y la posibilidad de ampliación a otros temas”, *III Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y MERCOSUR*, 4, 5 y 6 de Octubre de 2011, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Ecuador, 2011.

regulatoria que influiría positivamente en su aplicación uniforme por parte de ambos tribunales”⁸⁵¹.

Así, en el marco de estos Encuentros, se abordó de una manera muy didáctica la extensa materia de la propiedad intelectual, analizando los tres importantes casos de la jurisprudencia andina esto es: Pipeline, patentes de segundo uso y datos de prueba (que ya contemplamos en el capítulo anterior), generando así una base para llegar a la conclusión de que el TJCA es sumamente eficaz en esta área⁸⁵². Y, a continuación se exploró el escenario para una eventual armonización en aspectos de propiedad intelectual en el marco CAN – MERCOSUR. Se llegó a la conclusión que en plano teórico podría plantearse, sin embargo en la práctica se vislumbran dificultades considerables en la medida de que el MERCOSUR carece de una regulación uniforme y de obligado cumplimiento para los Estados Partes lo cual dificultaría dicha armonización⁸⁵³.

En todo caso, a pesar de las dificultades que supone conseguir una legislación armonizada en ambos bloques en materia de propiedad intelectual, nos parece totalmente acertado que la exitosa y eficiente jurisprudencia del TJCA en esta materia sea el punto de partida así como la base teórica y práctica para plantear la consolidación de un espacio jurídico integrado suramericano a través la emergencia de “Islas de Derecho”.

⁸⁵¹ *Primer Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, op. cit., considerado II.*

⁸⁵² OTERO LASTRES J. M., “La propiedad intelectual, papel dentro del proceso de integración comunitario: tres casos, Pipeline, patentes de segundo uso y datos de prueba”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 85-101.

⁸⁵³ NEGRO S., “Armonización de los aspectos de propiedad intelectual. Escenarios posibles CAN – MERCOSUR” *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 103-118.

§ 2. *SOFT POWER* JUDICIAL E INTEGRACIÓN JURÍDICA A TRAVÉS LA EMERGENCIA DE “ISLAS DE DERECHO”

Los intercambios entre jueces están provocando “*une rupture épistémologique dans la conception même du système de droit*” escribe Mireille Delmas-Marty⁸⁵⁴. Estos foros judiciales además de redefinir y transformar el conocimiento jurídico clásico debido a esta nueva realidad de apertura al patrimonio jurídico mundial, también obligan repensar los métodos jurídicos argumentativos a la luz de las referencias jurisprudenciales de los diversos tribunales nacionales e internacionales y por tanto de la *persuasive authority* de las diferentes variedades nacionales. Estos intercambios, aunque sean esencialmente argumentativos, no se limitan a un dialogo erudito: se trata de asumir problemas específicos y de plantear soluciones eficaces. Es cierto que estos encuentros ni crean derecho homogéneo, ni tampoco derecho vinculante, pero su influencia y su eficacia son otras: pueden en efecto “estimular la imaginación jurídica, un poco a la imagen de lo que se esperaba en otros tiempo de la enseñanza del derecho romano”⁸⁵⁵.

Por ello, desde nuestro punto de vista, los encuentros entre los magistrados de la CAN y del MERCOSUR podrían constituir una novedosa y estratégica herramienta que permitiera la progresiva elaboración de un espacio jurídico integrado al nivel suramericano que abarque tanto el derecho comunitario andino cómo el Derecho mercosureño, y eso a través la emergencia de “Islas de Derecho” en las materias jurídicas relevantes de la integración jurídica continental. De suerte que las problemáticas jurídicas planteadas, las reflexiones doctrinales y las posibles soluciones académicas expuestas en estos encuentros podrían acabar siendo un “laboratorio judicial” de ideas e incluso de propuestas normativas concretas. Este “laboratorio

⁸⁵⁴ DELMAS-MARTY M., “L’influence du droit comparé sur l’activité des tribunaux pénaux internationaux”, in CASSESE A. et DELMAS-MARTY M. (Sous la dir. de), *Crimes internationaux et juridictions pénales internationales*, PUF, Paris, 2002, pág. 127.

⁸⁵⁵ ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., pág. 70.

judicial” supondría una fuente de inspiración para el TJCA, el TPR y los jueces nacionales del continente pero también para los actores políticos de la región en vista a mejorar la calidad normativa del Derecho andino y mercosureño que, como tuvimos la ocasión de resaltar, no acaba de ser satisfactoria según que materias jurídicas.

Así, en los cuatros encuentros hasta ahora organizados, se hizo especial hincapié además de la temática de la propiedad intelectual, a los mecanismos de cooperación horizontal entre el TJCA y el TPR con los jueces nacionales de los países del subcontinente mediante sus respectivos mecanismos de interpretación uniforme de la norma común, pero a su vez se enfatizó de manera recurrente otros temas considerados como fundamentales para la integración de la subregión y susceptibles de armonización para ambos grupos regionales: la unificación aduanera, el transporte Multimodal y la Protección del Medio Ambiente. En adelante desgranaremos el tenor de las reflexiones discutidas en cada tema abordado, las problemáticas encontradas y las soluciones o recomendaciones planteadas.

1. La cooperación entre jueces

Desde el Primer Encuentro de Magistrados, celebrado en Lima y Arequipa, del 12 al 14 de octubre de 2005, quedó claramente establecido que el imprescindible punto de partida para conseguir un espacio jurídico integrado al nivel regional sólo se alcanzaría a través la articulación y la armonización de los mecanismos de interpretación uniforme del TJCA y del TPR, y mediante el diálogo que deben mantener ambos órganos jurisdiccionales con los distintos tribunales la región.

1.1. Articulación y armonización de los mecanismos de interpretación uniforme...

El Primer Encuentro de Magistrados giró principalmente alrededor de las competencias del TJCA y del TPR, en los ámbitos relativos a la interpretación uniforme de la norma común mediante los mecanismos de la interpretación prejudicial y de la opinión consultiva poniendo de relieve la conveniencia de la interpretación uniforme a fin de tender hacia su aplicación igualmente uniforme en todo el subcontinente y la necesidad de fortalecer la participación de los órganos Jurisdiccionales Nacionales en el afianzamiento de los procesos de integración. A su vez, dentro de las acciones que se pueden entablar ante los Tribunales Subregionales,

“se hizo especial énfasis en el beneficio que las opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR y la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina pueden implicar para una aplicación homogénea de las normas de los procesos de integración”⁸⁵⁶.

En el segundo encuentro, cuya finalidad era esbozar un proyecto que permitiera concretar una cooperación horizontal del TJCA y del TPR con los jueces nacionales de los países del subcontinente, se explicaron el funcionamiento, las dificultades y las carencias para la aplicación de una normativa comunitaria tanto en el ámbito de la Comunidad Andina como en el del MERCOSUR. Y se estudió la posibilidad de armonizar, hasta cierto punto, ambos mecanismos de cooperación en temas específicos, respetando la naturaleza jurídica de ambos procedimientos y procurando establecer un mecanismo de consulta que, sin ser vinculante, permitiera por lo menos contribuir a la interpretación armonizada de una norma común en la subregión, sin que sea necesario para lograrlo renunciar a la especificidad de cada sistemas de integración.

En este sentido, se planteó que las opiniones consultivas del TPR y las cuestiones prejudiciales del TJCA, una vez armonizadas entre ambos grupos, fueran vinculantes para los tribunales nacionales de ambos grupos subregionales aunque específicamente solo para los temas relevantes para la integración de la subregión esto es los del transporte marítimo y multimodal, los de propiedad intelectual y los de protección del

⁸⁵⁶ *Primer Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, op. cit., considerado VIII.*

medio ambiente, cuyas normas sustantivas estarían basadas en una norma común para todos los tribunales del espacio sudamericano. Sería la partida de nacimiento de un futuro Tribunal de la UNASUR⁸⁵⁷.

Por otra parte, cómo lo comentamos en el capítulo interior, la adopción del Proyecto de Norma 02/2010 que contiene el Protocolo constitutivo de la CJM permitiría la introducción de un mecanismo prejudicial que superaría con creces las muchas limitaciones de las opiniones consultivas suponiendo así un salto de calidad evidente en la interpretación y aplicación uniforme de las normas mercosureñas, pero a su vez instauraría un mecanismo procesal muy similar a la cuestión prejudicial andina, lo cual facilitaría un acercamiento y una armonización entre ambos mecanismos.

En todo caso, el mecanismo prejudicial resultará ser, al fin y al cabo, “el mecanismo sustantivo que podría hacer viable la cooperación entre los jueces nacionales y los comunitarios de ambos grupos subregionales, bien es cierto que en temas específicos, para alcanzar la supranacionalidad para la construcción de la UNASUR, con vocación de convertirse en el futuro en una Corte Suprema Latinoamericana”⁸⁵⁸.

1.2. ... para incrementar el diálogo entre los jueces

A lo largo de los encuentros organizados se ha insistido una y otra vez sobre la importancia del diálogo que deben mantener los distintos tribunales tanto nacionales como internacionales, comunitarios y de procesos de integración para que la cooperación judicial sea efectiva y sobre la conveniencia de trabajar en los pasos necesarios a seguir para concretar las acciones previstas en los instrumentos signados por los magistrados de la TJCA, del TPR y de las Cortes Supremas de Justicia nacionales.

⁸⁵⁷ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 225.

⁸⁵⁸ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 246.

En este sentido, la temática principal elegida para el III Encuentro correspondía a la cooperación judicial y luego de los debates mantenidos se han aprobado las declaraciones, conclusiones y propuestas siguientes:

- “1. Incrementar el diálogo judicial entre los tribunales nacionales, internacionales, de integración y comunitarios, teniendo presente el desafío que implica avanzar en la interacción entre los sistemas normativos internos, internacionales, comunitarios y de la integración regional.
2. Recomendar la activa participación de los jueces nacionales, comunitarios y de la integración en las distintas redes existentes.
3. Coordinar acciones para facilitar tareas de relevamiento en función de conocer los distintos sistemas de “acceso a justicia” y de resolución alternativa de conflictos en la región a efectos de armonizar los mecanismos que garanticen tal acceso.
4. Impulsar la tarea de capacitación en materia de derecho de la integración y comunitario, a los jueces o de los actores jurisdiccionales intervinientes en la resolución de conflictos para la aplicación de ese derecho.
5. Profundizar en la aplicación de los mecanismos de cooperación judicial en las materias de las respectivas competencias de los tribunales, entre ellas, la aplicación de la normativa de medio ambiente; garantizando la protección efectiva a los derechos fundamentales en los países de la región.
6. Para el seguimiento de las acciones previstas en los puntos precedentes se constituye un Grupo de Trabajo integrado por los organizadores de este III Encuentro.”⁸⁵⁹

Por otra parte, también se analizó el instrumento informático que podría convertirse en una herramienta valiosa para potenciar e incrementar la cooperación entre jueces: la justicia digital. La justicia digital o informática judicial consiste en la aplicación de la electrónica e internet en las actividades judiciales impulsando de este

⁸⁵⁹ “Conclusiones. Grupo Cooperación Judicial”, *III Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y MERCOSUR*, 4, 5 y 6 de Octubre de 2011, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Ecuador, 2011.

modo la modernización de la justicia⁸⁶⁰. El uso de las nuevas tecnologías informáticas ha permitido lograr una mayor eficiencia en la administración de justicia, y por tanto una mejora significativa del servicio público. En definitiva, la tecnología informática es un medio necesario para la solución ágil y efectiva de los procesos judiciales; con una organización eficiente, puede contribuir en forma positiva al objetivo de mejorar el servicio con calidad, oportunidad y eficacia⁸⁶¹. Las principales virtudes de incorporar la informática a la administración de justicia son las siguientes: en primer lugar mejora sustancialmente “el acceso de los ciudadanos a la justicia, posibilitando que se cumpla el principio de celeridad judicial; ello es factible con decisión gerencial y sustento legal”. Por otra parte, “garantiza una mayor transparencia de los procesos y facilita el control de la gestión de la administración de justicia”⁸⁶².

En consecuencia, se ha concluido de la necesidad de “impulsar, difundir y aplicar, como mecanismo procesal de cooperación judicial, el uso permanente y obligatorio de los nuevos medios tecnológicos de comunicación e información”⁸⁶³. El ejemplo más llamativo es el uso de las video-audiencias judiciales, los video-informes y las notificaciones electrónicas, que podrían suponer un fortalecimiento de la integración suramericana. Motivo por el cual se recomendó la aplicación inmediata de las notificaciones electrónicas, video-audiencias y video-informes, en el seno de la CAN y del MERCOSUR, en base a la elaboración de una propuesta de reglamento para efectivizar el uso de estos mecanismos que permitan la fluidez de estos intercambios en la implementación de las cuestiones prejudiciales y las opiniones consultivas⁸⁶⁴.

⁸⁶⁰ TORRES LÓPEZ E., “Video-audiencias judiciales y notificaciones electrónicas en la administración de justicia”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pág. 170.

⁸⁶¹ “Conclusiones. II. Grupo Justicia Digital”, *II Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Ecuador, 2011, pág. 196.

⁸⁶² TORRES LÓPEZ E., “Video-audiencias judiciales y notificaciones electrónicas en la administración de justicia”, *op. cit.*, pág. 170.

⁸⁶³ “Conclusiones. II. Grupo Justicia Digital”, *op. cit.*, pág. 196.

⁸⁶⁴ “Conclusiones. II. Grupo Justicia Digital”, *op. cit.*, pág. 196-197.

2. La armonización aduanera

Uno de los temas fundamentales abordado por los Encuentros de Magistrados concierne al ámbito aduanero y a su ineludible codificación. Para el TJCA, que se apoya en la experiencia comunitaria europea,

“Es indudable que en la teoría de la integración, y particularmente, cuando se trata de construir una unión aduanera que abarque el territorio de varios países, lo esencial para que ello suceda es que cada uno de los territorios comprometidos se unifique con los otros para conformar, por una parte, un solo territorio dentro del cual las mercancías se muevan libremente sin sujeción al pago de aranceles aduaneros y por otra, un bloque unificado que en sus relaciones comerciales frente a terceros exija el pago de aranceles uniformes o comunes. Esto último, significa que, como acontece con otras medidas que deben armonizarse o integrarse, los Países Miembros renuncian a legislar soberanamente en materia de aranceles pues tal facultad queda deferida, o si se quiere, delegada a los órganos competentes de la respectiva comunidad.”⁸⁶⁵

Así, en el IV Encuentro de Magistrados se intenta esbozar un espacio que no es fácil construir dentro del cual se sientan las bases de una indispensable regulación y unificación aduanera común, instrumento de capital importancia para la implementación y la profundización de la integración suramericana. En la oportunidad además de proceder a unos análisis exhaustivos de los instrumentos y de las legislaciones internacionales, se presentaron el Código Aduanero Modernizado en la Unión Europea, el Código Aduanero del MERCOSUR y la aproximación a la Codificación Aduanera en la CAN.

2.1. Una armonización indispensable...

⁸⁶⁵ TJCA, Proceso 7-AI-98, sentencia de 21 de julio de 1999, pág. 9. Publicada en la *GOAC* N° 490, de 4 de octubre de 1999.

Conviene no olvidar que la Historia de la aduana está muy estrechamente vinculada a la construcción del Estado nación moderno. Con la progresiva constitución de los Estados modernos, aparecieron en efecto las primeras regulaciones orgánicas en materia aduanera cuyo propósito era permitir a los gobiernos asegurar la seguridad y la integridad del territorio, controlar sus fronteras y disponer de los recursos financieros necesarios para su buen funcionamiento.

Así, en Francia, Jean-Baptiste Colbert, ministro de Louis XIV⁸⁶⁶, considerado como el padre de la aduana moderna, promulgó las llamadas ordenanzas de Colbert que influyeron de forma decisiva en la modernización de las estructuras administrativas de la monarquía francesa y en el desarrollo de los recursos económicos del país: las ordenanzas de comercio terrestre de 1673, las de comercio marítimo de 1681 y finalmente las aduaneras de 1687. Estas ordenanzas aduaneras de 1687, cuyo articulado sentaron los principios básicos que presiden al Derecho aduanero⁸⁶⁷, constituyeron un modelo seguido por muchos países.

A su vez, la armonización aduanera es sin ninguna duda uno de los aspectos de mayor significación en los procesos de integración. Los procesos de integración ambiciosos de cierta envergadura económica como la Unión Europea o los procesos suramericanos son inconcebibles sin una armonización de las legislaciones aduaneras de los Estados involucrados.

En este sentido, la unión aduanera fue uno de los primeros y más significativos logros de la Unión Europea. Resumidamente, en 1944, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos establecieron una novedosa y ambiciosa unión aduanera del Benelux, que se convertiría en una inspiración para una mayor integración europea. De modo que, unos años más tarde, en 1951, Francia, Alemania e Italia se unieron a los países del Benelux para crear la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). Y en 1955, la Conferencia de Messina de los líderes europeos nombró el entonces primer ministro

⁸⁶⁶ Más específicamente *contrôleur Général des Finances sous Louis XIV*.

⁸⁶⁷ Sobre las Ordenanzas aduaneras de 1687, véase por ejemplo BOY J.-C., *L'Administration des Douanes en France sous l'Ancien Régime*, Association pour l'histoire de l'Administration des douanes, Neuilly-sur-Seine, 1976, pp. 33 ss. y CLINQUART J., *La douane et les douaniers de l'Ancien Régime au Marché commun*, Tallandier, 1990.

belga, Paul Henri Spaak, presidente de un comité responsable de la elaboración de un informe sobre la creación de un mercado común europeo (el Comité Spaak). Este informe, también llamado “Informe Spaak”, sirvió de base al Tratado de Roma de 1957 por el que se estableció la Comunidad Europea, con el objetivo de crear una unión aduanera entre todos sus miembros a finales de la década posterior. Finalmente la unión aduanera vio la luz el 1 de julio de 1968, 18 meses antes de lo previsto en el Tratado de Roma.

Sintéticamente, la Unión Aduanera de la UE significa la ausencia de derechos de aduana en las fronteras entre los países miembros de la UE, unos derechos de aduanas comunes sobre las importaciones procedentes de fuera de la UE, unas normas de origen comunes para los productos importados de fuera de la UE y una definición común del valor en aduana.

A partir de esa fecha se empezó a elaborar una legislación aduanera comunitaria para asegurar la aplicación de las mismas normas a todas las importaciones en la UE. Se estableció un marco jurídico común sobre aspectos importantes como la aplicación uniforme del arancel común en todas las fronteras exteriores de la UE, el enfoque común de los regímenes de depósito aduanero, la facilitación de los movimientos de mercancías en “tránsito aduanero” y la sustitución de la amplia variedad de documentos aduaneros por un documento administrativo único. Todos estos puntos se agruparon en un cuerpo normativo único: el Código Aduanero Comunitario, adoptado en 1992. En la actualidad el nuevo Código Aduanero de la Unión fue en fecha 9 de octubre de 2013 y entró en vigor el 30 de octubre de 2013.

2.2. ...hasta ahora difícil de conseguir en el ámbito suramericano

Si el ejemplo de la UE representa el paradigma de una exitosa armonización aduanera al nivel comunitario, en América Latina, por lo contrario, los intentos de

codificaciones aduaneras de los diversos procesos de integración no tuvieron la misma suerte.

Así, en 1965, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (en adelante ALALC) impulsó la elaboración de un Código aduanero uniforme, sin embargo dicho Código no logró concretarse. Posteriormente, la Asociación Latinoamericana de Integración (en adelante ALADI), aprobó en fecha 26 y 27 de octubre de 1987 y como “instrumento para uso y consulta interno de las reuniones de directores generales de aduanas” un “Glosario de Términos Aduaneros de la ALADI”.

En el ámbito andino, la CAN carece hasta ahora de una codificación aduanera al nivel comunitario y se ha resaltado la urgente necesidad de contar con un cuerpo normativo único. Ciertamente es que existen dentro de la normativa andina vigentes disposiciones dispersas recogidas en decisiones y resoluciones comunitarias, sin embargo la reestructuración y compilación de dichas disposiciones en un Código aduanero común constituye una prioridad imperiosa. Con este propósito la CAN elaboró un anteproyecto de Código aduanero que fue facilitado con ocasión de la realización de este IV Encuentro⁸⁶⁸. Sin embargo, hasta la fecha este anteproyecto no se ha concretizado.

Y por lo que respecta al MERCOSUR, el Tratado de Asunción reafirma en su artículo 1 “el compromiso de los Estados Parte de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”. En cumplimiento de esta disposición, y tras dieciséis años desde que se frustrara la consecución de un primer proyecto en 1994, un Grupo de Trabajo ad hoc, dependiente del Grupo Mercado Común, elaboró un nuevo proyecto de “Código Aduanero del MERCOSUR”. Sin embargo parte de la doctrina fue muy crítica con el texto que se aprobó como “Código Aduanero del MERCOSUR” señalando que en realidad el texto aprobado resultó ser un simple “código marco”⁸⁶⁹. En consecuencia “no constituye un

⁸⁶⁸ PRECIADO PINEDA E., “Anteproyecto de Código Aduanero Comunitario Andino”, *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Serie Memorias y Debates, José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón Editores, Quito, 2012, pp. 151-257.

⁸⁶⁹ Para un análisis exhaustivo y crítico de este nuevo proyecto de Código Aduanero del MERCOSUR véase BASALDÚA R. X., “Código Aduanero del Mercosur. Antecedentes y modelos de uniformización

verdadero código y, por ende, no puede brindar la seguridad jurídica y la certidumbre que requiere el tráfico internacional de mercaderías”; además en algunos de los aspectos regulados “se incurre en errores conceptuales serios y relevantes, así como en notorias falencias, defectos e inexactitudes”⁸⁷⁰.

Por lo que, de los análisis, de las comparaciones y de las enseñanzas extraídos en este IV Encuentro, se plantearon las conclusiones y recomendaciones que a continuación expondremos.

En primer lugar, la elaboración de un código aduanero resulta imprescindible para armonizar “los principios generales y directrices que deben regir su actuar en los principales aspectos de la temática aduanera”, siendo plenamente consciente no obstante que la normativa nacional se ha de coordinar y articular con la de integración”⁸⁷¹. Para tales fines resulta ineludible como premisa necesaria la voluntad política de los Estados miembros⁸⁷².

Por otra parte, un código aduanero sobre todo en un proceso de integración no puede ser una mera recopilación de normas pero debe conformar un cuerpo normativo coherente (es decir constituir un sistema)⁸⁷³ y brindar “seguridad jurídica, confianza legítima, transparencia, eficiencia a través de la herramienta tecnológica, seguridad del comercio, protección del medio ambiente y del comercio legítimo, con jerarquía superior de estos principios”⁸⁷⁴, mediante disposiciones claras, razonables y previsibles. Otro elemento característico esencial es de ser un “instrumento neutral, versátil y estable (contener todas las instituciones que ofrece la materia aduanera y no estar

aduanera”, *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Serie Memorias y Debates, José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón Editores, Quito, 2012, pp. 41-93.

⁸⁷⁰ BASALDÚA R. X., “Código Aduanero del Mercosur. Antecedentes y modelos de uniformización aduanera”, *op. cit.*, pp. 66 a 92.

⁸⁷¹ Conclusión 1, “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur”, *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Serie Memorias y Debates, José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón Editores, Quito, 2012, pág. 369.

⁸⁷² Conclusión 2, “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 370.

⁸⁷³ Conclusión 3, “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 370.

⁸⁷⁴ Conclusión 5, “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 370.

condicionado en función de una política económica determinada)”⁸⁷⁵. A su vez, cómo lo demuestra de la experiencia mercosureña, la elaboración de un código aduanero debe partirse del conocimiento de las legislaciones aduaneras involucradas, así como de los instrumentos internacionales y es aconsejable la oportuna consulta a los actores del comercio exterior⁸⁷⁶.

Y finalmente se resaltó la indispensable existencia de un Tribunal de Justicia como herramienta clave “para asegurar la aplicación uniforme del código aduanero y para articular mecanismos de coordinación de ordenamientos”⁸⁷⁷ y la conveniencia “de contar con jueces especializados en materia aduanera y de proporcionarles la capacitación adecuada para este menester, dada su complejidad”⁸⁷⁸.

3. La integración física de la subregión

En los Encuentros de Magistrados se seleccionaron dos otros temas de especial relevancia para la integración suramericana: el transporte multimodal y sobre todo la Protección del Medio Ambiente. Ambos temas se insertan dentro del Programa de Integración Física de la subregión y se estima que han de ser materia de una armonización en su tratamiento legislativo, con base a las normas ya existentes en ambos procesos de integración y a las recientemente adoptadas por la comunidad internacional.

⁸⁷⁵ Conclusión 3, “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 370.

⁸⁷⁶ Conclusión 4, “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 370.

⁸⁷⁷ Conclusión 8, “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 371.

⁸⁷⁸ Conclusión 9, “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 370.

3.1. El transporte multimodal

Siempre se ha considerado la integración física de las naciones suramericanas como una necesidad insoslayable para construir, mediante el transporte, los grandes ejes de desarrollo regional. Tal es la prioridad de la integración física del continente que se puso en marcha, en agosto de 2000, la Iniciativa de Integración Regional Sudamericana (en adelante IIRSA) cuya finalidad es la planificación y el desarrollo de proyectos para el mejoramiento de la infraestructura regional de transporte, energía y telecomunicaciones. Por ello es indispensable evaluar la adecuada complementariedad entre diferentes modos de transporte y configurar una red multitmodal que contribuya a un desarrollo sostenible y mejore la competitividad de la producción de la región.

Por transporte multimodal se entiende “el porte de mercancías por dos modos diferentes de transporte por lo menos, en virtud de un contrato de transporte multimodal, desde un lugar situado en un país en que el operador de transporte multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega situado en un país diferente”⁸⁷⁹. Esta modalidad se basa en un contrato “en virtud del cual un operador de transporte multimodal se compromete, contra el pago de un flete, a ejecutar o hacer ejecutar el transporte multimodal internacional de mercancías”⁸⁸⁰.

La importancia del transporte multimodal radica en el hecho de que el crecimiento de los intercambios comerciales requiere cada vez más operaciones integradas, que combinen modos de transporte y empresas, lo que supone no sólo una infraestructura adecuada, sino una normativa jurídica y el desarrollo de operadores regionales.

A la luz de esta realidad, se llevó a cabo, en el marco de los Encuentros, un estudio de diagnóstico de la situación del transporte multimodal en América del Sur con

⁸⁷⁹ Artículo 1.1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre “el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías” de Ginebra suscrito en 1980. El objetivo de este Convenio era la regulación del transporte multimodal, sin embargo aún no entró en vigor por la falta de ratificaciones.

⁸⁸⁰ Artículo 1.3 del Convenio de las Naciones Unidas sobre “el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías” de Ginebra suscrito en 1980.

énfasis en su problemática legal y en la identificación de bases para la institución de un marco armonizado para el Transporte Multimodal entre la CAN Y el MERCOSUR. Por otra parte, la segunda parte del Encuentro también se centró en el estudio de los temas objeto de cooperación judicial entre los tribunales nacionales y comunitarios.

