



**Universidad Nacional Autónoma de México**

**Maestría en Derecho**

**Tesis**

**LA CONTRIBUCIÓN DEL “JUEZ” AL DESARROLLO DE LAS  
INTEGRACIONES REGIONALES: LOS CASOS EUROPEO Y  
LATINOAMERICANO**

**Avances Finales,  
Virginia Petrova Georgieva**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Agradezco al Doctor Ruperto Patiño por su asesoría y valiosos consejos en el proceso de elaboración del presente trabajo. El tiempo que me dedicó a pesar de las responsabilidades de su digno cargo es para mí el mejor ejemplo de una verdadera vocación para enseñar.

Gracias a la Licenciada Rocío Gómez por su profesionalismo y excelente trato humano.

Gracias al Maestro Javier Salazar por su orientación académica y por su apoyo cordial.

## ÍNDICE

Lista de abreviaturas.....	p. 7
Introducción.....	p. 8
<b>Primera parte: El Tribunal de justicia de la UE: constructor y guardián de la integración en el orden jurídico comunitario.....</b>	<b>p. 18</b>
Capítulo Preliminar: El TJUE en el sistema institucional de la UE.....	p. 19
1. El éxito de la UE como sistema de integración regional.....	p. 19
A. De París a Lisboa.....	p. 20
B. La integración económica más avanzada a nivel global.....	p. 23
C. Los logros de la integración política y social.....	p. 26
D. Las instituciones de la UE: entre supranacionalismo e intergubernamentalismo.....	p. 28
2. La organización y el funcionamiento de la jurisdicción comunitaria.....	p. 35
A. Las características del “poder judicial” europeo.....	p. 35
B. La estructura del TJUE.....	p. 36
C. Las competencias contenciosas del Tribunal.....	p. 39
D. La relación del TJUE con el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública.....	p. 45
3. La naturaleza <i>sui generis</i> de la justicia comunitaria.....	p. 47
A. El rebasamiento de los esquemas clásicos de la justicia internacional.....	p. 48
B. Una combinación inédita de funciones judiciales.....	p. 51
a. Función de justicia administrativa.....	p. 51
b. Función de justicia constitucional.....	p. 52
c. Función de justicia internacional.....	p. 52
d. Función de justicia reguladora.....	p. 53
4. Debate teórico acerca de la función del TJUE en el proceso de integración en Europa.....	p. 54
A. El neo-funcionalismo.....	p. 54
B. El intergubernamentalismo.....	p. 56
C. La teoría institucionalista.....	p. 57
Capítulo Primero: El “activismo judicial” del TJUE en la construcción de una “integración por el Derecho”.....	p. 59
1. La noción de “activismo judicial”.....	p. 59

2. El “activismo judicial” del TJUE en el establecimiento de los principios fundadores de la integración en el orden jurídico comunitario.....	p. 61
A. El principio de efecto directo del Derecho Comunitario.....	p. 63
a. El efecto directo de los Tratados comunitarios.....	p. 67
b. El efecto directo de los reglamentos.....	p. 69
c. El efecto directo de las decisiones.....	p. 69
d. El efecto directo de las directivas.....	p. 70
e. El efecto directo de los acuerdos con terceros.....	p. 72
B. La importancia del principio de efecto directo para el desarrollo del sistema de integración regional.....	p. 73
C. El principio de primacía del Derecho Comunitario.....	p. 75
D. La importancia del principio de primacía para la profundización del proceso de integración regional.....	p. 82
E. Los principios de protección de los derechos humanos.....	p. 85
F. Otros principios establecidos por el TJUE para reforzar la integración en el sistema comunitario.....	p. 88
a. El principio de autonomía.....	p. 90
b. El principio de proporcionalidad.....	p. 91
c. El principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho Comunitario.....	p. 92
Capítulo Segundo: La interacción del TJUE con otros actores de la integración comunitaria.....	p. 97
1. El TJUE y las Cortes Nacionales.....	p. 98
2. El TJUE y los Poderes Ejecutivos y Legislativos de los Estados miembros.....	p. 105
3. El TJUE y los litigantes privados.....	p. 108
<b>Segunda parte: Los órganos de solución de controversias: actores secundarios en los procesos de integración en América Latina.....</b>	<b>p. 113</b>
Capítulo primero: Los Tribunales Arbitrales del Mercado Común del Sur (Mercosur).....	p. 113
1. El contexto actual de la integración en el Mercosur.....	p. 114
A. El grado de integración económica: una unión aduanera imperfecta.....	p. 115
B. El esquema institucional del Mercosur: una opción intergubernamental reiterada....	p. 118
C. La ausencia de un orden jurídico comunitario en el Mercosur.....	p. 122
2. El marco normativo del sistema de solución de controversias.....	p. 125

3. La contribución de los Tribunales Arbitrales a la profundización de la integración regional.....	p. 130
A. Los intentos fallidos de establecer los principios de primacía y efecto directo del Derecho del Mercosur .....	p. 131
a. La primacía del Derecho de la integración .....	p. 131
i. Las referencias al principio de primacía en el primer laudo del “juez” Mercosur.....	p. 131
ii. La aclaración de los efectos del principio de primacía en la jurisprudencia arbitral posterior.....	p. 137
iii. La importancia del principio de primacía para la profundización de la integración en el Mercosur.....	p. 142
b. El efecto directo de la normativa Mercosur.....	p. 145
i. La posición controvertida de los Tribunales arbitrales.....	p. 146
ii. Las implicaciones del principio de efecto directo para la integración en el Mercosur.....	p. 152
B. El principio de responsabilidad de los Estados por incumplimiento de la normativa Mercosur.....	p. 154
C. La consolidación del principio de proporcionalidad de las medidas compensatorias por inejecución de las sentencias arbitrales.....	p. 158
Propuesta: La creación de un Tribunal supranacional para el Mercosur.....	p. 167
Capítulo Segundo: El Tribunal de justicia de la Comunidad Andina (TJCA).....	p. 173
1. El proceso de integración andina: contexto actual y desafíos.....	p. 174
A. Marco institucional.....	p. 174
B. Marco económico.....	p. 178
C. Desafíos de la integración andina.....	p. 180
a. Desafíos políticos.....	p. 180
b. Desafíos económicos.....	p. 181
c. Desafíos sociales.....	p. 181
2. Estructura y atribuciones del TJCA.....	p. 182
A. Una reproducción del TJUE en el contexto de la CAN.....	p. 182
B. Las atribuciones contenciosas del Tribunal.....	p. 185
3. La aportación del TJCA a la consolidación del bloque regional.....	p. 190
A. La afirmación del principio de primacía del Derecho Andino.....	p. 192
a. La “aplicación preferente” de las normas comunitarias.....	p. 192

b. La modulación de los efectos del principio de primacía.....	p. 200
B. El establecimiento del principio de efecto directo del Derecho comunitario.....	p. 209
C. La afirmación del principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho Comunitario.....	p. 215
4. La ineficacia crónica de las sentencias del TJCA.....	p. 220
Capítulo Tercero: El TJUE: ¿modelo para los jueces de las integraciones latinoamericanas?.....	p. 225
1. El TJUE y el TJCA.....	p. 226
2. El TJUE y el “juez” del Mercosur.....	p. 236
Anexo: El mecanismo de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y su importancia para el desarrollo de su sistema regional.....	p. 251
Conclusiones.....	p. 274
Bibliografía.....	p. 280
Hemerografía.....	p. 285

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

UE: Unión europea

CAN: Comunidad Andina de Naciones

MERCOSUR/ Mercosur: Mercado común del Sur

ALADI: Asociación Latinoamericana de Integración

CARICOM: Comunidad del Caribe

MCCA: Mercado común centroamericano

OMC: Organización Mundial de Comercio

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TJCA: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

TPR: Tribunal Permanente de Revisión

CIJ: Corte Internacional de Justicia

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CEDH: Corte Europea de Derechos Humanos

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

TCE: Tratado de las Comunidades europeas

TFUE: Tratado de funcionamiento de la Unión Europea

TUE: Tratado de la Unión Europea

POP: Protocolo de Ouro Preto

TA: Tratado de Asunción

PO: Protocolo de Olivos



## INTRODUCCIÓN

La globalización económica es un hecho.

Hoy día todos los automóviles son fabricados con componentes originarios de decenas de países distintos. Las distancias y el tiempo cambiaron su significado. Los grandes aviones de carga transportan toneladas de productos perecederos de un extremo a otro del planeta. El costo del transporte ya no repercute sustancialmente sobre el precio final de los productos y en materia de servicios se vuelve casi insignificante. El fulminante progreso tecnológico es a la vez el motor y el resultado del crecimiento económico globalizado. Dicho crecimiento provoca una transformación profunda del comercio internacional y acelera la liberalización del intercambio de bienes. El desarrollo del Internet crea avances tecnológicos sorprendentes. El comercio electrónico compite cada día más con las formas tradicionales de distribución de bienes o servicios y el número de operaciones que podemos realizar por la vía virtual deviene potencialmente ilimitado.

La globalización es generalmente considerada como un proceso de integración creciente de la economía mundial cuyos catalizadores principales son la liberalización de los intercambios internacionales y de los movimientos de capitales, la aceleración del proceso tecnológico y la supresión de las fronteras estatales.<sup>1</sup> En otros términos se trata de un “proceso de internalización del capital financiero, industrial y comercial, resultado del surgimiento de la empresa transnacional, que se basa en el avance y desarrollo de la tecnología porque ha facilitado su extensión en la interacción entre las naciones originando profundas consecuencias económicas, políticas y culturales tanto en el nivel nacional como internacional.”<sup>2</sup>

La globalización provoca reacciones muy divergentes. Para algunos constituye un proceso benéfico que fomenta el desarrollo económico y el bienestar de los pueblos. Otros son más reticentes e incluso temen la globalización, considerando que sus

---

<sup>1</sup> Frison-Roche, Marie-Anne, Droit international économique et mondialisation, *Les grandes questions du droit économique*, Paris, ed. Quedrige/PUF, 2005, p. 69

<sup>2</sup> Segrelles, José Antonio, Integración regional y globalización, *Terra livre*, vol. 18, Sao Paulo 2002, p. 68

efectos agudizan las asimetrías entre y dentro de los países, amenazan el empleo y dificultan el progreso social.<sup>3</sup>

El desarrollo de la globalización conduce al surgimiento de un proceso paralelo de regionalización o regionalismo. Este proceso se basa en la proximidad geográfica de sus integrantes y tiene como objetivo principal la promoción de las relaciones comerciales entre los países vecinos. En términos económicos las integraciones regionales son procesos dinámicos mediante los cuales diversas economías nacionales incrementan su complementariedad en búsqueda de beneficios mutuos. En términos jurídicos las integraciones regionales promueven la elaboración de una política económica supranacional a través de una institucionalización política y de una expansión del mercado.<sup>4</sup>

Las integraciones regionales son a la vez un paliativo y un complemento de la globalización.<sup>5</sup>

El regionalismo es un paliativo de la globalización porque permite a los Estados involucrados coordinar sus economías nacionales con el fin de lograr una inserción más competitiva en la economía mundial. De esta manera los Estados integrados proyectan frenar o por lo menos modular los efectos negativos que la globalización genera en sus territorios respectivos. Crear regiones económicamente interdependientes permite a las economías nacionales enfrentar mejor la competencia internacional incrementada por la liberalización de los flujos comerciales “globalizados”.

Así concebido como respuesta a la globalización, el regionalismo se convierte al mismo tiempo en complemento de esta última.

En efecto, la interconexión de economías y políticas nacionales vecinas es un factor que contribuye a la desaparición de las fronteras a nivel regional y conduce a la intensificación de los intercambios intrarregionales. Desde un punto de vista general este aumento del comercio intrazona, fomenta el nivel global de comercio en la región. La cooperación que puede existir no solo dentro de los mismos bloques regionales sino también a través de las relaciones inter-bloques, es decir entre las diferentes

---

<sup>3</sup> FMI, La mondialisation, faut-il s'en réjouir ?, *IFM issue Brief n°00/IF*, avril 2000, janvier 2002, p. 12

<sup>4</sup> Van Klaveren, Alberto, Regionalismo y multilateralismo: una convergencia necesaria, en *El futuro del Libre Comercio en el Continente Americano. Análisis y Perspectiva*, López Ayllón, Sergio (coord.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 56

<sup>5</sup> *Ibidem* p. 58

integraciones regionales, también incrementa el nivel global de flujos comerciales y de esta manera complementa el desarrollo de la globalización.

En el presente trabajo nos interesaremos en dos casos de integración regional: el de la Unión europea (UE) y el de las integraciones regionales existentes en América Latina.

La integración regional en la UE posee características únicas y exclusivas. La UE es una Unión supranacional e intergubernamental de 27 Estados<sup>6</sup> con un total de 392 millones de habitantes. Es considerada como la integración regional más exitosa del mundo desde el punto de vista de la integración económica y política que conforma, pero sobre todo tratándose de la integración jurídica. En la perspectiva económica la UE se ha transformado de una simple unión aduanera en el principio de su funcionamiento a un mercado común, y en la actualidad ha logrado constituir una efectiva unión económica y monetaria. En su aspecto orgánico, la UE es dotada de instituciones supranacionales fuertes e independientes de la voluntad de sus Estados miembros, pero también de instituciones intergubernamentales que defienden los intereses nacionales de estos últimos. La dimensión política de la integración europea representa en este sentido un “equilibrio institucional”. Finalmente, desde el análisis jurídico la UE se caracteriza por la aparición de “un nuevo orden jurídico”: el comunitario, integrado en los órdenes jurídicos de los Estados miembros con rango de superioridad. El orden jurídico comunitario se basa en el Derecho Internacional convencional para formar un conjunto autosuficiente y esencialmente regulado por las jurisdicciones comunitarias. Existe un consenso general en la doctrina para estimar que este aspecto “jurídico-jurisdiccional” fue fundamental para el desarrollo y consolidación de la integración regional en la UE, frecuentemente referenciada como “una integración por el Derecho”.<sup>7</sup>

Las integraciones regionales en América Latina presentan *à prime abord* características muy similares a las de la UE.

---

<sup>6</sup> Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Letonia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, la República Checa, Rumanía, Reino Unido, Suecia

<sup>7</sup> Jouannet, Emmanuelle, *Conclusions de Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, Emmanuelle Jouannet et Hélène Ruiz Fabri (dir.), Paris, Société de Législation comparée, 2007, p. 324

La idea de integrar los países que forman parte de la región latinoamericana surge de manera natural. En efecto, ninguna otra región en el mundo presenta una unidad tan importante, por su trayectoria histórica, política, cultural y lingüística. Los intentos de crear una confederación de Estados latinoamericanos se remontan al Congreso de Panamá organizado por Simón Bolívar en 1826<sup>8</sup> al término de las luchas por la independencia del continente americano. No obstante, este intento de integrar a América Latina así como todos los históricos anteriores al siglo XX han fracasado. La primera asociación regional de Estados latinoamericanos que si funcionó efectivamente fue creada después de la Segunda Guerra Mundial en un contexto de proliferación de las ideas keynesianas de libre mercado. La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) fue creada en 1960 con el objetivo de unificar los pequeños mercados estatales y promover el desarrollo económico general de la región latinoamericana. Dicha organización se transformó en 1980 en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).<sup>9</sup> En la actualidad la ALADI constituye el mayor grupo latinoamericano de integración en el que participan 12 países miembros.<sup>10</sup>

En el ámbito geográfico latinoamericano existen cuatro otras organizaciones internacionales con vocación regional: la Comunidad Andina de Naciones (CAN) que integran Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR o Mercosur) entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay,<sup>11</sup> la Comunidad del Caribe (CARICOM) conformada por 15 Estados de la región caribeña<sup>12</sup> y el Mercado Común Centroamericano (MCCA) que reúne a Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. Desde el punto de vista económico el objetivo de todas las integraciones regionales latinoamericanas es el mismo que el objetivo inicial de la UE: crear un mercado común latinoamericano sobre la base de preferencias económicas y comerciales. En el caso del MCCA se proyecta además, la conformación de una Unión económica y monetaria. No obstante, en los cinco casos, a la fecha sólo se ha logrado

---

<sup>8</sup> Tussie, Diana, Latin America: Contrasting Motivations for Regional Projects, *Review of International Studies*, vol. 35, 2009, p. 172

<sup>9</sup> *Idem*

<sup>10</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>11</sup> Cabe señalar que a partir de 2006 Venezuela se retiró de la CAN e inició su procedimiento de adhesión al Mercosur.

<sup>12</sup> Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Santa Lucía, San Cristóbal y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago.

la constitución de una unión aduanera, generalmente imperfecta. En su aspecto orgánico, en los cinco casos coincide un organigrama institucional complejo compuesto por instituciones políticas, administrativas, económicas, sociales y culturales. No obstante, la organización institucional de las integraciones latinoamericanas se distingue de la vigente en la UE por el hecho de que no existe un equilibrio entre las instituciones supranacionales e intergubernamentales, la preferencia siendo claramente marcada en favor de estas últimas. En el análisis jurídico, las distintas integraciones examinadas presentan más divergencias que similitudes. En algunos casos existe efectivamente un orden jurídico comunitario, independiente y a la vez integrado en los ordenes jurídicos nacionales de los Estados miembros de la organización. El ejemplo más representativo es el del sistema de integración que rige en la CAN. A pesar de este precedente, la mayoría de las integraciones latinoamericanas no cuentan con un orden jurídico realmente comunitario y las características del Derecho que sus órganos adoptan se acercan más a las del Derecho convencional creado por las organizaciones internacionales clásicas.

Un punto común indudable que comparten la UE y las integraciones regionales latinoamericanas consiste en haberse dotado de un mecanismo específico para la solución de las controversias que surjan de la interpretación o aplicación del Derecho regional. La creación de dichos mecanismos se explica por la necesidad de garantizar el cumplimiento uniforme de las normas comunes y reforzar el respeto de las obligaciones adquiridas por parte de los Estados miembros de la organización.

Esta multiplicación de las jurisdicciones en las integraciones regionales se suma y contribuye a la intensificación del fenómeno más general de “jurisdiccionalización del Derecho internacional.”<sup>13</sup>

La solución de controversias en la UE es confiada a un Tribunal supranacional independiente e imparcial: el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE) que después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 se denomina Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sin lugar a dudas, el TJUE corresponde al modelo más avanzado de jurisdicción supranacional y se considera

---

<sup>13</sup> Orrego Vicuña, Francisco, *International Dispute Settlement in a Evolving Global Society, constitutionalization, accessibility, privatization*, ed. Cambridge University Press 2004, p. 43

como el “Tribunal internacional más influyente del mundo”.<sup>14</sup> Frecuentemente comparado con la Corte Suprema de los Estados Unidos, el TJUE tiene un cometido fundamental en el sistema comunitario europeo. A través de su jurisprudencia “activista” el Tribunal fue a la vez “piloto” pero también “constructor” y “guardián” de la integración en el orden jurídico de la UE. Para muchos autores la integración regional europea no hubiese existido ni avanzado en una forma tan profunda si no fuese por el activismo inédito de su Tribunal.<sup>15</sup> El actuar del juez comunitario siempre ha estado en el corazón de la integración en la UE y todo el sistema comunitario ha sido sometido en permanencia a su “imperialismo jurisdiccional”.<sup>16</sup>

Los órganos de solución de controversias establecidos en el ámbito de las integraciones regionales latinoamericanas presentan características propias, pero que convergen hacia una misma constatación.

Para los propósitos limitados del presente trabajo examinaremos los mecanismos de solución de controversias vigentes en dos casos muy representativos de integración regional en América Latina: la CAN y el Mercosur. Además, en un anexo final del trabajo propondremos algunas consideraciones acerca del mecanismo de solución de controversias establecido por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) con el objetivo de determinar sus implicaciones para el desarrollo del sistema regional vigente entre México, Canadá y Estados Unidos.

El sistema institucional de la CAN cuenta con un órgano jurisdiccional de solución de las controversias: el Tribunal de justicia de la Comunidad Andina (TJCA). El TJCA constituye una reproducción muy fiel del TJUE en el ámbito andino. La intención de “clonar” el TJUE aparece claramente en las disposiciones normativas que regulan la estructura y el funcionamiento del TJCA. En efecto, el juez andino fue dotado de una estructura y competencias contenciosas completamente idénticas a las del juez europeo. No obstante, a diferencia del TJUE, el TJCA no logró desempeñar una función activista en relación con el desarrollo de la integración regional en la CAN. Debido a

---

<sup>14</sup> Besson, Samantha, From European Integration to European Integrity: Should European Law Speak with Just One Voice?, *European Law Journal*, vol. 10, num. 3, mayo 2004, p. 264

<sup>15</sup> Jouannet, Emmanuelle, op. cit, nota 7, p. 326

<sup>16</sup> *Ibidem*

varios factores complejos, el juez andino no pudo convertirse en “piloto” de la integración andina y su actuar lo relegó a un actor secundario en dicho proceso.

El régimen de solución de controversias vigente en el Mercosur es de naturaleza arbitral. El marco normativo de dicho régimen prevé la constitución de un Tribunal arbitral *ah hoc* compuesto por tres árbitros representantes de los Estados miembros de la organización. Como su nombre lo indica, cada Tribunal arbitral *ad hoc* es competente para resolver el litigio concreto que le es sometido. Además, las reformas recientes del mecanismo de solución de controversias del Mercosur condujeron a la creación de un Tribunal permanente de revisión (TPR) compuesto por 5 árbitros y competente para reexaminar en segundo grado las sentencias dictadas por los Tribunales arbitrales *ad hoc*. No obstante, la creación de un segundo grado de jurisdicción permanente en el ámbito del Mercosur no afectó la naturaleza esencialmente intergubernamental de su régimen de solución de controversias. Esta característica del “juez” del Mercosur se suma a otros elementos complejos que limitan su importancia en relación con la profundización de la integración en este bloque regional. De la misma manera que el TJCA los Tribunales arbitrales del Mercosur no logran promover, de manera activista, el desarrollo de la integración regional de la que forman parte.

Podemos estimar que existe una gran diferencia entre la contribución eminentemente fundamental del TJUE al desarrollo de la integración regional en la UE y la función modesta que desempeñan los tribunales latinoamericanos en sus respectivos procesos de integración.

El TJUE es la “columna vertebral” de la integración regional europea, actor principal en su proceso de consolidación y “piloto” de su evolución. En cambio, los tribunales en las integraciones regionales en América Latina desempeñan un papel secundario en dichos procesos y su aportación para la profundización de estos últimos es limitada. Esto se debe a la existencia de múltiples “factores de entorno” que influyen el funcionamiento de los mecanismos de solución de controversias tanto en el ámbito europeo como en el latinoamericano. Dichos factores dependen, entre otros, del contexto general de los procesos de integración regional en los que éstos se insertan, de la legitimidad de su actuar, del alcance de sus competencias respectivas, de su independencia judicial, del acceso de las personas privadas a su foro y en

general de las complejas interacciones que dichos mecanismos mantienen con los demás actores de la integración regional.

A través de un análisis crítico de la contribución del TJUE al proceso de integración regional en Europa (**PRIMERA PARTE**) y su comparación con la función secundaria que desempeñan los órganos de solución de controversias en dos de las más importantes integraciones latinoamericanas (**SEGUNDA PARTE**) se comprobarán las hipótesis principales de la presente investigación.

La primera hipótesis primaria de la investigación consiste en afirmar que la contribución del TJUE al desarrollo de la UE fue y es fundamental. Sin los principios establecidos por la jurisprudencia activista de su Tribunal, la integración regional europea que hoy conocemos no hubiese sido posible.

A través de la segunda hipótesis primaria se sostendrá que la contribución del “juez” a la construcción y consolidación de las integraciones regionales en América Latina es limitada. El rol de los órganos de solución de controversias en dichos esquemas de integración es secundario y dependiente de varios factores complejos.

La primera hipótesis secundaria consiste en considerar que la contribución fundamental del juez de la UE al desarrollo de la integración regional europea se explica por una multitud de factores: jurídicos, económicos, culturales y políticos. El carácter supranacional de la integración europea y de su mecanismo de solución de controversias así como la interacción del TJUE con los demás actores del proceso regional constituyen elementos importantes para apreciar la aportación del Tribunal, a la consolidación de dicho proceso.

La segunda hipótesis secundaria de la investigación sostiene que la contribución de los Tribunales al desarrollo de las integraciones regionales latinoamericanas es condicionada por el contexto general del regionalismo en esta zona, en particular por sus características jurídicas, económicas y políticas. La naturaleza intergubernamental de los sistemas regionales examinados determina una relación compleja entre las doctrinas jurisprudenciales de sus “jueces” y la defensa de los intereses de los Estados miembros de la integración. La interacción de los “jueces” con los demás actores de las integraciones latinoamericanas es otro elemento importante para explicar su contribución al desarrollo de dichos procesos.