Así, teniendo en cuenta lo novedoso del transporte multimodal, las dificultades de regulación que implica y que hacen necesaria desarrollar una “teoría general del transporte multimodal”⁸⁸¹, se realizó un análisis de la normativa existente en la Subregión y en Centroamérica para contrastarlo con el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo y Multimodal Internacional denominado “Las Reglas de Róterdam”, adoptado el 21 de septiembre de 2009⁸⁸². Y se recomendó un estudio en profundidad de su compatibilidad con los regímenes actuales existentes en la subregión sobre la materia, destacando que mientras la CAN cuenta con una legislación vigente, el Acuerdo de MERCOSUR sobre esta temática aún no está vigente, lo cual marca una asimetría entre ambos procesos de integración⁸⁸³.

Para ello se consideró conveniente someter el tema a los órganos legislativos comunitarios con el apoyo de la Secretaría General de la Comunidad Andina y del Grupo del Mercado Común del MERCOSUR, con la colaboración de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y de los organismos internacionales y regionales pertinentes, para que analicen tanto las Reglas de Róterdam como la posibilidad de armonización de las normas del CAN con aquellas del MERCOSUR⁸⁸⁴.

⁸⁸¹ ESTEBAN CHAMI D., “Transporte multimodal: una teoría y una paradoja”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pág. 132.

⁸⁸² Resumidamente, este Convenio regula el transporte marítimo y el transporte que, además del marítimo, incluya otros modos.

⁸⁸³ “Conclusiones. I. Grupo Transporte Multimodal”, *II Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Ecuador, 2011, pág. 195.

⁸⁸⁴ “Conclusiones. I. Grupo Transporte Multimodal”, *op. cit.*, pág. 195.

3.2. La protección del medio-ambiente

La protección del medio-ambiente fue, junto con la cooperación entre jueces, el tema que más se abordó a lo largo de los cuatro encuentros entre magistrados hasta ahora organizados lo cual expresa la importancia y la preocupación que revete la protección ambiental en la agenda suramericana.

Además, como se comentó en el capítulo anterior, tensiones ambientales entre países fronterizos, concretamente el litigio de las pasteras entre Uruguay y Argentina, logró poner en jaque las políticas ambientales del MERCOSUR y poner en riesgo dicho proceso de integración ya que ambos países acabaron adoptando la vía internacional de la CIJ en vez de recurrir a los instrumentos regionales a disposición y de acatar el Laudo arbitral del TAH del MERCOSUR⁸⁸⁵.

Así, considerando el ejemplo la protección ambiental de la UE que alcanza el estatus de “política comunitaria” por el TUE⁸⁸⁶ lo cual implica una actuación permanente de la Unión para velar al cumplimiento del objetivo perseguido mediante la adopción de medios apropiados, se llegó a la conclusión que las enormes ventajas que el proceso de integración europea ha conllevado para la mejora ambiental en los Estados Miembros, y que los pasos seguidos por la UE en esta materia, podrían ser una fuente de inspiración para la integración suramericana, y sobre todo para el MERCOSUR y la Comunidad Andina⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ Concretamente el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *ad hoc* de fecha del 6 de septiembre del 2006: “Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de las vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental de Uruguay” *op. cit.*.

⁸⁸⁶ El artículo 3 párrafo 3 TUE dispone que la UE “obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente.”

⁸⁸⁷ LOZANA CUTANDA B., “La protección del medio ambiente en los sistemas supranacionales de integración: el ejemplo de la Unión Europea”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 153-168.

Y, por otra parte, apoyando el seguimiento de los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Rio+20, el Futuro que queremos, y en particular la Declaración del Congreso Mundial de Justicia, Gobernanza y Derecho para la Sostenibilidad Ambiental (Río de Janeiro, 17 al 20 de junio de 2012), se destacaron las recomendaciones que a continuación expondremos.

Ante todo se recomendó la armonización de la legislación en materia medio-ambiental, tomando en cuenta lo adoptado por los Países Miembros en el ámbito internacional, junto a lo existente a nivel nacional, a fin de converger en un conjunto normativo que otorgue mayor institucionalidad ambiental común, y para que la región “pueda contar con herramientas legales efectivas de protección del ambiente con una visión integral”⁸⁸⁸.

A su vez, habida cuenta de la complejidad técnica de las cuestiones ambientales, se acordó el apoyo a la función jurisdiccional en esta materia, mediante el establecimiento de una ley de responsabilidad ambiental y asistencia técnica para la comprobación de daño ambiental⁸⁸⁹.

También se solicitó el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia ambiental, el reconocimiento de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los derechos colectivos indígenas, la promoción de la tutela judicial y de la educación ambiental, la formación y la capacitación judicial en materia ambiental, el establecimiento de instrumentos preventivos de gestión ambiental, el fortalecimiento del rol de los policías y de las fiscalías ambientales, la judicialización del delito ambiental y la recopilación y sistematización de la jurisprudencia ambiental en la región⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ Conclusión 1, “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 366.

⁸⁸⁹ Conclusión 2, “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 366.

⁸⁹⁰ Conclusiones 3 a 11, “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur”, *op. cit.*, pág. 366-367.

Finalmente, se auscultó la posibilidad de contar con un mecanismo de cooperación permanente entre las Autoridades del Medio Ambiente de ambos procesos regionales, que permita una aproximación a una normativa común, en base a las normas existentes y adoptadas en el ámbito internacional. En consecuencia, para impulsar estas recomendaciones se propuso la creación de un Comité de Seguimiento, coordinación y relatoría.

CONCLUSIONES

“La grandeur d'un métier est peut-être, avant tout, d'unir des hommes.”

ANTOINE DE SAINT-EXUPERY, *Terre des hommes*

“L'utopie latino-américaine n'est pas à chercher dans la géographie des Amériques, mais dans un avenir.”

JAVIER SANTISO, *Amérique latine. Révolutionnaire, libérale, pragmatique*

PRIMERA

Merced a la presencia de un órgano jurisdiccional autónomo encargado de una misión de interpretación y aplicación de los Tratados, la esfera jurídica europea ha experimentado su propia dinámica. Las exigencias del orden jurídico comunitario tal como fueron interpretadas y aplicadas por el Tribunal de Justicia fueron determinantes para esta evolución.

De este modo, mediante la jurisprudencia elaborada, el Tribunal de Justicia ha sabido asentar la autoridad del derecho comunitario y conferirle una efectividad si ninguna proporción con la del derecho internacional. No cabe ninguna duda, que el TJCE “no sólo ha llevado a cabo satisfactoriamente su función específica de asegurar el respeto del derecho en el ámbito comunitario, sino que además, ha contribuido de forma decisiva al progreso del proceso de integración en orden al logro de los objetivos comunitarios”⁸⁹¹.

⁸⁹¹ RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *op. cit.*, pág. 394.

Así, la combinación de ajustes institucionales de carácter confederal y de ajustes jurídicos a carácter federal marcó lo que Weiler denomina el *Sonderweg* de Europa, su singularidad y su identidad. De este modo, Weiler considera que Europa ha resuelto un problema aparentemente insoluble, conseguir un grado de integración comparable a auténticas federaciones, conservando potentes Estados miembros con singularidad e identidad propias⁸⁹². En cierto modo, no nos parece excesivo afirmar que se ha diseñada en la Unión Europea un “federalismo *de facto*” no muy alejado de la idea kantiana de una federación de pueblos que sea, por tanto, diferente de un Estado de pueblos⁸⁹³.

El panorama latinoamericano se presenta radicalmente distinto. Si bien es cierto que existe un consenso unánime en torno al hecho que se debe profundizar la integración, aún queda por concretar qué esquema conceptual o modelo de integración y qué diseño institucional adoptar para lograr materializar la tan anhelada unión latinoamericana. Y como consecuencia directa de esta imposibilidad de concretar un proyecto regional coherente, la historia de la integración latinoamericana se ha convertido en una “impresionante sopa de letras”⁸⁹⁴. Sin ánimo de ser exhaustivo, podemos mencionar algunas siglas como: ALADI, ALALC, CAN, ALBA, ALCA, NAFTA, SICA, MERCOSUR, etcétera, que contrasta con la integración europea e incluso con la integración asiática y su único proceso: la *Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN).

SEGUNDA

Además el inicio del siglo XXI ha supuesto un renovado impulso político, con el lanzamiento de nuevas iniciativas que coexisten e incluso se superponen con procesos de integración ya existentes en la región. Esta superposición de procesos de integración significa que un país pueda ser miembro simultáneamente a diversos procesos lo cual implica una proliferación de órganos institucionales al nivel regional (con el

⁸⁹² WEILER J. H. H., “Fédéralisme et constitutionnalisme: le *Sonderweg* de l’Europe”, en DEHOUSSE R., *Une Constitution pour l’Europe?*, Presses de Sciences Po, 2002, pp. 151-176.

⁸⁹³ KANT I., *Sobre la paz perpetua*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

⁸⁹⁴ MALAMUD C., “La integración que no acaba de llegar”, en *Revista de Libros. Segunda Época*, nº 143, Fundación Amigos Revista de Libros, 1 de noviembre de 2008.

consecuente coste) y un solapamiento de procedimientos integracionistas que puede suponer un conflicto competencial.

Encima la polarización política que caracteriza algunas de las nuevas iniciativas de integración ha provocado graves tensiones diplomáticas y por consecuente una fragmentación regional que deteriora la instauración de un sosegado marco político y jurídico propicio a una integración al nivel continental. De modo que, hasta la fecha, esta yuxtaposición de varios procesos de integración está suponiendo un claro debilitamiento de un enfoque más global de la integración latinoamericana. El rumbo de la integración latinoamericana parece por tanto algo incierto frente a la fragmentación de los procesos y las dificultades a las que se enfrenta cada bloque regional para profundizar la integración.

TERCERA

Ante esta perspectiva, el modelo europeo, a pesar de las situaciones totalmente diferentes e incomparables entre las dos regiones, ofrece un panorama que vale la pena traer a colación, y, no cabe duda de que el camino recorrido y la experiencia adquirida por la Unión Europea a lo largo de estas últimas décadas, constituye un referente para la integración latinoamericana en general y por tanto suramericana en especial. La integración europea podrá ser una fuente de inspiración siempre y cuando se evite dos escollos. El primer escollo que se ha de evitar es el *mimetismo institucional*⁸⁹⁵ es decir una “importación acrítica basada en una identificación entre ambos fenómenos de regionalización” que caracterizaban los primeros procesos de integración latinoamericanos; pero también resultaría equivocada una negación global de esa “importación” basada en un excesivo distanciamiento entre un proyecto y una realidad cada día más efectiva que versan sobre objetivos generales compartidos como, por

⁸⁹⁵ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, op. cit., pág. 13.

ejemplo, la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, la implementación de un mercado común, la lucha contra la exclusión social etcétera⁸⁹⁶.

CUARTA

En la medida de que la fragmentación de la integración suramericana deriva en gran parte de la excesiva polarización ideológica y política del continente, conviene por tanto que los países de la región se planteen la integración como una política de Estado a largo plazo tal y como lo enfocan los Estados Miembros de la UE, y no como una política de gobierno, sujeta a fluctuaciones y coyunturas políticas e ideológicas. En virtud de ello, merece una atención particular la UNASUR.

En efecto, la construcción de la UNASUR se ideó, desde sus inicios, a partir de la convergencia institucional de la CAN y del MERCOSUR. Esta idea de alcanzar la integración suramericana mediante la convergencia de los dos procesos suramericanos ya existentes, nos parece la estrategia más acertada e incluso más sensata, y, en cierto modo, también nos recuerda por su pragmatismo el llamado “método Schuman y Monnet” que tanto éxito le ha proporcionado a la construcción europea. Pero también consideramos que este planteamiento supone una novedad sin equivalente dentro todas las integraciones regionales experimentadas hasta entonces y por consiguiente plantea un desafío singularmente diferente.

En consecuencia, entendemos que la idea de convergencia ha de ser el eje en torno al cual se debe diseñar la integración suramericana, y por ello resulta claro que tanto la CAN como el MERCOSUR deberán aportar sus fortalezas y, a su vez, profundizar sus respectivos procesos de integración para lograr la mencionada convergencia y enriquecer la construcción gradual de la arquitectura institucional de la UNASUR.

⁸⁹⁶ ALONSO GARCÍA R., *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretaciones uniforme*, op. cit., pág. 75.

QUINTA

Ante todo conviene resaltar que, en la actualidad, la CAN y el MERCOSUR se encuentran en dos situaciones diametralmente opuestas. La CAN, uno de los procesos de integración más antiguo y hasta ahora más desarrollado, atraviesa, por muy diversos motivos, un preocupante período de estancamiento e incluso de grave crisis abierta que podría poner en riesgo su existencia misma como proceso de integración regional, pese a una estructura institucional comparable con las instituciones europeas. En cambio, la consolidación del MERCOSUR como actor de primer orden en las relaciones internacionales y el interés manifestado por Venezuela, Bolivia y Ecuador por integrar dicho proceso, testimonian de un dinamismo prometedor aunque las recientes crisis atravesadas por los Estados Partes y de los inextricables conflictos internos han puesto de relieve cierta fragilidad.

SEXTA

Asimismo, teniendo en mente la imagen de las muñecas rusas, el estudio comparativo de estos dos procesos de integración nos enseña que, de los diferentes marcos institucionales establecidos por los negociadores andinos y mercosureños, van a derivar las estructuras y el ámbito competencial a los respectivos órganos de solución de controversias, de los cuales, a su vez, van a resultar el margen de maniobra de dichos órganos y por tanto de sus contribuciones a la integración jurídica en sus correspondientes procesos de integración.

Concretamente, mientras que en la CAN se optó por la vía supranacional que se define por la existencia de órganos autónomos e independientes de los Estados miembros, habilitados para formular normas de carácter obligatorio para éstos, los arquitectos del MERCOSUR eligieron la vía interestatal, cuyos órganos, por el contrario, tienen un margen de maniobra mucho más reducido. Estas dos apuestas originarias van a tener unas consecuencias radicalmente disímiles en el desarrollo y en la profundización de los conjuntos normativos instituidos.

SÉPTIMA

Por tanto, por lo que respecta a la solución de conflictos, los negociadores andinos crearon progresivamente un auténtico poder judicial; en cambio, en el MERCOSUR, hasta la fecha, los países miembros se inclinaron por un mejorado sistema de arbitraje.

Las diferencias más llamativas se hallan en la estructura y composición de ambos órganos encargados de resolver las controversias. En efecto, por una parte, el TJCA está compuesto por jueces a los que se podrá añadir la novedosa figura del abogado general. En cuanto al TPR, se presenta como un tribunal arbitral, eso sí, mejorado. Pero, sobre todo, la judicialidad del sistema andino ha supuesto una elaborada tipificación de las acciones y recursos caracterizada por el recurso de anulación, el recurso por omisión, la excepción de ilegalidad, el recurso de incumplimiento, frente al procedimiento arbitral mercosureño. Y, por consecuente, esta judicialidad ha otorgado al TJCA un marco competencial mucho más amplio y una autoridad superior, permitiendo a dicho órgano desempeñar un papel más relevante en el proceso de integración andino.

Por el contrario, la influencia del TPR en los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros resulta mucho más limitada. No obstante, el Proyecto de Norma 02/2010 del Parlamento del MERCOSUR que contiene el Protocolo constitutivo de la CJM plantea una profunda reforma del sistema mercosureño de solución de controversias. En efecto, este nuevo proyecto sustituye el actual procedimiento arbitral por una corte de justicia e introduce las acciones de nulidad, por omisión y de incumplimiento.

OCTAVA

Por otra parte, como es sabido, la consolidación y la armonización de un sistema jurídico, sea cual sea, sólo es posible mediante la interpretación uniforme del Derecho instituido por una Constitución, Códigos o, en el caso de los procesos de integración,

por los Tratados fundacionales. Y los instrumentos establecidos a dicho efecto, esto es, las cuestiones prejudiciales en el sistema andino y las opiniones consultivas en MERCOSUR, también se caracterizan por diferencias relevantes. Así, la interpretación prejudicial por su naturaleza es de carácter vinculante y, a su vez, obligatoria para los jueces nacionales que la solicitan, la opinión consultiva, por el contrario, no es obligatoria ni vinculante. Estas diferencias van a tener consecuencias notablemente disimiles en la profundización de los procesos de integración; mientras que la consulta prejudicial se ha convertido en la “piedra angular”⁸⁹⁷ del sistema jurisdiccional andino, la utilización de la opinión consultativa es residual.

Precisar sin embargo que el Proyecto de Norma 02/2010 prevé el establecimiento de un mecanismo prejudicial comparable al andino, lo cual supondría una incontestable mejora que aseguraría con mucha más eficiencia la interpretación y aplicación uniforme de las normas mercosureñas, elemento clave para la consolidación y el desarrollo de la arquitectura jurídica del proceso.

NOVENA

Incontestablemente influenciado por la jurisprudencia ambiciosa del juez europeo, el TJCA adoptó las fundamentales doctrinas del *Efecto Directo* y de la *Primacía*, doctrinas que fueron un potente y eficiente instrumento integrador del conjunto jurídico comunitario europeo. Así, el aporte más decisivo del TJCA al derecho comunitario andino y la incidencia más destacable del juez andino en los ordenamientos nacionales de los Países miembros, fue su ambiciosa jurisprudencia en torno a la protección de los derechos de la propiedad intelectual. Mediante el mecanismo de la interpretación prejudicial, las sentencias del TJCA han contribuido en el diseño de una eficaz y exitosa “isla de Estado de Derecho de propiedad intelectual”. Es más, la construcción de un sistema jurídico andino eficaz es altamente notable, teniendo en cuenta las décadas de inestabilidad económica y política en las que estaban inmersos los países miembros

⁸⁹⁷ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, op. cit., pág. 128.

además de la debilidad de los sistemas jurídicos de los Estados sujetos a la jurisdicción del TJCA.

DÉCIMA

El resultado de la actividad judicial del TJCA nos parece no obstante un tanto decepcionante. A pesar del incontestable y notable éxito del mecanismo prejudicial en materia de propiedad intelectual, es de lamentar que la consulta prejudicial andina sea utilizada casi exclusivamente en el ámbito de la propiedad intelectual y que, en otras áreas relevantes de la integración regional como en aranceles, aduanas e impuestos, las normas andinas permanecen plagadas de excepciones y fragilidades, y a menudo acaban incumplidas por los actores nacionales. En resumidas cuentas y para seguir con la metáfora, resulta problemático el “carácter insular” de la construcción jurisprudencial del TJCA. Pero que esta jurisprudencia sea una excepción en el ámbito andino no tiene porqué ser ninguna fatalidad y no es insensato imaginar que en un futuro no muy lejano dicha jurisprudencia impulse por mimetismo la construcción de otras “Islas de Derecho” en áreas jurídicas relevantes de la integración regional.

DÉCIMO PRIMERA

Diferente es el actual escenario del sistema de solución de controversia del MERCOSUR; pese a la elaboración de un *corpus iuris*⁸⁹⁸ jurisprudencial original y coherente, el marco institucional impide no obstante al TPR, una actuación jurisprudencial comparable a la del TJCA y no es aventurado afirmar que difícilmente podrá el actual esquema del MERCOSUR permitir la profundización y la consolidación de la integración de los Estados partes que lo componen aunque se vislumbra una voluntad de cambio. En primer lugar, con el Laudo N° 01/2012 que sienta el primer antecedente jurídicamente relevante para afrontar la responsabilidad del TPR de asumir su protagonismo como organismo jurisdiccional del MERCOSUR a pesar de sus

⁸⁹⁸ MASNATTA H., “Perspectivas para el sistema definitivo de solución de controversias en el Mercosur”, *op. cit.*, pág. 259.

limitaciones institucionales, y afirmando el rol que debe ocupar dentro del proceso, ampliando así su proyección hacia otras cuestiones que no sean de carácter netamente comercial y propias del arbitraje; pero sobre todo, como se ha venido comentando reiteradamente, a través de la ambiciosa iniciativa parlamentaria con el Proyecto de Norma 02/2010.

DÉCIMO SEGUNDA

Ahora bien, el análisis comparativo de los procedimientos de la CAN y del MERCOSUR nos lleva a pensar que esta original estrategia de convergencia que caracteriza la UNASUR también será el principal escollo al éxito de dicho proceso por el motivo siguiente: nos hallamos ante dos procesos de integración que, de cierto modo, simbolizan los dos paradigmas – la supranacionalidad frente a la intergubernamentalidad – de lo que genéricamente podríamos denominar la Integración en sentido amplio, y cuyas diferencias más profundas constituyen las características principales de cada modelo y viceversa.

Otro escollo a tener en cuenta será el establecimiento del Centro de solución de controversias en materia de inversiones de la UNASUR actualmente en proceso de negociación. La instauración de este Centro de solución de controversias posiblemente supondrá una duplicidad de procedimientos en la solución de controversias dentro del marco suramericano lo cual podría derivar en un conflicto de competencias entre los distintos sistemas de resolución de controversias de la región. La convergencia de estos dos modelos de integración se antoja por tanto realmente compleja.

DÉCIMO TERCERA

Por lo que se precisará la implementación de mecanismos institucionales e instrumentos jurídicos singulares e innovadores para concretar y materializar esta estrategia de convergencia de la CAN y del MERCOSUR y lograr así la consolidación

de este nuevo proceso de integración. Entre las estrategias planteadas merecen especial atención la idea de crear un mecanismo jurisdiccional al nivel suramericano pero sobre todo, la iniciativa de organizar encuentros entre los magistrados del TJCA y del TPR cuyo propósito no es otro que emprender el acercamiento entre el sistema jurídico de la CAN y el del MERCOSUR a través la emergencia de “Islas de Derecho”. Pensamos que estos encuentros podrían llegar en convertirse en un *soft power* judicial⁸⁹⁹ e influir positivamente en la integración regional y, por consecuente, constituir una valiosa contribución en la progresiva elaboración de un espacio jurídico integrado al nivel continental.

DÉCIMO CUARTA

Respecto la idea de crear un mecanismo jurisdiccional, el orden jurídico internacional se ha caracterizado, a partir de la década de los noventa, por una creciente “jurisdiccionalización” o “judicialización” al nivel mundial⁹⁰⁰. La proliferación de los tribunales internacionales es por tanto un fenómeno relativamente reciente en el ámbito internacional⁹⁰¹. Este nuevo fenómeno internacional combinado con la tendencia a la convergencia política que intentan promover los actuales gobiernos suramericanos para superar la polarización ideológica y la fragmentación política permitiendo así un acercamiento institucional para consolidar la integración regional, ofrecen una *window of opportunity*⁹⁰² para la creación de un órgano jurisdiccional suramericano.

⁸⁹⁹ ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.*, pág. 53.

⁹⁰⁰ BURGOGUE-LARSEN L., “Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international”, *op. cit.*, pp. 203-264.

⁹⁰¹ PETROVA GEORGIEVA V., “La “judicialización”: una nueva característica del sistema jurídico internacional”, *op. cit.*, pp. 3-45.

⁹⁰² Según la expresión de SALDÍAS O., *The Judicial Politics of Economics Integration: The Andean Court as an Engine of Development*, *op. cit.*, pág. 72 y ss..

DÉCIMO QUINTA

Por otra parte, el fenómeno de mundialización ha provocado una profunda mutación e internacionalización del derecho y ha contribuido a una intensificación de la comunicación entre los jueces más allá de las fronteras políticas nacionales. En consecuencia, esta mundialización del derecho ha propiciado la organización de fórums de intercambios informales entre jueces al margen de los mecanismos institucionales. La intensificación de estos encuentros e intercambios entre los jueces abre un nuevo horizonte en la esfera jurídica internacional y está contribuyendo a la progresiva elaboración de una nueva forma de poder, de un *soft power* judicial cuya influencia no deja de aumentar⁹⁰³. Estos intercambios, aunque sean esencialmente argumentativos, no se limitan a un dialogo erudito: se trata de asumir problemas específicos y de plantear soluciones eficaces. Es cierto que estos encuentros ni crean derecho homogéneo, ni derecho vinculante, pero su influencia y su eficacia son otras: pueden en efecto “estimular la imaginación jurídica, un poco a la imagen de lo que se esperaba en otros tiempo de la enseñanza del derecho romano”⁹⁰⁴. Y si existe un continente cuya agenda judicial se caracteriza por el incremento constante de fórums, encuentros o congresos entre jueces, este es América Latina.

Por ello, los Encuentros entre los Magistrados del TJCA y del TPR, y de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR han de ser destacados. Impulsados en el 2005 por el TJCA, se iniciaron estos Encuentros con el propósito claramente esbozado de emprender el “acercamiento entre el sistema jurídico de la CAN y el del MERCOSUR”, mediante la creación de “una base teórica y práctica para un adecuado análisis en relación con la interacción de los dos sistemas de integración”⁹⁰⁵. Desde el Primer Encuentro de Magistrados se estableció el objetivo de “consultar el juicio de sus participantes sobre la conveniencia de activar espacios de reflexión jurídica conjunta, dirigidos a facilitar la participación temprana de las Magistraturas de la CAN

⁹⁰³ ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., pág. 53.

⁹⁰⁴ ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., p. 70.

⁹⁰⁵ PERDOMO PERDOMO L., “Introducción”, op. cit., pág. 7.

y del MERCOSUR en la tarea común de contribuir al desarrollo de un espacio sudamericano integrado⁹⁰⁶.

Desde nuestro punto de vista, los encuentros entre los magistrados de la CAN y del MERCOSUR podrían constituir una novedosa y estratégica herramienta que permitiera la progresiva elaboración de un espacio jurídico integrado al nivel suramericano que abarque tanto el derecho comunitario andino cómo el Derecho mercosureño, a través la emergencia de “Islas de Derecho” en las materias jurídicas relevantes de la integración jurídica continental.

DÉCIMO SEXTA

En efecto, la experiencia jurídica andina en la construcción de una isla de Estado de Derecho en la CAN, aunque únicamente circunscrito en un espacio jurídico definido, y los análisis teóricos al respecto, pueden estimular la emergencia de otras islas de Estado de Derecho no exclusivamente en el seno de la CAN pero también dentro del MERCOSUR y de la UNASUR en áreas jurídicas igualmente específicas pero diferentes, y contribuir así a la elaboración de un Derecho de la integración en la región suramericana pese a que sólo esté confinado en determinadas materias jurídicas. De suerte que el posible surgimiento de estas islas, conjuntamente con la isla fomentada por el TJCA, plantea la esperanza de que los órganos de solución de diferencias suramericanos (TJCA, TPR, Centro de solución de controversias de la UNASUR) puedan contribuir a la construcción de un Estado de Derecho suramericano de la integración “por partes”, materia por materia.

⁹⁰⁶ *Primer Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, Lima y Arequipa, 12, 13 y 14 de octubre de 2005, considerado II.

DÉCIMO SÉPTIMA

Así, aparte la temática de la propiedad intelectual, en los cuatros encuentros hasta ahora organizados, se hizo especial hincapié a los mecanismos de cooperación horizontal entre el TJCA y el TPR con los jueces nacionales de los países del subcontinente mediante sus respectivos mecanismos de interpretación uniforme de la norma común, pero a su vez se enfatizó de manera recurrente a otros temas considerados como fundamentales para la integración de la subregión y susceptibles de armonización para ambos grupos regionales: la armonización aduanera, el transporte Multimodal y la Protección del Medio Ambiente.

A raíz de las problemáticas jurídicas planteadas, de las reflexiones doctrinales debatidas y de las soluciones o recomendaciones expuestas en estos encuentros, se ha elaborado un verdadero “laboratorio judicial” de ideas e incluso, en algunas materias como la armonización aduanera, de propuestas normativas concretas. Y este “laboratorio judicial” puede ser una fuente de inspiración para el TJCA, el TPR y los jueces nacionales del continente pero también para los actores políticos de la región en vista a mejorar el Derecho andino y mercosureño y a reformar las instituciones de ambos procesos.

DÉCIMO OCTAVA

En definitiva, más allá del aporte de ambos órganos jurisdiccionales en sus respectivos procesos de integración y dentro de los marcos competenciales establecidos por los Tratados cuyas evoluciones normativas dependen en gran medida del buen hacer y de la voluntad política de los actores regionales, el TJCA y el TPR pueden además ejercer un *soft power* judicial e influir positivamente en la integración jurídica de la región a través la organización y la multiplicación de fóruns regionales e internacionales de intercambios y de diálogos entre jueces. Estos fóruns entre jueces han de incluir jueces nacionales de los Estados miembros pero también han de ampliarse a magistrados de otras Cortes de Justicia de procesos de integración como la

CCJ u obviamente el TJUE, y a su vez, a jueces de tribunales internacionales como, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, influencia explícitamente reivindicada por el TJCA en el ámbito de los derechos fundamentales⁹⁰⁷.

En conclusión, consideramos que esta iniciativa de encuentros entre los magistrados de la CAN del MERCOSUR representa no solamente un paso decisivo en el diálogo y la cooperación entre el TJCA y el TPR, pero sobre todo una estratégica herramienta para la integración del continente que podría permitir la progresiva construcción de “Islas de Derecho” en las materias jurídicas esenciales para la integración del continente y, por tanto, suponer un avance significativo en una armonización jurídica al nivel continental e incluso la semilla de un Derecho suramericano de la integración.

⁹⁰⁷ TJCA, Proceso 60-IP-2012, *op. cit.*.

RESUMEN DE LA TESIS EN FRANCÉS

La nouveauté du phénomène de mondialisation, caractérisée par l'internationalisation de l'économie et l'expansion du système capitaliste au niveau planétaire, a révolutionné les relations internationales, en restructurant les modèles classiques d'organisation politique et en redéfinissant le rôle de l'État-Nation dans cette nouvelle scène mondiale. Ainsi, pour faire face aux défis de la mondialisation, des ententes entre États souverains se sont progressivement constituées et la formation d'organisations régionales avec différents degrés d'intégration économique, juridique et politique, s'est alors développée. Dans ce contexte géopolitique inédit et l'avènement sur la scène internationale de ces nouveaux acteurs régionaux, nous devons être conscients, soulignait Pierre Pescatore, que "nous vivons au début d'un processus de pensée fustigeant les catégories établies depuis des siècles, qui bouleverse les idéologies politiques profondément ancrées, qui affecte les intérêts fortement organisés. (...) Tout comme la doctrine de la séparation des pouvoirs est à l'origine de l'Etat constitutionnel et démocratique moderne, de même, les nouvelles conceptions structurelles mises en œuvre dans le cadre du droit de l'intégration pourraient bien être à l'origine d'une transformation non moins profonde de la société internationale"⁹⁰⁸.

Le continent pionnier de ces processus d'intégration est, sans nul doute, le continent européen. Mais parallèlement à la construction européenne, différentes initiatives d'intégration régionale émergent dans le continent sud-américain. Il s'agit du

⁹⁰⁸ PESCATORE P., *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, 2005, p. 13-14. Réimpression de l'éd. de Leiden, A. W. Sijthoff, Genève, 1972.

Pacte Andin instauré le 26 mai 1969 par l'Accord de Carthagène entre la Bolivie, la Colombie, le Chili, l'Équateur et le Pérou, qui deviendra la Communauté andine (ci-après CAN), avec la signature du protocole de Trujillo le 10 mars 1996, entre la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela ; du MERCOSUR, institué le 26 mars 1991 par le traité d'Asunción entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay ; et de l'Union des Nations Sud-américaines (ci-après UNASUR) conclu par tous les pays d'Amérique du Sud en signant le 23 mai 2008 le traité de l'UNASUR.

La notion d'intégration est apparue avec la création de la CECA et bien que son utilisation initiale provienne de la science économique, la sphère juridique a rapidement adopté cette notion. Cependant, et à ce jour, aucune définition précise de l'intégration n'a pu être dégagée et ce concept continue d'être objet d'un débat doctrinal. Généralement utilisée pour décrire le processus à l'œuvre au sein des Communautés et de l'Union européenne, la notion d'intégration reste controversée. Nous pouvons toutefois constater que la notion d'intégration fait référence aux initiatives d'association entre États souverains d'une même région ; on parle aussi de "régionalisme" mais la notion de "régionalisme" s'inscrit dans un cadre plus large que l'intégration. En effet, certaines organisations régionales se veulent respectueuses de la souveraineté de leurs États membres, d'autres, telles que l'Union Européenne œuvrent en faveur d'un dépassement de cette souveraineté ; voilà pourquoi une partie de la doctrine oppose le régionalisme de coopération au régionalisme d'intégration⁹⁰⁹.

Selon l'approche communément admise par la doctrine, la "supranationalité" serait le critère essentiel des organisations d'intégration⁹¹⁰, or cette approche conduit inexorablement à forger une notion "sur mesure" pour le processus à l'œuvre au sein des Communautés et de l'Union européenne⁹¹¹ et tend ainsi à minorer l'originalité et les

⁹⁰⁹ CARREAU D., JUILLARD P., BISMUTH R., HAMANN A., *Droit international économique*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2017, p. 35.

⁹¹⁰ SOBRINO HEREDIA J. M., "Las organizaciones internacionales: generalidades", in DIEZ DE VELASCO VALLEJO M., *Las Organizaciones Internacionales*, 16^a ed., Tecnos, Madrid, 2016, pp. 51-53; PASTOR RIDRUEJO J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 21^a ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 715.

⁹¹¹ DAILLIER P., BENLOLO-CARABOT M., SUSANI N., VAURS-CHAUMETTE A.-L., "La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines (chronique n° 1 - Les ordres juridiques des organisations d'intégration latino-américaines)", in *Annuaire français de droit international*, volume 51, 2005, pp. 641.

particularités parfois profondes développées par d'autres processus d'intégration. S'il est évident que "le processus d'intégration dans lequel est engagé le continent européen depuis 1950 constitue à bien des égards, l'étalon à l'aune duquel sont nécessairement comparées les organisations d'intégration régionale qui ont foisonné depuis"⁹¹², la réflexion sur la notion d'intégration gagne toutefois à être enrichie par des analyses approfondies d'autres processus, comme les processus d'intégration sud-américains, qui ont emprunté des voies juridiques alternatives⁹¹³.

Nous opterons donc pour une approche plus large de l'intégration développée par Patrick Juillard selon laquelle deux critères cumulatifs permettent de distinguer les organisations de coopération et des organisations d'intégration⁹¹⁴. Le premier critère est relatif au domaine d'action de l'organisation : l'organisation de coopération ne vise qu'un secteur économique précis alors que l'organisation d'intégration a un domaine d'action unitaire qui concerne l'ensemble des relations économiques des États membres⁹¹⁵. Le second critère, quant à lui, met l'accent sur le caractère dynamique et évolutif qui caractérise l'organisation d'intégration, sujet à "un incessant effort d'approfondissement"⁹¹⁶ par opposition au caractère statique des organisations de coopération. Cette approche permet ainsi de qualifier le MERCOSUR comme une "organisation d'intégration non communautaire"⁹¹⁷.

Avec le développement de ces processus d'intégration, les systèmes de règlement des différends vont devenir un des éléments essentiels pour la consolidation et la pérennité des dits processus, la référence évidente étant la CJUE ; rarement, souligne Denys Simon, "les mécanismes juridictionnels auront rempli une telle fonction dans le

⁹¹² DAILLIER P., BENLOLO-CARABOT M., SUSANI N., VAURS-CHAUMETTE A.-L., "La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines (chronique n° 1 - Les ordres juridiques des organisations d'intégration latino-américaines)", *op. cit.*, pp. 640-642.

⁹¹³ DAILLIER P., BENLOLO-CARABOT M., SUSANI N., VAURS-CHAUMETTE A.-L., "La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines (chronique n° 1 - Les ordres juridiques des organisations d'intégration latino-américaines)", *op. cit.*, p. 641.

⁹¹⁴ JUILLARD P., "Les organisations internationales économiques", in DUPUY R.J., *Manuel sur les organisations internationales*, 2^{ème} éd., Académie du droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 658.

⁹¹⁵ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, L'Harmattan, Paris, 2008, p 5.

⁹¹⁶ JUILLARD P., "Les organisations internationales économiques", *op. cit.*, p. 699.

⁹¹⁷ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, *op. cit.*, pp. 4-7.

développement d'une organisation internationale. Rarement le juge aura été à ce point au cœur du processus d'intégration économique et de structuration politique, rarement les procédures d'application du droit auront exercé une telle influence sur l'élaboration même du droit"⁹¹⁸.

La présente étude a donc pour objet de déterminer l'apport concret des organes juridictionnels des organisations d'intégration sud-américaines à la consolidation et à l'approfondissement des processus respectifs et d'en déduire l'adéquation des mécanismes mis en place avec les défis et les problématiques inhérents à l'intégration juridique sud-américaine. Pour ce faire, il convient, dans un premier temps, de souligner l'influence du degré d'intégration, c'est à dire du cadre institutionnel instauré par les traités fondateurs, sur la nature des systèmes de règlement des différends des organisations d'intégration sud-américaines et, partant, sur leurs compétences (Partie I). Et, en second lieu, d'analyser l'apport du TJCA et du TPR au sein de leurs organisations d'intégration respectives mais aussi de s'interroger sur le rôle qu'ils pourront jouer dans l'élaboration d'un espace juridique sud-américain intégré (Partie II).

I. INFLUENCE DU DEGRE D'INTEGRATION SUR LA NATURE ET LES COMPETENCES DU SYSTEME DES REGLEMENTS DES DIFFERENTS

L'analyse comparative des ordres juridiques constitués par la CAN, le MERCOSUR et l'UNASUR met en évidence une différence fondamentale : alors que la CAN se constitue en tant que Communauté de droit comparable à la CEE d'alors, établissant ainsi un système supranational, le MERCOSUR et l'UNASUR se présentent comme des systèmes intergouvernementaux (A). Ces choix institutionnels détermineront le champ de compétences de leurs organes juridictionnels respectifs (B).

⁹¹⁸ SIMON D., "Les mécanismes juridictionnels de la CE", in SFDI/SQDI, *Perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique en Europe et en Amérique. Colloque du Québec*, Editions A. Pedone, 1992, p. 61.

A. INFLUENCE DU DEGRE D'INTEGRATION SUR LA NATURE DES ORGANES JURIDICTIONNELS

Appréhender et analyser la dynamique et la problématique des processus d'intégration d'Amérique du Sud est inconcevable sans prendre en compte le contexte politico-juridique plus global du continent latino-américain dans lesquels ces processus se développent⁹¹⁹ (1). Cette approche permet ainsi d'expliquer les différences substantielles entre les systèmes de règlement de différends de la CAN, du MERCOSUR et de l'UNASUR (2).

1. Une intégration latino-américaine inachevée ou inaccessible ?

L'idée d'une union des peuples latino-américains a toujours été présente dans la conscience latino-américaine elle-même⁹²⁰. Après l'indépendance des nations de l'Amérique latine continentale, le congrès du Panama organisé en 1826 à l'initiative de la figure mythique de l'indépendance, le libérateur vénézuélien Simon Bolivar, constitue la tentative la plus aboutie de mettre en place une solidarité interaméricaine. Mais le repli nationaliste et belliqueux des anciennes colonies finira par fragmenter le continent latino-américain en oubliant le rêve bolivarien d'unité politique et culturelle de l'Amérique Latine. Seul le Brésil parviendra à maintenir l'unité de son passé colonial. Depuis lors, l'histoire de l'Amérique latine a été marquée par les convulsions révolutionnaires successives et des coups d'États militaires à répétition, en quelques mots, par l'instabilité politique et sociale permanente.

Avec cette toile de fond, les pays latino-américains ont commencé, au début des années 1960, à explorer de nouvelles voies d'insertion dans le monde globalisé. L'Association Américaine de Libre-échange (ci-après ALALC) fondée par le traité de Montevideo du 18 février 1960, sera la première réalisation tangible. Influencée par la

⁹¹⁹ MELLADO N. B., "Prologo", en MELLADO N. B. (Editora), *MERCOSUR y UNASUR ¿Hacia dónde van?*, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, Argentina, décembre 2009, p. 8.

⁹²⁰ Pour paraphraser l'expression de BARTOLINI S., *Restructuring Europe. Centre Formation, System Building and Political Structuring between the Nation State and the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

construction européenne, l'ALALC jettera les bases institutionnelles de la première expérience régionaliste ambitieuse du continent. Ce régionalisme de première génération fut marqué par la pensée de l'école structuraliste du développement de la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (ci-après CEPAL) dont l'économiste Raúl Prebisch fut le chef de file et se caractérise par le modèle macroéconomique d'Industrialisation par Substitution des Importations (ci-après ISI)⁹²¹. Ce modèle repose sur la complémentarité industrielle et la libération des échanges dans le cadre d'unions douanières⁹²². Son objectif de parvenir à un grand marché commun latino-américain se soldera malgré tout par un échec du fait notamment de la rigidité institutionnelle de l'ALALC et d'un contexte politique et économique largement défavorable.

Cet échec doit toutefois être relativisé : l'Association latino-américaine d'intégration (ci-après ALADI) lui succédera le 12 août 1980 mais surtout l'ALALC a servi de tremplin et impulsé de nouvelles organisations régionales comme le Marché commun centraméricain (ci-après MCCA), la Communauté caribéenne (ci-après CARICOM) et le Pacte Andin (qui deviendra la CAN en 1996). C'est donc dans ce contexte que s'insère la CAN, certainement l'organisation d'intégration la plus emblématique de la région par la charge symbolique qu'elle possède en raison de l'inspiration qu'elle tire du projet éphémère de la "*Gran Colombia*" (1819-1831) du révolutionnaire vénézuélien Francisco de Miranda. Le bloc régional andin a été amorcé le 26 mai 1969 à Carthagène des Indes par la conclusion de l'Accord de Carthagène, signé entre la Bolivie, la Colombie, le Chili, l'Équateur et le Pérou. Le Venezuela y adhèrera en 1973.

La singularité de l'intégration andine réside dans l'acceptation du principe de supranationalité et, par conséquent, dans sa structure institutionnelle composée

⁹²¹ COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL, *The Latin American common market. Exposición del Dr. Prebisch, Director Principal a cargo de la Secretaría Ejecutiva*, Publication des Nations Unies, Santiago de Chile, 11 mai 1959 et *El movimiento latinoamericano hacia la colaboración económica multilateral*, Publication des Nations Unies, Santiago de Chile, 6 mars 1961.

⁹²² DABENE O., "La quatrième vague de régionalisme", in QUENAN C. et VELUT S. (Dir.), *Les Enjeux du développement en Amérique latine : dynamiques socioéconomiques et politiques publiques*, coll. "À Savoir", n° 24, 2014, p. 66.

d'organes véritablement supranationaux comme le Conseil présidentiel andin, la Commission de la Communauté andine, la Junte de l'Accord de Carthagène (qui deviendra le secrétariat général de la CAN en 1997), le TJCA ou le Parlement andin. Cette structure institutionnelle comparable à celle des institutions européennes fera de la CAN le processus d'intégration le plus développé de la région. Cependant, la CAN traverse actuellement une période de stagnation préoccupante voire, avec le retrait du Venezuela en 2006, de grave crise ouverte qui pourrait mettre en péril son existence même en tant que processus d'intégration régional.

Au début de la décennie des années quatre-vingt-dix, surgit une nouvelle vague d'accords d'intégration, présentant une approche différente par rapport aux expériences antérieures, et qui sera désigné par la doctrine comme "Nouveau Régionalisme" ou "*Regionalismo abierto*"⁹²³. Ce régionalisme de deuxième génération se caractérise, quant à lui, par une libéralisation progressive des marchés, une flexibilité institutionnelle, l'élimination des obstacles techniques au commerce, la préférence douanière, bref par les postulats du "Consensus de Washington" inspirés par le libéralisme économique. Parmi ces nouveaux accords citons l'accord de libre-échange signés par les États-Unis, le Mexique et le Canada en 1992 (ci-après NAFTA ou ALENA), le Protocole de Tegucigalpa du 13 décembre 1991 instaurant le Système d'intégration centraméricain (ci-après SICA) et le Traité d'Asunción, signé le 29 mars 1991 par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, visant à former un marché commun appelé MERCOSUR.

Le début de la décennie est encourageant pour le continent et le MERCOSUR en particulier: la fin de la guerre froide voit une Amérique latine en voie de démocratisation renouer les fils du dialogue politique; par ailleurs, les échanges commerciaux intra-régionaux entre les pays Membres du MERCOSUR s'intensifient ce qui a pour conséquence de stimuler la croissance économique. Pourtant, ces avancées seront brutalement interrompues par les crises financières de la fin de la décennie. En

⁹²³ COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL, *El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe. La integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1994, p. 2.

outre, les graves crises politiques récentes traversées par les Etats membres et les conflits internes mettent en évidence une certaine fragilité. Malgré cela la consolidation du MERCOSUR en tant qu'acteur politique de premier plan dans les relations intra-régionales et l'intérêt manifesté par le Venezuela, la Bolivie et l'Equateur pour y adhérer, témoignent d'un dynamisme prometteur.

Finalement, à partir du XXI^e siècle, s'ouvre une nouvelle phase de régionalisme avec le lancement d'initiatives inédites comme l'Alliance bolivarienne pour les Amériques (ci-après ALBA), la Communauté d'États latino-américains et caraïbe (ci-après CELAC), l'Alliance du Pacifique (ci-après AP) et l'UNASUR dont l'agenda dépasse la dimension commerciale et les objectifs du marché, pour s'élargir aux préoccupations sociales et politiques mais aussi environnementales, culturelles, sécuritaires et énergétiques, entre autres. Cette impulsion régionaliste rénovatrice coexiste toutefois avec les processus d'intégration déjà existants dans la région.

Par conséquent, contrairement à une intégration européenne cohérente qui avance par vagues successives d'élargissement, l'histoire de l'intégration latino-américaine est devenue une "impressionnante soupe de lettres"⁹²⁴, une multiplication de processus qui se superposent et s'enchevêtrent, "tissant un patchwork complexe"⁹²⁵. Or cette superposition des processus d'intégration signifie qu'un pays peut être membre simultanément de plusieurs processus, générant une prolifération d'organismes institutionnels régionaux et le possible chevauchement de procédures juridictionnelles. De plus, la polarisation idéologique et politique de certaines organisations d'intégration, comme l'ALBA, a provoqué de graves tensions diplomatiques et la fragmentation régionale qui en découle compromet sérieusement la mise en place d'un cadre diplomatique serein, propice à une intégration au niveau continental. Cette juxtaposition de différents processus affaiblit donc considérablement une approche plus globale de l'intégration latino-américaine ; dès lors il serait souhaitable pour les pays de la région d'envisager l'intégration comme une politique d'Etat à long terme, comme le font les États membres de l'UE, et non comme une politique gouvernementale partisane, sujette

⁹²⁴ MALAMUD C., "La integración que no acaba de llegar", in *Revista de Libros. Segunda Época*, n° 143, Fundación Amigos Revista de Libros, 1 novembre 2008.

⁹²⁵ DABENE O., "La quatrième vague de régionalisme", *op. cit.*, p. 64.

aux fluctuations et aux conjonctures politiques et idéologiques. C'est la raison pour laquelle l'UNASUR mérite une attention toute particulière.

Considérée par la doctrine⁹²⁶ comme le symbole de l'*interregionalism* ou du *transregionalism*⁹²⁷, l'édification de l'UNASUR a été pensée à partir de la *convergence institutionnelle* de la CAN et du MERCOSUR afin de transcender la polarisation politique du continent⁹²⁸. Cette idée de concevoir l'intégration sud-américaine à travers la convergence des deux processus sud-américains existants semble la stratégie la plus appropriée et nous rappelle, d'une certaine manière, par son pragmatisme, la méthode dite "Schuman et Monnet", qui a tant contribué au succès de la construction européenne. Ainsi, pour atteindre la convergence susmentionnée et enrichir la construction progressive de l'architecture institutionnelle de l'UNASUR, le CAN comme le MERCOSUR devront non seulement approfondir leurs processus d'intégration respectifs mais aussi œuvrer à leur rapprochement. Eu égard l'originalité et la nouveauté de cette approche, le défi que l'UNASUR devra relever s'avère donc singulièrement différent et majeur.

2. Nature du règlement de différents de la CAN, du MERCOSUR et de l'UNASUR

Alors que les négociateurs andins ont choisi le cadre communautaire attaché aux organisations d'intégration dont l'Union européenne représente la principale référence, qui se définit par l'existence d'organes autonomes et indépendants des États membres, autorisés à élaborer des règlements à caractère obligatoire pour ces derniers, les architectes du MERCOSUR et de l'UNASUR ont préféré la voie intergouvernementale,

⁹²⁶ DRNAS DE CLÉMENT Z., "El sistema de solución de controversias de UNASUR y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso", *Anuario del CIJS*, Vol. XI, 2008, pp. 337-350.

⁹²⁷ SÖDERBAUM F., "The EU as a global actor and the rol of interregionalism", *Revue d'intégration européenne*, Vol. 27, London, septembre 2005, pp. 257-258; HETTNE B., SÖDERBAUM F., "Theorising the Rise of Regionness", *New Political Economy*, vol. 5, n°3, 2000, pp. 457-474; HETTNE B., SÖDERBAUM F. "Civilian Power or Soft Imperialism: The EU as a Global Actor and the Role of Interregionalism", *European Foreign Affairs Review*, vol. 10, n°4, 2005, pp. 535-552.

⁹²⁸ La Déclaration de Cochabamba du 9 décembre 2006 qui inspirera le modèle de l'UNASUR, énonce les caractéristiques essentielles de ce nouveau modèle d'Intégration du XXI^{ème} Siècle, à savoir : "*identidad propia, pluralista, en medio de la diversidad y las diferencias, reconociendo las distintas concepciones políticas e ideológicas, que corresponden a la pluralidad democrática de nuestros países.*"

dont les organes possèdent, à l'inverse, une marge de manœuvre beaucoup plus réduite. Par conséquent, en ce qui concerne la résolution des conflits, les négociateurs andins ont progressivement créé un véritable pouvoir judiciaire, contrairement aux pays membres du MERCOSUR qui ont, jusqu'à présent, privilégié un système d'arbitrage "amélioré". L'UNASUR est, quant à elle, actuellement dépourvue d'organe de règlement des différends propre ; cependant un Centre de règlement des différends relatifs aux investissements est en cours de création.

2.1. La justice communautaire andine

La signature de l'Accord de Carthagène (ci-après AC), souscrit en date du 26 mai 1969 par la Bolivie, la Colombie, le Chili, l'Équateur et le Pérou, sera le point de départ d'une des organisations d'intégration les plus ambitieuses d'Amérique Latine. Cet instrument juridique international jettera les bases de l'intégration andine par la mise en place d'un processus connu alors sous le nom de Pacte Andin. Toutefois, s'il est vrai que l'intégration andine a fortement été influencée par la construction européenne, l'instauration d'une Communauté supranationale n'a pas été immédiate, contrairement à la CEE, mais beaucoup plus progressive.

La caractéristique essentielle du Pacte Andin a résidé dans la conformation d'une structure juridique et institutionnelle singulière composée de ses deux organes principaux : la Commission Andine et surtout la Junte de l'Accord de Carthagène (ci-après JUNAC)⁹²⁹. La Commission Andine était le principal organe intergouvernemental représentant les États membres alors que la JUNAC était une institution communautaire chargée de défendre et d'impulser l'intérêt communautaire. Le mécanisme central de

⁹²⁹ Anciens articles 13 à 18 AC. SIDJANSKI D. précise que la JUNAC "constitue une innovation dans l'intégration des pays en voie de développement. En effet, elle est, comme dit le Traité, une institution principale au même titre que la Commission." Cf. *Problèmes actuels d'intégration économique. Le rôle des institutions dans l'intégration régionale des pays en voie de développement*, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Nations Unis, New York, 1973, p. 75.

l'AC était donc constitué par le tandem JUNAC-Commission⁹³⁰. Cependant le Pacte Andin était dépourvu d'un organe juridictionnel de règlement des différends.

Cette lacune sera comblée avec l'adoption du traité de Création du Tribunal de Justice de l'AC, en date du 28 mai 1979, et supposera un pas décisif dans la consolidation de la supranationalité de l'intégration andine. La justice andine ainsi mise en place est en tout point comparable à la justice communautaire de l'UE et peut donc être définie comme telle dans la mesure où "la nature et les caractéristiques du Droit communautaire andin sont identiques au Droit de l'Union Européenne"⁹³¹.

Dès lors, les prérogatives de la justice communautaire andine sont bien plus larges que celles de la justice internationale classique⁹³². Sa compétence est obligatoire (les Etats se soumettent à sa juridiction) et exclusive de tout autre mode de règlement (aucun pourvoi n'est possible dans le cadre d'un autre ordre juridique)⁹³³. De plus, les sentences du TJCA, comme les arrêts de la CJUE, ont non seulement force obligatoire mais encore force exécutoire sur le territoire des pays membres⁹³⁴. Par ailleurs, il faut remarquer la place tout à fait inédite accordée aux particuliers dans le cadre juridictionnel communautaire, qui peuvent former des recours et ont, de ce fait, un accès direct à la justice andine, contrairement à la justice internationale qui n'a, très généralement, que des Etats pour sujets⁹³⁵.

Enfin, si le rôle des particuliers est tout à fait inédit dans le cadre d'un ordre juridique international, il faut également noter que le rôle des juges nationaux est lui aussi sans précédent ; le système judiciaire andin, à l'image du système judiciaire

⁹³⁰ SIDJANSKI D., *Problèmes actuels d'intégration économique. Le rôle des institutions dans l'intégration régionale des pays en voie de développement*, op. cit., p. 81 et p. 116.

⁹³¹ VIGIL TOLEDO R., "El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos", in HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A., ZELAIA GARAGARZA M., *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, p. 217.