La tercera hipótesis secundaria plantea la imposibilidad para el “juez” de la UE de ser considerado como “modelo” para los jueces de las integraciones regionales latinoamericanas. Las diferencias entre la contribución fundamental del juez de la UE al desarrollo de la integración regional europea y la contribución limitada de los “jueces” latinoamericanos a la consolidación de sus respectivos esquemas de integración, impiden el establecimiento de analogías absolutas entre ambos casos. Los factores que explican estas diferencias obstaculizan la importación e imitación del “modelo” europeo por parte de los mecanismos de solución de controversias actualmente vigentes en las integraciones latinoamericanas.

Las principales variables que se utilizarán para la comprobación de la primera hipótesis primaria y de la primera hipótesis secundaria se basarán, en primer lugar, en el examen de la posición que ocupa el TJUE en el contexto general de la integración regional europea. En segundo lugar, la demostración de dichas hipótesis se fundamentará en un análisis crítico de los principios jurisprudenciales que constituyen la doctrina pro-integracionista del tribunal. En particular, se enfatizará la importancia que éstos representan para la profundización de la integración en la UE. En tercer lugar, se apreciarán las relaciones que el TJUE mantiene con los demás actores de la integración regional europea con el objetivo de determinar sus implicaciones para el desarrollo de dicho esquema regional.

Las principales variables que se emplearán para la comprobación de la segunda hipótesis primaria y de la segunda hipótesis secundaria consistirán en examinar la estructura orgánica e institucional de los órganos de solución de controversias de las integraciones latinoamericanas y la posición que éstos ocupan dentro del contexto general de sus respectivos bloques regionales. Estas variables incluirán también un análisis crítico de la jurisprudencia de los tribunales regionales latinoamericanos y de sus intentos fallidos de establecer los principios que podrían impulsar los procesos de integración regional. Entre otros elementos se analizará la legitimidad y eficacia de sus sentencias y la complejidad de su relación con la defensa de los intereses nacionales de los estados miembros de cada integración. Finalmente, también se considerará la manera en la que los “jueces” regionales latinoamericanos interactúan con los demás actores de la integración.

Las principales variables que se utilizarán en la comprobación de la tercera hipótesis secundaria se basarán en el análisis comparativo de los factores que explican las diferencias en la contribución del TJUE y de los “jueces” latinoamericanos a sus respectivos procesos de integración regional. La importancia de dichas diferencias nos permitirá concluir a la imposibilidad para el TJUE de servir como “modelo” para los “jueces” de las integraciones regionales en América Latina.

La comprobación de las cuatro hipótesis previamente señaladas se efectuará a través de una metodología que consideramos adecuada para lograr los propósitos del presente trabajo. Los métodos de investigación utilizados serán: el método inductivo-deductivo, el método analítico-sintético, el método sistémico y el método comparativo. Un elemento metodológico de fundamental importancia para la comprobación de las hipótesis será el análisis de casos de la jurisprudencia del TJUE y de los “jueces” de las integraciones regionales latinoamericanas. Otra herramienta de análisis que se empleará será el recurso de ciertos principios y teorías propias de las ciencias políticas. En este sentido, el trabajo pretenderá alcanzar, en ciertos momentos clave del análisis, una visión más compleja y bidisciplinar (de Derecho y de ciencias políticas) sobre algunos puntos de la problemática tratada.

**PRIMERA PARTE: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**  
**(TJUE): “CONSTRUCTOR Y GUARDIÁN” DE LA INTEGRACIÓN EN EL ORDEN**  
**JURÍDICO COMUNITARIO**

La UE es considerada como uno de los fenómenos jurídicos más complejos a nivel mundial.<sup>17</sup> Mediante su creación, algunos Estados del viejo continente aceptaron voluntariamente delegar parte de su soberanía a instituciones supranacionales. Generalmente se considera que la UE no es una organización internacional tradicional desde el punto de vista del Derecho Internacional Público.<sup>18</sup> La UE constituye un nuevo fenómeno político y jurídico que combina elementos de descentralización y federalización.<sup>19</sup>

Durante la larga evolución del proceso de integración en la UE, la función que desempeñó el TJUE fue de suma importancia. Las sentencias del TJUE establecieron los principios fundamentales del Derecho de la UE, a pesar de que éstos no estaban previstos en los Tratados originarios.<sup>20</sup> Podemos considerar que gracias a su activismo judicial el Tribunal se volvió un actor principal en la profundización del proceso de integración en la UE. Sus sentencias pro-integracionistas lo convirtieron en “constructor y guardián” de una “integración regional basada en el Derecho”.

La primera parte de la tesis es dividida en tres capítulos. En un capítulo preliminar se examinará la evolución de la UE como sistema de integración regional con el objetivo de entender mejor el contexto general en el que actúa el TJUE. También se describirá el funcionamiento orgánico de la jurisdicción comunitaria y el carácter *sui generis* de la justicia que ésta última imparte. Este capítulo preliminar tiene como propósito proveer un nivel teórico básico para la sustentación de la tesis. En el mismo capítulo aclararemos la noción de “activismo judicial” y la relacionaremos con las diferentes posturas teóricas que tratan de explicar el papel del TJUE en el proceso de integración comunitaria. En el primer capítulo se examinarán las doctrinas

---

<sup>17</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, ed. Sirey Université, 9<sup>ème</sup> ed. 2006, p.13

<sup>18</sup> Weiler, Joseph, The Transformation of Europe, *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 83.

<sup>19</sup> Shaw, Jo. & More, G, *New Legal Dynamics of the EU*, London, ed. Macmillan Press, 2003, p. 19

<sup>20</sup> Simon, Denis, *Le système juridique communautaire*, Paris, ed. PUF, 3<sup>ème</sup> ed. 2001, p. 206

jurisprudenciales que el Tribunal estableció para promover la consolidación de la integración regional europea. En particular, en este capítulo se analizarán las sentencias en las que el TJUE afirmó los principios fundadores de la integración en la UE y se enfatizará su importancia para la consolidación de dicha integración. Finalmente, en el último capítulo, el actuar del juez comunitario será examinado desde una perspectiva más amplia con el fin de completar el análisis de su función en el desarrollo de la integración europea. Este capítulo se enfocará en el examen de la interacción del TJUE con otros actores importantes del proceso de integración en la UE.

### **Capítulo Preliminar: El TJUE en el sistema institucional de la UE**

El actuar del TJUE se inserta en un sistema jurídico y político de integración sin precedentes en la historia del Derecho internacional. El contexto general de la integración europea es sin duda un factor de suma importancia que influencia y a veces (pre-) determina el actuar de su Tribunal. Por lo tanto, y sin pretender a la exhaustividad, examinaremos los factores que propiciaron el éxito de la UE como sistema de integración regional **(1.)**. En segundo lugar, nos interesaremos a los rasgos característicos de la jurisdicción comunitaria. La descripción de su estructura y funcionamiento orgánico complejo **(2.)** y el análisis del carácter *sui generis* de la justicia que esta última imparte **(3.)** nos permitirán entender mejor su importancia en el sistema institucional de la UE. Finalmente, a través de una breve reseña del debate teórico acerca de la función del TJUE en la integración regional europea **(4.)** obtendremos elementos teóricos de suma utilidad para el análisis posterior de su contribución al desarrollo y profundización de dicha integración.

#### **1. El éxito de la UE como sistema de integración regional**

El sistema jurídico de la UE se ha vuelto parte integrante de la vida política y social de sus Estados miembros. Sobre la base de los tratados de la UE se toman decisiones que a diario afectan a los Estados miembros y a sus ciudadanos. Por lo

tanto, los individuos ya no son ciudadanos sólo de su país, ciudad o barrio sino que son además ciudadanos de la UE.<sup>21</sup>

A través de sus distintas etapas de desarrollo **(A.)**, la UE logró consolidarse como la integración económica más exitosa del mundo **(B.)**. Los logros obtenidos en el ámbito de la integración económica tuvieron un efecto catalizador para las demás áreas de la integración regional en la UE, en particular para los ámbitos político y social **(C.)**. Dichos logros pudieron ser alcanzados gracias al diseño institucional único de la UE que combina de manera *sui generis* órganos supranacionales e intergubernamentales **(D.)**.

### **A. De París a Lisboa**

El inicio del proyecto europeo generalmente se sitúa en la declaración pronunciada el 9 de mayo de 1960 por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Robert Shuman. Dicho discurso fue la expresión del plan económico que Shuman había desarrollado con la ayuda de Jean Monnet. El plan Shuman preveía en particular la integración de las industrias europeas del carbón y del acero y la creación de una Comunidad económica del carbón y del acero. Esta integración según Shuman constituiría una histórica iniciativa para una “Europa organizada y vital”, indispensable para la “civilización” y para el mantenimiento de la paz en el mundo. El plan Shuman fue plasmado en el Tratado de la Comunidad europea del Carbón y del Acero (CECA) firmado por los seis Estados fundadores (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Holanda) en París (Tratado de París) el 18 de abril de 1951<sup>22</sup> y en vigor a partir del 23 de julio de 1952.<sup>23</sup> Un desarrollo posterior fue iniciado con la firma de los dos Tratados de Roma, el 25 de marzo de 1967, que crearon la Comunidad económica europea (CEE) y la Comunidad europea de energía atómica (Euratom). Dichos organismos

---

<sup>21</sup> Borchardt, Klaus-Dieter, *The ABC of European Union law*, Publications Office of the UE, Luxembourg, 2010, p. 9

<sup>22</sup> Borchardt, Klaus-Dieter, *op. cit.*, nota 21, p. 13

<sup>23</sup> La CECA fue establecida por un periodo de 50 años y recogida en la Comunidad europea a partir de la expiración de su Tratado fundacional en el año 2002.

iniciaron sus actividades a partir de la entrada en vigor de los Tratados de Roma, el 1 de enero de 1958.<sup>24</sup>

La creación de la Unión europea por el Tratado de Maastricht (Tratado de la UE) marcó una nueva etapa en el proyecto de integración regional europea. A pesar de que el Tratado fue firmado el 7 de febrero de 1992, los numerosos obstáculos relativos a su ratificación interna por parte de los Estados miembros (en particular en Dinamarca y Alemania) prolongaron su entrada en vigor hasta el 1º de noviembre de 1993. El Tratado se describía a sí mismo como “una nueva etapa en la creación de una unión cada vez más cercana entre los pueblos europeos”. Dicho tratado contenía varios instrumentos para la consolidación de la integración en la Unión europea, pero no permitía lograr la completitud de este proceso. Como lo afirma Borhardt<sup>25</sup> el TUE fue un primer paso necesario en el paulatino proceso de creación de un sistema constitucional para la UE.

Los desarrollos subsecuentes de la integración europea resultaron de los Tratados de Amsterdam y Niza que entraron en vigor el 1º de mayo de 1999 y el 1º de febrero de 2003 respectivamente. El principal objetivo de estos tratados fue preservar la capacidad decisiva y de acción de las instituciones de la UE en la perspectiva de su ampliación de 15 a 27 Estados. Por lo tanto los dos Tratados se enfocaron principalmente en reformas institucionales sin traducir una clara voluntad de hacer avanzar el proyecto político europeo.<sup>26</sup>

Las críticas que señalaban las insuficiencias de estos dos últimos tratados, en particular del Tratado de Niza llevaron al inicio de un debate sobre el futuro de la UE y su diseño institucional. En consecuencia, el 5 de diciembre de 2001 en Laeken, Bélgica, los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros adoptaron una declaración sobre el futuro de la UE. Los objetivos principales de esta declaración eran volver la UE más democrática, transparente y efectiva y abrir el camino hacia la adopción de una constitución europea. Este proceso inició con la creación de una Convención europea, presidida por el ex-Presidente francés Valéry Giscard d'Estaing y encargada de preparar un proyecto de Constitución para la UE. El 18 de julio de 2003 el Presidente de

---

<sup>24</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17 , p. 3

<sup>25</sup> Borhardt, Klaus-Dieter, *op. cit.*, nota 21 , p. 13

<sup>26</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17 , pp. 19-25

la Convención europea oficialmente presentó un proyecto de “Tratado estableciendo una Constitución para la UE” al Presidente del Consejo europeo. El proyecto fue adoptado con muy pocas modificaciones por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE el 17 y 18 de julio de 2004.<sup>27</sup>

La Constitución preveía la unificación de la Comunidad europea y de la Unión europea en una sola UE, dotada de la personalidad jurídica internacional. Después de que se logró la aprobación del proyecto de Constitución en 13 de los entonces 25 Estados miembros, dicho proyecto fue finalmente rechazado en 2005 en los referendos francés (54, 68 % en contra) y holandés (61, 7% en contra).<sup>28</sup>

Después de un periodo de reflexión de casi dos años, un nuevo proyecto de reformas fue elaborado en 2007. Este proyecto constituía un retroceso en relación con el proyecto de Constitución europea, mismo que preveía la unificación de todos los Tratados de la UE en un sólo instrumento jurídico de valor constitucional. En cambio, el proyecto de 2007 se basaba en la adopción de un simple Tratado de revisión que tenía como objetivo único modificar varias disposiciones de los Tratados ya existentes. Las reformas eran destinadas a mejorar la capacidad de acción y de decisión de la UE y a aumentar su legitimidad democrática. De acuerdo con la denominación tradicional de los Tratados de revisión el nuevo Tratado fue llamado “Tratado de Lisboa”.<sup>29</sup> Los principales puntos de discusión se referían a la repartición de las competencias entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión, al futuro de la política exterior y de seguridad común, al nuevo papel de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración, a la incorporación de la Carta europea de derechos fundamentales en el Derecho comunitario y a los posibles avances en las materias de cooperación policiaca y judicial a nivel europeo.

El Tratado de Lisboa fue formalmente firmado por los Jefes de Estado de los 27 países miembros de la UE el 13 de diciembre de 2007 en Lisboa. Su entrada en vigor fue particularmente retrasada por los fuertes debates que acompañaron sus procesos

---

<sup>27</sup> Borhardt, Claus-Dieter, *op. cit.*, nota 21 , p. 15

<sup>28</sup> *Idem*

<sup>29</sup> El Tratado de Lisboa fue elaborado de manera particularmente rápida debido al hecho de que los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE decidieron en detalle la naturaleza y el alcance de los cambios que dicho Tratado iba a introducir. En consecuencia, el trabajo de la Conferencia Intergubernamental de reunida en 2007 no tuvo gran margen de maniobra y debió limitarse a retomar las disposiciones ya completamente redactadas por los miembros del Consejo europeo.

de ratificación interna.<sup>30</sup> El Tratado de Lisboa finalmente pudo entrar en vigor en los 27 países miembros a partir del 1º de diciembre de 2009.<sup>31</sup>

En primer lugar, el Tratado de Lisboa unificó la Comunidad europea y la Unión europea en la “Unión europea” y dotó a ésta de la personalidad jurídica internacional. La expresión “comunidad” empleada en los Tratados de la UE fue reemplazada por la expresión “Unión”. El Derecho comunitario permaneció contenido en tres distintos Tratados: El Tratado de la UE (TUE, Tratado de Maastricht)<sup>32</sup>, El Tratado de Funcionamiento de la Unión europea (TFUE)<sup>33</sup> y Tratado de la Comunidad atómica europea (Euratom).<sup>34</sup>

El Tratado de Lisboa también abandonó la distinción entre los “tres pilares” en los que se dividían las funciones de la UE.<sup>35</sup>

## **B. La integración económica más avanzada a nivel global**

Las materias en las que interviene la UE corresponden en gran parte a las competencias reconocidas a los Estados en los órdenes constitucionales internos. A diferencia de las competencias de las organizaciones internacionales clásicas, los

---

<sup>30</sup> A pesar de que el Tratado de Lisboa fue aprobado en los referendos en Francia y Holanda, dicho instrumento fue rechazado en el primer referendun irlandés del 12 de junio de 2008 (53.4% en contra). Únicamente después de varias campañas destinadas a convencer los ciudadanos irlandeses del alcance limitado del Tratado de Lisboa su aprobación fue sometida a un segundo referendun en octubre de 2009. Esta vez el Tratado fue aprobado por un amplio porcentaje de la población irlandesa (61.7% en favor). El éxito del segundo referendun irlandés permitió poner fin a las oposiciones del difunto presidente polaco Lech Kaczynski y de su homólogo checo Václav Klaus. En el año 2009 estos dos últimos países llevaron a buen cabo el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa, lo que finalmente permitió su entrada en vigor.

<sup>31</sup> Borhardt, Klaus-Dieter, *op. cit.*, nota 21, pp. 15-18

<sup>32</sup> El TUE fue reestructurado en seis nuevos capítulos: I. Disposiciones comunes, II. Disposiciones sobre los principios democráticos, III. Disposiciones sobre las instituciones, IV. Disposiciones sobre la cooperación, V. Disposiciones generales sobre la acción externa de la Unión y disposiciones específicas sobre la política externa y de seguridad común, VI. Disposiciones finales.

<sup>33</sup> El TFUE se desarrolla sobre la base del Tratado de las Comunidades europeas (TCE, Tratado de Roma) y mantiene su estructura básica. Las principales modificaciones se refieren a la acción externa de la UE, y a la introducción de nuevos capítulos, en particular los relativos a las políticas de energía, de cooperación judicial y policial en materia penal, espacio, deporte y turismo.

<sup>34</sup> El Tratado Euratom fue modificado en algunas de sus disposiciones a través de los Protocolos anexos al Tratado de Lisboa.

<sup>35</sup> En particular el Tratado fusiona el primer pilar (mercado común y políticas de la UE), con el segundo pilar (la política exterior y de seguridad común) y el tercer pilar (cooperación judicial y policial en materia penal). No obstante los procedimientos específicos de toma de decisiones en materia de política exterior y de seguridad común seguirán vigentes, en particular tratándose de la política de defensa común. Las declaraciones anexas al Tratado de Lisboa determinan la naturaleza específica de esta política y las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en la materia.



campos de intervención de la UE no son únicamente de carácter técnico sino que cubren vastas esferas de intervención y regulación.<sup>36</sup>

Dichas competencias pueden dividirse en tres principales categorías: económicas, políticas y sociales.

Las competencias económicas de la UE se centran en el funcionamiento del mercado común europeo que unifica los mercados internos de los Estados miembros. El establecimiento del mercado común europeo pasó por varias etapas contenidas en un plan específico<sup>37</sup>. La realización efectiva de sus objetivos fue plasmada en el TUE y su funcionamiento inició a partir de 1993. El mercado común se caracteriza por las 4 grandes libertades de circulación: libertad de circulación de bienes, personas, capitales y servicios. Dicho mercado se basa sobre las reglas de funcionamiento de un mercado estatal interno en el que todos los ciudadanos (en este caso europeos) tienen el libre acceso a los bienes y servicios, pueden circular libremente y tienen garantizada la libertad de movimiento de su mano de obra y de sus capitales.<sup>38</sup>

El mercado común europeo también se basa en una unión económica y monetaria<sup>39</sup>. El objetivo principal de las políticas económicas de la Unión no consiste en la realización de una política económica común sino en la coordinación de las políticas económicas internas de los Estados miembros.<sup>40</sup> Dicha coordinación tiene por objetivo evitar que las decisiones en materia económica tomadas por los Estados miembros a nivel interno afecten el funcionamiento armonioso del mercado común europeo. Los principales objetivos de la unión económica están contenidos en el Pacto de Estabilidad y crecimiento.<sup>41</sup>

Por su parte, el objetivo principal de la unión monetaria fue la unificación de las legislaciones nacionales que inciden directa o indirectamente en el sistema económico,

---

<sup>36</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op.cit.*, nota 17, p. 9

<sup>37</sup> El plan para el establecimiento del mercado común fue elaborado por un Comité presidido por el ex Presidente de la Comisión europea Jacques Delors. Según este plan el mercado común debía completarse en 1992.

<sup>38</sup> Borhardt, Klaus-Dieter, *op. cit.*, nota 21, pp. 35-39

<sup>39</sup> Oficialmente adoptada por el Tratado de la Unión Europea de 1992, la UEM designa la zona compuesta por los países de la Unión Europea que han adoptado una misma política monetaria y una misma moneda, el euro. La UEM inició su andadura el 1 de enero de 1999, fecha en la que el euro adquirió curso legal y las unidades monetarias nacionales de los once países participantes pasaron a convertirse en subdivisiones del mismo.

<sup>40</sup> Borhardt, Klaus-Dieter, *op. cit.*, nota 21, p. 36

<sup>41</sup> Dicho Pacto contiene en particular los criterios de convergencia de las políticas presupuestarias de los Estados. Si los Estados miembros no respetan dichos criterios, la Comisión o el Consejo pueden iniciar un procedimiento por incumplimiento en su contra y, en su caso, imponerles sanciones pecuniarias.

así como la coordinación y regulación centralizada de las políticas económicas, financieras y monetarias de los Estados miembros. Su culminación consistió en la adopción de una moneda común para la UE. El euro empezó a circular como moneda oficial de la UE a partir del 1º de enero 1999 después de que algunos Estados miembros cumplieron con los criterios de convergencia establecidos por el Tratado de Maastricht para la entrada en la denominada “zona euro”.<sup>42</sup> Actualmente, el euro es la moneda oficial de cambio de 16 de los 27 Estados miembros.

Podemos estimar que a través del establecimiento del mercado común europeo y la puesta en marcha de la Unión económica y monetaria, el sistema regional de la UE ha logrado la forma de integración económica más exitosa del mundo. En efecto, la UE es el único sistema de integración regional que ha alcanzado la cuarta y quinta fase de desarrollo de los esquemas de integración económica (mercado común y unión económica y monetaria).<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Los primeros Estados que adoptaron el euro fueron Bélgica, Alemania, Irlanda, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal y Finlandia. Posteriormente fueron incluidos Grecia (2001), Eslovenia (2007), Chipre (2008), Malta (2008) y Eslovaquia (2009). Para pertenecer a la “zona euro”, los países miembros deben cumplir con los criterios de convergencia, establecidos por el Tratado de Maastricht. Los criterios de convergencia establecen que 1) durante al menos los dos años anteriores a la unión monetaria no se podría cambiar el tipo de cambio de la moneda sobrepasando los márgenes de fluctuación establecidos en el SME; (2) la inflación no podría sobrepasar en más de 1,5 puntos porcentuales la media de los tres países con menor índice; (3) el tipo de interés medio a largo plazo no podría superar la media de los tres países también con menores índices; (4) no se podría tener un déficit fiscal superior al 3% del producto interior bruto (PIB), ni la deuda pública podría sobrepasar el 60% del mismo. Muchos de los países, en particular los nuevos miembros de Europa del Este (Bulgaria, Rumania, Polonia, Hungría etc.) tienen grandes problemas para cumplir con los criterios de convergencia de la “zona euro” por lo que se estima que su inclusión en dicha zona podría retrasarse considerablemente.