⁹³² BLANQUET M., *Droit Général de l'Union européenne*, 11^e éd., Sirey, Editions Dalloz, Paris, 2018, pp. 646-654.

⁹³³ Article 42 TTJCA.

⁹³⁴ Article 41 TTJCA.

⁹³⁵ Hormis, il est vrai, pour les juridictions internationales dans le domaine des droits de l'homme mais c'est là une branche non représentative du droit international général.

européen, réside dans un ensemble juridictionnel qui englobe les juges nationaux des Etats membres et le TJCA⁹³⁶.

2.2. L'arbitrage *sui generis*⁹³⁷ du MERCOSUR

Contrairement au Groupe Andin, les Etats membres du MERCOSUR ont refusé le cadre communautaire et ont opté pour une organisation institutionnelle de nature intergouvernementale ancrée dans le droit international. En témoignent ses organes décisionnels, le Conseil du Marché Commun (ci-après CMC), le Groupe Marché Commun (ci-après GMC) et la Commission de Commerce du MERCOSUR (ci-après CCM)⁹³⁸, composés de représentants des Etats membres et adoptant les décisions par consensus, en présence de tous les États membres⁹³⁹.

Par ailleurs, le Traité d'Asunción de 1991 ne prévoyait aucune procédure juridictionnelle de règlement des différends, mais seulement un mécanisme de nature diplomatique qui était, en outre, exclusivement réservé aux Etats. Avec l'entrée en vigueur du Protocole de Brasilia, en 1993, un système hybride voit le jour, dans lequel une phase diplomatique doit, nécessairement, précéder la saisine éventuelle de tribunaux arbitraux *ad hoc* (ci-après TAH). Finalement, dans le but de perfectionner le mécanisme de règlement des litiges, les États membres adoptent, le 18 février 2002, le Protocole de Olivos dont la principale innovation sera la création du TPR.

Ainsi, la procédure de règlement des différends établie par le Protocole d'Olivos prévoit également une phase diplomatique précédant la phase juridictionnelle. Cette phase se compose de négociations, de médiations, et de l'intervention du GMC ou d'un

⁹³⁶ A cet égard, le TJCA est catégorique: “*la jurisdicción comunitaria andina está constituida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por los Tribunales nacionales a los que el ordenamiento jurídico andino les atribuye competencia para decidir asuntos relacionados con este derecho*”. (TJCA, Proceso 01-IP-87, sentence *Aktiebolaget VOLVO*, du décembre 1987. Publiée à la GOAC N° 28, du 15 février 1988).

⁹³⁷ PUCEIRO RIPOLL R., in “Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006.

⁹³⁸ Article 2 du Protocole d'Ouro Preto.

⁹³⁹ Article 37 du Protocole d'Ouro Preto.

groupe d'experts. Après ces négociations, deux options s'offrent aux parties au litige : soit elles poursuivent la voie diplomatique, et, en cas d'échec, saisissent les TAH, une des nouveautés étant que la sentence arbitrale du TAH peut faire l'objet d'un recours devant le TPR ; soit les parties saisissent directement le TPR (autre nouveauté). Le TPR a donc une double vocation de "première et deuxième instance". Soulignons qu'avec le Protocole de Olivos, on assiste "à un phénomène de juridictionnalisation et donc d'institutionnalisation du mécanisme de règlement des différends au sein du MERCOSUR"⁹⁴⁰.

Les améliorations constantes apportées aux institutions du MERCOSUR, notamment en ce qui concerne le système de règlement des différends, conservent néanmoins une logique particulièrement attentive à la volonté des Etats. En définitive, par ce choix institutionnel qui s'écarte de la structure communautaire, les architectes du MERCOSUR ont cherché à concevoir un droit de l'intégration propre au MERCOSUR, à la fois efficace mais aussi respectueux de la souveraineté des Etats⁹⁴¹.

Cependant le Projet de Norme 02/2010 du Parlement du MERCOSUR (ci-après Parlasur), qui contient le Protocole constitutif du CJM, pourrait infléchir la donne ; ce Projet de Norme 02/2010 propose en effet une réforme en profondeur du système de règlement des différends du MERCOSUR en introduisant une dose de supranationalité ce qui supposerait un changement de paradigme. La mise en place de la CJM reste toutefois tributaire de l'adoption du projet par le CMC et de la ratification des Etats membres, mais malgré la passivité du CMC, le Parlasur, lors de la XLVII^{ème} Séance Ordinaire du 29 mai 2017, a réitéré son insistance auprès du CMC à adopter ce projet. Il s'agit donc, pour l'instant, de la dernière étape de la lente adaptation des procédures de règlement des différends aux défis de l'intégration sud-américaine.

⁹⁴⁰ DAILLIER P., BENLOLO-CARABOT M., SUSANI N., VAURS-CHAUMETTE A.-L., "La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines (chronique n° 1 - Les ordres juridiques des organisations d'intégration latino-américaines)", *op. cit.*, pp. 640-642.

⁹⁴¹ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, *op. cit.*, p. 11.

2.3. Le système de règlement des différends encore à définir dans l'UNASUR

Avec l'adoption du Traité de Brasilia, en date du 23 mai 2008, les douze pays de la région formalisent la création de l'UNASUR en se dotant d'un instrument juridique international dont la finalité est de matérialiser une ambitieuse initiative de régionalisation et de faire face à ses défis : apporter une prospérité pour le continent, notamment pour les plus pauvres pays, consolider la paix et construire une organisation d'intégration efficace, dans une région où les institutions nationales fragiles prédominent. L'élaboration du Traité de Brasília a donné lieu à moult débats doctrinaux et à d'intenses négociations qui témoignent, si besoin est, de la persistance des clivages politiques et partant, de la difficile entreprise que sera matérialiser cette idée de convergence.

Quant au règlement des différends, le mécanisme instauré par le Traité de Brasilia est de nature diplomatique : l'article 21 du Traité prévoit que les litiges seront résolus par des négociations directes ; à défaut de parvenir à un règlement par cette voie, les États membres soumettront le différend au Conseil des délégués et faute d'accord entre les parties, le cas sera finalement soumis au Conseil des ministres.

Ainsi, compte tenu de l'absence d'un mécanisme satisfaisant de résolution de conflits, l'idée de créer un Centre de règlement des différends relatifs aux investissements qui soit, par ailleurs, une alternative au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après CIRDI)⁹⁴², se concrétisera, et en 2012, une proposition sera présentée par l'Équateur. Actuellement, un projet de texte appelé "Accord constitutif du Centre de règlement des différends relatifs aux investissements de l'UNASUR", est en cours de négociation, quelques éléments nous permettent toutefois d'entrevoir la nature et les caractéristiques principales du système qui sera probablement instauré. A la lecture de l'ébauche du projet nous constatons que les négociateurs donnent la préférence aux consultations et

⁹⁴² Non seulement de nombreux États de la région maintiennent leur distance avec ce mécanisme de la Banque Mondiale, mais en outre la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela l'ont quitté. Il est notamment reproché au CIRDI de favoriser les intérêts des multinationales au détriment de l'intérêt général des populations locales et par conséquent de miner la souveraineté des États.

aux négociations ; la conciliation et l'arbitrage étant les dernières voies de règlement des différends envisagées⁹⁴³. Ce Centre de règlement des différends présentera donc, *a priori*, de fortes similitudes avec le TPR.

B. COMPETENCES DU TJCA ET DU TPR

Eu égard la multiplicité des voies de droit attribuées par les traités constitutifs aux institutions juridictionnelles, l'approche classique sera retenue et la classification correspondra aux attributions de compétences c'est-à-dire à l'objet et la finalité de la saisine. Partant, la fonction première qui incombe au TJCA et au TPR est de veiller au respect du droit instauré par les traités constitutifs et, par conséquent, de se prononcer sur le contentieux qui leur est soumis par les parties au litige (1). A cette attribution contentieuse s'ajoute la compétence fondamentale qui consiste à veiller à l'interprétation et l'application uniforme de la norme instituée par les traités, permettant ainsi une harmonisation de l'architecture du système institutionnel (2).

1. Attributions contentieuses

La juridictionnalisation du système andin de règlement des litiges implique une typologie élaborée d'actions et des recours, qui contraste avec la procédure d'arbitrage du MERCOSUR et, par conséquent, cette juridictionnalisation a donné au TJCA un cadre de compétence beaucoup plus large et une autorité supérieure.

1.1. Attributions contentieuses du TJCA

Le système juridictionnel de la CAN mise en place par le traité de création du Tribunal de justice de l'Accord de Carthagène (ci-après TTJCA) est incontestablement

⁹⁴³ FACH GÓMEZ K. et TITI C., "Le Centre de règlement des différends relatifs aux investissements de l'UNASUR : Commentaires sur le projet de texte de l'Accord constitutif", *Investment Treaty News*, Numéro 3, Volume 7, Août 2016, pp. 3-6.

le plus performant parmi les organisations d'intégration latino-américaine et répond à la double finalité consubstantielle d'une communauté de droit : assurer à la fois le respect du droit andin et une protection effective des justiciables. Le TJCA est, comme son homologue européen, composé de juges ; en outre, le TTJCA prévoit l'éventuelle incorporation de la figure de l'avocat général. Quant à ses attributions contentieuses, le TJCA peut se prononcer sur des recours en annulation⁹⁴⁴, sur des exceptions d'illégalité⁹⁴⁵, sur des recours en carence⁹⁴⁶ et sur des recours en manquement⁹⁴⁷. Quelques précisions s'imposent.

Le recours en annulation permet au requérant, personne physique ou morale, de demander au TJCA l'annulation d'un acte d'une institution communautaire, au motif que celui serait illégal. Les actes attaquables sont mentionnés à l'article 1^{er} du TTJCA, cependant le TJCA s'attache au contenu et à la portée de l'acte, indépendamment de sa qualification, et exige donc que l'acte produise des effets juridiques, qu'il soit définitif, qu'il ne soit pas un acte interne d'une institution⁹⁴⁸. Sont donc susceptibles de recours en annulation les "actes atypiques", pour autant qu'ils soient contraignants pour leurs destinataires⁹⁴⁹ ; en revanche, les avis motivés du Secrétariat général, constatant un manquement étatique, ne sont pas attaquables⁹⁵⁰. L'article 17 TTJCA n'énumérant pas les moyens pouvant être invoqués à l'appui du recours, le TJCA a progressivement affiné les contours et les cas d'annulation : l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir, la méconnaissance d'une règle de fond, l'erreur de motivation. Enfin, la sentence en annulation du TJCA produit des "effets *erga omnes*, exceptionnellement rétroactifs et a l'autorité de la chose jugée"⁹⁵¹.

Le recours en carence vient compléter le recours en annulation dans la mesure où il "permet d'attaquer ce qui n'est pas attaquant par la voie de celui-ci, à savoir toute

⁹⁴⁴ Articles 17 à 22 TTJCA et 101 à 105 ETJCA.

⁹⁴⁵ Articles 20, alinéa 2 TTJCA et 104 ETJCA.

⁹⁴⁶ Article 37 TTJCA et 129 à 134 ETJCA.

⁹⁴⁷ Articles 23 à 31 TTJCA et 107 à 120 ETJCA.

⁹⁴⁸ TJCA, Proceso 2-N-86, sentence du 10 juin 1987. Publiée à la GOAC N° 21, du 15 juillet 1987.

⁹⁴⁹ TJCA, Proceso 67-IP-2014, sentence *Universidad Andina Simón Bolívar (UASB)*, du 18 juin 2014, points 68 y 70. Publiée à la GOAC N° 2362, du 10 juillet 2014.

⁹⁵⁰ TJCA, Proceso 24-AN-99, sentence du 2 février 2000. Publiée à la GOAC N° 542, du 8 mars 2000.

⁹⁵¹ TJCA, Proceso 4-AN-97, sentence du 17 août 1998. Publiée à la GOAC N° 373, du 21 septembre 1998.

attitude d'une institution communautaire qui ne se traduit pas par un acte juridique exprès⁹⁵². Pour le TJCA, ce recours est "prévu pour les cas où les organes chargés d'exécuter ou de faire exécuter une disposition de droit communautaire s'abstiennent et violent, de ce fait, la réglementation communautaire."⁹⁵³

Le TJCA peut également se prononcer sur des recours en manquement afin de constater et de sanctionner la violation d'une norme communautaire imputable à un État membre. Dans ce cas, le TJCA exige une atteinte à un droit subjectif⁹⁵⁴ contrairement au recours en manquement dans le cadre de l'UE qui est objectif. En outre, le TJCA offre aux particuliers un large accès au recours. Finalement, eu égard les effets de la sentence du TJCA, celle-ci "n'est pas seulement déclaratoire en ce qu'elle ne se limite pas à une simple déclaration de l'existence d'un droit ou d'une obligation mais qu'elle permet aussi d'imposer l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire"⁹⁵⁵. L'indemnisation des requérants est toutefois laissée à la charge à des juridictions nationales.

Par ailleurs, le Protocole de Cochabamba introduit deux nouvelles compétences inédites: d'une part, une compétence arbitrale qui habilite le TJCA à intervenir en tant qu'arbitre dans les litiges relatifs à l'application ou l'interprétation du droit andin dans l'exécution des conventions ou des accords signés avec des organes du SAI ou encore dans l'exécution d'un contrat entre particuliers soumis au droit privé⁹⁵⁶; d'autre part, une compétence en matière sociale pour résoudre les litiges sociaux entre les fonctionnaires ou employés du SAI⁹⁵⁷.

En définitive, malgré certaines spécificités parfois originales, les attributions contentieuses du TJCA sont comparables à celles de la CJUE.

⁹⁵² MANIN P., *L'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux*, Pedone, Nouvelle édition, Paris, octobre 2005, p. 389.

⁹⁵³ TJCA, Proceso 70-RO-2003, sentence du 22 octobre 2003. Publiée à la *GOAC* N° 1033, du 10 février 2004.

⁹⁵⁴ TJCA, Proceso 75-AI-2001, sentence du 29 mai 2002. Publiée à la *GOAC* N° 825, du 14 août 2002.

⁹⁵⁵ TJCA, Proceso 1-AI-96, sentence du 30 octobre 1996, note 135. Publiée à la *GOAC* N° 234, du 21 novembre 1996.

⁹⁵⁶ Article 38 TTJCA.

⁹⁵⁷ Articles 40 TTJCA et 135 à 139 ETJCA.

1.2. Attributions contentieuses du TPR

Les Etats membres du MERCOSUR ont opté pour un système complètement différent au système juridictionnel andin: il s'agit d'un arbitrage *sui generis* et "institutionnalisé" qualifié d'"hybride" en ce qu'il repose sur un organe juridictionnel: le TPR, composé de cinq arbitres, un par État membre fondateur plus un président, ayant tous une "disponibilité permanente"⁹⁵⁸. Le caractère permanent du TPR a fait l'objet de débats doctrinaux, une partie de la doctrine considérant que le TPR est en réalité un "tribunal disponible et non un tribunal permanent"⁹⁵⁹.

Ainsi, le TPR tranche les différends qui surgiraient entre les États membres au sujet de l'interprétation, l'application ou l'inexécution du droit du MERCOSUR⁹⁶⁰, soit en première et dernière instance si les parties au litige décident de saisir directement le TPR, soit en révision d'une sentence arbitrale rendue par un TAH⁹⁶¹. Le TPR peut également connaître des réclamations formulées par les particuliers mais, dans cette hypothèse, l'intervention du GMC est obligatoire ; les conditions de recevabilité du requérant personne privée sont donc extrêmement rigoureuses, ce qui dans "certains cas se traduit par un déni de justice pur et simple"⁹⁶². Les sentences arbitrales du TPR ont par ailleurs force obligatoire pour les parties au litige.

Le TPR n'a pas une juridiction exclusive, le Protocole de Olivos ouvre, en effet, la possibilité aux Etats membres, de saisir l'organe de règlement des différends de l'OMC (ci-après ORD) ou tout autre mécanisme de règlement des litiges⁹⁶³. Cette clause de choix du for est, en outre, assortie d'une clause d'exclusion selon laquelle, une fois la procédure du for choisi déclenchée, il est interdit aux parties au litige de recourir

⁹⁵⁸ Article 19 PO.

⁹⁵⁹ En ce sens cf. DREYZIN DE KLOR A. S., in "El Protocolo de Olivos", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003, pp. 579-580; cet article fut également présenté au "Forum Brasil-Europa" organisé par la Fondation Konrad Adenauer et l'Université Fédérale de Santa Catarina, Florianópolis, 22-24 novembre 2002.

⁹⁶⁰ Article 1 du PO.

⁹⁶¹ Articles 23 et 17 PO, respectivement.

⁹⁶² JOVTIS I., "La legitimación activa en el sistema de solución de diferencias del MERCOSUR", in HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A., ZELAIA GARAGARZA M. (Directores), *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, p. 89.

⁹⁶³ Articles 1, alinéa 2 PO et 1 RPO.

au mécanisme d'un autre for⁹⁶⁴. Cette clause d'exclusion permet ainsi d'éviter que plusieurs juridictions ne soient saisies concomitamment pour un même litige. Cependant, malgré son attrait, cette clause de choix du for éveille des inquiétudes pour deux raisons qui pourrait être une source de fragmentation du droit: pour les possibles contradictions de jurisprudences et à cause du *forum shopping*⁹⁶⁵. Par conséquent, cette clause de choix du for affaiblit considérablement l'intégration juridique du MERCOSUR et représente un risque réel pour la viabilité du mécanisme de règlement des différends. En définitive, cette clause constitue, pour la doctrine, "une erreur imposée par une pratique contraire à l'esprit du traité de Asunción"⁹⁶⁶.

Soulignons pour conclure que le Projet de Norme 02/2010 prévoit, d'une part, la substitution de la procédure d'arbitrage actuelle par une procédure juridictionnelle inspirée du système andin, mais également la suppression de la problématique clause de choix du for.

2. Interprétation et application uniforme

L'interprétation et l'application uniforme du droit instauré par des traités fondateurs constituent l'élément clé pour la consolidation et le développement de l'architecture juridique d'un processus d'intégration. Et les instruments mis en place à cette fin, à savoir la question préjudicielle dans le système andin et l'opinion consultative dans le MERCOSUR, présentent également des différences significatives dont les effets juridiques seront perceptibles dans l'approfondissement des processus d'intégration.

2.1. La question préjudicielle andine

⁹⁶⁴ Article 1, alinéa 3 PO.

⁹⁶⁵ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, op. cit., p. 26.

⁹⁶⁶ PEROTTI A., "Qué significó el Protocolo de Olivos", *La Nación*, Comercio Exterior, 26 février 2002.

Directement inspirée du renvoi préjudiciel européen, la question préjudicielle andine, prévue par les articles 32 à 36 TTJCA et 121 à 128 ETJCA, comporte en outre de grandes similitudes avec le mécanisme de l'article 267 TFUE. Et, comme au sein de l'UE, cette procédure, considérée comme la "*pedra angular*"⁹⁶⁷ du système juridictionnel andin, a développé une jurisprudence abondante qui ne cesse d'augmenter. Les sentences préjudicielles représentent en effet l'écrasante majorité des sentences rendues par le TJCA avec un total de 4.548 renvois depuis le début du fonctionnement du TJCA en 1984 jusqu'en 2017, ce qui constitue près de 94% de son activité jurisprudentielle⁹⁶⁸. Ce mécanisme revêt toutefois certaines particularités au regard du renvoi préjudiciel européen qui méritent d'être soulignées.

La question préjudicielle andine est une procédure de coopération judiciaire incidente au règlement d'un litige. Ainsi, le TJCA statue sur des interprétations préjudicielles soulevées par les "juges nationaux" afin de connaître le sens et la portée d'une disposition de l'ordre juridique andin. Eu égard la qualité de "juges nationaux" autorisée à solliciter une question préjudicielle, le TJCA affirme son autonomie d'interprétation par rapport aux qualifications nationales⁹⁶⁹ et peut donc reconnaître la qualité de juridiction nationale à tout organisme, même s'il n'est pas reconnu comme juridiction sur le plan national, dès lors qu'il répond aux critères communs d'une juridiction qui remplit des fonctions de nature juridictionnelle⁹⁷⁰. La jurisprudence du TJCA s'est progressivement élargie et enrichie reconnaissant ainsi la qualité pour le saisir d'une interprétation préjudicielle aux instances d'arbitrage⁹⁷¹, mais aussi et surtout aux autorités administratives nationales de défense de la concurrence et de la propriété intellectuelle et notamment les autorités d'enregistrement des marques et des brevets⁹⁷².

⁹⁶⁷ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2011, p. 128.

⁹⁶⁸ Les données statistiques détaillées du TJCA sont consultables sur le site internet suivant: http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=24.

⁹⁶⁹ Par exemple TJCA, Proceso 242-IP-2015, sentence *Marca: Textura Superficie "Old Parr"*, du 24 août 2015. Publiée à la *GOAC* N° 2579, du 4 septembre 2015. L'influence de la jurisprudence européenne et tout particulièrement de l'arrêt *Vaassen-Göbbels*, du 30 juin 1966 (61/75), est une évidence.

⁹⁷⁰ TJCA, Proceso 19-AI-99, sentence du 2 juin 2000. Publiée à la *GOAC* N° 588, du 2 août 2000.

⁹⁷¹ TJCA, Proceso 03-AI-2010, sentence du 26 août 2011. Publiée à la *GOAC* N° 1985, du 11 octobre 2011.

⁹⁷² TJCA, Proceso 121-IP-2014, sentence *Marfor Producciones S.R.L.*, du 20 novembre 2014. Publiée à la *GOAC* N° 2427, du 11 décembre 2014; Proceso 105-IP-2014, sentence *Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)*, du 28 novembre 2014. Publiée à la *GOAC* N° 2459, du 4 mars 2015; Proceso 104-IP-2014, sentence *Eston*, du 20 novembre 2014. Publiée à la *GOAC* N° 2471, du 10 avril 2015.

A l'instar du renvoi préjudiciel européen, la question préjudicielle andine peut être facultative ou obligatoire. L'obligation de renvoi pèse sur les juridictions nationales "dans les affaires où la sentence ne serait pas susceptible de recours"⁹⁷³. En revanche, les juridictions nationales dont les sentences sont susceptibles de recours ne sont pas soumises à cette obligation de renvoi⁹⁷⁴.

Concernant les juridictions soumises à l'obligation de renvoi, le TJCA adopte une interprétation stricte de ce principe : "l'existence d'une décision antérieure sur la même matière, n'exonère pas le juge national de son obligation de renvoi"⁹⁷⁵. Le TJCA considère que l'interprétation préjudicielle doit se réaliser pour chaque cas concret⁹⁷⁶ et rejette donc la théorie de l'acte clair. Il s'agit là d'une différence majeure avec la procédure préjudicielle européenne. Le refus d'appliquer la théorie de l'acte clair a été critiqué par la doctrine⁹⁷⁷ notamment compte tenu la multiplication de renvois préjudiciels qu'il engendre. La jurisprudence andine laisse toutefois entrevoir un possible revirement "si des raisons le justifient"⁹⁷⁸.

La réponse que donne le TJCA à la question qui lui a été posée dans le cadre d'une interprétation préjudicielle est obligatoire pour le juge de renvoi⁹⁷⁹ mais n'a pas d'effet *erga omnes*, conséquence du rejet de la théorie de l'acte clair. Si le juge de renvoi n'adopte pas la réponse du TJCA ou si le juge national s'abstient de soulever une interprétation préjudicielle malgré l'obligation qui lui incombe, les États membres et les particuliers peuvent initier une procédure en manquement⁹⁸⁰.

⁹⁷³ Articles 33, alinéa 2 TTJCA et 123 ETJCA.

⁹⁷⁴ Articles 33, alinéa 1 TTJCA et 122 ETJCA.

⁹⁷⁵ TJCA, Proceso 3-IP-93, sentence *Sociedad Aluminio Nacional S.A.*, du 13 juillet 1993. Publiée à la GOAC N° 138, du 4 août 1993.

⁹⁷⁶ TJCA, Proceso 4-IP-94, sentence *Eden for Man-Etiqueta*, du 7 août 1995. Publiée à la GOAC N° 189, du 15 décembre 1995.

⁹⁷⁷ CIENFUEGOS MATEO M., "Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 25, 2013, p. 31; BUENO MARTINEZ P., PEROTTI D. A., "La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?", in *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, Colombia, N° 14, 2005, pp. 133-152.

⁹⁷⁸ TJCA, Proceso 7-IP-89, providence *Ciba-Geigy AG*, du 24 novembre 1989. Publiée à la GOAC N° 53, du 18 décembre 1989.

⁹⁷⁹ Article 35 TTJCA.

⁹⁸⁰ Articles 24 et 25 TTJCA et 128 ETJCA.

Finale­ment, contrairement au méca­nisme européen, la ques­tion préjudicielle andine est limitée à l'interprétation du droit communautaire et exclut l'examen de sa validité. Cette limitation doit cepen­dant être nuancée, dans la mesure où la voie du recours en annulation offre aux particuliers et aux États membres une alternative au renvoi en appréciation de validité de la CJUE⁹⁸¹.

2.2. L'opinion consultative du MERCOSUR

Outre la création du TPR, une des nouveautés introduites par le Protocole d'Olivos fut la procédure d'opinion consultative prévue au chapitre III (article 3) et développée par le Règlement du protocole d'Olivos. Le TPR a donc vocation à harmoniser l'interprétation du droit du MERCOSUR applicable et à unifier la jurisprudence des TAC par l'exercice de la fonction consultative dont il est investi.

L'accès de ce méca­nisme est ouvert aux États membres du MERCOSUR agissant conjointement, aux organes régionaux dotés d'un pouvoir de décision, à savoir le CMC, le GMC, la CCM et le Parlasur depuis décembre 2005⁹⁸², ainsi qu'aux tribunaux suprêmes des États membres⁹⁸³. Cette restriction aux seules cours suprêmes s'écarte des méca­nismes préjudiciels et, pour une partie de la doctrine, est incompatible avec la dynamique de l'intégration⁹⁸⁴.

Surtout, la différence substantielle entre le méca­nisme de l'opinion consultative et les procédures préjudicielles andine et européenne réside dans le caractère non obligatoire des opinions rendues par le TPR. Cette caractéristique est non seulement dénoncée par la doctrine mais également et essentiellement par le TPR qui, dès la première opinion émise, a regretté le caractère non contraignant de l'opinion consultative qui "dénature complètement le concept, la nature et l'objectif de la

⁹⁸¹ CIENFUEGOS MATEO M., "Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 25, 2013, p. 33.

⁹⁸² L'article 13 du Protocole constitutif du Parlement du MERCOSUR confère à cet organe la qualité pour poser des opinions consultatives.

⁹⁸³ Article 2 RPO.

⁹⁸⁴ PEROTTI D. A., "Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: situación institucional y opiniones consultivas", in *Temas del Cono Sur: dossier de integración*, n°49, Buenos Aires, 2008, p. 85.

consultation du juge national dans le cadre d'un processus d'intégration qui est de parvenir à l'interprétation uniforme de la norme communautaire⁹⁸⁵ et invite les autorités compétentes à réformer ce mécanisme.