<sup>43</sup> Generalmente se distinguen 5 o 6 fases, etapas o grados de desarrollo de las integraciones regionales: acuerdo preferencial, zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica y monetaria y la fase máxima que es la unión total. La etapa más simple del proceso de integración económica es el acuerdo preferencial (AP) que se limita a asegurar a los países involucrados beneficios únicamente tarifarios. En efecto, en el ámbito de un AP los derechos a la importación cobrados a los países signatarios del AP son menores que los cobrados a países terceros. Un ejemplo de un AP es el Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA) o el sistema generalizado de preferencias que otorga la UE a algunos países en desarrollo. La fase posterior a un AP es una zona de libre comercio (ZLC). En este tipo de integración las barreras (tarifarias o no tarifarias) al acceso de bienes provenientes de los países miembros de la ZLC deben ser suprimidos, aunque algunos productos pueden beneficiar de excepciones. No obstante, en las ZLC no se prevé el establecimiento de una tarifa única para el acceso de productos provenientes de países terceros (arancel externo común para los productos extra-zona). Un ejemplo de ZLC es la Acuerdo de Libre comercio de América del Norte (TLCAN) o los Tratados de libre comercio (TLC) firmados por México con Costa Rica o los Estados del Triángulo del Norte (Guatemala, Honduras y el Salvador). La tercera fase de desarrollo de una integración regional es la Unión aduanera (UE). La UE es una zona de libre intercambio en la que se suprimen los obstáculos (tarifarios o no tarifarios) no sólo de los productos provenientes de países miembros de dicha zona sino también de productos provenientes de países terceros. Dicho en otros términos la UA es una zona de libre comercio dotada de un arancel externo común. Un ejemplo importante de UA es el el Mercado Común del Sur (Mercosur) que constituye una unión aduanera imperfecta, es decir una UA con excepciones para varias categorías de productos importantes. El mercado común o la cuarta fase de una integración económica es la fase lograda únicamente por la

### C. Los logros de la integración política y social

Además de la integración alcanzada en el ámbito económico, la UE ha logrado importantes avances para la integración en otras áreas. Las políticas de la UE buscan promover el acercamiento y la armonización de las políticas nacionales en materia de agricultura y pesca, transportes, regulación de la competencia y protección de los consumidores, investigación y desarrollo, cohesión social, medio ambiente, salud, comercio y energía.<sup>44</sup>

En materia social, las políticas de la UE tienen como objetivo garantizar que los beneficios de la integración económica no obstaculicen el desarrollo social del mercado común. Existen gran número de disposiciones, tanto en los Tratados comunitarios como en el Derecho derivado que forman parte del Derecho social comunitario<sup>45</sup> y garantizan algunos derechos sociales importantes a todos los ciudadanos de la UE, independientemente de su Estado de origen.<sup>46</sup>

Otros importantes logros de la integración política y social son los alcanzados en materia de ciudadanía de la UE, cooperación judicial y policiaca en materia penal y

---

UE a partir de 1992. A diferencia de una UA el mercado común establece no sólo la libre circulación de mercancías (con arancel externo común) sino también la libertad de circulación de personas, capitales y servicios y la coordinación de las políticas macroeconómicas (cambiaria, monetaria, fiscal y comercial). Finalmente, la quinta y para muchos última fase de desarrollo de una integración regional es la Unión económica y monetaria (UEM). La UEM requiere la coordinación y regulación centralizada de las políticas económicas, financieras y monetarias de sus países miembros, así como la implantación de cambios fijos y convertibilidad obligatoria de sus monedas nacionales. La etapa culminatoria de la adopción de una UEM se constituye por la adopción de una moneda común. Una vez más la única integración regional que haya alcanzado esta quinta fase de desarrollo es la UE con la institución del euro a partir de 1999. Finalmente, la última, sexta etapa de integración económica es la unión total. Es la fase alcanzada cuando varios pueblos o países se constituyen en una sólo Nación, a la imagen de lo que sucede en un Estado federal. En este caso existe una integración de varios aspectos políticos, económicos o sociales, aunque los Estados miembros siguen libre de autoregularse en el plan interno. Un ejemplo de tal forma de organización estatal son los Estados Unidos de America. (Martínez Coll, Juan Carlos, Grados de integración económica, en *La economía del mercado, virtudes e inconvenientes*, 2001 disponible en [www.eudmed.net/cursecon/17/17-1.htm](http://www.eudmed.net/cursecon/17/17-1.htm))

<sup>44</sup> Todos estos ámbitos de acción forman parte del vasto campo de intervención del Derecho material de la UE. A través de sus instrumentos legislativos la UE promueve varias iniciativas a nivel interno que buscan coordinar las políticas nacionales en todos estos ámbitos. Las políticas materiales de la UE están a cargo de la Comisión que cuenta con Comisarios responsables de estas distintas áreas (por ejemplo Comisario encargado de la política de competencia y protección de los consumidores, de medio ambiente etc.).

<sup>45</sup> Por ejemplo la directiva 2006/54/CE relativa a la igualdad de hombres y mujeres en materia laboral del 5 de julio de 2006, el artículo 13 TFUE etc.

<sup>46</sup> Igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral, libre circulación de trabajadores, garantía de seguridad social en el país de residencia de los trabajadores, igualdad de los ciudadanos comunitarios y de los ciudadanos nacionales, reglas para la reunión familiar, para la transferencia de personal de una empresa etc.

política exterior y de seguridad común (PESC). La ciudadanía europea reconoce derechos y libertades importantes a los nacionales de los Estados miembros de la UE.<sup>47</sup> Respecto a la PESC la UE tiene la misión de salvaguardar los valores comunes, los intereses y la independencia de la UE, reforzar la seguridad de la UE y de sus Estados miembros, garantizar la paz mundial y promover la seguridad internacional, facilitar la cooperación internacional, propiciar el respeto de la democracia y del Derecho, proteger los derechos humanos y las libertades básicas, así como establecer un sistema de defensa común. Visto que la UE no es un Estado autónomo estos objetivos son muy difíciles de alcanzar y las decisiones en la materia se siguen tomando sobre la base de negociaciones y cooperación directa entre sus distintos Estados miembros.<sup>48</sup>

Finalmente, respecto a la cooperación judicial y policiaca en materia penal, el objetivo principal de la acción de la UE consiste en proteger los intereses comunes de todos los Estados miembros. Estos incluyen en particular la lucha contra el terrorismo o contra el crimen organizado, la prevención de la trata humana, en particular la “trata de blancas” etc. Todos estos fenómenos criminales rebasan las fronteras de un sólo Estado miembro, haciendo necesaria una acción conjunta y centralizada a nivel de la UE. Los principales logros alcanzados en la materia se traducen en la adopción de la directiva comunitaria sobre lavado de dinero y la creación de Europol, autoridad policiaca europea en función a partir de 1998 (artículo 88 TFUE). La cooperación entre los Estados miembros en esta área también trata de promover la ejecución transfronteriza de decisiones de justicia, facilitar los procedimientos de extradición entre los distintos Estados miembros y armonizar las reglas de los Derechos penales nacionales de los Estados miembros en ciertos ámbitos considerados como importantes

---

<sup>47</sup> En efecto, los ciudadanos europeos benefician de la libre circulación en todo el territorio de la Unión (artículo 21 del TFUE), tienen el derecho de votar y presentarse como candidatos a las elecciones locales en su país de residencia (artículo 22 del TFUE), el derecho de petición ante el Parlamento europeo (artículo 24 del TFUE), el derecho de ser tratados con igualdad respecto a los nacionales del Estado miembro en el que residen (artículo 20 (2) y artículo 18 del TFUE) etc.

<sup>48</sup> En efecto, la política exterior y sobre todo la seguridad y defensa del territorio son áreas en las que los Estados prefieren ejercer su soberanía y libertad de acción. Otra razón por la que se dificulta una integración de las políticas nacionales en una política común de la UE consiste en el hecho de que sólo Francia y el Reino Unido poseen armas nucleares y sólo algunos de los países miembros de la UE son también miembros de la OTAN. A pesar de que en materia de PESC las decisiones resultan de la cooperación entre los Estados miembros, las modificaciones de los Tratados comunitarios han provisto esta cooperación de herramientas jurídicas que aumentan su grado de eficacia y certidumbre.

(artículo 85 TFUE).<sup>49</sup> Otros importantes avances fueron la creación del Eurojust<sup>50</sup> a partir de 2003 y la puesta en marcha del mandato de arresto europeo.<sup>51</sup>

Conforme con lo antes expuesto, podemos estimar que la UE ha logrado importantes avances en materia de integración política y social, aunque los principales logros son sin duda los obtenidos en materia económica. En efecto, la integración económica y sobre todo la integración jurídica, han tenido un efecto catalizador para las demás áreas de la integración regional europea.

#### **D. El sistema institucional de la UE: entre intergubernamentalismo y supranacionalismo**

El esquema institucional de la UE es sumamente complejo. A diferencia de las organizaciones internacionales clásicas, las instituciones de la UE son no sólo de naturaleza intergubernamental sino también supranacional. Las instituciones europeas no representan exclusivamente los intereses de los Estados miembros y no se limitan a defender estos últimos en la toma de decisiones comunes. El andamiaje institucional europeo contiene órganos cuya función consiste en representar y proteger el interés común, el interés de la Unión, vista ésta como una entidad jurídica supranacional.<sup>52</sup>

En consecuencia las acciones de la Unión y las decisiones que afectan el futuro de la integración no son dejadas a la libre apreciación de los gobiernos nacionales y no resultan de una cooperación intergubernamental, como en el caso de las organizaciones internacionales tradicionales. La UE es dotada de un cuerpo institucional que le permite lograr sus objetivos de integración y unificación y de crear

---

<sup>49</sup> En particular, en materia de terrorismo, tráfico de armas y drogas, tráfico de personas y explotación sexual de mujeres y niños, lavado de dinero y corrupción.

<sup>50</sup> Eurojust es un grupo de procuradores y magistrados de todos los países miembros cuya función consiste en coordinar la investigación y la persecución de los graves crímenes transfronterizos. Uno de sus campos importantes de intervención se refiere al combate de los crímenes que afectan los intereses financieros de la Unión (artículo 86 del TFUE).

<sup>51</sup> El mandato (u orden) de arresto europeo puede ser solicitado en contra de toda persona que incurre una pena de prisión de por lo menos un año en cualquiera de los Estados miembros de la UE. Su objetivo principal es agilizar y a lo largo reemplazar los lentos y costosos procedimientos de extradición entre los Estados.

<sup>52</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17 , p. 74

un Derecho comunitario uniformemente aplicado y obligatorio en el territorio de todos los Estados miembros.<sup>53</sup>

De acuerdo con el TUE<sup>54</sup> las instituciones de la UE son: el Consejo europeo<sup>55</sup>, el Consejo de ministros<sup>56</sup>, el Parlamento europeo<sup>57</sup>, la Comisión europea<sup>58</sup>, el Tribunal de justicia de la UE (TJUE), el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas<sup>59</sup>. Dichas instituciones son asistidas en el ejercicio de sus funciones por tres principales órganos auxiliares: el Banco europeo de inversiones, el Comité de las regiones<sup>60</sup> y el Comité económico y social<sup>61</sup>.

Las instituciones de la UE traducen concepciones políticas y sociológicas distintas y poseen una legitimidad propia. Así el Consejo de ministros representa los intereses de cada uno de los Estados miembros, la Comisión es defensora del interés común de la UE, el Parlamento europeo representa los intereses de los pueblos de los Estados miembros y el TJUE el principio de legalidad y respeto del Estado de Derecho. Por lo tanto el Consejo de ministros traduce una legitimidad intergubernamental mientras que la Comisión y el TJUE se basan en una legitimidad de naturaleza supranacional, distinta de la que resulta de la defensa de los intereses de los Estados miembros.<sup>62</sup>

---

<sup>53</sup> Borhardt, Klaus-Dieter, *op. cit.*, nota 21, p. 46

<sup>54</sup> El TUE revisado por el Tratado de Lisboa dispone en su artículo 13: “1. La Unión dispone de un marco institucional que tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones. Las instituciones de la Unión son: — El Parlamento Europeo, — El Consejo Europeo, — El Consejo, — La Comisión Europea (denominada en lo sucesivo «Comisión»), — El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, — El Banco Central Europeo, — El Tribunal de Cuentas. 2. Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal; 3. Las disposiciones relativas al Banco Central Europeo y al Tribunal de Cuentas, así como las disposiciones detalladas sobre las demás instituciones, figuran en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; 4. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones que ejercerán funciones consultivas.”

<sup>55</sup> El Consejo europeo es compuesto por los 27 Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la UE asistidos por el Presidente del Consejo de ministros y el Presidente de la Comisión.

<sup>56</sup> El Consejo de ministros es compuesto por un representante de los Gobiernos de cada uno de los Estados miembros (27 ministros en total).

<sup>57</sup> El Parlamento europeo es compuesto por 751 miembros, electos al sufragio universal directo en elecciones llevadas a cabo en cada uno de los Estados miembros según un procedimiento uniformizado.

<sup>58</sup> La comisión europea se integra de 27 miembros, en funciones hasta 2014.

<sup>59</sup> 27 miembros, representantes de cada uno de los Estados.

<sup>60</sup> Con un máximo de 350 miembros.

<sup>61</sup> Un máximo de 350 miembros.

<sup>62</sup> Isaac Guy, *op. cit.*, nota 17, p. 74

Cabe señalar que a diferencia de las instituciones de un Estado, el esquema institucional de la UE no se define por una separación clara entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. En la concepción tradicional de separación de poderes, heredada de la doctrina de Montesquieu, el Parlamento ejerce el Poder Legislativo, el Gobierno el Poder Ejecutivo y los Jueces representan al Poder Judicial. En la UE, el poder legislativo incumbe al Consejo de Ministros que lo ejerce sólo, o (lo más frecuentemente) conjuntamente con el Parlamento europeo. De la misma manera, si la Comisión es en principio investida del Poder Ejecutivo, éste también es ejercido por el Consejo que cumula prerrogativas ejecutivas, legislativas y gubernamentales.<sup>63</sup>

En efecto, el Consejo de ministros (o Consejo) asegura la correcta inserción de los Estados miembros y de sus gobiernos en el sistema comunitario. Según el artículo 16 TUE el Consejo es compuesto por un representante de cada uno de los Estados miembros a nivel ministerial<sup>64</sup> y se reúne en dos formaciones principales “Consejo de los Asuntos generales y de las relaciones exteriores”<sup>65</sup> o “Consejos sectoriales” (8 en total)<sup>66</sup>. El Consejo es asistido por el Comité de representantes permanentes (Coreper I y II), el Comité para la Agricultura, otros Grupos de trabajo y un Secretariado General. Sus funciones principales consisten en adoptar los actos legislativos de la UE (sólo o en “co-decisión” con el Parlamento), adoptar y supervisar el presupuesto de la UE<sup>67</sup>, coordinar la política macroeconómica, nombrar algunos de los altos funcionarios de la UE<sup>68</sup>, conducir las relaciones exteriores<sup>69</sup> y velar por la correcta aplicación de los

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 75

<sup>64</sup> Generalmente los Gobiernos nacionales deben designar al Ministro responsable de la materia sujeta al orden del día en el Consejo. Por lo tanto, no hay miembros permanentes del Consejo. La única condición para asistir a las reuniones de este órgano es ser apto de representar el Gobierno nacional, obligar a este último y en su caso comprometer su responsabilidad.

<sup>65</sup> El “Consejo de los asuntos generales”, coordina el funcionamiento de las distintas formaciones del Consejo y junto con el Presidente del Consejo europeo y el Presidente de la Comisión prepara las reuniones del Consejo europeo. El “Consejo de relaciones exteriores” es responsable de coordinar las acciones de la UE a nivel externo de acuerdo a los lineamientos establecidos al respecto por el Consejo europeo. El “Consejo relaciones exteriores” es compuesto por los Ministros de relaciones exteriores de los Estados miembros y es presidido por el Alto Representante de la UE para los Asuntos Exteriores y de Seguridad Común.

<sup>66</sup> Las formaciones sectoriales del Consejo se integran por los ministros responsables en materia de: Asuntos económicos y financieros (Consejo “Ecofin”), Cooperación en materia de justicia y asuntos domésticos, Trabajo, Política social, Salud y Protección de consumidores, Competencia, Transportes, Comunicaciones y energía, Agricultura y pesca y Educación y cultura.

<sup>67</sup> El presupuesto es adoptado por el Consejo bajo propuesta por parte de la Comisión y es sometido a la aprobación del Parlamento europeo.

<sup>68</sup> En particular los miembros del Tribunal de cuentas, del Comité económico y social y del Comité de regiones.

<sup>69</sup> En particular el Consejo es responsable de la conclusión de los Tratados de la UE con países terceros.

compromisos asumidos por los Estados miembros en virtud de los Tratados comunitarios. El Consejo toma sus decisiones según reglas complejas de voto que, dependiendo de la materia tratada, exigen la mayoría o la unanimidad.<sup>70</sup>

El Parlamento europeo es compuesto por 754 miembros, electos por un periodo de 5 años a la representación de los pueblos de la UE.<sup>71</sup> El Parlamento es presidido por un Presidente, 14 Vice-Presidentes y 5 “quaestors” que juntos componen el “Buró”. Hasta 1979 los miembros del Parlamento fueron designados entre los miembros de los Parlamentos nacionales de los Estados miembros. Las condiciones de la elección de los miembros del Parlamento fueron establecidas en el Acta relativa a la elección de los representantes en el Parlamento europeo al sufragio universal directo del 20 de septiembre de 1976. Según dichas condiciones los Estados miembros son libres de organizar las elecciones de sus representantes en el Parlamento europeo, pero deben respetar una serie de condiciones que garantizan la uniformidad de los procedimientos y su carácter democrático.<sup>72</sup> Gracias a la elección del Parlamento al sufragio universal directo, su legitimidad democrática fue afirmada y su importancia en la toma de decisiones a nivel europeo se fue consolidando durante las dos últimas décadas.<sup>73</sup> Las principales atribuciones del Parlamento europeo se ejercen en el proceso legislativo y en los procedimientos presupuestarios. En primer lugar, a través de su participación en el procedimiento de “co-decisión”, el Parlamento actúa como el “co-legislador” de la UE,

---

<sup>70</sup> Borhardt, Klaus-Dieter, *op. cit.*, nota 21, pp. 56-63

<sup>71</sup> Entre los principales partidos representados en el Parlamento europeo podemos citar: el Grupo Europa de Democracia y Libertad, el Partido Verde, El Partido de los pueblos europeos (los cristian-demócratas), La Alianza de los Liberal-demócratas para Europa, La Alianza de los Socialistas y Demócratas en el Parlamento europeo etc.

<sup>72</sup> En particular las elecciones de los miembros del Parlamento en cada uno de los Estados miembros deben ser elecciones directas, con voto secreto, establecer un mínimo de edad para ejercer el derecho de voto (18 años en todos los Estados miembros excepto en Austria donde la edad mínima es de 16 años), reglas claras acerca de las incompatibilidades e inmunidades de los parlamentarios (imposibilidad de acumular puestos, por ejemplo ministro en el gobierno nacional y representante en el Parlamento europeo), exigencias de equidad entre los puestos para hombres y mujeres etc.

<sup>73</sup> En efecto, las prerrogativas del Parlamento se han ido extendiendo y las revisiones sucesivas de los Tratados comunitarios lo han dotado de importantes atribuciones políticas. Así por ejemplo el Tratado de Lisboa reafirmó la necesidad de reforzar la aplicación en la UE de los principios de la democracia representativa (artículo 10 TUE). Según este principio todas las autoridades públicas deben emanar de la voluntad del pueblo que están llamadas a representar. No obstante dicho principio no se aplica plenamente en el ámbito de la UE, visto que su sistema institucional no obedece a las reglas de separación de poderes que aplican en los Estados constitucionales, en particular porque el “Gobierno” de la UE no es electo por el pueblo y no asume una responsabilidad política en el Parlamento. En efecto, si bien el Parlamento ejerce importantes funciones de control de la Comisión europea, éste no tiene ningunas prerrogativas políticas para cuestionar o sancionar la actividad gubernamental del Consejo ministros.



junto con el Consejo de ministros.<sup>74</sup> En segundo lugar, el Parlamento es dotado de importantes prerrogativas en materia presupuestaria.<sup>75</sup> Además el Parlamento tiene importantes funciones de control sobre la actividad de la Comisión europea<sup>76</sup> y debe ser consultado sobre la adopción de acuerdos internacionales en todas las materias que en el procedimiento legislativo ordinario corresponden a la co-decisión. De la misma manera el Parlamento debe aprobar los Acuerdos de admisión de nuevos miembros en la UE y fijar las condiciones para dicha admisión. El Parlamento tiene sus sesiones ordinarias y plenarias en Bruselas y Estrasburgo.

El Consejo europeo se originó en las reuniones anuales de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE. A partir de la cumbre de París en 1974 dichas reuniones se volvieron periódicas y el Consejo europeo se volvió un órgano independiente de la UE (artículo 13 TUE). Los miembros del Consejo europeo son asistidos por el Presidente de la Comisión y el Presidente del Consejo de ministros. El Tratado de Lisboa creó la función de Presidente del Consejo europeo<sup>77</sup>, actualmente asumida por el Primer ministro de Bélgica Helman Van Rompuy. La principal función del Consejo europeo consiste en establecer las guías y lineamientos de la política general de la UE. En este sentido, el Consejo europeo presenta sus recomendaciones e instrucciones al Consejo y la Comisión sobre las medidas que podrían adoptarse en una materia determinada. Las recomendaciones del Consejo europeo fueron el principal impulso para el desarrollo de muchas de las políticas que profundizaron y consolidaron la integración en la UE ( en particular las relativas al establecimiento del Mercado

---

<sup>74</sup> En el proceso legislativo ordinario, el Parlamento puede enmendar varios proyectos de actos legislativos propuestos por el Consejo. Desde un punto de vista general, ningún acto legislativo puede ser adoptado sin que se logre un acuerdo previo entre el Consejo y el Parlamento.

<sup>75</sup> Según lo establecido en los Tratados comunitarios, el Parlamento debe aprobar el presupuesto anual de la UE a través del procedimiento de co-decisión.

<sup>76</sup> El Parlamento nombra el Presidente de la Comisión y vota la investidura de los demás miembros del colegio. Además la Comisión debe presentar un informe anual de sus actividades para su debate ante el Parlamento. Finalmente, el Parlamento puede votar una moción de censura en contra de los miembros de la Comisión que en su caso deberán demisionar. No obstante, para proceder, la moción de censura debe reunir un mínimo de 2/3 de los votos expresados. Hasta la fecha ninguna moción de censura en contra de los miembros de la Comisión ha tenido éxito.

<sup>77</sup> El Presidente del Consejo europeo tiene un mandato europeo (y no nacional) y es electo por los miembros del Consejo europeo por un periodo de dos años y medio con la posibilidad de una sólo reelección. El Presidente del Consejo europeo es responsable para la preparación de los trabajos de dicho órgano y representa la UE en las cumbres de negociación internacionales en las materias que relevan de la Política exterior y de seguridad común (PESC).

común, la Unión económica y monetaria, la elección del Parlamento al sufragio universal directo etc.).<sup>78</sup>

La Comisión europea es compuesta por 27 representantes<sup>79</sup> de los Estados miembros designados por un periodo de 5 años. La Comisión es presidida por un Presidente<sup>80</sup> y 7 vice-presidentes, nombrados por el Parlamento europeo previa aprobación por el Consejo de ministros.<sup>81</sup> Los miembros de la Comisión son elegidos sobre la base de su “competencias generales” y “deben ser completamente independientes en el ejercicio de sus funciones” (artículo 17- 3 TUE). La Comisión es dotada de una prerrogativa general de iniciativa legislativa. En efecto, la propuesta de la Comisión es el punto de partida de la adopción de todas las acciones importantes de la UE.<sup>82</sup> Además la Comisión es dotada de un poder general de aplicación de las normas del Derecho comunitario (artículo 290 TFUE). Finalmente la Comisión es también el “guardián del Derecho de la UE”. La Comisión controla la efectiva aplicación e implementación del Derecho comunitario, tanto primario como derivado por parte de los Estados miembros y puede iniciar un procedimiento por incumplimiento ante el TJUE en los casos en los que los Estados miembros incumplen con las obligaciones que asumen en virtud del Derecho comunitario (artículo 258 TFUE).<sup>83</sup> La Comisión es encargada de una compleja mediación entre los intereses comunitarios representados por el Consejo

---

<sup>78</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, p. 83

<sup>79</sup> Previa a la adopción del Tratado de Lisboa había sido acordado que a partir de 2014 la Comisión sería compuesta por un número limitado de miembros que representarían a los Estados miembros según un sistema rotatorio en el que un país miembro tenía la garantía de ser representado en 2 de 3 mandatos de la Comisión. No obstante, las reacciones divergentes de algunos Estados miembros, en particular de Irlanda se decidió abandonar este esquema y regresar al actual sistema de formación de la Comisión (un comisario por Estado miembro).

<sup>80</sup> El Presidente es dotado de importantes prerrogativas en la organización del trabajo de la Comisión. Según el artículo 17 TUE la Comisión debe trabajar bajo “la dirección política de su Presidente”. El Presidente es responsable de la repartición de las responsabilidades entre los distintos comisarios, puede forzar a estos últimos a demisionar y representa a la Comisión en las reuniones del Consejo europeo. .

<sup>81</sup> En efecto, el Presidente de la Comisión es propuesto por el Consejo europeo y nombrado por el Parlamento. Por su parte los miembros de la Comisión son propuestos por los Estados miembros que van a representar. La lista de candidatos es presentada primero al Consejo de ministros que debe adoptarla a la mayoría calificada. Posteriormente, la nominación de los comisarios también requiere de un voto favorable del Parlamento.