Finalement, avec le recul, un constat s'impose : plus de dix ans après l'entrée en fonctions du TPR, seulement trois opinions consultatives ont été prononcées. En outre, les trois juridictions ayant jusqu'à présent utilisé ce mécanisme, se sont écartées de l'interprétation rendue par le TPR. Il apparaît donc évident que le mécanisme de l'opinion consultative est insuffisant pour garantir l'uniformité de l'ordre juridique régional. C'est la raison pour laquelle le projet de norme 02/2010 prévoit la mise en place d'un mécanisme préjudiciel comparable au mécanisme andin, ce qui constituerait une amélioration indéniable et assurerait beaucoup plus efficacement l'interprétation et l'application uniforme des règles de MERCOSUR.

II. APPORT DU TJCA ET DU TPR DANS LE DEVELOPPEMENT DE L'INTEGRATION JURIDIQUE SUD-AMERICAINE ET PERSPECTIVES

Le rôle fondamental exercé par la CJUE comme moteur de l'intégration européenne n'est plus à démontrer. Les exigences de l'ordre juridique communautaire telles qu'elles furent interprétées et appliquées par la CJUE ont été décisives dans la création d'une sphère juridique européenne autonome. La CJUE a ainsi pu asseoir l'autorité du droit communautaire et lui conférer une efficacité incomparable par rapport au droit international, de sorte que la Cour a "non seulement rempli de manière satisfaisante sa fonction spécifique de garantir le respect de la loi dans la communauté, mais qu'elle a également contribué de manière décisive à la progression du processus d'intégration afin de réaliser les objectifs communautaires"⁹⁸⁶.

⁹⁸⁵ Opinion Consultative N° 01/2007, du 4 mars 2007: "*Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante*".

⁹⁸⁶ RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", in RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 394.

En nous appuyant sur l'analyse de la jurisprudence du TJCA et du TPR, nous déduirons si, dans les contextes institutionnels actuels, ces organes juridictionnels ont joué ou peuvent jouer un rôle similaire à la CJUE dans leurs processus d'intégration respectifs. (A). Mais il convient également de s'interroger sur la contribution du TJCA et du TPR dans l'élaboration et le développement d'un espace juridique sud-américain intégré (B).

A. APPORT DU TJCA ET DU TPR AU SEIN DE LEURS ORGANISATIONS D'INTEGRATION RESPECTIVES

La différence des choix institutionnels et juridictionnels établis au sein de la CAN et du MERCOSUR aura des répercussions dans le développement et l'approfondissement juridiques des ensembles normatifs institués. Ainsi, dans le cadre andin, bien que la jurisprudence du TJCA ne soit devenue un moteur de l'intégration comparable à celle de son homologue européen, elle mérite toutefois d'être soulignée et étudiée malgré ses évidentes limites (1). En revanche, l'influence du TPR s'avère, quant à elle, bien plus restreinte (2).

1. La jurisprudence circonscrite du TJCA

Après plus d'un demi-siècle d'existence, la CJUE a développé une activité jurisprudentielle intense, par laquelle elle a créé les doctrines fondamentales de l'intégration immédiate, de l'effet direct et de la primauté, principes qui furent un instrument intégrateur décisif et efficace de l'ensemble juridique communautaire. S'inspirant de la jurisprudence européenne, le TJCA a consacré les principes de la primauté, de l'intégration immédiate et de l'effet direct du droit communautaire andin et rappelle de manière itérative le caractère essentiel de ces principes. Ainsi, pour le TJCA, le seul fait de supposer que les actes des institutions andines aient à "passer par le tamis législatif des Etats membres pour qu'ils puissent être appliqués dans l'ordre interne des

Etats, aurait conduit à refuser l'existence d'un droit communautaire andin⁹⁸⁷. Le TJCA précise également que la primauté de l'ordre juridique de la CAN sur toute norme nationale est "une caractéristique essentielle du droit communautaire, une condition fondamentale pour l'intégration"⁹⁸⁸.

Par ailleurs, les juridictions nationales des Etats membres, malgré une indéniable réticence à l'endroit de la primauté du droit communautaire sur les Constitutions nationales, acceptent l'application du droit communautaire et, en cas de conflit avec une norme interne, le juge national écarte l'application de la disposition interne au profit de la norme communautaire⁹⁸⁹.

La contribution la plus décisive du TJCA au droit communautaire andin et son influence la plus déterminante au sein des ordres juridiques nationaux des pays membres de la CAN, a été sa jurisprudence en matière de protection de la propriété intellectuelle. Grâce au mécanisme préjudiciel, le TJCA a posé les bases d'une application cohérente et complète de la norme andine. Pour la doctrine, les sentences du TJCA, telles que la sentence *Interplast Ltda* du *Proceso* 6-IP-89⁹⁹⁰, la sentence *Pipeline* du *Proceso* 6-IP-94⁹⁹¹, ou la sentence *Vintix* du *Proceso* 105-IP-2004⁹⁹², ont contribué à l'élaboration d'un authentique "îlot d'Etat de droit de la propriété intellectuelle"⁹⁹³ efficace et réussi. De plus, la construction d'une jurisprudence communautaire andine aussi efficiente est tout-à-fait remarquable, compte tenu des décennies d'instabilité politique et économique dans lesquelles ont été plongés les pays membres de la région.

⁹⁸⁷ TJCA, *Proceso* 3-AI-96, sentence du 24 mars 1997. Publiée à la *GOAC* N° 261, du 29 avril 1997.

⁹⁸⁸ TJCA, *Proceso* 3-AI-96, *op. cit.*.

⁹⁸⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie, Arrêt N° C-137/96, du 9 avril de 1996, point 24.

⁹⁹⁰ TJCA, *Proceso* 6-IP-89, sentence *Interplast Ltda*, du 31 octobre 1989. Publiée à la *GOAC* N° 50, du 17 novembre 1989.

⁹⁹¹ TJCA, *Proceso* 6-IP-94, sentence *Pipeline*, du 9 décembre 1994. Publiée à la *GOAC* N° 170, du 23 janvier 1995.

⁹⁹² TJCA, *Proceso* 105-IP-2004, sentence *Vintix*, du 25 novembre 2004. Publiée à la *GOAC* N° 1161, du 27 janvier 2005.

⁹⁹³ ALTER K. J., HELFER L. R., GUERZOVITCH F., "Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community", *The American Journal of International Law*, Vol. 103, Núm. 1, January 2009, pp. 1-47. Article compilé in ALTER K. J. and HELFER L. R., *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

Il est toutefois regrettable que la question préjudicielle andine soit utilisée de manière quasiment exclusive pour les seuls litiges relatifs à la propriété intellectuelle et non dans d'autres domaines de l'intégration régionale, comme par exemple les droits de douane. La pénétration du droit communautaire dans l'ordre interne des Etats membres reste donc très limitée et fortement circonscrite. D'autre part, les conséquences de la jurisprudence andine apparaissent bien moins révolutionnaires qu'au sein de l'UE et ne bouleversent pas l'exercice de la fonction juridictionnelle interne⁹⁹⁴: le TJCA ne procède pas, en effet, à une "constitutionnalisation du droit andin", contrairement à la CJUE⁹⁹⁵. En outre, eu égard la protection des droits fondamentaux, le TJCA a amorcé, il y a plus d'une décennie, une jurisprudence ambitieuse⁹⁹⁶ mais qui demeure encore "embryonnaire" et excessivement limitée aux affaires relatives à la propriété intellectuelle.

La faible incidence du TJCA ou, pour continuer à filer la métaphore, le caractère insulaire de sa construction jurisprudentielle, met aussi en relief d'autres faiblesses préoccupantes du droit communautaire andin à savoir, par exemple, sa méconnaissance par les juges nationaux qui ne l'appliquent que rarement, et sa qualité formelle, c'est-à-dire la lisibilité tant dans la clarté et la précision des énoncés que par leur cohérence qui, en dehors des questions relatives à la propriété intellectuelle, fait parfois défaut.

Toutefois, le fait que cette jurisprudence en matière de protection de la propriété intellectuelle soit une exception n'est en rien une fatalité et il n'est pas insensé d'imaginer l'émergence d'autres "îlots d'Etat de droit" dans les domaines juridiques essentiels de l'intégration régionale. Et, en ce sens, une partie de la doctrine souligne la portée de la jurisprudence du TJCA dans l'édification progressive d'une harmonisation

⁹⁹⁴ PEÑA-PINON M., *La fonction juridictionnelle au service de l'intégration sud-américaine*, op. cit., pp. 258-259.

⁹⁹⁵ WEILER J. H. H., *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

⁹⁹⁶ Dans une sentence de référence, le TJCA établit notamment que "*los derechos humanos, dentro de los cuales se encuentran el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y a un ambiente sano, son mínimos fundamentales sin los cuales sería imposible cumplir los objetivos del proceso de integración subregional; son principios generales del derecho comunitario andino. (...) Asimismo, la defensa al consumidor se desarrolla sobre la base de este conjunto de principios, ya que lo mínimo que se debe garantizar en el mercado es que la adquisición de bienes y servicios no afecte sus derechos fundamentales.*" (TJCA, Proceso 116-IP-2012, sentence *Comercializadora Business de Colombia S.A.*, du 13 novembre 2012. Publiée à la GOAC N° 2161, du 8 mars 2013).

fiscale⁹⁹⁷. Par conséquent, une application élargie du droit communautaire andin et un approfondissement de l'intégration juridique de la CAN sont parfaitement envisageables.

2. L'influence restreinte du TPR

L'analyse des différends qui ont opposé les Etats membres du MERCOSUR, met en évidence les lacunes du système juridictionnel actuel et il n'est pas hasardeux d'affirmer que ce cadre institutionnel de nature intergouvernementale pourra difficilement permettre l'approfondissement et la consolidation de l'intégration du MERCOSUR.

En dépit de ces difficultés et des limites du cadre institutionnel, il convient toutefois de souligner la cohérence et l'originalité de la jurisprudence du MERCOSUR. Les arbitres du TAH et du TPR ont progressivement esquissé une méthode téléologique d'interprétation propre "qui puise ses sources d'inspiration dans le droit communautaire tout en se maintenant fermement ancré dans la sphère du droit international"⁹⁹⁸. La jurisprudence du MERCOSUR résume cette double démarche par l'énoncé suivant : "l'applicabilité des normes et des objectifs du traité d'Asunción doit se réaliser à partir d'une optique d'intégration en utilisant les normes et principes qui régulent le droit international"⁹⁹⁹.

Ainsi, l'interprétation du litige objet de la sentence arbitrale N° 01/2007, du 8 juin 2007¹⁰⁰⁰, une des plus importantes du TPR, s'inspire bien plus des décisions adoptées

⁹⁹⁷ Sur cette question, v. la thèse doctorale de GONZALES BUSTOS J. P., *Hacia la armonización fiscal en la Comunidad Andina*, Universitat de Barcelona, Facultat de Dret, 2017, dirigée par ROZAS VALDÉS J. A. L'auteur souligne notamment l'importance des sentences des Procesos 75-IP-2005, 77-IP-2005, 190-IP-2006, 02-AN-2007, 169-IP-2011 et 171-IP-2013

⁹⁹⁸ SUSANI N., *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, op. cit., p. 276.

⁹⁹⁹ TAH, sentence arbitrale 02 du 27 septembre 1999, *constituido para entender en la reclamación de la República Argentina a la República Federativa del Brasil, sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo*, point 56.

¹⁰⁰⁰ TPR, sentence arbitrale N° 01/2007, du 8 juin 2007: "*Prohibición de importación de neumáticos Remoldeados procedentes del Uruguay*" —solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias—.

par l'ORD de l'OMC et des principes du droit international que de l'approche communautaire de la CJUE. Pourtant, l'influence des jurisprudences européenne et andine "dans la *ratio decidendi* de la sentence arbitrale"¹⁰⁰¹ est évidente ; le TPR énonce notamment que, contrairement à l'OMC et à l'instar de l'UE et de la CAN, le MERCOSUR constitue une "communauté d'intérêts non seulement économiques et commerciaux mais aussi sociaux, culturels, juridiques et politiques"¹⁰⁰².

Par ailleurs, dans la sentence arbitrale N° 01/2012, le TPR, saisi par le Paraguay contraire à sa suspension de la participation aux organes du MERCOSUR et à l'adhésion du Venezuela comme Etat membre, déclare sa compétence *ratione materiae*¹⁰⁰³ pour examiner la légalité des actes adoptés en application du Protocole d'Ushuaia, et ce malgré la contestation des trois États défendeurs. Le TPR élargit donc le champ de compétence de son activité juridictionnelle, dépassant la sphère strictement commerciale¹⁰⁰⁴ et affirmant son rôle institutionnel, ce qui constitue un précédent dans sa jurisprudence très favorablement accueilli par la doctrine¹⁰⁰⁵.

Cependant, le litige des *pasteras* entre l'Uruguay et l'Argentine a mis en évidence la fragilité de l'édifice juridique du MERCOSUR¹⁰⁰⁶. La sentence du TAH du 6 septembre 2006 fit l'objet de critiques doctrinales la qualifiant de "postmoderne"¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰¹ MEJÍA HERRERA O., "La influencia de la jurisprudencia comunitaria europea en los principales tribunales de los sistemas de integración latinoamericanos: un estudio exploratorio" in ROY J. (Compilador), *Después de Santiago: Integración Regional y Relaciones Unión Europea-América Latina*, The Jean Monnet Chair, University of Miami, Miami-Florida European Union Center, 2013, p. 56.

¹⁰⁰² TPR, sentence arbitrale N° 01/2007, *op. cit.*, points 7.1 y 7.2.

¹⁰⁰³ TPR, sentence arbitrale N° 01/2012, du 21 juillet 2012: "*Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los Órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno*", point 36.

¹⁰⁰⁴ TPR, sentence arbitrale N° 01/2012, *op. cit.*, point 37.

¹⁰⁰⁵ En ce sens v. DELUCA S., "El Mercosur tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: Ponderación del Laudo TPR N° 01/2012", *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, Universidad Complutense, Madrid, 2013; FABBRICATORE A., "Análisis del Laudo Nro. 1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión: ¿Hacia una independencia y conformación del poder jurisdiccional supranacional?", *Revista Electrónica de la Catedra Jean Monnet de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, Año I, N°1, 2013, pp. 91-99.

¹⁰⁰⁶ Pour une étude sur ce litige v. GAJATE R. M., "Una conflictiva cuestión medioambiental subregional: el caso de las pasteras" in MELLADO N., CIENFUEGOS M. (Editores), *Los Cambios en la Infraestructura regional y sus impactos ambientales en clave de mejorar la Gobernabilidad en el MERCOSUR*, Lerner Editora, Córdoba, Argentina 2011, pp. 295-321.

¹⁰⁰⁷ DRNAS DE CLÉMENT Z., "Un fallo postmoderno (Laudo de 06/09/06 del TAH del MERCOSUR)", in *Revista DeCITA*, Vol. 7, Ed. Boiteaux/Zavalía, Brasil-Argentina, 2007, pp. 517-537.

voire de “salomonique”¹⁰⁰⁸ notamment pour son manque de rigueur argumentative et par son refus d’appliquer des concepts juridiques propres au MERCOSUR¹⁰⁰⁹. Surtout le refus de l’Uruguay de recourir cette sentence du TAH et le choix de l’Argentine de saisir un mode alternatif de règlement des différends, en l’occurrence la Cour internationale de Justice, au détriment de la procédure du MERCOSUR, illustre l’influence très restreinte qu’exerce le TPR.

Cette situation conduit inmanquablement à soulever la question de l’efficacité de ce choix institutionnel clairement intergouvernemental et du système *sui generis* de règlement des différends qui en découle, sur l’avancée de l’intégration de l’organisation du cône Sud. Et un début de réponse pourrait être apporté par le projet de norme 02/2010 qui prévoit une réforme complète du mécanisme et l’instauration d’une Cour de Justice comparable au TJCA ; par conséquent, l’adoption de ce projet représenterait un progrès considérable vers la consolidation et le développement de l’architecture juridique du MERCOSUR.

B. VERS UN ESPACE JURIDIQUE SUD-AMERICAIN INTEGRE ?

L’analyse comparative des systèmes institutionnels et juridictionnels de la CAN et de MERCOSUR laisse entrevoir la difficulté à concrétiser et matérialiser la convergence prônée par l’UNASUR: nous sommes en effet confrontés à deux processus d’intégration qui, d’une certaine manière, symbolisent les deux paradigmes – supranational et intergouvernemental – de l’intégration au sens large, et dont les différences les plus profondes sont les principales caractéristiques de chaque modèle et vice-versa. En outre, un possible écueil à prendre en considération sera la création du Centre de règlement des différends relatifs aux investissements de l’UNASUR, actuellement en cours de négociation, qui impliquera une duplication des procédures dans la résolution de différends et donc un problème *forum shopping* entre les

¹⁰⁰⁸ Le quotidien argentin *La Nación*, dans son édition du 7 septembre 2006, titre: “El conflicto con Uruguay: fallo salomónico de un tribunal regional. Papeleras: critican los cortes pero no sancionan al país”.

¹⁰⁰⁹ DRNAS DE CLÉMENT Z., “Un fallo postmoderno (Laudo de 06/09/06 del TAH del MERCOSUR)”, *op. cit.*, p. 520.

différents systèmes de règlement des différends de la région. A ces difficultés d'ordre institutionnel, s'ajoute la polarisation idéologique qui gangrène le continent et qui a provoqué, le 20 avril 2018, la suspension provisoire du Brésil, de l'Argentine, du Pérou, de la Colombie et du Chili ; en cause, un désaccord diplomatique profond avec la présidence *pro tempore* bolivienne¹⁰¹⁰. Parvenir à la convergence de la CAN et du MERCOSUR, nécessitera donc, outre la volonté politique des Etats membres, la mise en place de mécanismes institutionnels et d'instruments juridiques ambitieux et novateurs (1).

Mais, au-delà de la nécessaire création d'un mécanisme juridictionnel au niveau régional, les échanges informels entre les juges du TJCA et du TPR dont l'ambitieux objectif est d'entreprendre "un rapprochement entre le système juridique de la CAN et du MERCOSUR"¹⁰¹¹, méritent une attention toute particulière. En effet, la finalité de ces échanges n'est autre que de concrétiser juridiquement l'idée de convergence de ces deux blocs et pourrait constituer un point de départ dans le développement progressif d'un espace juridique intégré au niveau continental. Ces rencontres entre juges offrent donc une perspective inédite dans la sphère juridique sud-américaine et pourraient contribuer à l'émergence d'un *soft power* judiciaire¹⁰¹² favorable à l'intégration régionale (2).

1. Création d'un mécanisme juridictionnel régional

Une des conséquences du phénomène de mondialisation a été d'accentuer la multiplication de juridictions internationales et partant, de juridictions régionales¹⁰¹³. Ce

¹⁰¹⁰ BBC News, "Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Perú suspenden su participación en Unasur", 21 de abril de 2018. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43733510>.

¹⁰¹¹ PERDOMO PERDOMO L., "Introducción", *II Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Ecuador, 2011, p. 7.

¹⁰¹² ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Editions du Seuil et la République des Idées, janvier 2005, p. 53.

¹⁰¹³ BURGOGUE-LARSEN L., "Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international", in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Société Française pour le Droit international, Editions A. Pedone, Paris, 2003, pp. 203-264.

nouveau contexte international caractérisé par ce “buissonnement”¹⁰¹⁴ juridictionnel, combiné à la volonté des Etats d’Amérique du Sud de dépasser la fragmentation régionaliste et la polarisation politique pour atteindre la convergence du continent, ouvre une *window of opportunity*¹⁰¹⁵ à la création d’un mécanisme juridictionnel sud-américain. Ainsi, sans prétendre établir un catalogue exhaustif des propositions envisagées par la doctrine, nous en avons retenu certaines qui, à notre sens, méritent d’être soulignées.

Par exemple, la proposition esquissée par l’ancien juge du TJCA, Ricardo Vigil Toledo, qui suggère de créer un Comité Juridique Mixte CAN-MERCOSUR composé des juges du TJCA y du TPR¹⁰¹⁶. La finalité de ce Comité serait de suivre de manière constante le développement des jurisprudences du TJCA et du TPR afin de garantir une interprétation homogène des accords de libre-échange célébrés entre la CAN et le MERCOSUR. En outre ce Comité jetterait les bases d’un approfondissement de la coopération entre le TJCA et le TPR en vue de créer un Tribunal de Justice au sein de l’UNASUR. Ensuite, la proposition de Tribunal de Justice de l’UNASUR (ci-après TJU) défendue par Valerio de Oliveira Mazzuoli¹⁰¹⁷ ; inspirée par la CJUE et de la Cour de Justice Centraméricaine (ci-après CCJ), l’auteur envisage la mise en place d’une justice communautaire sud-américaine comparable aux expériences européenne et centraméricaine. Enfin, la solution inédite d’une juridiction commune à toutes les organisations d’intégration sud-américaine énoncée par Mariana Peña-Pinon et détaillée

¹⁰¹⁴ Le professeur René-Jean Dupuy avait utilisé l’expression, qui lui ai ici empruntée, de “buissonnement organique” pour mettre en exergue la multiplication des structures institutionnelles en matière économique (v. la conclusion du colloque de la SFDI, *Les Nations Unies et le droit international économique. Colloque de Nice*, Paris, Editions A. Pedone, 1986, p. 376).

¹⁰¹⁵ Selon l’expression de SALDÍAS O., *The Judicial Politics of Economics Integration: The Andean Court as an Engine of Development*, Routledge, New York, 2014, p. 72 y ss..

¹⁰¹⁶ VIGIL TOLEDO R., *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, op. cit., pp. 174 et ss.

¹⁰¹⁷ Cf. DE OLIVEIRA MAZZUOLI V., “Por un Tribunal de Justicia para UNASUR: la necesidad de una Corte de Justicia para América del Sur sobre los paradigmas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Corte Centroamericana de Justicia”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, N° 4, Août 2014, pp. 189-217; DE OLIVEIRA MAZZUOLI V., “Por um tribunal de justiça para a UNASUL: a necessidade de uma Corte de Justiça para a América do Sul sob os paradigmas do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Centro-americana de Justiça”, *Revista dos Tribunais*, vol. 939, São Paulo, janvier 2014, pp. 183-224.

dans un projet de Traité portant création d'une telle juridiction¹⁰¹⁸, propose une réforme des plus complètes, ambitieuses et cohérentes.

2. Emergence d'un soft power judiciaire de l'intégration sud-américaine

Le phénomène de mondialisation a, par ailleurs, provoqué une profonde mutation de la science juridique et une internationalisation du droit et a contribué à une intensification de la communication entre juges au-delà des frontières politiques nationales. Par conséquent, cette mondialisation du droit a favorisé l'organisation de forums informels d'échanges entre juges situés le plus souvent aux marges des mécanismes institutionnels. L'intensification de ces rencontres et ces échanges entre juges ouvre un nouvel horizon dans la sphère juridique internationale et participe à l'élaboration progressive d'une nouvelle forme de pouvoir, d'un *soft power* judiciaire dont l'influence ne cesse d'augmenter¹⁰¹⁹.

Or, s'il existe un continent dont l'agenda judiciaire se caractérise par une organisation constante de forums et de rencontres entre juges, c'est bien l'Amérique Latine. Le corpus de réflexion abordé lors de ces rencontres correspond aux problématiques inhérentes à l'Amérique Latine comme, par exemple, la lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent, la constitutionnalisation des droits et libertés fondamentaux et, évidemment, l'intégration régionale, dont témoignent les rencontres entre les magistrats de la TJCA et du TPR, ainsi que des cours suprêmes des pays de la CAN et du MERCOSUR. Promues par le TJCA, ces rencontres ont pour objectif de créer "une base théorique et pratique pour une analyse adéquate de l'interaction de ces deux systèmes d'intégration"¹⁰²⁰ afin "d'activer des espaces de réflexion juridique commune, visant à faciliter la participation précoce des Magistratures de la CAN et du

¹⁰¹⁸ PEÑA-PINON M., *La fonction juridictionnelle au service de l'intégration sud-américaine*, op. cit., pp. 391-407.

¹⁰¹⁹ ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., p. 53.

¹⁰²⁰ PERDOMO PERDOMO L., "Introducción", op. cit., p. 7.

MERCOSUR et ce dans le but de contribuer au développement d'un espace sud-américain intégré¹⁰²¹.

S'il est vrai que ces échanges ne produisent ni du droit homogène, ni du droit contraignant, leur influence et leur efficacité sont ailleurs : ils peuvent, en effet, "stimuler l'imagination juridique, un peu à l'image de ce que l'on attendait autrefois de l'enseignement du droit romain"¹⁰²². A cet égard, l'idée sous-jacente de ces rencontres entre le TJCA et le TPR serait d'envisager la convergence juridique des deux processus à travers la construction d'"îlots de droit".

Outre le thème de la propriété intellectuelle, les quatre rencontres organisées jusqu'à présent ont mis l'accent sur les mécanismes de coopération horizontale entre le TJCA, le TPR et les juges nationaux de la CAN comme du MERCOSUR, sur l'unification douanière, le transport multimodal et la protection de l'environnement, en bref sur des questions juridiques essentielles à l'intégration sud-américaine. Il n'est donc pas déraisonnable de penser que le succès de la jurisprudence andine dans le domaine de la propriété intellectuelle ait motivé ces rencontres en vue de promouvoir des "îlots de l'État de droit" au niveau continental.

En effet, l'expérience juridique andine dans la construction d'un îlot d'Etat de Droit au sein de la CAN, bien que circonscrit à un espace juridique défini, et les analyses théoriques qui en découlent, peuvent stimuler l'émergence d'autres îlots d'État de Droit, non seulement au sein de la CAN mais également au sein du MERCOSUR et de l'UNASUR dans des domaines juridiques tout aussi spécifiques quoique différents. Ainsi, l'émergence possible de ces îlots pourrait contribuer à l'élaboration d'un Droit sud-américain de l'intégration, certes confiné à certaines questions juridiques spécifiques mais essentielles à l'harmonisation des deux organisations d'intégration régionales.

¹⁰²¹ *Primer Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, Lima et Arequipa, 12, 13 y 14 octobre 2005, point II.

¹⁰²² ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., p. 70.