<sup>82</sup> El procedimiento legislativo ordinario inicia con un proyecto de acto derivado que la Comisión presenta al Consejo. Todos los actos deben ser presentados en el interés general de la UE. Además la Comisión puede recibir propuestas para formular una iniciativa por parte del Consejo (artículo 241 TFUE), el Parlamento europeo (artículo 225 TFUE) y un grupo de ciudadanos de la UE (Artículo 11-4 TFUE). A partir de la adopción del Tratado de Lisboa las iniciativas legislativas también pueden resultar de los Estados miembros, del Banco Central europeo, del Banco de las inversiones, del Parlamento europeo o del TJUE. La Comisión conserva un monopolio de la iniciativa legislativa en algunas áreas muy importantes, en particular en materia presupuestaria.

<sup>83</sup> En los últimos años el control de la aplicación del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros se ha convertido en la función más importante de la Comisión.

de ministros y el interés de la UE. La Comisión también es dotada de funciones ejecutivas<sup>84</sup>, en particular en materia de Derecho de la competencia.<sup>85</sup> Finalmente, la Comisión representa a la UE en los foros internacionales de discusión y es responsable de las misiones diplomáticas de la UE en los países terceros. La Comisión puede recibir un mandato del Consejo para conducir la negociación de acuerdos de la UE con países terceros o de acuerdos de adhesión con nuevos Estados miembros. La Comisión representa a la UE ante las Cortes nacionales de los Estados miembros y en su caso, ante el TJUE. La sede de la Comisión está en Bruselas.

El Banco Central Europeo (BCE) fue creado en 1998 y tiene su sede en Frankfurt. El trabajo del BCE está organizado en varias instancias decisorias.<sup>86</sup> Su función es gestionar el euro, la moneda única de la UE, y preservar la estabilidad de los precios para los más de dos tercios de los ciudadanos de la UE que utilizan el euro.<sup>87</sup> El BCE es también responsable de fijar las grandes líneas y ejecutar la política económica y monetaria de la UE.<sup>88</sup> El BCE trabaja con el "Sistema Europeo de Bancos Centrales" (SEBC), que incluye a los 27 países miembros de la UE. Sin embargo, solamente 16 de estos países han adoptado hasta ahora el euro, constituyendo así la "zona del euro" o

---

<sup>84</sup> Ciertamente mucho más limitadas que las que incumben al Consejo de ministros.

<sup>85</sup> En materia de Derecho de la competencia, la Comisión actúa de la misma manera que una Comisión nacional de protección de la competencia, examinando los hechos, calificando la existencia de infracciones a las reglas comunitarias de la competencia e imponiendo sanciones en su caso.

<sup>86</sup> El Comité Ejecutivo está formado por el Presidente del BCE, el Vicepresidente y otros cuatro miembros, todos designados por común acuerdo de los presidentes o primeros ministros de los países de la zona euro. Los miembros del Comité Ejecutivo son designados para un mandato de ocho años no renovable. El Comité Ejecutivo es responsable de aplicar la política monetaria definida por el Consejo de Gobierno (véase *infra*) y de dar instrucciones a los bancos centrales nacionales. También prepara las reuniones del Consejo de Gobierno y se encarga de la gestión cotidiana del BCE. El Consejo de Gobierno es la máxima instancia decisoria del BCE. Está formado por los seis miembros del Comité Ejecutivo y los gobernadores de los 15 bancos centrales de la zona euro. Lo preside el Presidente del BCE. Su misión básica es definir la política monetaria de la zona euro y, en especial, fijar los tipos de interés a que los bancos comerciales pueden obtener dinero del Banco Central. El Consejo General es el tercer organismo decisorio del BCE. Está formado por el Presidente del BCE, el Vicepresidente y los gobernadores de los bancos centrales nacionales de los 27 Estados miembros de la UE. Contribuye al trabajo consultivo y de coordinación del BCE y ayuda a preparar la futura ampliación de la eurozona. ([http://europa.eu/institutions/financal/ecb/index\\_es.htm](http://europa.eu/institutions/financal/ecb/index_es.htm))

<sup>87</sup> Una de las principales tareas del BCE es mantener la estabilidad de precios en la zona euro, preservando el poder adquisitivo del euro. Esto significa mantener la inflación bajo estricto control, poniendo todos los medios para que el incremento interanual de los precios al consumo sea inferior al 2% a medio plazo, pero cercano a dicho porcentaje. Esto se hace de dos maneras: controlando la oferta monetaria, ya que cuando ésta es excesiva en comparación con la oferta de bienes y servicios, se produce inflación y controlando la evolución de los precios y evaluando el riesgo que supone para la estabilidad de los precios en la zona euro. ([http://europa.eu/institutions/financal/ecb/index\\_es.htm](http://europa.eu/institutions/financal/ecb/index_es.htm))

<sup>88</sup> [http://europa.eu/institutions/financal/ecb/index\\_es.htm](http://europa.eu/institutions/financal/ecb/index_es.htm)

"eurozona", y sus bancos centrales, junto con el Banco Central Europeo, forman el "Eurosistema". El BCE trabaja con total independencia ya que ni él, ni los bancos centrales nacionales del Eurosistema, ni ningún miembro de sus organismos decisorios pueden pedir o aceptar instrucciones de cualquier otra instancia.<sup>89</sup>

Al lado de estas cinco principales instituciones existe una Pléyada de órganos auxiliares que las asisten en el ejercicio de sus funciones.<sup>90</sup>

En efecto, las funciones específicas de cada una de las instituciones de la UE obedece a una lógica particular y se fundamenta en una legitimidad propia (supranacional o intergubernamental). El andamiaje institucional de la UE le ha permitido lograr importantes avances en su sistema de integración regional. Sin un andamiaje institucional tan sofisticado y complejo, la evolución de la UE tal como hoy la conocemos sin duda no hubiese sido posible.

Este esquema institucional *sui generis* contiene otra institución de suma importancia para el desarrollo y funcionamiento de la integración regional europea: el TJUE. La composición y el funcionamiento orgánico del juez comunitario permiten sostener la existencia en la UE de un verdadero "poder judicial", similar a los existentes en los ordenes constitucionales internos de los Estados.

## **2. La organización y el funcionamiento de la jurisdicción comunitaria**

Para poder analizar la organización y el funcionamiento complejo de la jurisdicción comunitaria nos interesaremos en primer lugar a las características que permiten definir a esta última como verdadero "poder judicial" de la UE **(A.)**. Una vez descritas la estructura **(B.)** y las competencias contenciosas **(C.)** del TJUE, examinaremos también su relación con el Tribunal general y el Tribunal de la función pública **(D.)**.

### **A. Las características del "poder judicial" europeo**

---

<sup>89</sup> Las instituciones de la UE y los gobiernos de los Estados miembros deben respetar este principio y no deben intentar influir en el BCE o en los bancos centrales nacionales.

<sup>90</sup> Por ejemplo el Tribunal de cuentas o el Banco central de inversiones.

El sistema judicial comunitario en Europa se caracteriza por el hecho de que su Tribunal de justicia no es un simple “órgano judicial” (como la Corte internacional de justicia, por ejemplo<sup>91</sup>) ni únicamente una “autoridad judicial”, sino que se concibe como un verdadero “poder judicial supranacional”. Se puede considerar que el TJUE constituye el “poder judicial” de la UE porque este último es dotado de los “medios”, el “título” y la “voluntad” incontestable para serlo.<sup>92</sup>

En primer lugar, el Tribunal dispone de los medios necesarios para comportarse como un verdadero poder judicial. En efecto, el Tribunal es el intérprete único y de último grado de las normas comunitarias, lo que le permite fungir como “Tribunal supremo”. Institución supranacional del mismo rango que el Consejo de ministros, la Comisión y el Tribunal de Cuentas, el TJUE beneficia de una independencia orgánica potencialmente ilimitada y representa una “jurisdicción autónoma”. Sus decisiones se imponen de manera irrefutable porque goza de una “autoridad soberana”. En realidad no existe ninguna autoridad que sea formalmente capacitada para anular los efectos de una jurisprudencia del juez comunitario.<sup>93</sup> La única manera de contestar sus sentencias consiste en revisar los Tratados constitutivos de la UE. Pero esta operación jurídica es sumamente difícil y debe resultar de un voto unánime e inequívoco por parte de los Estados miembros.<sup>94</sup> Finalmente, también cabe señalar que la posición del Tribunal es reforzada por el hecho de que, a diferencia de la situación en los Estados miembros donde el legislador es el representante directo de la voluntad de la Nación, en el ámbito comunitario la legislación no emana exclusivamente del Parlamento Europeo (órgano electo por los ciudadanos comunitarios) sino también del Consejo de ministros y de la Comisión europea cuya “representatividad democrática” no supera la del Tribunal.

En segundo lugar, el Tribunal también dispone de un “título” incontestable para fungir como “poder judicial” de la UE. El TJUE no es simplemente el juez al que incumbe asegurar “el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los

---

<sup>91</sup> Según el Artículo 92 de su Carta constitutiva.

<sup>92</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, pp. 349-351

<sup>93</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, p. 351

<sup>94</sup> Podemos encontrar un ejemplo en la tentativa abortada de revisar el capítulo IV del tratado EURATOM en 1979 para privar de sus efectos la interpretación contenida en la deliberación número 1/78 del Tribunal del 14 de noviembre de 1978.

Tratados”<sup>95</sup>, sino también una institución facultada para contribuir con y como las demás instituciones comunitarias a la realización de los objetivos de la integración europea.<sup>96</sup> El estatuto de ninguna otra Corte internacional le confía una misión similar.

Finalmente, los jueces del TJUE han demostrado que tienen la “voluntad” unívoca de comportarse como un “poder judicial”, representante del interés común europeo.<sup>97</sup> Se trata de una voluntad audaz, susceptible de exponer el Tribunal a múltiples críticas por lo que debe ser utilizada con mucha prudencia. La existencia de un “poder judicial” en la UE es también asunto de legitimidad, es decir, depende de la confianza y de la adhesión de la opinión pública respecto al funcionamiento del sistema.

## **B. La estructura del TJUE**

El TJUE fue creado en 1958 como Tribunal único para las tres organizaciones internacionales que formaban la Comunidad Europea (el predecesor de la UE). Su sede fue establecida en Luxemburgo.

Los artículos 251 a 281 del TFUE contienen disposiciones sobre la función, la localización, los procedimientos y la competencia del Tribunal. Dichos artículos retoman sustancialmente los antiguos artículos 220 a 245 del TCE. Según el artículo 241 TFUE el Tribunal asegura el respeto del Derecho en la interpretación y la aplicación de los Tratados comunitarios. Para cumplir eficazmente con esta función, el Tribunal es dotado de varias competencias que tienen dos objetivos principales: en primer lugar,

---

<sup>95</sup> Artículo 220 del Tratado de las Comunidades europeas (TCE).

<sup>96</sup> Enunciados en el artículo 7 TCE.

<sup>97</sup> El Tribunal ha considerado inmediatamente que entre los objetivos confiados a la Comunidad figura la necesidad de reforzar la construcción económica por una construcción jurídica que forma parte de ésta última pero que va mucho más allá: es en esta perspectiva que el Tribunal ha establecido los principios fundadores de la integración en el orden jurídico comunitario (v. Cap. Sigüientes). Además, en su cualidad de guardián del orden jurídico comunitario, el Tribunal pretende salvaguardar la integridad y la identidad del sistema comunitario. Así el juez comunitario no hesitó a refutar la caducidad de los tratados comunitarios pero también ha precisado y definido en gran parte él mismo la jerarquía de sus objetivos, por ejemplo en una de sus decisiones importantes el Tribunal consideró que el principio de libre circulación de las mercancías debía de prevalecer sobre las dificultades relacionadas con el establecimiento de las comunidades comunes del mercado agrícola: TJUE, 10 de diciembre de 1974, “Charmasson”, aff. 48/74, Rec. 1383. Muy pronto también el Tribunal estimó que tenía la obligación de hacer prevalecer la realización de los objetivos fundamentales de los Tratados incluso cuando en contra de las acciones de las demás instituciones (la Comisión en su poder de control o el Consejo de ministros en su poder normativo). Así el juez comunitario se autoestima competente para aportar soluciones judiciales a problemas constitucionales (efecto directo de las directivas por ejemplo), políticos (deliberación Euratom número 1/78), económicos (sentencia Charmasson citada).

apreciar la conformidad con el Derecho comunitario de los actos u omisiones de las Instituciones y de los Estados miembros y, en segundo lugar, asegurar la uniformidad de la interpretación y aplicación del Derecho comunitario por parte de las Cortes nacionales de los Estados miembros.<sup>98</sup>

El Tribunal es compuesto por un juez que representa cada Estado miembro (artículo 251 TFUE). Los jueces del Tribunal se eligen entre los juristas que ofrecen absolutas garantías de independencia y que reúnen las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus países respectivos, de las más altas funciones jurisdiccionales o sean jurisconsultos de reconocida competencia (artículo 254 TFUE). Un gran número de casos llevados ante el Tribunal tratan de cuestiones de Derecho comunitario presentadas en procedimientos nacionales. En consecuencia, la presencia de un juez representante de cada Estado miembro permite al Tribunal obtener un mejor conocimiento del contexto jurídico específico de cada asunto particular. En este sentido, el artículo 255 del TFUE prevé que los candidatos selectos por los Estados miembros para ser jueces en el TJUE son sometidos a un examen por un comité específico que debe pronunciarse sobre su idoneidad.<sup>99</sup>

Los Jueces y los Abogados Generales son designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años renovable (art. 254 TFUE). La designación de los jueces se hace por los Gobiernos de los Estados miembros según prácticas variables. En algunos de los casos, los jueces son designados por el Poder Legislativo gobernante, por el Jefe de Estado o los Parlamentos mientras que en otros casos se establecen procedimientos de designación por Comisiones especiales u otros órganos *ad hoc*. La falta de uniformidad en las reglas europeas de designación de jueces es vista como una debilidad orgánica del sistema, visto que los jueces comunitarios tendrán que desempeñar una función jurisdiccional

---

<sup>98</sup> Manin, Philippe, *L'Union européenne: Institutions, Ordre juridique, Contentieux*, Paris, ed. Pedone, 6<sup>e</sup> ed. 2005, p.381

<sup>99</sup> El artículo 254 TFUE dispone que: "Se constituirá un comité para que se pronuncie sobre la idoneidad de los candidatos para el ejercicio de las funciones de juez y abogado general del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, antes de que los Gobiernos de los Estados miembros procedan a los nombramientos de conformidad con los artículos 223 y 224. El comité estará compuesto por siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento Europeo. El Consejo adoptará una decisión por la que se establezcan las normas de funcionamiento del comité, así como una decisión por la que se designe a sus miembros. El Consejo se pronunciará por iniciativa del Presidente del Tribunal de Justicia."

completamente independiente de los órganos estatales. Juzgar los mismos Gobiernos Nacionales que les designaron puede atentar contra la necesaria independencia e imparcialidad con la que los jueces comunitarios deben cumplir su función de alta responsabilidad.<sup>100</sup>

Los jueces del Tribunal son asistidos por 8 abogados generales. Las condiciones exigidas para el ejercicio de esta función son las mismas que las de los jueces. Los Abogados Generales están encargados de presentar, con toda imparcialidad e independencia, un dictamen jurídico (o conclusiones) en los asuntos que se les asignan. Si el Tribunal lo solicita, el Consejo puede, mediante voto a la unanimidad, aumentar el número de abogados generales (art. 252 TFUE). Cada uno de los cinco países más grandes de la UE designa un abogado general y los tres puestos restantes son repartidos entre los demás países según un principio de rotación. El abogado general presenta sus conclusiones ante el Tribunal antes de que este último adopte su sentencia. El Tribunal no está obligado a adoptar la solución propuesta por el abogado general aunque en la mayoría de los casos la decisión final es concordante con la dirección tomada por las conclusiones del abogado general.<sup>101</sup>

El Secretario del Tribunal de Justicia es también Secretario General de la institución, cuyas funciones se ejercen bajo la autoridad del Presidente del Tribunal.

El Tribunal de Justicia puede reunirse en Pleno, en Gran Sala (trece Jueces) o en Salas de cinco o tres Jueces. El Tribunal de Justicia actúa en Pleno en casos excepcionales previstos en su Estatuto (por ejemplo, cuando debe destituir al Defensor del Pueblo o declarar el cese de un Comisario europeo que haya incumplido sus obligaciones) y cuando considere que un asunto reviste una importancia excepcional. Se reúne en Gran Sala cuando así le solicita un Estado miembro o una institución que sea parte en el procedimiento, así como para los asuntos particularmente complejos o importantes. El resto de los asuntos se examinan en Salas de cinco o tres Jueces. Los

---

<sup>100</sup> Berlin, Dominique, Interaction between the lawmaker and the judiciary within the EC, in *Legal Issues of European Integration*, 1992, núm. 2, p. 17

<sup>101</sup> Estatuto del TJUE, disponible en [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/statut\\_2008-09-25\\_11-18-25\\_841.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/statut_2008-09-25_11-18-25_841.pdf)



Presidentes de las Salas de cinco Jueces son elegidos por tres años y los de las Salas de tres Jueces por un año.<sup>102</sup>

### **C. Las competencias contenciosas del Tribunal**

El Tribunal no puede iniciar de oficio una acción jurisdiccional. Conforme con el principio de “competencias de atribución” que rige a todas las instituciones comunitarias, los distintos recursos que pueden ser llevados ante el Tribunal son regulados por los Tratados comunitarios. Dichos recursos se articulan en un verdadero “sistema general” de recursos contenciosos. En este sentido el Tribunal estimó que cada recurso tiene una función particular en el “sistema general de recursos de Derecho, instituido por los Tratados”<sup>103</sup>. Dicho en otros términos, el sistema de recursos obedece a un principio de autonomía: las diferentes acciones no deben ser desviadas de su sentido y régimen específico.

Los Tratados comunitarios han previsto 6 principales recursos contenciosos cuyos procedimientos respectivos presentan varias similitudes.

Los recursos previstos pueden ser clasificados de distintas maneras. Según la misión general atribuida al Tribunal por los Tratados comunitarios, se distinguen, por un lado, la cuestión prejudicial que permite al TJUE asegurar la uniformidad de la interpretación y aplicación del Derecho comunitario por parte de las Cortes nacionales y, por otro lado, el recurso por incumplimiento, por omisión y de anulación que permiten al Tribunal controlar la conformidad con el Derecho comunitario de los actos y/u omisiones de las Instituciones comunitarias y de los Estados miembros. Estos recursos son considerados como recursos directos, pero en la nomenclatura comunitaria existen también las acciones contenciosas indirectas que se manifiestan a través de los recursos en casación y en reexamen.

El Tribunal de Justicia trabaja en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Para garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación comunitaria y evitar interpretaciones divergentes, los jueces nacionales

---

<sup>102</sup> Estatuto del TJUE, disponible en [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/statut\\_2008-09-25\\_11-18-25\\_841.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/statut_2008-09-25_11-18-25_841.pdf)

<sup>103</sup> TJUE, 28 de abril de 1971, *Lutticke*, aff. 4/69, Rec.325

pueden, y a veces deben, dirigirse al Tribunal de Justicia para solicitarle que precise una cuestión de interpretación del Derecho comunitario, a fin de poder, por ejemplo, comprobar la conformidad de la normativa nacional con este Derecho. La cuestión prejudicial también puede tener por objeto el control de la validez de un acto de Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia debe responder a la cuestión prejudicial del juez nacional mediante una sentencia motivada. El órgano jurisdiccional nacional se encuentra vinculado por dicha sentencia y debe tomarla en consideración a la hora de resolver el litigio que se le ha planteado a nivel nacional. La sentencia del TJUE vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico o similar. Finalmente cabe señalar que en el ámbito del procedimiento de las cuestiones prejudiciales, cualquier ciudadano europeo puede contribuir a que se precisen las normas comunitarias que le afectan. Aunque este procedimiento sólo puede iniciarlo un órgano jurisdiccional nacional, las partes litigantes en el asunto nacional, los Estados miembros y las instituciones europeas pueden participar en el procedimiento iniciado ante el Tribunal de Justicia. También resulta importante notar que algunos de los principios más importantes del Derecho comunitario se han establecido a partir de cuestiones prejudiciales, a veces planteadas por órganos jurisdiccionales de primera instancia.<sup>104</sup>

El recurso por incumplimiento permite al Tribunal de Justicia velar al respeto por parte de los Estados de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Antes de que el asunto se someta al Tribunal de Justicia, se lleva a cabo un procedimiento previo dirigido por la Comisión, por el que se envía una notificación al Estado miembro para que éste responda a las imputaciones de las que ha sido objeto. Si después de este procedimiento el Estado miembro no ha puesto fin al incumplimiento, puede iniciarse un recurso ante el Tribunal de Justicia por violación del Derecho comunitario. Este recurso puede ser iniciado por la Comisión —es el caso más frecuente en la práctica— o por otro Estado miembro. Si el Tribunal de Justicia declara que se ha producido un incumplimiento, el Estado infractor está obligado a adoptar, lo más rápido posible, las medidas necesarias para ponerle fin. Si después de la adopción de la sentencia del Tribunal, se reconoce que el Estado miembro no la ha cumplido, el

---

<sup>104</sup> Manin, Philippe, *op.cit.*, nota 98, pp. 465-481

juez comunitario podrá imponerle el pago de una “cantidad a tanto alzado” o de una multa coercitiva.<sup>105</sup>

Mediante el recurso de anulación, el demandante solicita la anulación de un acto de una institución europea (reglamento, directiva o decisión). Dicha acción puede ser iniciada por un Estado miembro o por cualquier institución europea. Los asuntos en contra del Parlamento Europeo y/o del Consejo (salvo los interpuestos contra el Consejo en relación con las ayudas de Estado, el dumping o las competencias de ejecución) son reservados al TJUE. El Tribunal de Primera Instancia es competente para conocer de todos los demás recursos de este tipo y, en concreto, de los interpuestos por los particulares.<sup>106</sup>

El recurso por omisión permite controlar la legalidad de la inactividad de las instituciones comunitarias. No obstante, sólo es posible iniciar este recurso después de requerir a la institución para que actúe. Una vez declarada la ilegalidad de la omisión, corresponde a la institución de que se trate adoptar las medidas necesarias para ponerle fin. La competencia para conocer de los recursos por omisión se reparte entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia conforme a los mismos criterios que se aplican para los recursos de anulación.<sup>107</sup>

Los recursos de casación pueden presentarse ante el Tribunal de Justicia para reexaminar las cuestiones de Derecho contenidas en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia. Si el recurso de casación es admisible y está fundado, el Tribunal de Justicia anulará la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Cuando el estado del asunto así lo permita, el Tribunal de Justicia resolverá el litigio. En caso contrario, devolverá el asunto al Tribunal de Primera Instancia, que estará vinculado por la decisión adoptada en el marco del recurso de casación.

Finalmente, las resoluciones dictadas por el Tribunal de Primera Instancia en los recursos interpuestos contra las resoluciones del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea pueden ser sujetas a un reexamen, excepcionalmente, por el TJUE.

---

<sup>105</sup> Isaac Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, pp. 424-436 ; Reglamento de procedimiento del Tribunal de justicia, versión consolidada, disponible en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-04/rp.es.pdf>

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 381-391 ; Reglamento de procedimiento del Tribunal de justicia, versión consolidada, disponible en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-04/rp.es.pdf>

<sup>107</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17 , pp. 399-408 ; Reglamento de procedimiento del Tribunal de justicia, versión consolidada, disponible en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-04/rp.es.pdf>

Sin importar la naturaleza del asunto, el procedimiento ante el TJUE está compuesto por una fase escrita y, por lo general, por una fase oral, que se desarrolla en audiencia pública. Sin embargo, es preciso distinguir entre, por un lado, el procedimiento de los recursos directos y, por otro, el de las cuestiones prejudiciales.