En définitive, nous considérons que cette initiative de rencontres entre les magistrats du CAN et du MERCOSUR pourrait présenter non seulement une étape décisive dans le dialogue et la coopération entre le TJCA et le TPR mais aussi et surtout un *soft power* judiciaire favorable à l'intégration régionale et, par là même, un outil stratégique permettant la construction progressive "d'îlots de droit" concernant les questions juridiques essentielles à l'intégration du continent. Par conséquent, l'influence de ce *soft power* judiciaire pourrait supposer une avancée significative vers une harmonisation juridique au niveau continental en instaurant les prémices d'un Droit sud-américain de l'intégration.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN HONRUBIA V., VILÀ COSTA B., OLESTI RAYO A., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 6ª ed. actualizada, Editorial Ariel, Barcelona, 2018.
- ALEGRETT SALAZAR A., “Protección de los derechos de los ciudadanos andinos”, *II Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 81-84.
- ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Editions du Seuil et la République des Idées, janvier 2005.
- ALMEIDA P. R., *Integração regional: uma introdução*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013.
- ALONSO GARCÍA R., *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Editorial Civitas, Madrid, 1989.
- , *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- , *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretaciones uniforme*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- , *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- , *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 3ª ed., Thomson, Civitas, Cizur Menor, 2006.
- , *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*, Pamplona: Biblioteca de Legislación Serie, Thomson Civitas, 2008.
- , *Un Paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su Reflejo en los Sistemas Suramericanos de Integración*, Advocatus, Cuadernos de Derecho Público N°1, Córdoba, Año 2008.
- , “La experiencia judicial europea en los sistemas suramericanos de integración regional, y las posibilidades de una inspiración inversa”, en *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 31-45.
- , *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 4ª ed., Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2014.
- , *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Civitas, Thomson Reuters, 2015.
- ALONSO GARCÍA R. y DREYZIN DE KLOR A. S. (Directores), “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, *Revista de Derecho Internacional y MERCOSUR*, Año 8, N°5, octubre 2004.

- ALTER K. J., *The European Court's Political Power: Selected Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- ALTER K. J. y HELFER L. R., “La propiedad intelectual en el mecanismo de cooperación judicial comunitaria y la posibilidad de ampliación a otros temas”, *III Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y MERCOSUR*, 4, 5 y 6 de Octubre de 2011, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Ecuador, 2011.
- , “Legal Integration in the Andes: Law-Making by the Andean Tribunal of Justice”, *European Law Journal*, Vol. 17, Issue 5, 2011, pp. 701-715.
- , *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- ALTER K. J., HELFER L. R. y GUERZOVITCH F., “Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community”, *The American Journal of International Law*, Vol. 103, Núm. 1, January 2009, pp. 1-47. Recopilado en ALTER K. J. y HELFER L. R., *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2017. Este artículo fue traducido por VARGAS MENDOZA M. bajo el título: “Casos aislados de jurisdicción internacional eficaz: la construcción de un Estado de Derecho de propiedad intelectual en la Comunidad Andina”, en SAIZ ARNAIZ A., MORALES-ANTONIAZZI M. y UGARTEMENDIA J. I. (Coordinadores), *Las Implicaciones Constitucionales de los Procesos de Integración en América Latina: un Análisis desde la Unión Europea*, coed. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, IVAP, Universidad del País Vasco, Universitat Pompeu Fabra, 2011, pp. 207-281.
- ALTER K. J., HELFER L. R. y SALDÍAS O., “Transplanting the European Court of Justice: the Experience of the Andean Tribunal of Justice”, *The American Journal of International Law*, Vol. 60, Núm. 3, July 2012, pp. 629-664. Recopilado en ALTER K. J. y HELFER L. R., *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- ALTMANN BORBÓN J., “América Latina: ¿una región dividida o integrada?” en ROJAS ARAVENA F. y ALTMANN BORBÓN J. (Editores), *América Latina y el Caribe: ¿fragmentación o convergencia? Experiencias recientes de la integración*, Flasco, Ecuador, Ministerio de Cultura del Ecuador, Fundación Carolina, Quito, 2008, pp. 117-132.
- ÁLVAREZ ZÁRATE J. M. y PENDLETON R., “The International Rule of Law in Latin American Investment Arbitration: UNASUR’s Advances in Arbitrator Appointment and Disqualification”, *The Journal of World Investment & Trade*, Volume 17, Issue 4, 2016, pp. 681-699.
- AMZEL-GINZBURG C., “MERCOSUR: solución de controversias y gobernabilidad” en MELLADO N. B. (Editora), *Gobernabilidad e instituciones en la integración regional*, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, Argentina, Septiembre 2010, pp. 91-116.
- , “Uruguay-Argentina: impedimentos a la libre circulación” en MELLADO N. y CIENFUEGOS M., Editores, *Los Cambios en la Infraestructura regional y sus impactos ambientales en clave de mejorar la Gobernabilidad en el MERCOSUR*, Lerner Editora, Córdoba, Argentina 2011, pp. 323-338.
- ANAYA VERA E. y POLANCO LAZO R., “The Court of Justice of the Andean Community: A New Forum for the Settlement of Foreign Investment Disputes? (El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿Un Nuevo Foro de Solución de Controversias de Inversión Extranjera?)” en *Transnational Dispute Management*, June 2016; el texto de este artículo

fue presentado asimismo en “La Tercera Conferencia Bienal de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional” organizada en Bogotá, Colombia, 14, 15 y 16 de Agosto de 2014.

- ARBUET VIGNALI H., “El Protocolo de Ouro Preto”, en ARBUET VIGNALI H., GARRE COPELLO B., PIPERNO J., RIVANERA DE PAIS E., RIPPE S. y TELLECHEA BERGMAN E., *MERCOSUR: balance y perspectivas*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, pp. 33-53.
- ARROYAVE QUINTERO M. A., “De la soberanía compartida para la consolidación de la paz regional en Europa al constitucionalismo multinivel; una configuración no aplicada en los procesos de integración suramericanos”, en TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *Los procesos de integración como factor de paz*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 193-226.
- BACIGALUPO M., *La justicia comunitaria*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S. A., Madrid, 1995.
- BALDIVIESO JINÉS M. A., “Supremacía constitucional y primacía comunitaria, ¿convivencia o incompatibilidad? Análisis jurisprudencial y estudio de caso”, *Revista Jurídica Derecho*, Volumen 2, N° 3, Julio – Diciembre, 2015, pp. 41-48.
- BARAV A., *Etudes sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l’Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- BARNAVI E. y POMIAN K., *La révolution européenne. 1945-2007*, Perrin, 2008.
- BARROS CHARLIN R. y ARMANET ARMANET P. (Directores), *Estudios sobre la reestructuración de ALALC*, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1980.
- BARTESAGHI HIERRO I., “El papel de la Alianza del Pacífico en la dinamización de la agenda externa sudamericana”, en TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 343-364.
- BARTOLINI S., *Restructuring Europe. Centre Formation, System Building and Political Structuring between the Nation State and the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- BASALDÚA R. X., “Código Aduanero del Mercosur. Antecedentes y modelos de uniformización aduanera”, *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Serie Memorias y Debates, José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón Editores, Quito, 2012, pp. 41-93.
- BIACCHI GOMES E., “La democratización del acceso al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de las Opiniones Consultivas”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 2, N° 4, Agosto 2014, pp. 49-63.
- BLANQUET M., *Droit Général de l’Union européenne*, 11^e éd., Sirey, Editions Dalloz, Paris, 2018.
- , “L’Union européenne est-elle une Communauté? Est-elle une communauté?”, in *Revue de l’Union Européenne*, N° 621, Editions Dalloz, Paris, septembre 2018, pp. 507-516.
- BLUMANN C., DUBOIS L., *Droit institutionnel de l’Union européenne*, 6^e éd., LexisNexis, Paris, 2016.
- BOGDANDY A.V., LANDA ARROYO C. y MORALES ANTONIAZZI M. (Editores), “¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y

multifocal”, coed. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

BOULOIS J., *Droit institutionnel de l’Union Européenne*, 6^e éd., Montchrestien, Paris, 1997.

BOULOIS J., CHEVALLIER R. M., *Recueil des grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, tome I, 6^e éd., Dalloz, Paris, 1994.

BOUZAS R., DA MOTTA VEIGA P. y RÍOS S., “Crisis y perspectivas de la integración suramericana”, *Foreign Affairs en Español*, octubre-diciembre, 2007.

BRAGUE R., *Europe, la voie romaine*, Gallimard, “Folio Essais”, Paris, 1999.

BUENO MARTINEZ P. y PEROTTI D. A., “La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?”, en *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, Colombia, Núm. 14, 2005, pp. 133-152.

BURGOGUE-LARSEN L., “Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international”, en *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Société Française pour le Droit international, Editions A. Pedone, Paris, 2003, pp. 203-264.

—, “Prendre les droits communautaires au sérieux. La force d’attraction de l’expérience européenne en Afrique et en Amérique latine”, en *Mélanges en hommage au Professeur Jean-Claude Gautron*, Pedone, Paris, 2004, pp. 563-580.

CARDONA D., “¿Tiene futuro la Comunidad Suramericana de Naciones?”, *Foreign Affairs en Español*, vol. 5, n^o 5, 2005, pp. 84-92.

—, “El ABC de UNASUR: Doce preguntas y respuestas”, *La Construcción de la Integración Suramericana*, Revista de la Integración N^o2, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, Julio 2008, pp. 19-30.

CARREAU D., “Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté?”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE)*, 1978, pp. 319-418.

CARREAU D., JUILLARD P., BISMUTH R. y HAMANN A., *Droit international économique*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2017.

CARVALHO DE VASCONCELOS R., “O MERCOSUL e as linhas gerais de seu sistema de solução de controversias”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 4, N^o 8, Agosto 2016, pp. 113-135.

CEBADA ROMERO A., “Una contextualización de las relaciones entre la Unión Europea y la Comunidad Andina”, en BOGDANDY A.V., LANDA ARROYO C. y MORALES ANTONIAZZI M. (Editores), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, coed. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 413-437.

CENTURIÓN GONZÁLEZ C. H., “Aporte del Tribunal Permanente de Revisión al proceso de integración del MERCOSUR: reflexiones orientadas hacia la sociedad civil del MERCOSUR”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 5, N^o 9, Marzo 2017, pp. 78-100.

CESPEDES ARTEAGA J. P., “La protection des droits de l’homme dans l’intégration communautaire andine”, in *Intégration et Droits de l’Homme*, Mare & Martin, collection Horizons européens, 2018, pp. 247-267.

CHAHÍN LIZCANO G., “Interpretación prejudicial u optativa: una mirada desde la Comunidad Andina”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*,

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 73-80.

- CIENFUEGOS MATEO M., “¿Es la Unión de Naciones Suramericanas un proyecto viable?”, en DRNAS DE CLÉMENT Z. (Coordinadora) y HUMMER W. (Editor), *MERCOSUR y UNIÓN EUROPEA*, Lerner Editorial SRL, Córdoba, República Argentina, 2008, pp. 101-137.
- , “Las opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión como instrumento para la gobernabilidad del MERCOSUR”, en MELLADO N. B. (Editora y Directora), *Instituciones, comercio y cooperación monetaria en la integración sudamericana: sus efectos sobre la gobernabilidad regional*, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, Argentina. Marzo 2012, pp. 125-152.
- , “Opiniones Consultivas en el MERCOSUR y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario (RDC)*, Núm. 42, Madrid, 2012, pp. 433-476.
- , “La colaboración entre los jueces de los países del MERCOSUR y el Tribunal permanente de revisión mediante el procedimiento de opiniones consultivas”, en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A. y ZELAIA GARAGARZA M. (Directores), *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pp. 151-213.
- , “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 25, 2013, pp. 1-43.
- CIENFUEGOS MATEO M., NERYS FERNÁNDEZ W. y MELLADO N. B. (Editores y Directores), *Desafíos del desarrollo de la infraestructura regional para el medio ambiente, la cohesión social y la gobernabilidad del MERCOSUR*, Taller de Comunicación, Uruguay, febrero de 2012.
- CIENFUEGOS MATEO M. y SANAHUJA J. A. (Editores), *La construcción de una región. UNASUR y la integración en América del Sur*, Barcelona, Fundació CIDOB, 2010.
- COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL, *The Latin American common market. Exposición del Dr. Prebisch, Director Principal a cargo de la Secretaría Ejecutiva*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 11 de mayo de 1959.
- , *El movimiento latinoamericano hacia la colaboración económica multilateral*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 6 de marzo de 1961.
- , *Algunas orientaciones básicas para el eventual ajuste del Tratado de Montevideo a una nueva etapa de integración económica (El Programa de Liberación-Los Acuerdos de Complementación): versión preliminar*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 4 de Septiembre 1974.
- , *El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe. La integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, Septiembre 1994.
- CONSTANTINESCO (Vlad *et al.*) (sous la direction de), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, 1992.
- , *Traité sur l’Union européenne. Commentaire article par article*, Economica, 1995.
- CRAIG P., DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

- DABENES O., “Virage à gauche et intégration régionale en Amérique latine”, *Transcontinentales*, N°4, 1^{er} Semestre 2007, pp. 45-58. Disponible en <http://journals.openedition.org/transcontinentales/595>.
- , “La Communauté d’Etats latino-américains et caribéens (CELAC)”, disponible en <http://www.ceri-sciences-po.org>, Mars 2012.
- , “La quatrième vague de régionalisme”, in QUENAN C. et VELUT S. (Dir.), *Les Enjeux du développement en Amérique latine : dynamiques socioéconomiques et politiques publiques*, coll. “À Savoir”, n° 24, 2014, pp. 64-95.
- DAILLIER P., BENLOLO-CARABOT M., SUSANI N., VAURS-CHAUMETTE A.-L., “La jurisprudence des tribunaux des organisations d’intégration latino-américaines (chronique n° 1 - Les ordres juridiques des organisations d’intégration latino-américaines)”, in *Annuaire français de droit international*, volume 51, 2005, pp. 633-673.
- , “La jurisprudence des tribunaux des organisations d’intégration latino-américaines (chronique n° 2 – Les voies de recours)”, in *Annuaire français de droit international*, volume 52, 2006, pp. 532-598.
- , “La jurisprudence des tribunaux des organisations d’intégration latino-américaines (chronique n° 3 – Le droit matériel)”, in *Annuaire français de droit international*, volume 53, 2007, pp. 718-777.
- DÁVALOS GARCÍA D., “La misión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, VV.AA., *Memorias del Seminario Internacional “La Integración, Derecho y los Tribunales comunitarios”*, Quito, 1997, pp. 41 y ss.
- DE BÚRCA G., “Fundamental Rights and Citizenship”, en DE WITTE B. (Edited by), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, e-book, Instituto Universitario Europeo, abril de 2003, pp. 11-44.
- DE BÚRCA G. (Edited by), WEILER J. H. H., *The European Court of Justice*, Oxford University Press Inc., New York, 2001.
- DE OLIVEIRA MAZZUOLI V., “Por un Tribunal de Justicia para UNASUR: la necesidad de una Corte de Justicia para América del Sur sobre los paradigmas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Corte Centroamericana de Justicia”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 2, N° 4, Agosto 2014, pp. 189-217.
- DEHOUSSE R., *La Cour de justice des Communautés européennes*, 2^e éd., Montchrestien, Paris, 1997.
- , *Une Constitution pour l’Europe ?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2002.
- , *La fin de l’Europe*, Éditions Flammarion, Paris, 2005.
- DELMAS-MARTY M., “L’influence du droit comparé sur l’activité des tribunaux pénaux internationaux”, in CASSESE A. et DELMAS-MARTY M. (Sous la dir. de), *Crimes internationaux et juridictions pénales internationales*, PUF, Paris, 2002, pp. 95-128.
- , *Le Relatif et l’Universel. Les Forces imaginantes du droit*, Le Seuil, Paris, 2004.
- DELUCA S., “El Mercosur necesita su Maastricht”, *Revista Pensar en Derecho*, N°1, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2012, pp. 247-265. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-mercosur-necesita-su-maastricht.pdf>.
- , “Metodología para la selección de árbitros del Sistema de Controversias del Mercosur (AD HOC y TPR)”, en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A. y ZELAIA GARAGARZA M. (Directores), *Tribunales en Organizaciones de Integración:*

- Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pp. 27-49.
- , “El Mercosur tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: Ponderación del Laudo TPR n°1/2012”, *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, Universidad Complutense, Madrid, 2013. Disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-el%20mercosur.pdf>.
- DÍAZ BARRADO C., “La Comunidad Suramericana de Naciones: Propuestas y Realizaciones”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol., LVII, n2 2, Madrid, 2005, pp. 639-663.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO M., *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- DREYZIN DE KLOR A. S., “Sistema de solución de controversias en el MERCOSUR” en ARBUET VIGNALI H., GARRE COPELLO B., PIPERNO J., RIVANERA DE PAIS E., RIPPE S. y TELLECHEA BERGMAN E., *MERCOSUR: balance y perspectivas*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, pp. 83-101.
- , “El Protocolo de Olivos”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003, pp. 579-580; el texto de este artículo fue presentado asimismo en “Forum Brasil-Europa” organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 22-24 de noviembre de 2002.
- , “El reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año II, núm. 3, enero-junio de 2005, pp. 69-105.
- , “Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico”, en BOGDANDY A.V., LANDA ARROYO C. y MORALES ANTONIAZZI M. (Editores), “*¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*”, coed. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 441-489.
- DREYZIN DE KLOR A. S. y PEROTTI D. A., *El Rol de los Tribunales Nacionales de los Estados del MERCOSUR*, Advocatus, Córdoba, 2009.
- DREYZIN DE KLOR A. S. y HARRINGTON C., “Las opiniones consultivas en MERCOSUR: El debut del mecanismo jurídico”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n°2, Buenos Aires, 2007.
- DRNAS DE CLÉMENT Z. (Coordinadora) y HUMMER W. (Editor), *MERCOSUR y UNIÓN EUROPEA*, Lerner Editorial SRL, Córdoba, República Argentina, 2008.
- DRNAS DE CLÉMENT Z., “Un fallo postmoderno (Laudo de 06/09/06 del TAH del MERCOSUR)”, *Revista DeCITA*, Vol. 7, Ed. Boiteaux/Zavalía, Brasil-Argentina, 2007, pp. 517-537.
- , “El sistema de solución de controversias de UNASUR y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso”, *Anuario del CIJS*, Vol. XI, 2008, pp. 337-350.
- DROMI R., EKMEKDJIAN M. A. y RIVERA J. C., *Derecho Comunitario. Régimen del MERCOSUR*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- DUARTE LLOVERA P. A., “La Naturaleza Jurídica de la Neo-integración Regional UNASUR”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 2, N° 4, Agosto 2014, pp. 175-188.

- ESTEBAN CHAMI D., “Transporte multimodal: una teoría y una paradoja”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 131-151.
- FABBRICATORE A., “Análisis del Laudo Nro. 1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión: ¿Hacia una independencia y conformación del poder jurisdiccional supranacional?”, *Revista Electrónica de la Catedra Jean Monnet de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, Año I, N° 1, 2013, pp. 91-99.
- FACH GÓMEZ K., “Are there “regional” approaches to international disputes resolutions?”, *Proceedings of the Annual Meeting – American Society of International Law*, 105, 2011, pp. 447-449.
- FACH GÓMEZ K. y TITI C., “El Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR: Comentarios Sobre el Borrador de Acuerdo Constitutivo”, *Investment Treaty News*, Número 3, Tomo 7, Agosto 2016, pp. 3-6.
- , “Le Centre de règlement des différends relatifs aux investissements de l’UNASUR : Commentaires sur le projet de texte de l’Accord constitutif”, *Investment Treaty News*, Numéro 3, Volume 7, Août 2016, pp. 3-6.
- FARAMIÑÁN GILBERT (DE) J. M., “El control de legalidad comunitaria: el recurso de nulidad y el recurso por omisión”, en RODRIGUEZ IGLESIAS G. C. y LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 453-526.
- FERNÁNDEZ MASIÁS E., “Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, en RODRÍGUEZ JIMÉNEZ S. y WÖSS H. (Coordinadores), *Arbitraje en Materia De Inversiones. Memorias de las jornadas del foro de arbitraje en materia de inversiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, pp. 123-145.
- FERNÁNDEZ W., “El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006, pp. 595-614.
- FIEZZONI S. K., “The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration”, *Beijing Law Review*, 2(3), 2011, pp. 134-144.
- , “Centro de Arbitraje de UNASUR: las principales características de la propuesta de Ecuador”, *Investment Treaty News*, Número 2, Tomo 2, Diciembre 2011/Enero 2012, pp. 6-7.
- FONTURA J., “Criação do Tribunal de Justiça Do MERCOSUL”, *VII Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR*, Brasilia, 2009.
- FRETES A., “Tribunal de Justicia Supranacional”, *VII Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR*, Brasilia, 2009.
- FRITZ T., *ALBA contra ALCA. La Alternativa Bolivariana para las Américas: una nueva vía para la integración regional en Latinoamérica*, Centro de Investigación y Documentación Chile - Latinoamérica (FDCL), Berlín, abril de 2007.
- FUENTES HERNÁNDEZ A. y ALEGRET SALAZAR A., “Comunidad Andina: bases jurídico-institucionales y funcionamiento de su sistema de cumplimiento de compromisos”, en BOGDANDY A.V., LANDA ARROYO C. y MORALES ANTONIAZZI M. (Editores), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, coed. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 359-396.

- GAJATE R. M., “Hacia la construcción de la UNASUL. Institucionalidad y Convergencia.” en DRNAS DE CLÉMENT Z. (Coordinadora) y HUMMER W. (Editor), *MERCOSUR y UNIÓN EUROPEA*, Lerner Editorial SRL, Córdoba, República Argentina, 2008, pp. 139-159.
- , “Una conflictiva cuestión medioambiental subregional: el caso de las pasteras” en MELLADO N. y CIENFUEGOS M. (Editores), *Los Cambios en la Infraestructura regional y sus impactos ambientales en clave de mejorar la Gobernabilidad en el MERCOSUR*, Lerner Editora, Córdoba, Argentina 2011, pp. 295-321.
- GARCÍA BRITO G., “Análisis de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del Proceso 242-IP-2015 (Marca: TEXTURA SUPERFICIE “OLD PARR”)”, *FORO*, Revista de Derecho, N° 22, Quito, 2014, pp. 144-162.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., TIZZANO A. y ALONSO GARCÍA R., *Código de la Unión Europea*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. (Director) y ALONSO GARCÍA R. (Subdirector), *La Encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002.
- GARZÓN CLARIANA G., “Las fuentes del Derecho comunitario”, en RODRIGUEZ IGLESIAS G. C. y LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 23-53.
- GARRE COPELLO B., *Solución de controversias en el Mercado común del Sur*, Estudios Multidisciplinares sobre el Mercosur. Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.
- GAUDIN H., BLANQUET M., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., FINES F., *Les grands arrêts de la Cour de justice de l’Union européenne*, tome I, 1^{er} éd., Dalloz, Paris, 2014.
- GONZALES BUSTOS J. P., *Hacia la armonización fiscal en la Comunidad Andina*, Tesis doctoral dirigida por ROZAS VALDÉS J. A., Universitat de Barcelona, 2017.
- GONZÁLEZ CAMPOS J. D., “La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre tribunales comunitarios y tribunales nacionales”, en GARCÍA DE ENTERRÍA E. (Director) y ALONSO GARCÍA R. (Subdirector), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pp. 493-507.
- GRANADOS J., *La integración comercial Centroamericana: Un marco interpretativo y cursos de acción pausable*, Buenos Aires: INTAL-ITD, 2001.
- GRANDINO RODAS J., “La competencia del Tribunal Permanente de Revisión para emitir Opiniones Consultivas”, *VI Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR*, Brasilia, 2008.
- GRATIUS S., “Introducción”, en GRATIUS S. (Editor), *MERCOSUR y NAFTA: instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*, Iberoamérica, Vervuert, 2008, pp. 13-32.
- GUERRA RODRÍGUEZ E., “Supremacía constitucional y control del Derecho comunitario”, en *FORO*, Revista de Derecho, N° 22, UASB-Ecuador, Quito, 2014, pp. 37-62.
- GUTIERREZ PROTO D., “Creación de una Corta de Justicia del MERCOSUR”, *VII Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR*, Brasilia, 2009.
- HERAUD G., “L’interétatique, le supranational et le fédéral”, *Archives de philosophie du droit*, N° 6, 1961, pp. 179-191.

- HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A. y ZELAIA GARAGARZA M. (Directores), *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012.
- HETTNE B., SÖDERBAUM F., “Theorising the Rise of Regionness”, *New Political Economy*, vol. 5, n° 3, 2000, pp. 457-474.
- , “Civilian Power or Soft Imperialism: The EU as a Global Actor and the Role of Interregionalism”, *European Foreign Affairs Review*, vol. 10, n°4, 2005, pp. 535-552.
- HUMMER W. y FRISCHHUT M., “Diferentes concepciones de la protección de los Derechos Humanos en la integración europea y latinoamericana. La “Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos” (2002)”, *Anuario argentino de derecho internacional*, vol. n° XIII, 2004, pp. 47-123.
- INSIGNARES CERA S., “La UNASUR: ¿integración regional o cooperación política?”, *Revista de Derecho*, N°40, Barranquilla, 2013, pp. 167-198.
- , “Particularidades del proceso de integración latinoamericano: un camino inacabado” en TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *Repensando la integración y las integraciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 423-450.
- , *Integración Latinoamericana. Su construcción jurídico-política*, Editorial Porrúa, México, 2015.
- JAGUARIBE H., “El proyecto suramericano”, *Foreign Affairs en Español*, vol. 5, n° 2, 2005, pp. 80-83.
- JIMÉNEZ W. G., “Papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en decisiones judiciales de los países miembros”, *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, N° 23, Bogotá, 2013, pp. 87-118.
- JOVTIS I., “La proporcionalidad de las medidas compensatorias en el MERCOSUR: algunas reflexiones en torno al laudo 1/2007 del Tribunal Permanente de Revisión” en DRNAS DE CLÉMENT Z. (Coordinadora) y HUMMER W. (Editor), *MERCOSUR y UNIÓN EUROPEA*, Lerner Editorial SRL, Córdoba, República Argentina, 2008, pp. 45-61.
- , “La legitimación activa en el sistema de solución de diferencias del MERCOSUR”, en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A. y ZELAIA GARAGARZA M. (Directores), *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pp. 87-99.
- JUILLARD P., “Les organisations internationales économiques”, in DUPUY R.J., *Manuel sur les organisations internationales*, 2^{ème} éd., Académie du droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 649-705.
- JUNAC, *Informe de la Junta sobre el establecimiento de un órgano jurisdiccional del Acuerdo de Cartagena*, COM/X-E/di5, de 12 de diciembre de 1972.
- , *Informe sobre el proceso y estado actual de la discusión del proyecto de tratado para la creación del Tribunal Andino de Justicia* (Propuesta 43/Rev. 2 de la Junta), JUN/di 355, Lima, 16 de febrero de 1979.
- KENDALL G., “The ICSID Under Siege: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration”, *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*, Paper 108, 2015, pp. 1115-1150. Disponible en versión digital: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/108>.