En el caso de las cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional nacional plantea al Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la interpretación o a la validez de una disposición comunitaria, generalmente en forma de resolución judicial conforme con las normas procesales nacionales. Una vez traducida la petición en todas las lenguas comunitarias por el servicio de traducción del Tribunal, el Secretario la notifica a las partes del litigio principal, así como a todos los Estados miembros y a las instituciones. Se encarga de que se publique en el Diario Oficial una comunicación en la que se indiquen, en particular, las partes del litigio y el contenido de las cuestiones. Las partes, los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europea disponen de dos meses para presentar al Tribunal de Justicia sus observaciones escritas.<sup>108</sup>

En el caso de los recursos directos, el procedimiento ante el Tribunal de Justicia debe iniciarse mediante un escrito de recurso dirigido a su Secretaría. El Secretario se encarga de que en el Diario Oficial de la Unión Europea se publique una comunicación sobre el recurso, indicando los motivos y las pretensiones del demandante. Al mismo tiempo se notifica el recurso a la parte contraria, que dispone de un mes para presentar el escrito de contestación. El demandante tiene derecho a presentar una réplica y el demandado una dúplica, disponiendo en cada caso de un plazo de un mes. Los plazos de presentación de estos documentos deben respetarse estrictamente, salvo que el Presidente otorgue una prórroga. En los dos tipos de recurso, el Presidente y el Primer Abogado General designarán, respectivamente, un Juez Ponente y un Abogado General que seguirán el desarrollo del procedimiento.<sup>109</sup>

En todos los procedimientos, una vez concluida la fase escrita, se requiere a las partes para que indiquen, en el plazo de un mes, si solicitan la celebración de una vista y, de ser así, por qué motivo. El Tribunal de Justicia decide, basándose en el informe

---

<sup>108</sup> TJUE, Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:297:0001:0006:ES:PDF>

<sup>109</sup> TJUE, Instrucciones prácticas relativas a los recursos directos y a los recursos en casación, disponible en [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-02/ins\\_prat2\\_2009-02-09\\_16-22-48\\_801.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-02/ins_prat2_2009-02-09_16-22-48_801.pdf)

del Juez Ponente y después de oído el Abogado General, si el asunto requiere diligencias de prueba, a qué formación del Tribunal debe atribuirse el asunto y si procede celebrar una vista, que tendrá lugar en la fecha que fije el Presidente. El Juez Ponente resume, en un informe para la vista, los hechos que se alegan y la argumentación desarrollada por las partes y, en su caso, por los coadyuvantes. Este informe se hace público en la lengua de procedimiento durante la vista. El asunto se debate en una vista pública, ante la formación del Tribunal de Justicia competente y el Abogado General. Los Jueces y el Abogado General pueden formular a las partes las preguntas que estimen oportunas. Al cabo de algunas semanas se presentan ante el Tribunal de Justicia, de nuevo en audiencia pública, las conclusiones del Abogado General. En ellas analiza en detalle los aspectos del litigio, especialmente los jurídicos, y propone con toda independencia al Tribunal de Justicia la solución que considera que debe darse al problema. Así finaliza la fase oral del procedimiento. Cuando se estime que el asunto no suscita ninguna cuestión jurídica nueva, el Tribunal de Justicia puede decidir, tras oír al Abogado General, que se juzgue sin conclusiones.<sup>110</sup>

Los Jueces deliberan basándose en un proyecto de sentencia elaborado por el Juez Ponente. Cualquier Juez de la formación que conozca del asunto puede proponer modificaciones. Las decisiones del Tribunal de Justicia se adoptan por mayoría, sin que sea posible hacer constar votos particulares. Las sentencias van firmadas por todos los Jueces que hayan participado en la deliberación y su fallo se pronuncia en audiencia pública. Tanto las sentencias como las conclusiones de los Abogados Generales están disponibles en el sitio Internet del Tribunal de Justicia el mismo día de su pronunciamiento o lectura. En la mayoría de los casos, se publican posteriormente en la Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. El procedimiento tramitado ante el Tribunal de Justicia es gratuito. Sin embargo, las partes deben estar representadas por un abogado facultado para ejercer ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y sus honorarios no son asumidos por el Tribunal. No obstante, si una parte carece de medios suficientes para hacer frente en todo o en parte a los gastos del proceso, puede, sin estar representada por un

---

<sup>110</sup> Reglamento de procedimiento del Tribunal de justicia, versión consolidada, disponible en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-04/rp.es.pdf> , p. 12-23

abogado, solicitar el beneficio de justicia gratuita. La solicitud debe ir acompañada de los documentos que prueben que el solicitante carece de medios. En los recursos directos, la lengua utilizada en el recurso (que puede ser una de las 23 lenguas oficiales de la Unión Europea) será la lengua de procedimiento del asunto, es decir, la lengua en la que va a desarrollarse. En la cuestión prejudicial, la lengua de procedimiento es la del órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión al Tribunal de Justicia. Los debates que tienen lugar durante las vistas son traducidos simultáneamente por los intérpretes en otras lenguas oficiales de la Unión Europea, según las necesidades de cada caso. Los Jueces deliberan, sin intérpretes, en un idioma común, que tradicionalmente es el francés.

#### **D. La relación del TJUE con el Tribunal general y el Tribunal de la función pública**

Visto el aumento constante de asuntos presentados ante el TJUE y ante el peligro inminente de obstrucción de esta jurisdicción, el Tribunal solicitó al Consejo la Creación de un Tribunal de primera instancia (TPI). El TPI fue establecido en 1988 por la Decisión 88/591 del Consejo de ministros y empezó a funcionar efectivamente a partir de noviembre de 1989.<sup>111</sup> Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la denominación del TPI fue modificada a la de "Tribunal general".

El Tribunal General está compuesto por (al menos) un Juez por cada Estado miembro (27 en 2007). Los Jueces son nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años renovable. Los Jueces designan entre ellos, por tres años, a su Presidente. Además, nombran a un Secretario por un período de seis años.<sup>112</sup>

Los Jueces ejercen sus funciones con toda imparcialidad y con total independencia. Contrariamente al Tribunal de Justicia, el Tribunal general no dispone de Abogados Generales permanentes. No obstante, excepcionalmente esta función puede confiarse a un Juez.

---

<sup>111</sup> Mouton, J.D, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, ed. PUF, *Que sais-je?*, Paris, 2004, p.35

<sup>112</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, p. 374-377 ; El Tribunal general : composición, competencia, procedimiento, jurisprudencia, mandatos de los miembros, disponible en [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)

El Tribunal general actúa en salas compuestas por tres o cinco Jueces o, en determinados casos, en formación de Juez único. También puede reunirse en Gran Sala (trece Jueces) o en Pleno, cuando la complejidad jurídica o la importancia del asunto lo justifiquen. Más del 80 % de los asuntos sometidos al Tribunal general son juzgados por una sala, compuesta de tres miembros. El Tribunal general dispone de su propia Secretaría, pero utiliza los servicios del Tribunal de Justicia para cubrir sus necesidades administrativas y lingüísticas.

El Tribunal general es competente para conocer de: los recursos directos interpuestos por personas físicas o jurídicas y dirigidas contra los actos de las Instituciones comunitarias (de los que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente) o contra la inacción de dichas Instituciones. Se trata, por ejemplo, del recurso formulado por una empresa contra una decisión de la Comisión por la que se le impone una multa; los recursos formulados por los Estados miembros contra la Comisión; los recursos formulados por los Estados miembros contra el Consejo en relación con los actos adoptados por éste en el ámbito de las ayudas de Estado, las medidas de defensa comercial («dumping») y los actos por los que ejerce competencias de ejecución; los recursos dirigidos a obtener la reparación de los daños causados por las Instituciones comunitarias o sus agentes; los recursos basados en contratos celebrados por las Comunidades que prevean expresamente la competencia del Tribunal general; los recursos en materia de marca comunitaria; Los recursos de casación, limitados a las cuestiones de Derecho, que se interpongan contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de la Función Pública.<sup>113</sup>

Las resoluciones dictadas por el Tribunal general pueden ser objeto, en un plazo de dos meses, de un recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho ante el Tribunal de Justicia.<sup>114</sup>

Dictada por la preocupación de evitar la obstrucción de la jurisdicción comunitaria por los asuntos de carácter personal de los miles de funcionarios de la UE, la decisión del Consejo de ministros del 2 de noviembre del 2004 (n 2004/752 CE) creó el Tribunal de la función pública.

---

<sup>113</sup>El Tribunal general : composición, competencia, procedimiento, jurisprudencia, mandatos de los miembros, disponible en [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)

<sup>114</sup> Bergeres, Marie-Christine., *Contentieux communautaire*, Paris, ed. PUF, *Que sais-je?*, Paris 1999, p.46

El Tribunal de la Función Pública está compuesto por siete Jueces nombrados por el Consejo, por un período de seis años renovable, previa convocatoria de candidaturas y consulta por un comité compuesto por siete personalidades elegidas entre los antiguos Miembros del Tribunal de Justicia, del Tribunal general y juristas de reconocida competencia.<sup>115</sup>

El Tribunal de la función pública es el órgano competente para resolver los asuntos relativos a la función pública europea, competencia que antes ejercía el TJUE y posteriormente el Tribunal de Primera Instancia (Tribunal general).

El Tribunal de la función pública es competente para conocer en primera instancia de los litigios entre las Comunidades y sus agentes, lo que representa aproximadamente 150 asuntos al año, visto que el personal de las instituciones comunitarias está compuesto por unas 35.000 personas. Dichos litigios se refieren no solamente a las cuestiones relativas a las relaciones laborales propiamente dichas (retribuciones, desarrollo de la carrera, contratación, medidas disciplinarias, etc.), sino también al régimen de seguridad social (enfermedad, vejez, invalidez, accidentes laborales, complementos familiares, etc.). El Tribunal es también competente para resolver los litigios relativos a determinados grupos de funcionarios específicos, en particular el personal de Eurojust, Europol, Banco Central Europeo y Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI). En cambio, el Tribunal no puede conocer de los litigios entre las administraciones nacionales y sus agentes.

Las resoluciones dictadas por el Tribunal pueden ser objeto, en un plazo de dos meses, de un recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho ante el Tribunal general.<sup>116</sup>

### **3. La naturaleza *sui generis* de la justicia comunitaria**

Las características específicas de la justicia comunitaria no se pueden comparar con las de ningún otro sistema jurídico de impartición de justicia. A pesar de ser, desde

---

<sup>115</sup> El Tribunal de la función pública: composición, competencias, procedimiento, disponible en [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5\\_5230/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5_5230/)

<sup>116</sup> El Tribunal de la función pública: composición, competencias, procedimiento, disponible en [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5\\_5230/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5_5230/)



un punto de vista orgánico, una Corte establecida para regular el funcionamiento de una organización internacional- la UE, la justicia impartida por el TJUE se distingue radicalmente de la justicia internacional clásica **(A.)**. Esto se debe principalmente al hecho de que la justicia comunitaria consiste en una combinación muy particular de funciones judiciales **(B.)**.

### **A. El rebasamiento de los esquemas clásicos de la justicia internacional**

Los negociadores de los primeros tratados de la UE abandonaron muy rápidamente la idea de crear un Tribunal arbitral de Derecho internacional público. A su vez prefirieron instituir una jurisdicción que actuara como un juez interno de la Comunidad, convirtiendo a los Estados miembros, las instituciones comunitarias y los particulares en verdaderos “justiciables”.<sup>117</sup> Los principios básicos de la justicia comunitaria, plasmados en los Tratados constitutivos se diferencian de los que caracterizan las jurisdicciones en el *ius gentium* clásico en cuatro puntos fundamentales.

En primer lugar, toda justicia internacional, al menos en el estado actual de la sociedad internacional es esencialmente voluntaria o consentida.<sup>118</sup> El inicio de un arbitraje internacional siempre resulta de la existencia de un compromiso de arbitraje o de una cláusula de arbitraje en un contrato interno (o internacional) por medio de la cual las partes expresan su consentimiento a que su controversia sea resuelta por un determinado órgano arbitral. Tratándose de la Corte internacional de justicia de la Haya, órgano judicial principal de la ONU, su jurisdicción también es esencialmente voluntaria, visto que sólo una minoría de Estados han decidido recurrir al uso del artículo 36 de su Estatuto constitutivo.<sup>119</sup> En cambio, en el ámbito de la UE, el sometimiento a la jurisdicción comunitaria no es voluntario ni mucho menos opcional . En realidad, el TJUE es dotado de una “jurisdicción obligatoria”, lo que significa que los recursos ante el Tribunal pueden ser iniciados unilateralmente incluso contra los Estados miembros (

---

<sup>117</sup> Isaac, Guy, *op.cit.*, nota 17, p. 345

<sup>118</sup> Carreau, Dominique, *Droit international public*, Paris, ed. Dalloz, 6<sup>ème</sup> ed. 2005, p. 156

<sup>119</sup> Además gran parte de las declaraciones de aceptación de su jurisdicción comportan reservas explícitas.

sin su acuerdo previo)<sup>120</sup> y que su competencia es exclusiva a la de cualquier otro método de solución de controversias.<sup>121</sup>

En segundo lugar, el juez internacional puede renunciar a resolver un asunto que se le somete si estima que el Derecho aplicable al caso carece de precisión. Así por ejemplo en la práctica de la CIJ se establece la distinción entre “litigios justiciables” (“diferendos de naturaleza jurídica”<sup>122</sup>) y “no justiciables”, por ejemplo la práctica del “*non liquet*”<sup>123</sup> En cambio, el juez comunitario, de la misma manera que un juez nacional, no puede negarse a resolver un asunto sin así cometer una denegación de justicia.<sup>124</sup> En este sentido, su misión es la de “asegurar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados”<sup>125</sup> sin precisión alguna al tipo o a la naturaleza de las reglas que este último debe de aplicar. Esta imprecisión de los Tratados deja al TJUE una total independencia para escoger las fuentes jurídicas en las cuales se basa su interpretación de los textos.<sup>126</sup>

En tercer lugar, el Tribunal de la UE es competente para resolver las diferencias que tienen las personas privadas (físicas o jurídicas) con las instituciones. A pesar de ser sujeto a múltiples limitaciones el “*locus standi*” de las personas privadas en la impartición de la justicia comunitaria es un hecho. En cambio, la mayoría de los foros internacionales clásicos no admiten la participación de personas privadas en los procedimientos contenciosos llevados ante ellos. Por lo tanto, la justicia comunitaria es más abierta que la justicia internacional clásica.<sup>127</sup>

La cuarta diferencia entre la justicia comunitaria y la justicia internacional clásica reside en la fuerza obligatoria de las sentencias emitidas por los Tribunales competentes. Las jurisdicciones internacionales adoptan resoluciones obligatorias únicamente para los Estados en el orden jurídico internacional. Salvo algunas

---

<sup>120</sup> Artículo 226 y 227 TCE.

<sup>121</sup> En este sentido, el art. 292 TCE prevé que los Estados miembros se comprometen a no someter una diferencia relativa a la interpretación o a la aplicación de los Tratados comunitarios a un régimen de arreglo de diferencias distinto de la jurisdicción comunitaria.

<sup>122</sup> art. 36 del Estatuto de la Corte internacional de justicia-CIJ

<sup>123</sup> CIJ, Rec. 1966. 36 y 47

<sup>124</sup> TJUE, 12 de julio de 1957, *Algera*, aff. 7/56 y 3-7/57

<sup>125</sup> Artículo 220 TCE.

<sup>126</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op.cit.*, nota 17, p. 345

<sup>127</sup> Mehdi, Rostane, “Le locus standi des personnes privées en droit international et communautaire », in *Mélanges en l'honneur de G. Isaac*, Toulouse 2004, p.54

excepciones, las sentencias de los foros internacionales carecen de fuerza jurídica ejecutoria, es decir, raras veces pueden ser objeto de una ejecución forzada a nivel nacional. Al contrario, las decisiones del TJUE tienen no sólo carácter obligatorio sino también una fuerza ejecutoria en el territorio nacional de los Estados miembros<sup>128</sup>. Las sentencias de condena, sobre todo de los particulares, son ejecutorias por las jurisdicciones nacionales después de una simple verificación de su autenticidad, sin necesidad de dotarles de cualquier especie de *exequatur*.<sup>129</sup>

Finalmente, podemos encontrar una diferencia notable entre los métodos de interpretación utilizados en la justicia internacional y los que emplea la justicia comunitaria en Europa. A pesar de que el TJUE recurre con frecuencia a las modalidades de interpretación clásicas del Derecho internacional Público, previstas al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, su metodología de interpretación presenta características originales e innovadoras. En su jurisprudencia el Tribunal siempre marcó una clara preferencia para el método sistemático<sup>130</sup> y teleológico.<sup>131</sup> En la utilización concreta de estos dos métodos, el Tribunal es guiado por una apreciación particular del principio de soberanía de los Estados así como por la regla del “efecto útil”.<sup>132</sup> Estos dos elementos son ausentes de la argumentación jurídica desarrollada por las jurisdicciones internacionales clásicas.<sup>133</sup>

---

<sup>128</sup> Artículo 244 TCE

<sup>129</sup> Carreau, Dominique, *op.cit*, nota 119, p.29. Sabemos que la justicia internacional tal como impartida por la CIJ niega el acceso de los particulares a sus foros jurisdiccionales. Los justiciables de la Corte internacional deben tener una personalidad jurídica soberana de Derecho Internacional Público (los únicos sujetos dotadas de ésta son los Estados y las Organizaciones internacionales).

<sup>130</sup> Las normas son interpretadas conforme a su relación sistemática con otras normas o con la reglamentación en su conjunto.

<sup>131</sup> La interpretación de las normas debe de hacerse conforme con los propósitos y objetivos del Tratado, tomando en consideración la importancia que tiene su realización.

<sup>132</sup> Isaas, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, p. 347

<sup>133</sup> En efecto, el juez internacional suele considerarse obligado de respetar el principio de soberanía y en consecuencia interpretar estrictamente los compromisos convencionales de los Estados. En cambio, el juez comunitario a menudo estima que las finalidades integracionistas de los Tratados comunitarios justifican la interpretación de las normas comunes en un sentido opuesto a la voluntad soberana de los Estados. De la misma manera, si el juez internacional habitualmente se limita a utilizar la regla del “efecto útil” para otorgar sentido a una norma, que en el caso contrario sería privada de sentido, el juez comunitario, por su parte, rechaza toda interpretación que tiene como efecto debilitar o limitar el “efecto útil” de una disposición. Dicho en otros términos, el Tribunal siempre opta por una interpretación que preserve el máximo efecto útil de una norma.

Todas estas diferencias entre la justicia internacional y la justicia comunitaria se explican por el hecho de que la mayoría de las funciones del TJUE no son de carácter internacional sino que traducen la aplicación de otras funciones judiciales que el Tribunal combina de manera muy particular:

## **B. Una combinación inédita de funciones judiciales**

Teniendo como objetivo principal el establecimiento de un orden jurídico sometido a un Derecho común, la UE debería de disponer de un sistema judicial a la altura de esta ambición, es decir, garantizando no solamente el respeto pero también la unidad de la aplicación del Derecho comunitario. Esta afirmación explica en muchos sentidos la cuádruple función del juez comunitario que consiste en una conjunción *sui generis* de funciones de justicia administrativa **(a.)**, constitucional **(b.)**, internacional **(c.)** y reguladora **(d.)**.

### **a. Función de justicia administrativa**

Desde un punto de vista tanto político como jurídico, los 6 países fundadores de la UE, en cuyo orden jurídico interno funcionaba el Estado de derecho, no podían escapar a la tentación de exportar este régimen en el orden comunitario que constituían. La primera inquietud, que, cronológica y lógicamente, justificaba la creación de un sistema de justicia comunitario fue la necesidad de proteger los diversos sujetos del Derecho comunitario de acciones ilegales por parte de las instituciones supranacionales de la Comunidad. En este aspecto, el TJUE aparece *prima facie* como trasposición del Consejo de Estado, jurisdicción administrativa suprema en el orden jurídico francés, visto que el sistema comunitario consagra casi todos los recursos contenciosos existentes en Derecho administrativo francés. En consecuencia, todas las acciones contenciosas previstas en Derecho comunitario tienen como propósito

principal el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración supranacional comunitaria.<sup>134</sup>

Si el Tribunal cumple con las funciones de una jurisdicción administrativa cuando controla los actos de las Instituciones y en especial los actos individuales, este último se parece mucho más a una jurisdicción constitucional cuando sanciona la ilegalidad de los actos normativos del Consejo de ministros que, al menos materialmente, pueden ser considerados como actos de legislación.

### **b. Función de justicia constitucional**

La función de justicia constitucional del Tribunal consiste en delimitar y defender las competencias respectivas de los Estados miembros y de las Comunidades europeas, pero además preservar el equilibrio de los poderes al interior mismo de estas últimas. Así por ejemplo a través del arsenal jurídico de recursos contenciosos puestos a su disposición, el Tribunal aprecia si las instituciones comunitarias intervienen en el marco de sus competencias atributivas, sin hacer uso de una competencia reconocida por los textos comunitarios a otra institución o perteneciente a un Estado miembro de la UE.<sup>135</sup>

La función de justicia constitucional del Tribunal se materializa también a través de las competencias contenciosas que tienen como objetivo sancionar el incumplimiento por parte de los Estados miembros de los objetivos y principios del Derecho comunitario, pero en este último caso la frontera con su función de justicia internacional es muy estrecha.<sup>136</sup>

### **c. Función de justicia internacional**

El Derecho comunitario impone varias obligaciones a los Estados miembros y en consecuencia debería de dotar a estos últimos de los medios jurisdiccionales para

---

<sup>134</sup> Así por ejemplo el recurso de anulación sanciona los actos normativos ilegales de cada institución comunitaria, el recurso en omisión sus carencias ilegales etc.

<sup>135</sup> Los recursos en anulación o por omisión ya mencionados son un claro ejemplo de la función de justicia constitucional del Tribunal.

<sup>136</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, p. 348

hacerlas respetar. La justicia comunitaria presenta un claro carácter internacional porque permite la resolución judicial de conflictos de naturaleza interestatal a nivel internacional: en efecto, cada Estado miembro dispone de un recurso contencioso que le permite resolver las diferencias legales que le oponen a otros Estados miembros.<sup>137</sup> Además, el TJUE es competente para pronunciarse sobre las controversias relacionadas con el Derecho comunitario que los Estados miembros deciden someter a su jurisdicción en virtud de un acuerdo expreso.<sup>138</sup>

#### **d. Función de justicia reguladora**

Desde la creación de las Comunidades europeas se reconocía la competencia de las jurisdicciones nacionales para resolver litigios vinculados con la interpretación y la aplicación del Derecho comunitario. Por lo tanto también se admitía la posibilidad de que las sentencias de los jueces internos de los países miembros de la UE resulten contradictorias (o contrarias) entre sí o en relación con la jurisprudencia del TJUE. En efecto, parecería natural e inevitable que las diferencias de idioma, de culturas jurídicas, de costumbres nacionales provocaran un número de interpretaciones de los textos comunitarios iguales al número de Estados miembros de la UE. Sin embargo, la naturaleza del Derecho Comunitario, derecho común por definición, implica su aplicación uniformizada en la totalidad del territorio de la UE. El riesgo de conflictos se iba a incrementar con la diversificación de las fuentes del Derecho comunitario y el desarrollo del Derecho derivado. En consecuencia, los redactores del Tratado de Roma de 1957 decidieron completar las tres funciones originarias del Tribunal con una función reguladora cuyo objetivo es asegurar la unidad de la interpretación y de la aplicación del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros.<sup>139</sup> La técnica principal que permite al Tribunal cumplir con esta función es el recurso prejudicial en interpretación<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> art. 227 TCE.

<sup>138</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op.cit.*, nota 17, p. 348

<sup>139</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, p. 349

<sup>140</sup> Artículo 234 TCE

que permite a una jurisdicción única, el TJUE, establecer una auténtica y centralizada interpretación del Derecho comunitario.<sup>141</sup>

#### **4. Debate teórico acerca de la función del TJUE en el proceso de integración en Europa**

La función que desempeñó el TJUE en el proceso de integración en la UE fue menospreciada durante mucho tiempo por los estudiosos del Derecho y de las ciencias políticas. No obstante, a partir de los años 80 y 90 los académicos empezaron a descubrir el TJUE y su importante contribución a la profundización del proceso de integración europea.

Tradicionalmente existían dos ramas principales en el debate académico acerca del papel de las instituciones supranacionales (la Comisión, el Parlamento y el TJUE) en la integración comunitaria en Europa. La primera corriente doctrinal veía a estas instituciones supranacionales como los “motores independientes de la integración” europea. La segunda perspectiva doctrinal consideraba a dichas instituciones como “servidores obedientes”, sujetos a un control explícito por parte de los Gobiernos nacionales de los Estados miembros de la UE.<sup>142</sup> Estas dos teorías incluyen la visión “neofuncionalista” **(A.)** e “intergubernamentalista” de los logros de la integración regional europea **(B.)**. La tercera visión es denominada “teoría institucionalista” **(C.)** y aporta una respuesta diferente al debate. Esta teoría considera que las instituciones supranacionales no son ni “siervos” ni “señores”. Al contrario según los institucionalistas tanto la teoría neofuncionalista como la teoría intergubernamentalista contienen respuestas válidas e importantes para el análisis del papel de las instituciones supranacionales en el proceso de integración regional europea.

##### **A. El neo-funcionalismo**

---

<sup>141</sup> Dehousse, Renaud, *The European Court of Justice: The politics of Judicial Integration*, New York, ed. St. Martin's Press, 1998, p. 40

<sup>142</sup> Tallberg, Jonas, *European Governance and Supranational Institutions: Making States Comply*, London, ed. Routledge, 2003, p. 1

El argumento central de la temprana literatura neofuncionalista<sup>143</sup> que empezó en los años 50, consiste en señalar que las instituciones supranacionales son los actores fundamentales de la integración comunitaria en Europa. La idea principal detrás del neofuncionalismo considera que los Estados soberanos pueden delegar el control sobre algunas áreas de sus políticas públicas a la condición de tirar beneficios (muy probables) de una posición común en la resolución de los problemas. Si los Estados soberanos perciben un beneficio, éstos pueden aceptar de transferir sus competencias a una autoridad central que existe a un nivel superior del nivel del Estado Nación: el órgano Supranacional. Sin embargo, la transferencia de competencias es sólo una parte de un proceso continuo.

Según los neofuncionalistas, un nivel de integración conlleva necesariamente a un otro: “un Tratado sectorial que trata de la industria del carbono y del acero lleva a un Tratado general que cubre todos los sectores económicos; una Unión aduanera que incorpora la supresión de las tarifas aduaneras internas y la instauración de una tarifa aduanera exterior lleva a un mercado interno común, que comprende el libre movimiento de todos los factores de producción.”<sup>144</sup> De esta manera la integración debería de progresar “paso a paso”. Este proceso ha sido denominado “*spill over*” por los neofuncionalistas y la evolución de las Comunidades europeas y posteriormente de la UE tradujo efectivamente tales tipos de cambios. En este sentido, las instituciones supranacionales, y el TJUE en particular son considerados como instrumentos del progreso de la integración comunitaria porque presiden a sus diferentes pasos y deciden de su avance independientemente de la voluntad de los Estados miembros.

En esta lógica de ideas, los adeptos modernos de la teoría neofuncionalista estiman que las instituciones supranacionales, en particular el TJUE, condujeron a la integración europea más allá de lo previsto en los Tratados comunitarios a pesar de que a veces esto iba claramente en contra de las intenciones iniciales de los Estados miembros. También afirman que el TJUE tiene una autonomía significativa que resulta de la separación formal entre el Derecho y la política. Por lo tanto la legitimidad del

---

<sup>143</sup> Shaw, Jo, *Law of the EU*, 2<sup>nd</sup> ed., London, ed. Macmillan Press Ltd., 1996, p. 12

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 13



Tribunal como “*legal actor*” le ha proporcionado una autoridad suficiente para decidir en contra de los intereses de los Estados miembros.<sup>145</sup>

En consecuencia, el TJUE es visto por los neofuncionalistas como “catalizador” de la integración en la UE y la importancia de sus características de “*legal actor*” es enfatizada. El Tribunal es considerado como “*Master of the Treaties*” y su actuar es apreciado independientemente de los intereses de los Estados miembros de la UE.<sup>146</sup>

## B. El intergubernamentalismo

A la diferencia de la teoría neofuncionalista, los tempranos intergubernamentalistas<sup>147</sup> consideraron que los gobiernos nacionales eran reticentes a investir las instituciones supranacionales de la UE de competencias que les privarían de su propia autonomía. Según los intergubernamentalistas, la UE es principalmente una creación y un reflejo de los Estados miembros que la componen. Consecuentemente, la autoridad de las instituciones supranacionales es limitada y sus acciones están condicionadas por la aprobación de los Estados miembros.

El debate contemporáneo entre neo funcionalistas e intergubernamentalistas se concentra en la cuestión de saber si las instituciones supranacionales han desarrollado doctrinas que van más allá de la misión que les habían asignado los gobiernos nacionales. En este debate, los intergubernamentalistas estiman que las instituciones supranacionales no gozan de autonomía y no son capaces de ejercer una influencia independiente sobre el proceso de integración europea. *A contrario*, estas instituciones son simples aparatos pasivos cuya credibilidad depende de la aprobación intergubernamental.

Tratándose del TJUE, los intergubernamentalistas pretenden que el sistema jurisdiccional del Tribunal se adapta a los intereses de los Gobiernos nacionales y tiene tendencia a concordar sus decisiones con las preferencias de los Estados políticamente

---

<sup>145</sup> Alter, Karen J., Who are the ‘Masters of the Treaty’?: European Governments and the European Court of Justice., *International Organization* 1998, vol. 52, num. 1, p. 122

<sup>146</sup> *Idem*

<sup>147</sup> Moravcsik, Andrew, Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach., *Journal of Common Market Studies* 1993, pp. 473-476; Garrett, Geoffrey & Kelemen, R.Daniel et al., The European Court of Justice, National Governments and Legal Integration in the European Union., *International Organization* 1998, vol. 52, num. 1, pp. 149-177.

dominantes en la UE.<sup>148</sup> El papel del TJUE es mayoritariamente visto como subordinado. El Tribunal simplemente aplica las disposiciones y reglas de los Tratados soberanamente elaborados y adoptados por los Estados miembros. Según el análisis de los intergubernamentalistas, las decisiones del TJUE que se desvían de los intereses de los Estados políticamente fuertes son rápidamente detectadas y contestadas y el Tribunal es plenamente consciente de esta realidad a la hora de resolver los casos que se le presentan

Para los seguidores de la teoría intergubernamentalista los Estados miembros son los verdaderos “*Masters of the Treaties*” y todas las instituciones supranacionales de la UE, en particular el TJUE, deben respetar los intereses nacionales de estos últimos. Dicho en otros términos, según los intergubernamentalistas, el Tribunal no puede hacer avanzar la integración regional europea en un sentido que no se acuerde con la voluntad política de sus países miembros.

### **C. La teoría institucionalista**

Desde la mitad de los años 90, una nueva corriente “institucionalista” fue incluida en el debate sobre la integración europea. Esta doctrina examina las instituciones supranacionales desde una perspectiva diferente y no les considera ni como “siervos” ni como “señores”.

Según los institucionalistas, tanto la teoría neofuncionalista como la teoría intergubernamentalista contienen varios elementos válidos para la comprensión del papel de las instituciones supranacionales en los procesos de integración, en particular en el caso europeo. La teoría institucionalista considera que es cierto que los Estados miembros de la UE tenían la intención de instituir una Corte respetuosa de su soberanía y de sus intereses nacionales. Sin embargo, para los institucionalistas, el TJUE cambió fundamentalmente el sistema jurídico comunitario, liberándose en gran manera del control e influencia estatales sobre su funcionamiento y atribuciones. Por lo tanto, el Tribunal no es completamente subordinado a la voluntad de los Estados miembros pero

---

<sup>148</sup> Tallberg, Jonas, *Supranational Influence in EU Enforcement : The ECJ and the Principle of State Liability.*, *Journal of European Public Policy*, vol. 7, num. 1, Marzo de 2000, pp. 104-121

tampoco posee un poder ilimitado y plenamente independiente de factores políticos relacionados con los intereses estatales.

En consecuencia, la teoría institucionalista se sitúa en el intermedio entre las dos visiones radicalmente opuestas de los neofuncionalistas e intergubernamentalistas.<sup>149</sup> Como lo señala Alter, “la naturaleza jurídica de las decisiones del TJUE otorga al Tribunal cierta protección contra los ataques políticos pero al mismo tiempo los Estados miembros mantienen instrumentos significantes para ejercer su influencia sobre las decisiones de la jurisdicción comunitaria”<sup>150</sup>.

De estas tres visiones, queda claro que la teoría institucionalista es la que mejor explica el papel del TJUE en el proceso de integración regional en Europa. Como será demostrado en el siguiente capítulo la jurisprudencia activista del Tribunal contiene claros ejemplos de su capacidad para contradecir las intenciones originarias de los Estados miembros. Sin embargo, existen otros ejemplos que ilustran la imposibilidad del Tribunal de abstraerse completamente de los intereses y preferencias de los Estados miembros a la hora de adoptar sus sentencias pro-integracionistas.

Podemos acordarnos con los autores institucionalistas para considerar que el Tribunal es un actor independiente de la integración regional europea pero no puede permanecer completamente aislado y protegido de las influencias provenientes de su entorno general, en particular político.

En este sentido cabe señalar que el Tribunal supo medir el impacto político de sus decisiones y en su política jurisprudencial trató de buscar el equilibrio entre su objetivo principal: promover y profundizar la integración regional europea y su limitante mayor: asegurar el respeto de la soberanía de los Estados miembros. Gracias a este equilibrio y mediante un “activismo judicial” sin par el TJUE logró establecer las bases jurídicas de la integración regional europea y volvió estas últimas inviolables por parte de los Estados miembros. La integración regional en la UE fue construida y mantenida “por el Derecho” que el juez comunitario hizo valer.

---

<sup>149</sup> Tsebelis, George & Garrett, Geoffrey, *The Institutional Foundations of Intergovernmentalism and Supranationalism in the European Union*, *International Organization*, vol 55, num. 2, 2001, pp. 357-390.

<sup>150</sup> Alter, Karen J. *op.cit.*, nota 145, p. 36

## **Capítulo Primero: El “activismo judicial” del TJUE en la construcción de una “integración por el Derecho”**

Conforme con lo antes expuesto, el desarrollo de la UE ha puesto en práctica un nuevo concepto de integración, basado en la unión cada vez más estrecha de Estados y de pueblos, decididos a suprimir las fronteras existentes entre ellos. El funcionamiento de un tal esquema regional requirió de un sustento jurídico original que penetre las fronteras de los Estados miembros y se imponga a sus ciudadanos. La regulación del sistema jurídico comunitario necesitaba garantizar no sólo la existencia de normas jurídicas comunes (del Derecho comunitario) sino también su efectiva y uniformizada aplicación en la totalidad del territorio integrado.

Mediante una política jurisprudencial activista **(1.)** y a veces atrevida, el TJUE estableció, por su propia autoridad, los principios jurídicos que organizan la integración regional en la UE **(2.)**.

### **1. La noción de “activismo judicial”**

El término “activismo judicial” es propio a los sistemas jurídicos de *Common Law* y es utilizado principalmente en los países anglo-sajones para referirse a una de las principales funciones de los órganos jurisdiccionales: la de crear y modificar el Derecho vigente.

El TJUE “constitucionalizó” el orden jurídico de la UE. En consecuencia, la noción de “activismo judicial” se ha generalizado como referencia a los logros alcanzados por la jurisprudencia del Tribunal. El “activismo judicial” del TJUE contribuyó de manera sustancial al desarrollo de la integración regional en la UE. Si la jurisprudencia activista del Tribunal no existía queda claro que la UE no hubiera logrado el nivel de integración que hoy tiene. Como lo señala el juez Mancini<sup>151</sup>, el “activismo judicial” que el Tribunal desempeñó para fortalecer la integración y forjar la unidad de la UE es indudable.

---

<sup>151</sup> Mancini, S., The Making of a Constitution for Europe, *Common Market Law Review*, vol. 26, num. 24, 1989, p. 70

Este activismo judicial presenta varias implicaciones políticas. Mientras resolvía los casos ante él presentados, el Tribunal se comprometía en una misión política dirigida hacia la construcción de una Unión más fuerte. Para lograr este objetivo, el TJUE estableció un conjunto de normas destinadas a regular las relaciones entre la Comunidad y sus Estados miembros.

Como lo afirma Weiler<sup>152</sup>, la ambición del Tribunal de concluir con un proyecto constitucional de tipo federal para la UE necesitaba la adopción de una política jurisprudencial “agresiva” y “radical”. La “revolución” que operaba a veces esta jurisprudencia activista se hacía al precio de la disminución del poder de otros actores de la Comunidad. En el momento de establecer las bases jurídicas de la UE, el TJUE fue criticado por “cruzar sus límites”.<sup>153</sup> Este criticismo incluía el argumento según el cual el Tribunal hubiese confundido sus funciones jurisdiccionales con las que incumben a un legislador electo o que el juez comunitario se deslindaba demasiado de los objetivos concretos que le asignan los Tratados comunitarios.

Estas críticas pueden ser o no fundadas. Sin embargo, es un hecho que gracias a su “activismo judicial”, el TJUE cambió fundamentalmente el sistema jurídico de la UE y estableció los principios fundadores de la integración en el orden jurídico comunitario.

Alter<sup>154</sup> estima que al principio de la construcción comunitaria, la creación de un mercado común en Europa no era destinada a promover un modelo político que limita la soberanía nacional de sus Estados miembros. Los gobiernos nacionales eran deseosos de obtener los beneficios de una integración económica pero no estaban dispuestos a abandonar una parte de su soberanía a una organización supranacional. Sin que los Estados se dieran cuenta, el TJUE elaboró principios impredecibles que tuvieron este efecto inesperado. Según Alter, los políticos que dotaron de poder la rama judicial de las Comunidades europeas “no eran conscientes de lo que hacían”.

Visto que la voluntad inicial de los Estados miembros no era de limitar a tal grado su soberanía nacional, podemos concluir que a través de su “activismo judicial”, el

---

<sup>152</sup> Weiler, Joseph, *The Constitution of Europe : "Do the new clothes have an emperor?"*, ed. Cambridge University Press, New York, 1999, p. 43

<sup>153</sup> Rasmussen, Hjalte, *The European Community Constitution: Summaries of Leading EC Court Cases*. Nyt [Copenhague]: Handelshøjskolens Forlag, 1989, p. 67

<sup>154</sup> Alter, Karen, *op. cit.*, nota 145, p. 136

TJUE, en su cualidad de institución supranacional, cambió la dirección de la evolución de la integración europea.

Por su “activismo judicial” y su impacto sobre el proceso de integración en Europa, el Tribunal es frecuentemente comparado con la Corte Suprema de los Estados Unidos.<sup>155</sup>

Como será expuesto más adelante en este capítulo, a través de su jurisprudencia, el Tribunal de justicia hizo una contribución crucial para la integración jurídica en la UE. Cuando uno quiere estudiar Derecho comunitario, siempre es preciso estudiar el Derecho jurisprudencial del TJUE. Este último creó un “supranacionalismo normativo” muy importante para el éxito de la integración regional europea.<sup>156</sup>

## **2. El “activismo judicial” del TJUE en el establecimiento de los principios fundadores de la integración en el orden jurídico comunitario**

En el orden jurídico de la UE existen dos categorías de fuentes de Derecho: las fuentes primarias y las fuentes derivadas. Los Tratados constitutivos, considerados frecuentemente como la Constitución de la UE, son las fuentes primarias. De la misma manera que las Constituciones nacionales, y, conforme con la tradición kelseniana de un sistema escalonado de normas, los Tratados constitutivos son el fundamento de validez del orden jurídico comunitario. Estos últimos ocupan el escalón más alto en la jerarquía de las normas comunitarias y prevalecen en caso de conflicto con cualquier otra legislación o reglamentación de carácter nacional o internacional.<sup>157</sup> Las fuentes derivadas del Derecho de la UE son constituidas por toda la nomenclatura de actos

---

<sup>155</sup> Manin, Ph. *op.cit.* nota 98, p.14: Esta similitud se debe principalmente al hecho de que los Estados Unidos son el más antiguo y el más grande mercado común en el mundo y que la Corte suprema jugó un papel fundamental en el establecimiento de los principios fundadores de la Unión americana.

<sup>156</sup>El primer aspecto de dicho supranacionalismo es un aspecto político que se refiere a los mecanismos de toma de decisiones a nivel internacional. Por ejemplo este término implica que los Estados miembros de una organización internacional no imponen veto a las decisiones comunes y logran un acuerdo sacrificando algunas implicaciones para sus intereses nacionales. El segundo aspecto del supranacionalismo se relaciona más con el aspecto operacional de la integración regional y se refiere a la “implementación” de las políticas comunes y del Derecho comunitario en los ordenes jurídicos internos de los Estados miembros. Weiler considera que en este caso preciso se puede hablar de “supranacionalismo normativo” que postula la supremacía del Derecho comunitario en su penetración en los sistemas jurídicos nacionales. El primer concepto de supranacionalismo es inherente a la aplicación de las disposiciones de los Tratados comunitarios mientras que el segundo es directamente asociado a la jurisprudencia del TJUE.

<sup>157</sup> Isaac, Guy, Blanquet, Marc., *op. cit.*, nota 17, pp.187-188

(reglamentos, directivas, decisiones, dictámenes etc.) adoptados por las Instituciones comunitarias sobre la base de los Tratados y por los acuerdos internacionales concluidos con países terceros. Finalmente, la última fuente no formal del Derecho comunitario es formada por los principios generales del Derecho y otros principios resultantes de la jurisprudencia del TJUE.

Estos principios jurisprudenciales del Tribunal desempeñaron un papel primordial para fundar y reforzar la integración jurídica en el sistema comunitario. La jurisprudencia del TJUE fundó una especie de “triángulo mágico”<sup>158</sup>: efecto directo, primacía y procedimiento prejudicial que permite poner orden (jurídico) en la construcción heterogénea y multi-niveles de la UE. En los siguientes apartados examinaremos los principios de primacía **(A.)** y efecto directo del Derecho comunitario **(C.)** y analizaremos su importancia respectiva para el desarrollo y profundización del sistema de integración regional en la UE **(B. y D.)**. Además nos interesaremos al establecimiento del principio de protección de los derechos humanos **(E.)** y otros principios afirmados **(F.)** por parte del Tribunal para reforzar la integración europea.

## **A. El principio de efecto directo del Derecho Comunitario**

En su definición común, el principio de “efecto directo” se refiere a la posibilidad para los individuos de invocar los derechos y/u obligaciones que les confieren las normas de Derecho internacional. En el caso de la UE, este último implica la facultad para los Ciudadanos de la Unión de hacer valer el Derecho comunitario en los procedimientos llevados ante las jurisdicciones de su país de origen. De esta manera el Derecho comunitario dota el patrimonio jurídico de los individuos de derechos subjetivos libremente invocables tanto en las relaciones entre particulares como en las relaciones entre el particular y los órganos de su Estado nacional. Según el juez Robert Lecourt<sup>159</sup> el efecto directo es concretamente “el derecho para cada persona de pedir a su juez de aplicarle reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. También se trata de la

---

<sup>158</sup> Vauchez, A., “*Integration through Law, Contribution to a Socio-History of the European Political Commonsense*”, EUI Working Papers, RSCAS, 2008/10, disponible en [www.eui.eu/RSCAS/Publications](http://www.eui.eu/RSCAS/Publications)

<sup>159</sup> Lecourt, Robert, *L'Europe des juges*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 248

obligación para el juez de utilizar estos textos, cualquiera que sea la legislación del país en el que este último opera.”

A pesar de que el TJUE generalmente emplea sin distinción los términos “efecto directo”, “aplicabilidad inmediata”, “inmediatez” es preferible establecer una diferenciación. La aplicabilidad directa o inmediata se refiere a la capacidad de una norma de ser “completa” o “incondicional”, es decir, de producir efectos jurídicos sin ser formalmente “receptada” por parte de los órganos nacionales, legislativos o administrativos (por ejemplo a través de una ratificación). La aplicabilidad inmediata se refiere por lo tanto a la integración directa e incondicional de una norma internacional en el orden jurídico interno de los Estados.

En Derecho internacional público la cuestión del efecto directo ha sido muy discutida. Durante largo tiempo fue considerado que los tratados internacionales no poseen una aplicabilidad o efecto directo. Los tratados creaban derechos y/u obligaciones únicamente para los Estados, sujetos soberanos del Derecho internacional y no para los particulares, sujetos de Derecho nacional. Para que un tratado sea directamente aplicable en el territorio nacional y de la misma manera susceptible de ser invocado por los particulares ciertas condiciones debían ser satisfechas. Generalmente se trataba de una “recepción” de la norma internacional en el Derecho nacional por la vía de la ratificación. Sin esta formalidad el tratado producía sus efectos únicamente en el orden jurídico internacional y carecía de fuerza jurídica a nivel nacional. Como lo afirma la CPJI en su célebre opinión relativa a la competencia de los Tribunales de Dantzig<sup>160</sup> el Derecho internacional por sí sólo no puede crear directamente derechos y obligaciones para los particulares. Sin embargo, en el mismo asunto la Corte admite una excepción a dicha regla: conforme a la voluntad mutua de los Estados contrayentes es posible que un acuerdo internacional dote los individuos de derechos subjetivos y sea directamente invocable ante las jurisdicciones nacionales. Dicho en otros términos mediante un simple acuerdo de voluntades las partes de un tratado pueden dotarlo de efecto directo o de un carácter “*self-executing*”. Visto que se tiene que tratar de una voluntad expresa este carácter no se puede presumir y generalmente queda muy difícil de probar. En consecuencia, incluso actualmente una muy pequeña minoría de normas

---

<sup>160</sup> CPJI, opinión del 3 de marzo de 1928, s. B, núm. 15.17



internacionales son “*self-executing*”, en la mayoría de los casos el efecto directo sigue siendo incompleto y condicionado por las formalidades de la ratificación.<sup>161</sup>

En el caso de los tratados comunitarios de la UE lo que en Derecho internacional es la excepción se convierte en regla. A pesar de que el TCE contenía una sola disposición incidente<sup>162</sup> de la que se podía deducir únicamente el posible efecto directo de los reglamentos, la jurisprudencia del TJUE consideró, al contrario, que existía en el orden jurídico comunitario una presunción general en favor del efecto directo.

La sentencia “*Van Gend en Loos*”<sup>163</sup> constituye sin duda la decisión histórica mayor que el TJUE ha dictado. En dicha sentencia el Tribunal marcó una línea de separación clara con la solución tradicional del Derecho internacional. En la especie el juez comunitario tenía que pronunciarse sobre el efecto directo del artículo 12 TCE (abrogado posteriormente por el Tratado de Amsterdam) relativo a la interdicción para los Estados miembros de aumentar los derechos aduaneros en sus relaciones mutuas. En dicho artículo no existía ninguna referencia a los particulares. Basándose en la concepción internacionalista varios gobiernos subrayaban que conforme a la redacción misma del artículo en cuestión los destinatarios de la obligación eran los Estados miembros y no los particulares: en consecuencia aparecía una voluntad clara de las partes para negar el efecto directo de dicha disposición. Esta también fue la posición defendida ante el Tribunal por el abogado general.<sup>164</sup>

A pesar de los argumentos *a contrario* de los Estados miembros y del abogado general, el Tribunal refutó la interpretación textual y subjetiva del artículo 12 y determinó la solución en función de los objetivos y del sistema del Tratado que contenía dicho artículo (interpretación teleológica y sistemática).<sup>165</sup>

Para el Tribunal la solución en este caso debía ser distinta de la que hubiese prevalecido en Derecho internacional en razón de la naturaleza particular del Tratado constitutivo de la CEE. El fundamento del efecto directo es la especificidad misma del orden jurídico comunitario: su finalidad integracionista postula un efecto directo de

---

<sup>161</sup> Carreau, Dominique, *op.cit.*, nota 118, pp 487-511

<sup>162</sup> Artículo 249 TCE.

<sup>163</sup> NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen, 5 de febrero de 1963, aff. 26/62, Rec. 1

<sup>164</sup> Vauchez, Antoine, Van Gend en Loos: the foundational myth, in *Integration Through Law, Contribution to a Socio-History of the UE Political Commonsense*, *op. cit.*, nota 159, p. 11

<sup>165</sup> *Idem*

principio. Para demostrarlo el Tribunal consideró en primer lugar el objetivo del Tratado y en segundo lugar situó en esta perspectiva el marco institucional, en particular judicial que este último constituye: “el objetivo del tratado CEE... es de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente los justiciables de la Comunidad”, en consecuencia, el tratado “constituye más que un acuerdo que crea obligaciones únicamente entre los Estados contrayentes... (y) la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico... cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros sino también sus ciudadanos.”<sup>166</sup>

Adicionalmente, el Tribunal subrayó otro rasgo característico del Tratado de Roma: el juez recordó que su preámbulo es dirigido a los “pueblos” y que los “ciudadanos así como los Estados miembros son afectados por el funcionamiento de los mecanismos comunitarios; y que finalmente son los individuos quienes participan en la toma de decisiones que afectan el futuro de la construcción comunitaria en instancias como el Parlamento Europeo o el Consejo Económico y Social.” Por último, el Tribunal sostuvo un argumento judicial derivado del artículo 134 TCE según el cual esta disposición confirma “que los Estados han reconocido al Derecho comunitario una autoridad susceptible de ser invocada” ante las jurisdicciones nacionales.

De estos argumentos el Tribunal dedujo un verdadero principio general: “el Derecho comunitario, independiente de la voluntad de los Estados miembros, de la misma manera que crea obligaciones para los particulares, también es destinado a otorgarles derechos que entran en su patrimonio jurídico.” Pero sobre todo, y en este punto reside la ruptura más profunda con el sistema internacionalista, estos derechos “nacen no sólo cuando son expresamente atribuidos por el Tratado, sino también en razón de las obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los Estados miembros como a los particulares y a las instituciones comunitarias”.