- KLEIN VIEIRA L., *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración: Unión Europea, Comunidad Andina y MERCOSUR*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2011.
- KOSCHAKER P., *Europa y el Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- LACARTE J. y GRANADOS J. (Editores), *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*, BID-INTAL, Buenos Aires, 2004.
- LECOURT R., *Le juge devant le Marché commun*, Librairie Droz, Genève 1970.
- , *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976.
- , “La Cour de Justice des Communautés vue de l’intérieur”, en *Europäische Gerichtsbarkeit und National Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher* (Eds. Grewe, Rupp y Schneider), Ed. Nomos, Baden-Baden, 1981, pp. 261-272.
- LÉGER A., “Mémorandum sur l’organisation d’un régime d’Union fédérale européenne”, in ZORGBIBE C., *Histoire de la construction européenne*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997.
- LENAERTS K., *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d’Amérique et dans l’ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988.
- LEVÍ CORAL M., “Unión Europea-América del Sur: la posible relación entre actores globales”, en ROY J. (Compilador), *Después de Santiago: Integración Regional y Relaciones Unión Europea-América Latina*, The Jean Monnet Chair, University of Miami, Miami-Florida European Union Center, 2013, pp. 136-148.
- LEVÍ CORAL M. y REGGIARDO G., “La Alianza del Pacífico en el regionalismo sudamericano actual”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 106, enero-abril de 2016, pp. 184-204.
- LOPRESTI R. P., *Constituciones del Mercosur*, Editorial La Ley, Segunda Edición, Buenos Aires, 2011.
- LORENZETTI R. L., “Creación de una Corta de Justicia del MERCOSUR”, *VII Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR*, Brasilia, 2009.
- LOUIS J.-V., VANDERSANDEN G., WAELBROECK M., WAELBROECK D., *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, vol. 10 (*La Cour de Justice. Les actes des institutions*), Editions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 1993.
- LOZANA CUTANDA B., “La protección del medio ambiente en los sistemas supranacionales de integración: el ejemplo de la Unión Europea”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 153-168.
- MALAMUD A., “Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional”, en *Norteamérica*, Año 6, número 2, julio-diciembre de 2011, pp. 219-249.
- MALAMUD C., “La integración que no acaba de llegar”, en *Revista de Libros. Segunda Época*, nº 143, Fundación Amigos Revista de Libros, 1 de noviembre de 2008.
- , “La Alianza del Pacífico: un revulsivo para la integración regional en América Latina”, *Revista Área: América Latina del Real Instituto Elcano*, Volumen 46, 2012.
- , *Integración y cooperación regional en América Latina: diagnóstico y propuestas*, Real Instituto Elcano, Madrid, 26 de octubre de 2015.

- MANGAS MARTIN A., “Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 55-96.
- MANGAS MARTIN A. (Directora), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario, artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- MANGAS MARTIN A., LIÑAN NOGUERAS D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9ª ed., Editorial Tecnos, 2016.
- MANIN P., *L'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux*, Pedone, Nouvelle édition, Paris, octobre 2005.
- MARCOS F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179, Madrid, mayo-agosto, 2009, pp. 333-365.
- MARTÍNEZ PUÑAL A., *La solución de controversias en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR): estudio de sus mecanismos*, Tórtulo Edición, Colección Estudios Internacionales, Santiago de Compostela, 2000.
- , “El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en MERCOSUR: una reforma en clave continuista”, *Anuario de Derecho Europeo*, Nº 3, Universidad de Sevilla, 2003, pp. 177-198.
- , *El Sistema Institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*, Tórtulo Edición, Colección Estudios Internacionales, Santiago de Compostela, 2005.
- MASNATTA H., “Perspectivas para el sistema definitivo de solución de controversias en el Mercosur”, *Revista de Derecho del Mercosur*, Nº5, Editorial La Ley, octubre 2002, pp. 249-262.
- MEJÍA HERRERA O., “El diálogo entre tribunales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como fuente de inspiración para los tribunales de los sistemas de integración latinoamericanos”, *Boletín Electrónico sobre Integración Regional del CIPEI*, Vol. 1, León, Nicaragua, Centroamérica, Mayo de 2011, pp. 14-34.
- , “La influencia de la jurisprudencia comunitaria europea en los principales tribunales de los sistemas de integración latinoamericanos: un estudio exploratorio” en ROY J. (Compilador), *Después de Santiago: Integración Regional y Relaciones Unión Europea-América Latina*, The Jean Monnet Chair, University of Miami, Miami-Florida European Union Center, 2013, pp. 52-62.
- MELLADO N. B. (Editora), *MERCOSUR y UNASUR ¿Hacia dónde van?*, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, Argentina, diciembre 2009.
- , *Gobernabilidad e instituciones en la integración regional*, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, Argentina, Septiembre 2010.
- MELLADO N. B., “Prologo” en *MERCOSUR y UNASUR ¿Hacia dónde van?*, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, Argentina, diciembre 2009, pp. 7-12.
- MELLADO N. B. y CIENFUEGOS M. (Editores), *Los Cambios en la Infraestructura regional y sus impactos ambientales en clave de mejorar la Gobernabilidad en el MERCOSUR*, Lerner Editora, Córdoba, Argentina 2011.
- MELLADO N. B. (Coordinadora y Editora) y FERNÁNDEZ SACA J. C. (Coeditor), *Problemáticas del regionalismo latinoamericano en los inicios del siglo XXI*, Editorial

- Delgado, Universidad Dr. José Matías Delgado, La Libertad, República del Salvador. 2013.
- MERRYMAN J. H. and PÉREZ-PERDOMO R., *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 2007.
- , *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, Fondo de Cultura Económica (FCE), Ciudad de México, 2014.
- MONNET J., *Mémoires*, Fayard, 1976.
- MONTAÑO GALARZA C., “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Quito, Ecuador, diciembre de 2012, pp. 25-38.
- MORENO-PAREDES E. A., “El Arbitraje de Inversiones en América del Sur: Propuesta de creación de un Centro alternativo de arbitraje dentro de la estructura internacional de la Unión de Naciones Suramericanas”, *University of Miami Inter-American Law Review*, 42: Iss.1, Article 7, 2010, pp. 175-195.
- MORENO RUFFINELLI J. A., “Solución de controversias en el MERCOSUR”, Seminario organizado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 21-25 de febrero de 2005.
- MUÑOZ MACHADO S., “Principios de Articulación de las Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Interno y las Garantías Constitucionales para su Aplicación Efectiva”, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986.
- , “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo”, en RODRIGUEZ IGLESIAS G. C. y LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 133-160.
- NEGRO S., “Armonización de los aspectos de propiedad intelectual. Escenarios posibles CAN – MERCOSUR”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 103-118.
- NOODT TAQUILA M. B., *Arbitraje internacional en el MERCOSUR*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- NUN B., *Integración Subregional Andina. Estudio sobre el Acuerdo de Cartagena*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1971.
- O’KEEFE T. A., *Latin American and Caribbean: Trade Agreements (Keys to a Prosperous Community of Americas)*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009.
- OPERTTI D., “El Nuevo Mecanismo de Solución de Controversias del MERCOSUR”, en LACARTE J. y GRANADOS J. (Editores), *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*, BID-INTAL, Buenos Aires, 2004, pp. 149-158.
- OTERO LASTRES J. M., “La propiedad intelectual, papel dentro del proceso de integración comunitario: tres casos, Pipeline, patentes de segundo uso y datos de prueba”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 85-101.
- PASQUALINI-SALERNO V., “L’union sud-américaine des nations (UNASUR)”, en *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 62, N°4, 2010, pp. 1042-1048.

- PASTOR RIDRUEJO J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 21ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- PAVÓN PISCITELLO D., “Eficacia jurídica de la normativa común en procesos de integración regional, especial referencia al derecho del MERCOSUR”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 5, N° 9, Marzo 2017, pp.58-77.
- PENNETTA P. y TINO E., “Los sistemas jurisdiccionales en América Latina y el Caribe: un análisis comparado con la experiencia comunitaria europea”, en TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *Repensando la integración y las integraciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 305-373.
- PEÑA-PINON M., “Une Cour de Justice pour le MERCOSUR? Vraies-faussees avancées vers une institutionnalisation renforcée”, *Revue québécoise de droit international*, Numéro 25.1, pp. 119-154.
- , *La fonction juridictionnelle au service de l'intégration sud-américaine. Regards croisés sur la contribution des juges régionaux à la construction d'un espace intégré: Europe et Amérique du Sud*, Luxembourg Legal Studies, Nomos, Luxembourg, 2017.
- PERDOMO PERDOMO L., “Introducción”, *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 7-12.
- PÉREZ M. C., *Tribunal de Justicia de la CAN, propiedad intelectual y salud pública*, Editorial Abya Yala, Quito, 2006.
- PÉREZ OTERMÍN J., *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídico-Institucionales*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.
- PEROTTI D. A., “Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino”, *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, Serie D, Núm. 213, mayo-junio, ed. EINSA, Madrid, España, 2001, pp. 90-106.
- , “Estructura institucional y derecho en el MERCOSUR”, *Revista de Derecho Internacional y MERCOSUR*, Año 6, N°1, Buenos Aires, febrero 2002, pp. 63-137.
- , *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2008.
- , “Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: situación institucional y opiniones consultivas”, *Temas del Cono Sur. Dossier de integración*, n°49, Buenos Aires, 2008.
- , “Elementos básicos para la constitución de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR”, *VI Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR*, Brasilia, 2008.
- , “El proyecto de creación de la Corte de Justicia del MERCOSUR: estado de las negociaciones” en *Foro de Derecho Mercantil*, N°25, ed. Legis, Bogotá, octubre-diciembre 2009, pp. 115-121.
- , “Rol de los abogados y jueces en las Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Valor jurídico de las Opiniones Consultivas. Acordada N° 13/08 de la Corte Suprema”, *Temas del Cono Sur. Dossier de integración*, Buenos Aires, Febrero 2010, pp. 13-27.
- , “La obligatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”, en CIENFUEGOS MATEO M., NERYS FERNÁNDEZ W. y MELLADO N. B. (Editores y Directores), *Desafíos del desarrollo de la infraestructura regional para el medio ambiente, la cohesión social y la gobernabilidad del MERCOSUR*, Taller de Comunicación, Uruguay, febrero de 2012, pp. 307-348.

- , “El Laudo 1/12 del TPR y la tutela judicial cautelar previa en el MERCOSUR”, en MORENO RODRÍGUEZ J. A. y FERNÁNDEZ ARROYO D. P. (Coordinadores), *Integración y Derecho Internacional Privado - Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, ed. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Asunción, 2013, pp. 763-795.
- PESCATORE P., “Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe”, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 26, N°1, Janvier-mars 1974, pp. 5-19.
- , “Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des Etats membres”, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 32, N°2, Avril-juin 1980, pp. 337-359. Réimpression in *Etudes de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 527-552.
- , “La carence du législateur communautaire et le Devoir du juge”, *Rechts-vergleichung, Europarecht, Staatsintegration – Gedächtnisschrift für L.-J. Constantinesco*, Cologne Carl Heymanns Verlag, 1983, pp. 559-580.
- , “Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE”, en RODRIGUEZ IGLESIAS G. C. y LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 527-571.
- , *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, collection “Grands écrits”, Bruxelles, 2005. Réimpression de l'éd. de Leiden, A. W. Sijthoff, Genève, 1972.
- PETROVA GEORGIEVA V., “La “judicialización”: una nueva característica del sistema jurídico internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, México, D. F., 2015, pp. 3-45.
- PICO MANTILLA G., “La Solución de Controversias en los Procesos de Integración Latinoamericanos”, *Segundo Encuentro de Cortes Supremas de Justicia del Cono Sur de América Latina*, Editorial Judicial con la colaboración de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, Sucre, 1992, pp.121-146.
- , *Temas Jurídicos de La Comunidad Andina*, EAE Editorial Academia Española, 2011.
- , *Código de la Comunidad Andina*, Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, Quito, Septiembre 2017.
- PIMENTEL L. O. y DREYZIN DE KLOR A. S., “O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL”, en DREYZIN DE KLOR A. S., PIMENTEL L. O., KEGEL P. L. y BARRAL W., *Solução de Controvérsias: OMC, União Europeia e MERCOSUL*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Rio de Janeiro, 2004, pp. 141-233.
- PIZZOLO C., *Sistema de Solución de Controversias. MERCOSUR*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- , “El MERCOSUR y la UNASUR en la encrucijada”, *Revista Direito Mackenzie*, v. 10, n. 2, 2017, pp. 30-53.
- PRECIADO PINEDA E., “Anteproyecto de Código Aduanero Comunitario Andino”, *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Serie Memorias y Debates, José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón Editores, Quito, 2012, pp. 151-257.
- PREUSSE H. G., “Consecuencias de la salida de Venezuela de la CAN y su entrada al MERCOSUR” en DRNAS DE CLÉMENT Z. (Coordinadora) y HUMMER W. (Editor), *MERCOSUR y UNIÓN EUROPEA*, Lerner Editorial SRL, Córdoba, República Argentina, 2008, pp. 181-198.

- PUCEIRO RIPOLL R., “Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006, pp. 615-627.
- , *Guía Opiniones consultivas en el régimen del Protocolo de Olivos*, Análisis del CURI, núm. 4, 2009.
- QUINDIMIL LÓPEZ J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- , “El acceso a tribunales de justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía comunitaria”, en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A. y ZELAIA GARAGARZA M. (Directores), *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pp. 101-123.
- REVANALES J. G., “La nueva estructura de la integración Latinoamericana”, Fondo de Cultura Económica.com, lunes 21 de Diciembre de 2009, disponible en versión digital: http://www.fondodeculturaeconomica.com/Editorial/Prensa/ImpresionDetalle.aspx?fec=2009/12/21&id_desp=31512.
- REY CARO E. J., *El protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2002.
- , “Vigencia de las instituciones democráticas. El Laudo N° 1/12 del Tribunal Permanente de Revisión”, en *Los Aportes de la Jurisprudencia al desarrollo del Derecho Internacional*, Cuaderno de Derecho Internacional N° VII, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed. Advocatus, República Argentina, diciembre de 2012, pp. 13-27.
- RIDEAU J., *Droit institutionnel de l’Union européenne*, 6° éd., L.G.D.J., Paris, 2010.
- ROJAS ARAVENA F. y ALTMANN BORBÓN J. (Editores), *América Latina y el Caribe: ¿fragmentación o convergencia? Experiencias recientes de la integración*, Flasco, Ecuador, Ministerio de Cultura del Ecuador, Fundación Carolina, Quito, 2008.
- RODRIGUEZ AGUILERA C. L., “La Autonomía del Derecho Comunitario Andino y su relación con el Derecho internacional”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, Año 4, N° 8, Agosto 2016, pp. 224-245.
- RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en RODRIGUEZ IGLESIAS G. C. y LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 373-403.
- , *Le pouvoir judiciaire de la communauté européenne au stade actuel de l’évolution de l’Union*, Jean Monnet Chair Papers, N° 41, Robert Schuman Centre at the European University Institute, 1996.
- RODRIGUEZ IGLESIAS G. C. y LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993.
- ROY J. (Compilador), *Después de Santiago: Integración Regional y Relaciones Unión Europea-América Latina*, The Jean Monnet Chair, University of Miami, Miami-Florida European Union Center, 2013.
- RUIZ DÍAZ LABRANO R., “Naturaleza jurídica del MERCOSUR”, en ARBUET VIGNALI H., GARRE COPELLO B., PIPERNO J., RIVANERA DE PAIS E., RIPPE S. y TELLECHEA BERGMAN E., *MERCOSUR: balance y perspectivas*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, pp. 13-32.

- , “Hacia un tribunal de carácter supranacional en el MERCOSUR”, en PEREZ GONZALEZ M. y otros, *Desafíos del MERCOSUR*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 159-175.
- , *MERCOSUR, Integración y Derecho*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- , “Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de los tribunales superiores de los Estados partes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006, pp. 629-651.
- RUIZ-JARABO COLOMER D., *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993.
- , “El juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española”, en RODRIGUEZ IGLESIAS G. C. y LIÑAN NOGUERAS D. J. (Directores), *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 653-676.
- , “La articulación de los Tribunales de la Unión Europea y de la estructura judicial de los Estados miembros”, en GARCÍA DE ENTERRÍA E. (Director) y ALONSO GARCÍA R. (Subdirector), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pp. 509-519.
- SAIZ ARNAIZ A., “El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa”, en CARTABIA M., DE WITTE B., PÉREZ TEMPS P. (Director), GÓMEZ I. (Coordinador), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 531-587.
- SALAZAR MANRIQUE R., “El Derecho Comunitario Andino: de la teoría jurídica a la realidad actuante del Derecho”, *Revista Jurídica*, Edición 9, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Febrero de 1994, pp. 247-296.
- , “Principios básicos en el Derecho comunitario andino”, VV.AA., *Memorias del Seminario Internacional “La Integración, Derecho y los Tribunales comunitarios”*, Quito, 1997, pp. 88 y ss..
- SALDÍAS O., “¿Refugiándose en redes epistémicas? El tribunal de la Comunidad Andina y la independencia judicial”, en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A. y ZELAIA GARAGARZA M. (Directores), *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pp. 51-66.
- , *The Judicial Politics of Economics Integration: The Andean Court as an Engine of Development*, Routledge, New York, 2014.
- SANAHUJA J. A., “Regionalismo e integración en América Latina: balance y perspectivas”, *Pensamiento Iberoamericano (nueva época)*, monográfico “La nueva agenda de desarrollo en América Latina”, nº 0, febrero de 2007, pp. 75-106.
- , “Del “Regionalismo abierto” al Regionalismo post-liberal”, Barreras y obstáculos en la integración en América Latina y el Caribe, *Anuario de la Integración Regional en América Latina y el Gran Caribe*, N°7, noviembre de 2008, pp. 11-54.
- , “Multilateralismo y regionalismo en clave suramericana: el caso de Unasur”, *Pensamiento Propio*, nº 33, monográfico “Desafíos del multilateralismo en América Latina”, 2011, pp. 117-160.
- , “Post-liberal regionalism in South America: the case of Unasur”, *European University Institute*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies (EUI-RSCAS) 2012/05.

- SÁNCHEZ ORTIZ A., “TLCAN: más que un acuerdo comercial”, *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, N° 97, 2008. Disponible en versión digital: <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/mx/2008/aso2.htm>.
- SANDBERG M., SEALE J. and TAYLOR T., “History, regionalism, and CARICOM trade: A gravity model analysis”, *Journal of Development Studies*, vol. 42, issue. 5, 2006, pp. 795-811.
- SANTISO J., *Amérique latine. Révolutionnaire, libérale, pragmatique*, Collection CERI/Autrement, Paris, 2005.
- SARMIENTO D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004.
- SASAKI OTANI M. Á., “El sistema de sanciones por incumplimiento en el ámbito de la Comunidad Andina”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. n° 12, 2012, pp. 301-337.
- SCHUMAN R., “Déclaration du 9 mai 1950”, *Question d’Europe*, n° 204, Fondation Robert Schuman, 9 mai 2011. Disponible en <https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/questions-d-europe/qe-204-fr.pdf>.
- , préface à REUTER P., *La Communauté européenne du charbon et de l’acier*, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1953.
- SCOTTI L. B., “Cumplimiento e implementación de los laudos en el MERCOSUR” en NEGRO S. (Coordinador), *Número especial sobre solución de diferencias e implementación en procesos de integración regional de Jurisprudencia Argentina (JA)*, tomo IV, fascículo 9, Ed. Abeledo Perrot, noviembre de 2013.
- SECRETARÍA DEL MERCOSUR, *Primer Informe Semestral de la Secretaría del MERCOSUR. Un foco para el proceso de integración regional*, Secretaría del MERCOSUR, Montevideo, julio de 2004.
- , *Primer Informe sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales, y sobre la aplicación del derecho nacional a través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional del Mercosur*, Secretaría del MERCOSUR, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 14 de julio de 2004.
- , *Segundo Informe sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales*, Secretaría del MERCOSUR, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, mayo de 2006.
- , *Tercer informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales*, Secretaría del MERCOSUR, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, febrero de 2007.
- SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, *Rumbo a los 50 años. El arduo camino de la Integración*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Mayo 2017.
- SERBIN A., “Entre UNASUR y ALBA: ¿otra integración (ciudadana) es posible?”, *Anuario CEIPAZ*, 2007-2008, pp. 183-207.
- SIDJANSKI D., *Problèmes actuels d’intégration économique. Le rôle des institutions dans l’intégration régionale des pays en voie de développement*, Conférence des Nations Unis sur le commerce et le développement, Nations Unis, New York, 1973.
- SIERRA CADENA, G. DE J., “Une approche comparée des principes de proportionnalité et de subsidiarité dans la jurisprudence de la CJUE et du TJCA : la coordination-harmonisation

- des pluralismes juridiques régionaux à l'épreuve de l'internationalisation du droit communautaire", *Estudios Socio-jurídicos*, 2013, 15, (2), pp. 127-158.
- , *L'internationalisation pluraliste du droit public de l'intégration régionale : Une comparaison d'après la jurisprudence de la CJUE et du TJCA*, Fondation Varenne, Collection des thèses, 15 décembre 2015.
- SILGUERO R. F., "Los objetivos del MERCOSUR y la opción de foro", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 1, N° 1, 2013, pp. 229-257.
- SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Presses Universitaire de France, Paris, 2001.
- SOBRINO HEREDIA J. M., "Las organizaciones internacionales: generalidades", en DIEZ DE VELASCO VALLEJO M., *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pp. 37-56.
- SÖDERBAUM F., "The EU as a global actor and the rol of interregionalism", *Revue d'intégration européenne*, Vol. 27, London, septembre 2005, pp. 257-258.
- SOLÓN P., "Reflexiones a mano alzada sobre el tratado de UNASUR", *La Construcción de la Integración Suramericana*, Revista de la Integración N°2, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, Julio 2008, pp. 12-18.
- STITH T. R., WEILER J. H. H., *Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea*, Universidade de Santiago de Compostela, 2000.
- SUSANI N., "El alcance del procedimiento de opiniones consultivas establecido por el Reglamento del Protocolo de Olivos", *Revista de Derecho Internacional y MERCOSUR*, Año 8, N°1, Buenos Aires, 2004, pp. 66-79.
- , *Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, L'Harmattan, Paris, 2008.
- TANGARIFE TORRES M., *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Cámara de Comercio de Bogotá, mayo de 2005.
- TAPIA VALDÉS J., "Supranationalité et nationalisme dans le système andin d'intégration", en VV AA : *Intégration et coopération en Amérique Latine: le cas du Pacte Andin*, Edit. Centre d'Etudes de l'Amérique Latine, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1987.
- TORRES LÓPEZ E., "Video-audiencias judiciales y notificaciones electrónicas en la administración de justicia", *II Encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cartagena de Indias, septiembre 2010, pp. 169-184.
- TREMOLADA ÁLVAREZ E., "Los pilares jurídicos de la Comunidad Andina: ¿elementos decisivos para su sobrevivencia?" en *Oasis 2006-07*, núm. 12, Centro de Investigaciones y Proyectos especiales, CIPE, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales. Universidad Externado de Colombia, pp. 317-346.
- , "El Derecho andino: una sistematización jurídica para la supervivencia de la Comunidad Andina de Naciones", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 57, 2006, pp. 35-75.
- , "La Alianza del Pacífico: ¿Una organización consecuente con sus objetivos?" en TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *Repensando la integración y las integraciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 234-260.
- TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *Repensando la integración y las integraciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

- , *Los procesos de integración como factor de paz*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- , *La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- URIBE RESTREPO F., *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Quito: Artes Gráficas Señal, 1990.
- VACCHINO J. M., *Integración Latinoamericana. De la ALALC a la ALADI*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.
- , “Momentos claves en la historia de ALALC – ALADI” en *Integración Latinoamericana*, N° 126, INTAL, agosto de 1987, pp. 26-38.
- VENTURA D., *Les asymétries entre le Mercosur et l'Union européenne*, L'Harmattan, Paris, 2003.
- VIRALLY M., “De la classification des organisations internationales”, *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 365-382
- , “Définition et classification : approche juridique”, *Revue internationale des sciences sociales*, vol. XXIX : 1, 1977, pp. 61-75.
- VIGIL TOLEDO R., “El Tribunal de Justicia Permanente de la Comunidad Andina y el Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006, pp. 653-666.
- , “La contribución del tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al proceso de integración suramericana”, en BOGDANDY A.V., LANDA ARROYO C. y MORALES ANTONIAZZI M. (Editores), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, coed. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 397-412.
- , *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2011.
- , “El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos” en HERNÁNDEZ RAMOS M., SAIZ ARNAIZ A., TORRES PÉREZ A. y ZELAIA GARAGARZA M. (Directores), *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2012, pp. 215-235.
- VELÁSQUEZ R., “Orígenes, objetivos y estructura institucional del TLCAN” en ROY J., DOMÍNGUEZ RIVERA R. y VELÁSQUEZ FLORES R. (Coordinadores), *Retos e interrelaciones de la integración regional*, Plaza y Valdés, México, 2003, pp. 219-232.
- WAGNER A., Secretario General de la CAN, “La Comunidad Sudamericana de Naciones: Un proyecto político y un gran programa de desarrollo”, *Portal “Palestra”*, Pontificada Universidad de Perú, octubre 2005.
- WEILER J. H. H., *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, Prólogo de RUBIO LLORENTE F..
- , “Fédéralisme et constitutionnalisme: le Sonderweg de l'Europe”, en DEHOUSSE R., *Une Constitution pour l'Europe?*, Presses de Sciences Po, 2002, pp. 151-176.
- WHITELAW J., “Régimen de Solución de Controversias en el MERCOSUR”, en LACARTE J. y GRANADOS J. (Editores), *Solución de Controversias Comerciales Inter-*

Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales, BID-INTAL, Buenos Aires, 2004, pp. 139-147.

WOJCIKIEWICZ ALMEIDA P., “Le problème de l’incorporation des normes du MERCOSUR dans l’ordre juridique brésilien” en TREMOLADA ÁLVAREZ E. (Editor), *Repensando la integración y las integraciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 374-395.

ZÚÑIGA SCHRODER H., “Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje en los regímenes andino y europeo”, *Revista de Economía y Derecho*, vol. 9, N° 35, 2012, pp. 103-123.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- *Al nivel suramericano*

- CAN

Acuerdo de Integración Subregional o “Acuerdo de Cartagena”, de 26 de mayo de 1969. Entró en vigor el 16 de octubre de 1969.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, de 28 de mayo de 1979. Entró en vigor el 19 de mayo de 1983.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de 28 de mayo de 1996. Entró en vigor el 25 de agosto de 1999.

Decisión 500. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andino, de 22 de junio de 2001. Publicada en la *GOAC* N° 680, de 28 de junio del 2001.

Protocolo de Trujillo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena, de 10 de marzo de 1996. Entró en vigor el 3 de junio de 1997.

Protocolo de Cochabamba Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, de 28 de mayo de 1996. Entró en vigor el 25 de agosto de 1999.

- MERCOSUR

Declaración de Foz de Iguazú o Acta de Foz de Iguazú, de 30 de noviembre de 1985.

Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay o “Tratado de Asunción”, de 26 de marzo de 1991. Entró en vigor el 1 de enero de 1995.

Protocolo de Brasilia para la solución de controversias, de 17 de diciembre de 1991.

Protocolo de Ouros Preto, de 17 de diciembre de 1994. Entró en vigor el 15 de diciembre de 1995.

Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, de 24 de julio de 1998. Entró en vigor el 17 enero 2002.

Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias, de 18 de febrero de 2002. Entró en vigor el 1 de enero de 2004.