Según el razonamiento del Tribunal, la identificación del destinatario de la norma comunitaria no constituye un criterio suficiente para la determinación de su efecto jurídico. En consecuencia, para el Tribunal las personas privadas pueden devenir titulares de derechos individuales incluso si no son expresamente designadas como destinatarios de una disposición comunitaria. Contrariamente a los tratados

---

<sup>166</sup> TJUE, Van Gen en Loos, cit., nota 164

internacionales clásicos, los tratados comunitarios otorgan a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales deben proteger, no sólo cuando las disposiciones contenciosas les designan expresamente como sujetos de derechos, sino también cuando estas disposiciones son dirigidas exclusivamente a los Estados miembros de la Comunidad.<sup>167</sup>

El Tribunal no da al efecto directo del Derecho comunitario un fundamento otro que la voluntad de los autores del Tratado; al contrario, considera que, vista la naturaleza específica del Tratado comunitario, la voluntad de los Estados miembros se presume, una vez por todas y por todo el ámbito de aplicación de los Tratados, así que no tiene porque ser verificada y en práctica no constituye más una condición del efecto directo. Desde la adopción del Tratado constitutivo de la CEE los Estados miembros expresaron su voluntad de establecer una integración regional exitosa a través de la creación de un mercado común. Dicha integración afecta necesariamente los individuos porque crea tanto derechos como obligaciones en su patrimonio jurídico. Por lo tanto, la Comunidad europea no es una Comunidad sólo de Estados sino también una Comunidad de “pueblos”. Las normas comunes que se adoptan bajo sus auspicias deben poder ser utilizadas e invocadas directamente por parte de los particulares ante el juez de su país de origen.

Para garantizar la eficacia del principio del efecto directo, el Tribunal estima que su determinación debe depender del Derecho comunitario (y no de los Derechos nacionales) y en último grado del Tribunal de justicia, quien debe garantizar la unidad de su aplicación e interpretación.

Podemos estimar que la importancia de la decisión Van Gend en Loos para el desarrollo del Derecho comunitario y de la integración regional en Europa desde un punto de vista general es inmedible. Al establecer el principio de efecto directo del Derecho de la UE, el Tribunal convirtió la Comunidad en “un nuevo orden jurídico de Derecho internacional”, integrado pero a la vez “independiente de los órdenes jurídicos de sus Estados miembros. Sólo un orden jurídico *sui generis* con tales características originales podía lograr los objetivos de profundización de la integración regional europea. Por esta razón incluso después de 40 años de la decisión Van Gend en Loos,

---

<sup>167</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, p. 268

el juez Mancini (1994)<sup>168</sup> escribió: “...si la Comunidad Europea sigue existiendo en los próximos 50 o 100 años los historiadores considerarán Van Gend en Loos como la contribución judicial más importante al establecimiento de la integración en Europa.” De la misma manera, como lo afirma Timmermans<sup>169</sup>, si no hubiese habido una decisión como Van Gend en Loos la uniformidad en la aplicación de las normas comunitarias iba a ser fácilmente violada y “no habría un mercado común ni políticas comunes en la UE”.

Después de la adopción de la decisión Van Gend en Loos, en los casos posteriores el Tribunal reformuló y aclaró las condiciones del reconocimiento del efecto directo. Cada decisión de principio que se refería al principio de efecto directo contribuía a dotar dicho principio de una nueva dimensión y una aplicación *in concreto*. Generalmente se considera que el alcance del principio de efecto directo varía en función de las diferentes categorías de normas comunitarias.

Para subrayar la importancia del principio de efecto directo en relación con la nomenclatura comunitaria, a continuación examinaremos el efecto directo de: los Tratados comunitarios **(a.)**, los reglamentos **(b.)**, las decisiones **(c.)**, las directivas **(d.)** y los acuerdos con países terceros **(e.)**.

### **a. El efecto directo de los Tratados Comunitarios**

Según la jurisprudencia del juez comunitario sólo criterios de carácter material permiten determinar el efecto directo de una disposición del Derecho comunitario. Aunque el TJUE nunca ha sistematizado o *a fortiori* estigmatizado los criterios que utiliza, generalmente retoma una fórmula sintética inaugurada con la sentencia “Ratti”<sup>170</sup> y mejorada en la sentencia Úrsula Becker<sup>171</sup>: una norma goza de efecto directo “... en todos los casos en los que sus disposiciones... aparecen, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y suficientemente precisas”. Sin entrar en más detalles sobre la apreciación de los criterios de incondicionalidad o precisión podemos considerar que se éstos se refieren a una exigencia de naturaleza funcional. Una norma

---

<sup>168</sup> citado en Jansen, Rosa H.M. *European Ambitions of the National Judiciary*. Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 43

<sup>169</sup> *Idem*

<sup>170</sup> TJUE, 5 de abril de 1979, Ministerio público c. Ratti, aff. 148/78, Rec. 1629

<sup>171</sup> TJCE, 19 de enero de 1982, Becker v. Finanzamt Munster-Innenstadt, aff. 8/81, Rec. 53

tiene efecto directo cuando sus características la hacen susceptible de ser aplicada judicialmente. Del juez nacional y en último grado del juez comunitario depende la apreciación de los criterios del efecto directo de una disposición.

Conforme con una jurisprudencia constante del TJUE existen tres categorías de disposiciones de los Tratados comunitarios dotadas de efecto directo.

En primer lugar, se trata de disposiciones de efecto directo completo: son todas aquellas disposiciones que crean derechos y obligaciones no solo para los Estados miembros en sus relaciones con los particulares (efecto directo vertical) sino también para los particulares, a nivel de las relaciones jurídicas interpersonales (efecto directo horizontal).<sup>172</sup> Podemos dar como ejemplo las disposiciones relativas al Derecho comunitario de la competencia<sup>173</sup> que por su naturaleza misma se aplican en las relaciones entre particulares y en consecuencia pueden ser invocadas por una empresa contra otra ante el juez nacional<sup>174</sup>. Sin apuntar directamente a los particulares varias otras disposiciones son invocables no sólo contra los Estados sino también contra los particulares. Tal es el caso de las reglas que tratan de la libre circulación de personas y de las interdicciones de la discriminación por causa de la nacionalidad (art. 39, 49, 50 TCE)<sup>175</sup> así como de las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías (art. 28 ss. TCE)<sup>176</sup>.

En segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal caracterizó las disposiciones (más numerosas) de los Tratados con efecto directo limitado, es decir, que crean derechos y obligaciones para los particulares únicamente en contra de los Estados miembros. Sin pretender a la exhaustividad podemos citar disposiciones que contienen interdicciones u obligaciones de no hacer: el artículo 12 TCE que prohíbe discriminaciones por causa de la nacionalidad<sup>177</sup>, el artículo 30 TCE que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación así como las medidas equivalentes<sup>178</sup> o el

---

<sup>172</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, p. 273

<sup>173</sup> art. 81 y ss. TCE

<sup>174</sup> dec. TJUE, 30 de enero de 1974, BRT v. Sabam, aff.127/73, Rec. 51; TJCE, 10 de julio de 1980, Marty, aff. 37/79, Rec.2481

<sup>175</sup> dec. TJUE, 12 de diciembre de 1974, Walrave, aff. 36/74, Rec. 14/20; TJCE, 8 de abril de 1976, Defrenne, aff. 43/75, Rec. 476

<sup>176</sup> TJUE, 22 de enero de 1981, Dansk Supermarket, aff. 58/80, Rec. 181

<sup>177</sup> TJUE, 13 de febrero de 1969, Walt Wilhelm, aff. 14/68, Rec.1

<sup>178</sup> TJUE, 22 de marzo de 1977, Iannelli, aff. 74/76, Rec. 9

artículo 90 TCE que prescribe las discriminaciones fiscales sobre los productos importados<sup>179</sup>.

En tercer lugar se trata de disposiciones de los Tratados que carecen de efecto directo y que son la minoría. En esta categoría podemos citar al artículo 3 TCE que fija los objetivos del tratado<sup>180</sup>, el artículo 5 TCE referente a la obligación de fidelidad comunitaria<sup>181</sup> o el artículo 90 TCE que exonera de la aplicación de las reglas de Derecho de la competencia a las empresas que tienen una misión de interés económico general<sup>182</sup>.

### **b. El efecto directo de los reglamentos**

Los reglamentos son la sola norma comunitaria cuyo efecto directo es expresamente previsto por los Tratados (art. 249 TCE). De la jurisprudencia reiterada del Tribunal resulta que “en los términos del artículo 249 TCE... el reglamento... es directamente aplicable en todo Estado miembro...visto que, en razón de su naturaleza misma, y por su función en las fuentes del Derecho comunitario, produce efectos inmediatos y es, como tal, apto a otorgar a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar.”<sup>183</sup> El alcance general del reglamento le confiere un efecto directo completo (es apto a otorgar derechos o imponer obligaciones a los particulares en sus relaciones tanto con los Estados miembros como con otros particulares) indispensable para que este último pueda cumplir con su función de instrumento legislativo de la UE.

### **c. El efecto directo de las decisiones**

Fundadas en el artículo 249 TCE las decisiones dirigidas a los particulares crean, por definición derechos u obligaciones para sus destinatarios y son de aplicación directa en orden jurídico interno. También pueden ser ejecutorias de pleno derecho si se trata

---

<sup>179</sup> TJUE, 16 de junio de 1966, Lüticke, aff. 57/66, Rec. 302

<sup>180</sup> TJUE, 24 de enero de 1991, Alstom Atlantique, aff. C-339/89, Rec. 1-107

<sup>181</sup> TJUE, 24 de octubre de 1973, Shluter, aff. 9/73, Rec. 1116

<sup>182</sup> TJUE, 14 de julio de 1971, Muller-Hein, aff. 10/71, Rec. 723

<sup>183</sup> TJUE, 14 de diciembre de 1971, Politi, aff. 43/71, Rec.1039

de obligaciones pecuniarias. Adicionalmente también son susceptibles de dotar de derechos u obligaciones no sólo las personas a las que están dirigidas sino también los terceros. Así por ejemplo una empresa víctima de un cartel puede invocar ante las jurisdicciones nacionales una decisión de la Comisión Europea dirigida a sus competidores que les ordena, so pena de sanciones poner fin al acuerdo contrario a las reglas de competencia establecidas por los Tratados comunitarios.

#### **d. El efecto directo de las directivas**

Tema frecuente para los exámenes de Derecho comunitario, el efecto directo de las directivas suscitó múltiples controversias.

La doctrina dominante consideró durante mucho tiempo que la naturaleza misma de las directivas les convertía en actos de aplicación difusa y excluía todo efecto directo. En cambio, el TJUE rechazó esta interpretación y estimó que los principios establecidos en la decisión Van Gend en Loos se aplicaban no sólo al Derecho originario sino también a las normas derivadas. En varias decisiones<sup>184</sup> el Tribunal se negó a excluir las directivas del campo de aplicación del efecto directo porque, según el TJUE tal exclusión comprometería el “efecto obligatorio” que el artículo 249 TCE reconoce a estas últimas normas. El Tribunal consideró que sería incompatible con el artículo 249 si las obligaciones y derechos contenidos en las directivas no podían ser invocados por las personas privadas en litigios de carácter interno ante el juez nacional. Conforme con el razonamiento del Tribunal, negar el efecto directo a las disposiciones de las directivas debilitaría el “efecto útil” de estas normas importantes del Derecho comunitario.

Fundada sobre la necesidad de preservar la eficacia del carácter obligatorio de las directivas esta solución fue muy criticada. La doctrina consideraba que de esta manera el Tribunal ponía en prueba la naturaleza jurídica de las directivas: técnica de legislación indirecta<sup>185</sup>. Por esta razón, en la decisión Ratti<sup>186</sup>, el Tribunal aportó un

---

<sup>184</sup> TJCE, 4 de diciembre de 1974, decisión Van Duyn, aff. 41/74, Rec. 1337; TJCE, 10 de noviembre de 1992, Hansa Fleisch, aff. C-156/91, Rec. I-5567

<sup>185</sup> Las directivas comunitarias fijan los objetivos que hay que lograr y delegan a los Estados miembros y sus órganos internos una libertad considerable en cuanto a las modalidades e instrumentos de ejecución utilizados para satisfacer

ajuste a la solución anterior. En dicha sentencia el juez comunitario consideró que las directivas en sí no crean derechos y/u obligaciones para los particulares, sino que: “en todos los casos en los que una directiva es correctamente aplicada, sus efectos alcanzan los particulares por el intermedio de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado. En consecuencia, problemas particulares pueden surgir cuando un Estado miembro no ejecuta correctamente una directiva, y más especialmente en el caso en el que las disposiciones de una directiva se han quedado inejecutadas a la expiación del término previsto para su transposición”. Únicamente en tales circunstancias “el Estado miembro que no ha tomado las medidas de ejecución impuestas por la directiva en los términos previstos no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que dicha norma incluye.”

En este sentido, el efecto directo no es una cualidad sustancial de la directiva sino una “garantía mínima”. Es la falta de ejecución de la directiva (no transposición a la expiación del término indicado o transposición incorrecta) que fundamenta el poder y el deber del juez interno de aplicar esta última directamente en contra del Estado infractor y constituye así una condición necesaria del efecto directo junto con la precisión e incondicionalidad. La problemática del efecto directo de las directivas, contrariamente a la de los reglamentos o decisiones, presupone un contexto jurídico particular, es decir, una realidad “patológica”. El efecto directo de las directivas es en cierta medida una sanción para el comportamiento de un Estado que no cumple con las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, en particular su obligación de correcta trasposición de las directivas.<sup>187</sup>

Las directivas incondicionales y precisas y que no han sido objeto de medidas de ejecución tomadas en tiempo y/o de manera correcta benefician únicamente de un efecto directo vertical.<sup>188</sup> Sin embargo, según el TJUE las directivas no pueden ser invocadas contra personas privadas en un litigio entre particulares. En la célebre

---

estos objetivos. Dicho en otros términos, los Estados tienen que adoptar ciertas normas internas para ejecutar los objetivos previstos en el acto comunitario. En esto reside la obligación para los Estados miembros de transposición de las directivas comunitarias en el orden jurídico interno. Las directivas mismas fijan un término para el cumplimiento de esta obligación.

<sup>186</sup> TJUE, 5 de abril de 1979, Ministerio público c. Ratti, aff. 148/78, Rec. 16/29

<sup>187</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, pp. 276-280

<sup>188</sup> Esto significa que las disposiciones de la directiva pueden ser invocadas en contra de todas las normas internas no conformes con la directiva (invocabilidad de exclusión) o para crear derechos y/u obligaciones que los particulares pueden hacer valer al encuentro del Estado (invocabilidad de sustitución).



decisión Marshall I<sup>189</sup>, el Tribunal recordó que conforme con el artículo 249 TCE el carácter obligatorio de la directiva que fundamenta su efecto directo existe sólo respecto a “los Estados miembros destinatarios” de la medida. En consecuencia, según el Tribunal “una directiva no puede, por sí misma, crear obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares y como tal no puede ser invocada” en su contra en los litigios de carácter privado. Esta solución que algunos consideran perjudicial para los intereses de los particulares es justificada por el Tribunal mediante su concepción del efecto directo de las directivas como sanción para los Estados desobedientes y al mismo tiempo manifiesta la preocupación del juez europeo por preservar el sistema de fuentes del Derecho comunitario. Reconocer a las directivas un efecto directo horizontal podría comprometer las distinciones que existen en este sistema entre directivas y reglamentos. En la opinión del TJUE esto equivaldría a reconocer a la UE una competencia para adoptar obligaciones a cargo de los particulares con efecto inmediato, competencia que ella posee únicamente tratándose de la adopción de reglamentos (y no de directivas).<sup>190</sup>

#### **e. El efecto directo de los acuerdos con terceros**

El Tribunal de justicia no niega por completo el efecto directo de las disposiciones contenidas en los Tratados internacionales concluidos por la UE. Sin embargo, visto que estos acuerdos no tienen las mismas características que los Tratados comunitarios el Tribunal acepta, únicamente de manera muy parcial, de aplicarles la solución adoptada en la sentencia Van Gend en Loos. Los tratados internacionales bi- o multilaterales no son, por presunción susceptibles de producir un efecto directo en el orden jurídico comunitario. En cada caso se trata de examinar no sólo el carácter incondicional o preciso de las disposiciones del tratado sino también y sobre todo su “naturaleza y objetivo” específicos.<sup>191</sup> Así por ejemplo, el juez comunitario

---

<sup>189</sup> TJUE, 26 de febrero de 1986, Marshall, aff. 152/84, Rec. 723

<sup>190</sup> TJUE, 14 de julio de 1994, Faccini Dori, aff. C-91/92, Rec. I-3325; TJCE, 7 de marzo de 1996, El Corte inglés SA, aff. C-192/94, Rec. I-1281

<sup>191</sup> decisión de principio: TJCE, 30 de septiembre de 1987, Demirel, aff. 12/86, Rec. 3719

se negó a reconocer el efecto directo tanto de las disposiciones del GATT en razón de su gran flexibilidad<sup>192</sup> como del acuerdo sobre la OMC en su conjunto<sup>193</sup>.

## **B. La importancia del principio de efecto directo para el desarrollo del sistema de integración regional**

El establecimiento del principio de efecto directo refuerza el sistema de integración regional en Europa en varios aspectos.

En primer lugar, la integración regional es reforzada con la afirmación de su autonomía y carácter *sui generis*. Distinta de las organizaciones internacionales clásicas, la UE integra de una manera inédita el Derecho comunitario de aplicación inmediata y el Derecho nacional, formando así un orden jurídico *sui generis* o “un nuevo orden de Derecho internacional en cuyo beneficio los Estados miembros han limitado sus derechos soberanos”<sup>194</sup>. Con esta afirmación, el Tribunal estableció una autoridad soberana para el Derecho comunitario. Tal afirmación rompe con los esquemas tradicionales de las organizaciones internacionales fundadas en la doctrina de las “competencias delegadas”: las instituciones de estas últimas tienen que respetar a la letra sus textos constitutivos. Los derechos y/u obligaciones de las instituciones así como todas las reglas de funcionamiento de la organización son fijadas en las disposiciones convencionales, libremente consentidas por los Estados miembros. Conforme con esta doctrina, visto que la fuente de las facultades de la organización es el consentimiento de los Estados miembros, entonces, sus instituciones tienen que ocupar una posición subordinada en cuanto a la voluntad de estos últimos. Por el contrario, el TJUE en la sentencia Van Gend en Loos estableció que las facultades de la UE no derivan del consentimiento de los Estados miembros sino que tienen un fundamento autónomo y original. A partir de esta afirmación, el proceso de “constitucionalización” en Europa podía comenzar...<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> TJUE, 12 de diciembre de 1972, International Fruit Company, aff. 21/72, Rec. 1219

<sup>193</sup> TJUE, 23 de noviembre de 1999, Portugal c. Consejo, aff. C-149/96, Rec. I-8395

<sup>194</sup> decision Van Gen en Loos, cf. infra

<sup>195</sup> Weiler, Joseph, *Rewriting Van Gen en Loos: Towards a Normative Theory of the ECJ Hermeneutics*, in Ola Wiklund (ed.), *Judicial Discretion in European Perspective*, Kluwer Law International, Boston, 2003, p. 154

En segundo lugar, la integración regional es reforzada por el aumento decisivo de la eficacia del Derecho comunitario. El efecto directo otorga a los justiciables la posibilidad de hacer valer los derechos que les reconoce el Derecho comunitario ante su juez nacional. De la misma manera, como fue expuesto antes, el efecto directo comporta una dimensión de sanción por el incumplimiento de los Estados de las obligaciones (de ejecución) que les incumben en virtud del Derecho comunitario. El efecto directo permite a los particulares, a pesar de la inercia de su Estado, de beneficiarse de los derechos que les reconocen las normas comunitarias. Aún más, el efecto directo ha convertido los particulares (y sus acciones ante el juez nacional) en un instrumento-en práctica el instrumento más importante-para asegurar el respeto de las obligaciones comunitarias de los Estados miembros. “La vigilancia de los particulares interesados a la salvaguardia de sus derechos genera un control eficaz...” del cumplimiento del Derecho comunitario en los órdenes jurídicos nacionales.<sup>196</sup> Esta protección judicial de los individuos es en efecto el catalizador más importante de la integración de los órganos judiciales internos en el orden jurídico comunitario. Gracias a esta última una verdadera cooperación entre las Cortes nacionales y el TJUE pudo iniciar y mantenerse. La doctrina del efecto directo desarrollada por el TJUE impone a las Cortes nacionales la obligación de asegurar la efectiva aplicación de las normas comunitarias y la protección de los derechos que los individuos adquieren en virtud del Derecho comunitario.

Así, gracias al efecto directo, el Tribunal de justicia se aseguró otro aliado para lograr una mayor eficacia del Derecho Comunitario: el juez nacional. El control de la aplicación y la correcta ejecución del Derecho comunitario está delegado a los particulares y jueces nacionales. Como lo menciona Weatherill<sup>197</sup> integrar los jueces nacionales a los mecanismos de aplicación del Derecho comunitario permitió al Tribunal tener medidas más eficaces para reprimir los intentos por parte de los Estados miembros de evadir las obligaciones resultantes del Derecho comunitario. El principio de efecto directo volvió los jueces nacionales jueces comunes de Derecho comunitario

---

<sup>196</sup> Heinich, Nathalie, *La gloire de Van Gend en Loos, Essai d'interprétation de l'anthologie de l'admiration*, Paris, ed. De Minuit, 1991, p.23

<sup>197</sup> Weatherill S. *Law and Integration in the EU* (ed.) Cane, P., Honoré T. and Stapleton J. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 99

que aplican y ejecutan de forma natural las reglas de este último. De esta manera, el efecto directo creó un sistema en el que el Derecho comunitario y el Derecho nacional no pertenecen a dos ámbitos separados o aislados sino que integran el mismo conjunto interrelacionado e interdependiente.

En tercer lugar, gracias al establecimiento del principio de efecto directo, el Derecho comunitario fue dotado de una fuerza de penetración irresistible y automática en el orden jurídico de los Estados miembros, misma que obliga estos últimos a obedecer a las disposiciones que han aprobado.<sup>198</sup>

Así aparece que el principio de efecto directo es un componente clave de la naturaleza *sui generis* de la integración europea. Gracias a este principio se logra una integración efectiva del Derecho comunitario y del Derecho nacional y una colaboración creciente entre sus actores respectivos (Estados miembros, instituciones comunitarias, individuos y jueces nacionales). Si el efecto directo no caracterizaba el orden jurídico de la UE, el desarrollo dinámico del Derecho comunitario iba a ser considerablemente retrasado.

Sin embargo, no es difícil aprehender que, por sí mismo, el efecto directo permitiría tales desarrollos de la integración en el orden jurídico comunitario únicamente en los casos de conformidad entre las disposiciones comunitarias de efecto directo y las disposiciones del Derecho interno de los Estados miembros. El efecto directo no es suficiente para resolver un posible conflicto entre estas últimas. Consciente de la necesidad de garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario en el orden jurídico nacional de los Estados miembros, el TJUE elaboró el principio de primacía.

### **C. El principio de primacía del Derecho comunitario**

Inmediata y directamente aplicable en el orden jurídico de los Estados miembros, el Derecho comunitario coexiste con el Derecho interno. Su impacto sería diferente si los conflictos inevitables entre los dos son decididos en favor del uno o del otro.

Originariamente, los tratados comunitarios no contenían una cláusula expresa relativa a la resolución de los conflictos entre el Derecho nacional y el Derecho

---

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 100

comunitario como es el caso por ejemplo de las Constituciones de los Estados federales. Esta situación creaba un grave peligro de asimilar el Derecho comunitario al Derecho internacional público, dando a cada Estado miembro la posibilidad de decidir libremente las reglas de resolución de conflictos entre las normas comunitarias y las normas nacionales. También existía el riesgo de volver letra muerta los principios de transferencia de competencias a la UE y de unidad en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario. Para evitar este peligro el Tribunal sustituyó la tesis “internacionalista” por una “comunitarista” y consideró que esta cuestión debe ser regulada por el Derecho comunitario y no por el Derecho nacional de los Estados miembros.<sup>199</sup>

En su decisión “Costa c/ ENEL”<sup>200</sup>, el TJUE estableció de manera solemne el principio de primacía del Derecho comunitario. La especie era ejemplar: en primer lugar porque se trataba de un conflicto alegado entre varias disposiciones del TCE y una ley italiana de privatización de la electricidad que confrontaba el Tribunal al caso de conflicto de normas más agudo (entre el Derecho comunitario y una ley nacional posterior); en segundo lugar porque la Corte constitucional italiana había resuelto el conflicto días antes pronunciándose en favor de la ley nacional.