Protocolo Modificatorio del Protocolo de Olivos, de 19 de enero de 2007. Aun no entró en vigor por falta de la ratificación de la República del Paraguay.

- UNASUR

“Declaración de Cochabamba. Colocando la Piedra Fundamental para una Unión Sudamericana”, de 9 de diciembre de 2006.

Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, de 23 de mayo de 2008. Entró en vigor el 11 de marzo de 2011.

- ***Al nivel centroamericano y caribeño***

Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) o “Carta de San Salvador”, de 14 de octubre de 1951. Entró en vigor el 9 de enero de 1952.

Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) o “Carta de Panamá”, de 12 de diciembre de 1962.

Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) que instituye el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), de 13 de diciembre de 1991. Entró en vigor el 1 de enero de 1993.

Tratado de Chaguaramas Revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del Mercado Único y la economía del CARICOM, de 4 julio de 1973. Entró en vigor el 1 de agosto de 1973.

- ***Al nivel norteamericano***

Canada–United States Free Trade Agreement o Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá (CUSFTA), de 4 de octubre de 1988. Entró en vigor el 1 de enero de 1989.

North American Free Trade Agreement o Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA o TLCAN), de 12 de agosto de 1992. Entró en vigor el 1 de enero de 1994.

- ***Al nivel latinoamericano en general***

Tratado de Montevideo constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), de 18 de febrero de 1960. Entró en vigor el 2 de junio de 1961.

Protocolo para la Solución de Controversias de la ALALC o “Protocolo de Asunción”, de 2 de septiembre de 1967.

Tratado de Montevideo que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), de 12 de agosto de 1980. Entró en vigor el 18 de marzo de 1981.

Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), de 14 de diciembre de 2004. Pasa a denominarse Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP), el 29 de junio de 2009.

Declaración de Caracas. “En el Bicentenario de la Lucha por la Independencia hacia el Camino de Nuestros Libertadores”, que constituye la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), de 3 de diciembre de 2011.

Declaración Presidencial sobre la Alianza del Pacífico o “Declaración de Lima”, de 28 de abril de 2011.

Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, de 6 de junio de 2012. Entró en vigor el 20 de julio de 2015.

- ***Al nivel europeo***

- **UE**

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) o “Tratado de París”, firmado el 18 de abril de 1951. Entró en vigor el 25 de julio de 1952.

Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEAA, llamada EURATOM) o “Tratados de Roma”, firmados el 25 de marzo de 1957. Entró en vigor el 1 de enero de 1958.

Tratado de la Unión Europea (TUE) o “Tratado de Maastricht”, de 7 de febrero de 1992. Entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (que pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) o “Tratado de Lisboa”, de 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

- **Otros**

Tratado de BENELUX, del 5 de septiembre de 1944. Entró en vigor el 1 de enero de 1948.

Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

European Free Trade Association o Asociación Europea de libre Comercio (*EFTA* o AELC), de 4 de enero de 1960. Entró en vigor el 3 mayo 1960.

- ***Al nivel internacional***

General Agreement on Tariffs and Trade o Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), de 30 de octubre de 1947. Entró en vigor el 1 de enero de 1948.

JURISPRUDENCIA CITADA

I. JURISPRUDENCIA ANDINA

- *Acciones de Nulidad*

- TJCA, Proceso 01-N-85, sentencia de 10 de octubre de 1985. Publicada en la *GOAC* N° 15, de 24 de marzo de 1986.
- TJCA, Proceso 01-N-86, sentencia de 10 de junio de 1987. Publicada en la *GOAC* N° 21, de 15 de julio de 1987.
- TJCA, Proceso 02-N-86, sentencia de 10 de junio de 1987. Publicada en la *GOAC* N° 21, de 15 de julio de 1987.
- TJCA, Proceso 01-AN-96, sentencia de 5 de noviembre de 1999. Publicada en la *GOAC* N° 520, de 20 de diciembre de 1999.
- TJCA, Proceso 01-AN-97, sentencia de 26 de febrero de 1998. Publicada en la *GOAC* N° 340, de 13 de mayo de 1998.
- TJCA, Proceso 04-AN-97, sentencia de 17 de agosto de 1998. Publicada en la *GOAC* N° 373, de 21 de septiembre de 1998.
- TJCA, Proceso 05-AN-97, sentencia de 8 de junio de 1998. Publicada en la *GOAC* N° 361, de 7 de agosto de 1998.
- TJCA, Proceso 01-AN-98, sentencia de 13 de octubre de 2000. Publicada en la *GOAC* N° 631, de 10 de enero de 2001.
- TJCA, Proceso 24-AN-99, sentencia de 2 de febrero de 2000. Publicada en la *GOAC* N° 542, de 8 de marzo de 2000.
- TJCA, Proceso 14-AN-2001, sentencia de 1 de febrero de 2002. Publicada en la *GOAC* N° 773, de 18 de marzo de 2002.
- TJCA, Proceso 23-AN-2002, sentencia dictada el 19 de agosto de 2003. Publicada en la *GOAC* N° 991, de 2 de octubre de 2003.
- TJCA, Proceso 214-AN-2005, sentencia de 17 noviembre de 2006. Publicada en la *GOAC* N° 1498, de 16 de mayo de 2007.
- TJCA, Proceso 02-AN-2007, sentencia de 17 de noviembre 2009. Publicada en la *GOAC* N° 1797, de 19 de enero de 2010.

- *Acciones de Incumplimiento*

- TJCA, Proceso 01-AI-96, sentencia de 30 de octubre de 1996. Publicada en la *GOAC* N° 234, de 21 de noviembre de 1996.
- TJCA, Proceso 3-AI-96, sentencia de 24 de marzo de 1997. Publicada en la *GOAC* N° 261, de 29 de abril de 1997.

TJCA, Proceso 02-AI-97, sentencia de 24 de septiembre de 1998. Publicada en la *GOAC* N° 391, de 11 de diciembre de 1998.

TJCA, Proceso 05-AI-98, sentencia de 1 de septiembre de 1999. Publicada en la *GOAC* N° 508, de 15 de noviembre de 1999.

TJCA, Proceso 7-AI-98, sentencia de 21 de julio de 1999. Publicada en la *GOAC* N° 490, de 4 de octubre de 1999.

TJCA, Proceso 8-AI-98, sentencia de 20 de octubre de 1999. Publicada en la *GOAC* N° 512, de 26 de noviembre de 1999.

TJCA, Proceso 7-AI-99, sentencia de 12 de noviembre de 1999. Publicada en la *GOAC* N° 520, de 20 de diciembre de 1999.

TJCA, Proceso 19-AI-99, sentencia de 2 de junio de 2000. Publicada en la *GOAC* N° 588, de 2 de agosto del 2000.

TJCA, Proceso 35-AI-99, sentencia de 14 de junio 2000. Publicada en la *GOAC* N° 588, de 2 de agosto del 2000.

TJCA, Proceso 34-AI-99, sentencia de 18 de febrero de 2000. Publicada en la *GOAC* N° 548, de 24 de marzo del 2000.

TJCA, Proceso 53-AI-99, sentencia de 14 de marzo de 2001. Publicada en la *GOAC* N° 673, de 29 de mayo de 2001.

TJCA, Proceso 01-AI-2001, sentencia de 27 de junio de 2002. Publicada en la *GOAC* N° 818, de 23 de julio de 2002.

TJCA, Proceso 34-AI-2001, sentencia de 21 de agosto de 2002. Publicada en la *GOAC* N° 839, de 25 de septiembre de 2002.

TJCA, Proceso 52-AI-2002, sentencia 4 de agosto de 2004. Publicada en la *GOAC* N° 990, de 1 de octubre de 2003.

TJCA, Proceso 75-AI-2001, sentencia de 29 de mayo de 2002. Publicada en la *GOAC* N° 825, de 14 de agosto de 2002.

TJCA, Proceso 118-AI-2003, sentencia de 14 de abril de 2005. Publicada en la *GOAC* N° 1206, de 13 de junio de 2005.

TJCA, Proceso 114-AI-2004, sentencia de 8 de diciembre de 2005. Publicada en la *GOAC* N° 1295, de 9 de febrero de 2006.

TJCA, Proceso 03-AI-2006, sentencia de 23 de enero de 2008. Publicada en la *GOAC* N° 1667, de 30 de octubre de 2008.

TJCA, Proceso 03-AI-2010, sentencia de 26 de agosto de 2011. Publicada en la *GOAC* N° 1985, de 11 de octubre de 2011.

- ***Interpretaciones Prejudiciales***

TJCA, Proceso 1-IP-87, sentencia *Aktiebolaget Volvo*, de 3 de diciembre de 1987. Publicada en la *GOAC* N° 28, de 15 de febrero de 1988.

TJCA, Proceso 2-IP-88, sentencia *Cavelier*, de 25 de mayo de 1988. Publicada en la *GOAC* N° 33, de 26 de julio de 1988.

TJCA, Proceso 4-IP-88, sentencia *Daimler Aktiengesellschaft*, de 9 de diciembre de 1988. Publicada en la *GOAC* N° 39, de 24 de enero 1989.

TJCA, Proceso 1-IP-89, providencia *Doctora Ángela Vivas Martínez*, de 25 de abril de 1989. Publicada en la *GOAC* N° 43, de 30 de mayo de 1989.

TJCA, Proceso 5-IP-89, sentencia *Pachón Muñoz*, de 26 de Octubre de 1989. Publicada en la *GOAC* N° 50, de 17 de noviembre de 1989.

TJCA, Proceso 6-IP-89, sentencia *Interplast Ltda*, de 31 de Octubre de 1989. Publicada en la *GOAC* N° 50, de 17 de noviembre de 1989.

TJCA, Proceso 7-IP-89, Providencia *Ciba-Geigy AG*, de 24 de noviembre de 1989. Publicada en la *GOAC* N° 53, de 18 de diciembre 1989.

TJCA, Proceso 1-IP-91, sentencia *Harinera del Valle Paz Bautista y Cia. S. en C.*, de 8 de febrero de 1991. Publicada en la *GOAC* N° 78, de 18 de marzo de 1991.

TJCA, Proceso 2-IP-91, sentencia *Kadoch*, de 26 de febrero de 1991. Publicada en la *GOAC* N° 78, de 18 de marzo de 1991.

TJCA, Proceso 3-IP-93, sentencia *Sociedad Aluminio Nacional S.A.*, de 13 de julio de 1993. Publicada en la *GOAC* N° 138, de 4 de agosto de 1993.

TJCA, Proceso 6-IP-93, sentencia *Marca Louis Vuitton*, de 17 de febrero de 1994. Publicada en la *GOAC* N° 150, de 25 de marzo de 1994.

TJCA, Proceso 6-IP-94, sentencia *Pipeline*, de 9 de diciembre de 1994. Publicada en la *GOAC* N° 170, de 23 de Enero de 1995.

TJCA, Proceso 10-IP-94, sentencia *Barrera Carbonell*, de 17 de marzo de 1995. Publicada en la *GOAC* N° 177, de 20 de abril de 1995.

TJCA, Proceso 4-IP-94, sentencia *Eden for Man-Etiqueta*, de 7 de agosto de 1995. Publicada en la *GOAC* N° 189, de 15 de diciembre de 1995.

TJCA, Proceso 1-IP-96, sentencia *Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial*, de 9 de diciembre de 1996. Publicada en la *GOAC* N° 257, de 14 de abril de 1997.

TJCA, Proceso 2-IP-96, sentencia *Marca Marta*, de 11 de diciembre de 1996. Publicada en la *GOAC* N° 257, de 14 de abril de 1997.

TJCA, Proceso 11-IP-96, sentencia *Marca Belmont*, de 29 de agosto de 1997. Publicada en la *GOAC* N° 299, de 17 de octubre de 1997.

TJCA, Proceso 28-IP-96, sentencia *Marca Ciel*, de 31 de octubre de 1997. Publicada en la *GOAC* N° 318, de 26 de enero de 1998.

TJCA, Proceso 07-IP-98, sentencia *Palma Frit*, de 07 de abril de 1988. Publicada en la *GOAC* N° 349, de 19 de junio de 1998.

TJCA, Proceso 19-IP-98, sentencia *Naviera del Pacífico C.A.*, de 7 de septiembre de 1998. Publicada en la *GOAC* N° 379, de 27 de octubre de 1998.

TJCA, Proceso 05-IP-99, sentencia *Sociedad C.I. BANACOL S.A.*, de 25 de octubre de 2000. Publicada en la *GOAC* N° 647, de 27 de febrero del 2001.

TJCA, Proceso 104-IP-2003, Sentencia *BASF*, de 10 de diciembre de 2003. Publicada en la *GOAC* N° 1034, de 12 de febrero de 2004.

TJCA, Proceso 105-IP-2004, sentencia *Vintix*, de 25 de noviembre de 2004. Publicada en la *GOAC* N° 1161, 27 de enero de 2005.

TJCA, Proceso 121-IP-2004, sentencia *Marca Frucolac*, de 6 de octubre de 2004. Publicada en la *GOAC* N° 1139, de 12 de noviembre de 2004.

TJCA, Proceso 75-IP-2005, sentencia *Compañía Curtiembre Renaciente S.A.*, de 22 de junio de 2005. Publicada en la *GOAC* N° 1233, de 18 de agosto de 2005.

TJCA, Proceso 77-IP-2005, sentencia *Flores del Valle Flodelva Cia. Ltda*, de 6 de julio de 2005. Publicada en la *GOAC* N° 1235, de 23 de agosto de 2005.

TJCA, Proceso 50-IP-2006, sentencia *Curtiembre Renaciente S.A.*, de 5 de julio de 2006. Publicada en la *GOAC* N° 1399, de 15 de septiembre de 2006.

TJCA, Proceso 190-IP-2006, sentencia *Stimm Soluciones Tecnológicas Inteligentes para mercado móvil Cia. Ltda*, de 8 de marzo de 2007. Publicada en la *GOAC* N° 1510, de 19 de junio de 2007.

TJCA, Proceso 14-IP-2007, sentencia *Industrias Mayka S.A.*, de 21 de marzo de 2007. Publicada en la *GOAC* N° 1513, de 27 de junio de 2007.

TJCA, Proceso 130-IP-2007, sentencia *Yanbal de Colombia S.A.*, de 13 de octubre de 2007. Publicada en la *GOAC* N° 1584, de 11 de febrero de 2008.

TJCA, Proceso 76-IP-2009, sentencia *Marca Germania*, de 28 de agosto de 2009. Publicada en la *GOAC* N° 1828, de 30 de abril de 2010.

TJCA, Proceso 90-IP-2008, sentencia *Procurador del Ministerio de Agricultura*, de 22 de agosto de 2008. Publicada en la *GOAC* N° 1662, de 9 de octubre de 2008.

TJCA, Proceso 114-IP-2009, sentencia *Señor Marcel Tangarife Torres*, de 29 de abril de 2010. Publicada en la *GOAC* N° 1860, de 4 de agosto de 2010.

TJCA, Proceso 149-IP-2011, sentencia *Marca Pradaxa*, de 10 de mayo de 2012. Publicada en la *GOAC* N° 2069, de 5 de julio de 2012.

TJCA, Proceso 169-IP-2011, sentencia *Sociedad Fiberglass Colombia S.A.*, de 17 de octubre de 2011. Publicada en la *GOAC* N° 2151, de 18 de febrero de 2013.

TJCA, Proceso 60-IP-2012, sentencia *Marca Coca Indígena y Coca Zagratha*, de 24 de octubre de 2012. Publicada en la *GOAC* N° 2157, de 27 de febrero de 2013.

TJCA, Proceso 112-IP-2012, sentencia *Marca Avantra*, de 13 de noviembre de 2012. Publicada en la *GOAC* N° 2161, de 8 marzo 2013.

TJCA, Proceso 116-IP-2012, sentencia *Comercializadora Business de Colombia S.A.*, de 13 de noviembre de 2012. Publicada en la *GOAC* N° 2161, de 8 marzo 2013.

TJCA, Proceso 157-IP-2012, sentencia *Varaderos y Talleres Durán Vatadur S.A.*, de 22 de mayo de 2013. Publicada en la *GOAC* N° 2233, de 5 de septiembre de 2013.

TJCA, Proceso 161-IP-2013, sentencia *Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. "ETB"*, de 13 de mayo de 2014. Publicada en la *GOAC* N° 2381, de 25 agosto de 2014.

TJCA, Proceso 171-IP-2013, sentencia *Sociedad Procesadora de leches S.A. Proleche S.A.*, de 31 de octubre de 2013. Publicada en la *GOAC* N° 2302, de 21 de febrero de 2014.

TJCA, Proceso 181-IP-2013, sentencia *Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. "ETB"*, de 13 de mayo de 2014. Publicada en la *GOAC* N° 2353, de 26 de junio de 2014.

TJCA, Proceso 262-IP-2013, sentencia *Compañía Telemka S.A.*, de 20 de marzo de 2014. Publicada en la *GOAC* N° 2334, de 8 de mayo de 2014.

TJCA, Proceso 14-IP-2014, sentencia *Comcel S.A.*, de 13 de mayo de 2014. Publicada en la *GOAC* N° 2367, de 22 de julio de 2014.

TJCA, Proceso 67-IP-2014, sentencia *Universidad Andina Simón Bolívar (UASB)*, de 18 de junio de 2014. Publicada en la *GOAC* N° 2362, de 10 de julio de 2014.

TJCA, Proceso 79-IP-2014, sentencia *Comcel S.A.*, de 25 de agosto de 2014. Publicada en la *GOAC* N° 2393, de 15 de septiembre de 2014.

TJCA, Proceso 104-IP-2014, sentencia *Eston*, de 20 de noviembre 2014. Publicada en la *GOAC* N° 2471, de 10 de abril de 2015.

TJCA, Proceso 105-IP-2014, sentencia *Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)*, de 28 de noviembre 2014. Publicada en la *GOAC* N° 2459, de 4 de marzo de 2015.

TJCA, Proceso 121-IP-2014, sentencia *Marfor Producciones S.R.L.*, de 20 de noviembre 2014. Publicada en la *GOAC* N° 2427, de 11 de diciembre de 2014.

TJCA, Proceso 128-IP-2014, sentencia *One Smart Start Limited*, de 22 de enero de 2015. Publicada en la *GOAC* N° 2459, de 4 de marzo de 2015.

TJCA, Proceso 211-IP-2015, sentencia *Sociedad Bus-Ven CA*, de 24 de agosto de 2015. Publicada en la *GOAC* N° 2628, de 9 noviembre de 2015.

TJCA, Proceso 242-IP-2015, sentencia *Marca: Textura Superficie "Old Parr"*, de 24 de agosto de 2015. Publicada en la *GOAC* N° 2579, de 4 de septiembre de 2015.

- ***Recursos por Omisión***

TJCA, Proceso 70-RO-2003, sentencia de 22 de octubre de 2003. Publicada en la *GOAC* N° 1033, de 10 de febrero de 2004.

- ***Providencia***

TJCA, Providencia de 9 Diciembre de 1993. Publicada en la *GOAC* N° 146, de 31 de enero de 1994.

- ***Acciones Laborales***

TJCA, Proceso 75-DL-2003, sentencia de 5 de noviembre de 2004. Publicada en la *GOAC* N° 1156, de 10 de enero de 2005.

II. JURISPRUDENCIA DEL MERCOSUR

- ***Laudos Arbitrales de los TAH***

TAH, Laudo 01: "Controversia sobre comunicados N° 37, del 17 de diciembre de 1997, y N° 7, del 20 de febrero de 1998 del departamento de operaciones de comercio exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco".

TAH, Laudo 02 de 27 de septiembre de 1999, constituido para entender en la reclamación de la República Argentina a la República Federativa del Brasil, sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo.

TAH, Laudo 03 de 10 de marzo de 2000: "Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (RES. 861/99) del Ministerio Economía y Obras y Servicios Públicos".

TAH, Laudo de 6 de septiembre del 2006: “Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de las vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental de Uruguay”.

TAH, Laudo 04 de 21 de mayo de 2001: “Controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina sobre aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil (RES. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina”.

- ***Laudos Arbitrales del TPR***

TPR, Laudo N° 01/2005 de 20 de diciembre de 2005: “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”.

TPR, Laudo N° 01/2007 de 8 de junio de 2007: “Prohibición de importación de neumáticos Remoldeados procedentes del Uruguay” —solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias—.

TPR, Laudo N° 01/2008 de 25 de abril de 2008: “Divergencia sobre el cumplimiento del Laudo N° 1/05, iniciada por la República Oriental del Uruguay (Art. 30 Protocolo de Olivos)”.

TPR, Laudo N° 01/2012 de 21 de julio de 2012: “Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los Órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno”.

- ***Opiniones Consultivas***

TPR, Opinión Consultiva N° 01/2007: “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”.

TPR, Opinión Consultiva N° 01/2008 de 24 de abril de 2008: “Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”.

TPR, Opinión Consultiva N° 01/2009 de 15 de junio de 2009: “Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto”.

- ***Resoluciones***

TPR, Resolución N°1/2008 respecto del Planteo Procesal de Previo Pronunciamiento introducido por la República Argentina en el Marco Asunto N° 1/2008 “Divergencia sobre el Cumplimiento del Laudo N° 1/05 iniciada por la República Oriental del Uruguay (Art. 30 del Protocolo de Olivos)”.

III. JURISPRUDENCIA EUROPEA

- Sentencias del TJCE

- TJCE, sentencia *Algera e.a. c/Asamblea*, de 12 de julio de 1957 (7/56).
- TJCE, sentencia *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, Präsident, Geitling, Mausegatt, et Entreprise I. Nold KG*, de 15 julio de 1960 (C-36, 37, 38 y 40/59).
- TJCE, sentencia *Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963 (26/62).
- TJCE, sentencia *Da Costa*, de 27 de marzo de 1963 (30/62).
- TJCE, sentencia *Plaumann c/ Comisión*, de 15 de julio de 1963 (25/62).
- TJCE, sentencia *Flaminio Costa c/ ENEL*, de 15 de julio de 1964 (6/64).
- TJCE, sentencia *Schwarze*, de 1 de diciembre de 1965 (16/65).
- TJCE, sentencia *Vaassen-Göbbels*, de 30 de junio de 1966 (61/75).
- TJCE, sentencia *Milch-, Fett- und Eierkontor*, de 24 de junio de 1969 (29/68).
- TJCE, sentencia *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969 (C-29/69).
- TJCE, sentencia *Comisión c/ Francia*, de 10 de diciembre de 1969 (11/69).
- TJCE, sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970 (C-11/70).
- TJCE, sentencia *Comisión c/ Italia*, de 17 de febrero de 1970 (31/69).
- TJCE, sentencia *Comisión c/ Italia*, de 4 de marzo de 1970 (33/69).
- TJCE, sentencia *Comisión c/ Bélgica*, de 5 de mayo de 1970 (77/69).
- TJCE, sentencia *Comisión c/ Italia*, de 18 de Noviembre de 1970 (8/70).
- TJCE, sentencia *Otto Scheer*, de 17 de diciembre de 1970 (30/70).
- TJCE, sentencia *Comisión c/ Consejo*, de 31 de marzo de 1971 (22/70).
- TJCE, sentencia *International Fruit Company y otros c/ Comisión*, de 13 de mayo de 1971 (41/70 a 44/70).
- TJCE, sentencia *Comisión c/ Italia*, de 13 de julio de 1972 (48/71).
- TJCE, sentencia *Rheimühlen*, de 16 de enero 1974 (166/73).
- TJCE, sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974 (C-4/73).
- TJCE, sentencia *Benedetti*, de 3 de febrero de 1977 (52/76).
- TJCE, sentencia *Simmmenthal*, de 9 de marzo de 1978 (106/77).
- TJCE, sentencia *IBM c/ Comisión*, de 11 de noviembre de 1981 (60/81).
- TJCE, sentencia *CILIFT*, de 6 de octubre de 1982 (283/81).
- TJCE, sentencia *Wünsche*, de 5 de marzo de 1986 (69/85).
- TJCE, sentencia *Los Verdes c/ Parlamento Europeo*, de 23 de abril 1986 (294/83).
- TJCE, sentencia *Foto-Frost*, de 22 de octubre de 1987 (314/85).
- TJCE, sentencia *Start Fruit c/ Comisión*, de 14 de febrero de 1989 (247/87).
- TJCE, sentencia *Francovich & Bonifaci*, de 19 de noviembre 1991 (6 y 9/90).

TJCE, sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, de 5 de marzo de 1996 (46 y 48/93).

TJCE, sentencia *Greenpeace c/ Comisión*, de 2 de abril de 1998 (C-321/95).

TJCE, sentencia *Parlamento c/ Richard*, de 13 de julio de 2000 (C-174/99).

TJCE, sentencia *Area Cova*, de 1 de febrero de 2001 (C-300/99 P y C-388/99 P).

TJCE, sentencia *Comisión c/ Francia*, de 13 de diciembre de 2001 (C-1/00).

TJCE, sentencia *UPA c/ Consejo*, de 25 de julio de 2002 (C-50/00 P).

- ***Sentencias del TJUE***

TJUE, sentencia *Wittgenstein*, de 22 de diciembre de 2010 (C-208/09).

TJUE, sentencia *Inuit*, de 3 de octubre de 2013 (C-583/11 P).

TJUE, sentencia *Sugars*, de 28 de abril de 2015, (C- 456/13 P).

- ***Dictamen del TJUE***

TJUE, Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454).

IV. JURISDICCIONES NACIONALES

- ***Bolivia***

Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia 0844/2014, de 8 de mayo de 2014.

- ***Colombia***

Corte Constitucional, Sentencia N° C-228/95, de 25 de mayo de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia N° C-137/96, de 9 de abril de 1996.

Corte Constitucional, Sentencia N° C-227/99, de 14 de abril de 1999.

Corte Constitucional, Sentencia N° C-988/04, de 12 de octubre de 2004.

Consejo de Estado, Sentencia N° 11001-03-24-000-1999-06015-01 de 2005, Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Primera, de 4 de Agosto de 2005.

- ***Ecuador***

Corte Constitucional, Dictamen N° 0005-09-DTI-CC, de 14 de mayo de 2009, Caso N° 0003-09-TI.

Corte Constitucional, Sentencia N° 0006-09-SIS-CC, de 3 de septiembre de 2009, Caso No. 0002-09-IS.

Corte Constitucional, Dictamen N° 003-013-DTI-CC, de 24 de enero de 2013, Caso N° 0009-10-TI.

- **Francia**

Conseil d'Etat, Ass., Arrêt *Nicolo*, du 20 octobre 1989, n° 108243, publié au recueil Lebon.

- **Honduras**

Corte Suprema de Justicia, *Requerimiento Fiscal y Orden de Captura de Manuel Zelaya*, 26 de junio de 2009.

- **Reino-Unido**

House of Lord, *H.P. Bulmer Ltd. c/ J. Bollinger S.A.*, 1974, All E.R. 1226.

- **Uruguay**

Tribunal de Apelación en lo Civil (tercer turno), Sentencia de 23 de agosto de 2010, asunto *Sucesión Carlos Schneck y otros c. Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos*, n° 235/10, IUE 2-32247/2007.