El razonamiento desarrollado por el Tribunal de justicia en la sentencia “Costa” se fundamenta en tres argumentos principales.

En primer lugar, según el Tribunal, el efecto directo perdería toda su utilidad si un Estado miembro pudiera sustraerse a su aplicación con la adopción de un acto legislativo que prevalece contra los textos comunitarios: “el tratado CEE ha instituido un orden jurídico propio, integrado al orden jurídico de los Estados miembros.. Que esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento;”. Adicionalmente el Tribunal consideró que, “la preeminencia del Derecho comunitario es

---

<sup>199</sup> Vauchez, Antoine, *Post Van Gend en Loos: legal activism in the Costa case*, op. cit., nota 158, p. 23

<sup>200</sup> TJUE, 15 de julio de 1964, aff. 6/64, Rec. 1141

confirmada por el artículo 249 TCE que afirma el valor “obligatorio” de los reglamentos y su aplicabilidad directa en los Estados miembros; esta disposición que no contiene ninguna reserva sería dejada sin alcance si un Estado pudiese unilateralmente aniquilar sus efectos por un acto legislativo oponible a los textos comunitarios”.<sup>201</sup>

En segundo lugar, el Tribunal estimó que la atribución de competencias en favor de la Comunidad limita de manera sustancial los derechos soberanos de los Estados: “la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad.”<sup>202</sup>

En tercer lugar, el Tribunal basó su solución en la unidad del orden jurídico comunitario, es decir, en la indispensable uniformidad de aplicación del Derecho comunitario: “que 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, y sin causar una discriminación prohibida por el artículo 7;”<sup>203</sup>

Al término de una motivación sobreabundante y algo desordenada, el Tribunal concluyó con una fórmula excepcionalmente densa y sintética: “que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”.<sup>204</sup>

Esta fórmula “mítica” resume los cuatro elementos de la doctrina del Tribunal sobre la primacía, confirmada y aclarada en la jurisprudencia posterior.

La primacía es una “condición existencial” del Derecho comunitario (P. Pescatore) que existe como Derecho únicamente porque no es susceptible de ser invalidado por el Derecho interno de los Estados miembros. El cumplimiento con los

---

<sup>201</sup> sentencia *Costa*, p. 9

<sup>202</sup> sentencia *Costa*, p. 9

<sup>203</sup> sentencia *Costa*, p. 9

<sup>204</sup> sentencia *Costa*, p. 10

objetivos del Tratado y la realización de un mercado común suponen la aplicación uniformizada del Derecho comunitario, sin la cual no puede haber integración. Las reglas comunitarias deben prevalecer contra las reglas nacionales, sino cesarían de ser comunes y, en consecuencia, dejarían de existir.

El Derecho comunitario afirma su superioridad en virtud de su naturaleza propia (“...en razón de su naturaleza específica original”). Esta última no resulta de una concesión por parte del Derecho constitucional de los Estados miembros. Fundada en la naturaleza intrínseca de los Tratados comunitarios y de las Comunidades, la primacía escapa a la aleatoriedad de depender de las reglas de conflicto divergentes entre normas internas e internacionales propias a cada Estado miembro.

El orden jurídico comunitario prevalece en su integralidad sobre los órdenes jurídicos nacionales. Esto significa que la primacía beneficia a todas las normas comunitarias (“el Derecho nacido del Tratado”) primarias o derivadas, directamente aplicables o no. Esto también confirma que la primacía se ejerce contra todas las normas nacionales (“un texto interno cualquiera”): administrativas, legislativas, jurisdiccionales e incluso de nivel constitucional. Sobre este último punto el Tribunal estableció claramente en la decisión “Internationale Handelsgesellschaft”<sup>205</sup> que “los principios de una disposición constitucional nacional no pueden afectar la validez de un acto de la Comunidad y sus efectos en el territorio nacional”.

Por último, la primacía del Derecho comunitario no vale únicamente en el orden comunitario, es decir en las relaciones entre los Estados y las instituciones comunitarias, sino también, y principalmente en los órdenes jurídicos nacionales (primacía interna) adonde se impone a las jurisdicciones nacionales (“no podría... verse oponer judicialmente”).<sup>206</sup>

Conforme con lo antes expuesto, en la decisión “Costa”, el Tribunal enfatizó la naturaleza “específica original” del Derecho comunitario. Esta sentencia ilustra como una institución supranacional: el TJUE dirigió el camino y escogió las direcciones que iba a tomar la integración europea. La decisión “Costa” fue sin duda un paso atrevido por parte del Tribunal. Con el propósito de volver más sólida su concepción del orden

---

<sup>205</sup> TJUE, 17 de diciembre de 1970, aff. 11/70, Rec. 533

<sup>206</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, pp. 285-305

jurídico comunitario el Tribunal declaró que los Estados miembros habían limitado sus facultades propias para transferir parte de su soberanía ( o “jurisdicción” según la opinión del abogado general en dicho asunto) a las instituciones de la Comunidad. En este sentido, la decisión “Costa” contiene una importante dimensión política.<sup>207</sup> Esta última sentencia estableció que el TCE creó su propio sistema político y jurídico, independiente pero a la vez integrado en los sistemas jurídicos y políticos nacionales de los Estados miembros.<sup>208</sup>

En las decisiones “Costa” y “Van Gen en Loos”, el Tribunal se limitó a afirmar de manera solemne los alcances y fundamentos teóricos de los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario. Sin embargo, en estas decisiones, el TJUE no precisó sus implicaciones prácticas y sus modalidades de aplicación concreta tanto en el orden comunitario como en los órdenes jurídicos nacionales.

Fue la decisión “Simmenthal”<sup>209</sup> que aclaró la aplicación del principio de primacía por parte de los jueces nacionales. En dicha sentencia el Tribunal consideró que el principio de primacía significa que las reglas de efecto directo, “en tanto forman parte integrante, con rango de prioridad, del orden jurídico vigente en el territorio de cada Estado miembro”, deben ser aplicadas desde su entrada en vigor, a pesar de la eventual preexistencia de una ley nacional incompatible con sus disposiciones. En consecuencia, el Tribunal dedujo que la norma nacional incompatible es, por lo menos, inaplicable; que las autoridades nacionales, especialmente el juez, la deben de dejar inaplicada y evitar la adopción válida de nuevas medidas nacionales contrarias con el Derecho comunitario.

La decisión “Simmenthal” es importante en tres puntos cruciales. En primer lugar, se afirma que las disposiciones de los Tratados y las disposiciones directamente aplicables son “superiores” al Derecho nacional. En segundo lugar, las normas nacionales contrarias son “inaplicables” pero no susceptibles de ser abrogadas o invalidadas. En tercer lugar, no sólo la legislación nacional existente en el momento del conflicto pero también toda legislación, anterior o posterior a la norma del Derecho

---

<sup>207</sup> De Vite, Bruno, Retour a Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international, 3 *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1984, pp. 425-454

<sup>208</sup> Lecourt, Robert, *Qu'eût-été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ?* », *Mélanges Jean Boulois : L'Europe et le droit*, Paris, ed. Dalloz, pp. 349-361

<sup>209</sup> TJUE, 9 de marzo de 1978, aff. 106/77, Rec. 609



comunitario con la que entra en conflicto tiene que dejar de aplicarse. Del primer punto se puede deducir que todas las disposiciones comunitarias incluyendo las directivas y decisiones de efecto directo prevalecen contra toda medida nacional contraria. La importancia del segundo punto consiste en señalar a las autoridades nacionales que el principio de primacía no niega el respeto de su soberanía nacional porque sólo se aplica en caso de conflicto y la legislación nacional contraria queda inaplicable pero no abrogada *ab initio*. De esta manera, se enfatiza que no existe una relación jerárquica absoluta entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario en todo caso. Una medida nacional contraria con las disposiciones comunitarias es inaplicable para proteger la utilidad del efecto directo y la unidad de la aplicación del Derecho comunitario, pero el deber de borrar su existencia del ordenamiento jurídico incumbe exclusivamente a las autoridades nacionales, soberanas para tomar tal decisión. No obstante, esta garantía tiene carácter más simbólico que práctico, visto que en su jurisprudencia posterior, el Tribunal afirmó que a pesar de dejar inaplicada la norma nacional contraria, las autoridades de los Estados miembros tienen una obligación positiva de “retirla” para evitar la creación de “una confusión ambigua” acerca de las posibilidades ofrecidas a los justiciables de beneficiarse de las garantías del Derecho comunitario. Con el tercer punto, el Tribunal deja claro que no importa si la norma nacional contraria es anterior o posterior a la entrada en vigor de la disposición comunitaria, las autoridades nacionales han de dejar de aplicar la norma nacional.<sup>210</sup>

La decisión “Simmenthal” también fue muy importante para fijar las atribuciones de los jueces nacionales en la aplicación concreta del principio de primacía. El Tribunal definió las facultades mínimas que el juez tiene que ejercer, incluso si tales competencias no le son reconocidas en virtud del Derecho nacional. Visto que “las reglas comunitarias deben desarrollar la plenitud de sus efectos, de manera uniformizada en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda su vigencia”, existe una sola solución: “el juez nacional encargado de aplicar... las disposiciones del Derecho comunitario tiene la obligación de asegurar su pleno efecto, dejando, en caso de necesidad y por su propia autoridad, inaplicada toda disposición nacional, incluso posterior, sin demandar prealablemente su eliminación por la vía

---

<sup>210</sup> Vauchez, Antoine, *op. cit.*, nota 158, p. 11

legislativa o por todo otro procedimiento constitucional”<sup>211</sup>. Esto significa que ningún monopolio puede ser conferido a una jurisdicción nacional: todo juez nacional es competente para aplicar el Derecho comunitario y tiene la facultad de dejar inaplicado el Derecho nacional contrario. Utilizando el mismo fundamento, el Tribunal, en la decisión “Factortame”<sup>212</sup> reforzó el efecto inmediato del principio de primacía, estimando, que cuando el juez nacional dirige al TJUE una cuestión prejudicial sobre la eventual inconformidad de una norma nacional con el Derecho comunitario, este último debe suspender provisoriamente la aplicación de dicha norma hasta que el juez comunitario se pronuncie sobre el recurso, incluso si tal facultad no le es reconocida en virtud del Derecho nacional.

Estas dos sentencias constituyen un claro ejemplo de cómo el juez comunitario otorgó a los jueces nacionales facultades y competencias que no tenían en su ordenamiento jurídico nacional. Volver el juez nacional, juez común del Derecho comunitario fue una de las consecuencias más importantes del principio de primacía y acentuó las implicaciones que esta doctrina jurisprudencial tenía para los propósitos de la integración jurídica regional en Europa.

Como resultado de estas sentencias, hasta el año 1989, el principio de primacía del Derecho comunitario fue definitivamente establecido por parte del Tribunal de justicia. Sin embargo, cabe señalar que el principio de primacía es tributario de una dimensión bilateral que integra no sólo los órganos comunitarios pero también las autoridades nacionales. La aceptación interna del principio de primacía así como las necesarias adaptaciones de los órdenes jurídicos nacionales, esencialmente constitucionales dieron lugar a muchas controversias.<sup>213</sup> En algunos Estados miembros, como por ejemplo los del Benelux, la recepción y aplicación completa del principio de primacía no causaron problemas. En cambio, en otros países, como en Italia por ejemplo el principio fue aceptado con muchas reservas y, en el caso de Francia, la primacía dio lugar a una aceptación diferenciada por parte de los órganos judiciales: mientras que el orden judicial civil reconoció, desde 1975<sup>214</sup>, el pleno efecto útil del

---

<sup>211</sup> TJUE, “Simmenthal”, cit.

<sup>212</sup> TJUE, 19 de junio de 1990, aff. C-213/89, Rec. I.2433

<sup>213</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, op. cit., nota 17, pp. 292-309

<sup>214</sup> Cour de cassation, arrêt Jacques Vabre, 24 mai 1975

principio de primacía, el juez administrativo esperó hasta 1989 para acordarse con la jurisprudencia del TJUE en esta materia.<sup>215</sup>

Esta segunda dimensión del principio de primacía es sin duda importante para su estudio crítico. No obstante, visto que el objetivo del presente trabajo es elucidar la contribución del TJUE para la edificación de la integración regional europea, al examinar las posiciones respecto a la primacía adoptadas en los diferentes órdenes jurídicos de los Estados miembros podemos exceder el propósito limitado del tema en cuestión.

#### **D. La importancia del principio de primacía para la profundización del proceso de integración regional**

El establecimiento del principio de primacía del Derecho comunitario permitió llevar la integración regional en Europa mucho más allá de lo que sus padres fundadores habían previsto.<sup>216</sup>

En primer lugar, con el establecimiento de dicho principio el TJUE rompió claramente con los sistemas clásicos del Derecho internacional público. En dichos sistemas se acepta generalmente que el Derecho internacional prevalece contra el Derecho interno y que un Estado no puede invocar su Derecho interno para desobedecer a uno de sus compromisos jurídicos internacionales. Según este principio, la superioridad del Derecho internacional implicaría que todas las normas internacionales tienen que recibir pleno efecto en el orden jurídico interno y que las normas internas contrarias al Derecho internacional deben ser abrogadas. Sin embargo, este ideal está lejos de ser cumplido. En primer lugar, en Derecho internacional no existe, como en Derecho comunitario europeo una presunción en favor del efecto directo de las disposiciones, la apreciación de este efecto directo es dejada a la libre apreciación de los Estados miembros, especialmente a los jueces nacionales, lo que ocasiona una multitud de soluciones divergentes. Las reglas de solución de conflictos entre normas nacionales e internacionales también son reguladas nacionalmente (así

---

<sup>215</sup> Conseil d'Etat, arrêt Nicolo, 20 octobre 1989

<sup>216</sup> Lecourt, Robert, *op. cit.*, nota 159, p. 352

se distinguen los Estados monistas o dualistas). En segundo lugar, como mencionamos en los desarrollos anteriores, sin supremacía no puede haber efecto directo completo y vice-versa. En consecuencia, suele pasar que una disposición nacional contraria con el Derecho internacional sea inválida e inaplicable en el plan interno (por falta de reconocimiento interno de su efecto directo o porque según las reglas de conflicto la disposición nacional, particularmente de naturaleza constitucional debe prevalecer) y al mismo tiempo susceptible de ser invocada internacionalmente.<sup>217</sup> En este sentido, cabe señalar que, en el Derecho internacional el principio de primacía se aplica únicamente en las relaciones interestatales, es decir, en el plan internacional.

En el caso del Derecho comunitario, la jurisprudencia del TJUE movió la primacía del plan internacional al plan interno. De la aplicación del principio de primacía depende no sólo la eficacia sino también la existencia de las normas comunitarias. Sin asegurar la protección adecuada (judicial) y uniformizada de la superioridad de estas últimas no se pueden lograr los objetivos de integración, caros al TJUE. La primacía debe ser completa y el juez nacional, en su cualidad de juez comunitario, debe (y tiene la obligación de) cuidar su correcta aplicación incluso en contra de la voluntad de su Estado nacional. Sólo de esta manera el Derecho comunitario puede crear directamente derechos y/u obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares que se integran inmediatamente en su orden jurídico nacional y que son fuera de alcance de una medida nacional contraria. Esta situación es impropia a cualquier otro tipo de organización internacional de Estados y contribuye a forjar la fisonomía realmente *sui generis* de la integración en la UE.

El orden jurídico de esta integración, conforme con los enunciados de la jurisprudencia del TJUE, implica una limitación permanente de las facultades soberanas de sus Estados miembros, contrariamente a la situación en Derecho internacional clásico donde los compromisos siempre tienen carácter temporáneo y pueden ser acompañados de reservas. Como lo afirma Wind<sup>218</sup>, el principio de primacía “marcó una clara línea de demarcación en las políticas internacionales y ciertamente llevó mucho más allá la comprensión tradicional de la noción de obligación internacional”.

---

<sup>217</sup> Carreau, Dominique, *op. cit.*, nota 118, pp. 43-65

<sup>218</sup> Wind, Marlene, *op. cit.*, nota 20, p. 147

Cabe señalar que el principio de primacía tal como establecido por la jurisprudencia del TJUE, siendo significativamente diferente de su homónimo internacional, tiene muchas más similitudes con los principios contenidos en las Constituciones de los Estados Federales y que postulan la supremacía del Derecho federal sobre el Derecho de las entidades federativas. Estas similitudes sin duda no son el producto del azar. El tratado de Roma no contenía ninguna cláusula que estableciera la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional. En su activismo judicial el Tribunal consideró que el tratado había establecido una Comunidad; al decidir libremente entrar en ella, los Estados miembros habían creado un orden jurídico obligatorio tanto para ellos como para sus ciudadanos. Para asegurar el buen funcionamiento de este orden jurídico y la existencia de la Comunidad, las normas comunitarias debían de alcanzar inmediatamente el orden jurídico nacional y ser superiores a todos sus componentes. Sólo así se podría lograr una integración por el Derecho que impulse y dirija la integración regional en su conjunto.

Gracias al efecto combinado de la primacía y del efecto directo la Comunidad Europea adquirió una estructura jurídica muy cercana a la de los sistemas jurídicos federales.<sup>219</sup> El constructor y “piloto” principal de esta integración federativa es sin duda el TJUE.

En este sentido, cabe destacar que el principio de primacía es tal vez el que más acerca el Derecho comunitario del Derecho de un Estado Federal y con esto crea las reticencias de los Estados miembros. El proyecto de Tratado Constitucional para la UE incluía un artículo I-6 que disponía que “la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión, prevalece sobre el Derecho de los Estados miembros”. Después de las discusiones y el referéndum francés y danés que rechazaron el texto de la Constitución europea, en el Tratado de Lisboa, el artículo I-6 fue suprimido. La primacía del derecho de la Unión ya no figura en un artículo del Tratado sino en una Declaración n°17 que recuerda la jurisprudencia del TJUE. Según los términos de dicha declaración: «La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la

---

<sup>219</sup> Weatherill, Simon, *op. cit.*, nota 197, p. 187

Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260): «Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007: Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia ».

El principio de primacía tal como establecido por el TJUE promovió una profundización de la integración europea y preparó el camino hacia la constitucionalización y la federalización. En el estado actual de la política comunitaria este momento todavía no ha llegado. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de justicia garantiza la existencia y la eficacia *de facto* de los efectos del principio de primacía.

Al lado del principio de primacía existen otros principios, creados jurisprudencialmente por el TJUE y que refuerzan la integración en el orden jurídico comunitario.

## **E. Los principios de protección de los derechos humanos**

El hecho de que los Tratados comunitarios tenían un contenido principalmente económico y atribuían a las instituciones comunitarias competencias de carácter funcional explica porque el Derecho comunitario no incluyó un catálogo de derechos fundamentales protegidos en la UE. Adicionalmente, con el objetivo de asegurar la uniformidad de la aplicación del Derecho comunitario y su primacía sobre los derechos nacionales, el TJUE rechazó la posibilidad de controlar la conformidad de los actos

comunitarios con los catálogos de derechos fundamentales contenidos en las Constituciones de los Estados miembros. No obstante, de esta manera el Tribunal se exponía al riesgo de afectar la legitimidad democrática de la Comunidad. En efecto, negando a los individuos el derecho de invocar los derechos fundamentales enunciados en sus Constituciones nacionales, el Tribunal no les ofrecía una protección similar a nivel comunitario. Para llenar esta deficiencia del orden jurídico comunitario el Tribunal recurrió a su doctrina acerca de los principios generales del Derecho (“el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto es asegurado por el Tribunal”<sup>220</sup>), y, particularmente de los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros (“la salvaguardia de estos derechos se inspira de las tradiciones comunes a los Estados miembros y debe ser asegurada en la estructura y los objetivos de las Comunidades”<sup>221</sup>). Así desde los años 70 elaboró una jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión. En sus soluciones, el Tribunal privilegió la referencia a la Convención europea de los derechos humanos, en cuanto tradición común a todos los Estados miembros y a través de su jurisprudencia precisó el contenido de ciertas categorías de derechos fundamentales.<sup>222</sup>

Esta fórmula, garantizaba un nivel adecuado de protección pero planteaba problemas de visibilidad, ya que los ciudadanos no disponían de un catálogo escrito de derechos. Para colmar este vacío, el Consejo Europeo decidió en Colonia en 1999 la elaboración de una Carta Europea de Derechos Fundamentales y encargó su elaboración a una Convención formada por representantes de los gobiernos de los Estados miembro, de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo y de los

---

<sup>220</sup> TJCE, *Internationale Handelsgesellschaft*, 21 de septiembre de 1989

<sup>221</sup> TJCE, *TJCE, Internationale Handelsgesellschaft*, 21 de septiembre de 1989

<sup>222</sup> por ejemplo: el derecho de la propiedad, TJCE, 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, aff. 44/79, Rec. 3727; el derecho al libre ejercicio de las actividades económicas y profesionales, TJCE, 8 de octubre de 1986, *Keller*, aff. 234/85, Rec. 2897; el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia, TJCE, 26 de junio de 1980, *National Panasonic*, aff. 136/79, Rec. 2033; la no retroactividad de las disposiciones penales, TJCE, 10 de julio de 1984, *Kent Kirk*, aff. 63/83, Rec. 2689; la eliminación de las discriminaciones con base del sexo, TJCE, *Defrenne*, 15 de junio de 1978, aff. 149/83, Rec. 1365; el derecho a una acción jurisdiccional efectiva y a la motivación de las decisiones nacionales que son perjudicables para un derecho fundado en el Derecho comunitario, TJCE, 15 de mayo de 1986, *Johnston*, aff. 222/84, TJCE, 3 de diciembre de 1992, *Oleificio Borelli*, aff. C-97/91, Rec. I-6313

parlamentos nacionales. Posteriormente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue adoptada en Niza en diciembre de 2000.<sup>223</sup>

La Carta de Derechos fundamentales contiene 54 artículos organizados en seis capítulos temáticos -Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia- y un séptimo capítulo que contiene disposiciones generales. En ella se reconocen derechos y libertades individuales tradicionales pero también nuevos derechos y garantías que responden a problemas de las sociedades actuales como la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos (artículo 3) o la protección de datos de carácter personal (artículo 8).

La principal carencia de la Carta es que, al haber sido meramente proclamada, carece de valor jurídico directo, aunque sin duda su importancia política es extraordinaria y además, aunque de manera indirecta, el Tribunal de Justicia se ha referido en varias ocasiones a derechos reconocidos en la Carta. La Constitución Europea hubiera solucionado esta ambigüedad jurídica, ya que integraba el texto de la Carta en su II parte, reconociéndole así valor jurídico vinculante. Sin embargo, el Tratado de Lisboa no integra la Carta en el texto del tratado, pero a través de una declaración le reconoce valor jurídico.<sup>224</sup>

La exclusión de la Carta del texto del Tratado puede explicarse por las reticencias de ciertos Estados miembro que temen las consecuencias de reconocer un valor jurídico a determinados derechos de contenido socioeconómico, como los que se reconocen en la Carta. Para vencer estas reticencias, Polonia y el Reino Unido, han exigido la inclusión en el Tratado de un protocolo específico que limita el impacto de la integración de la carta en sus ordenamientos jurídicos respectivos.

Como ya fue mencionado antes, la protección de los Derechos fundamentales constituye una componente esencial de toda democracia constitucional. A pesar del rechazo de la Constitución europea y de su reemplazo por el Tratado de Lisboa, más neutral y menos constitucionalista o federalista, los principios de primacía y de efecto directo, junto con el principio de protección de los derechos humanos establecidos por primera vez por el Tribunal de justicia, constituyen *de facto* elementos “constitucionales”

---

<sup>223</sup> Borhardt, Klaus-Dieter, *op. cit.*, nota 21, p. 26

<sup>224</sup> Borhardt, Klaus-Dieter, *op. cit.*, nota 21, p. 24



importantes en el Derecho de la Unión Europea. Cuando el Tribunal estableció los “pilares gemelos” de la primacía y del efecto directo muchas autoridades y jurisdicciones internacionales consideraron que las Comunidades europeas no podían constituir un orden jurídico autónomo porque este último no incluía la protección de los derechos fundamentales. De esta manera se cuestionaba la validez de todo el Derecho comunitario. Con el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal en esta materia y la “provocada” elaboración de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, tales contestaciones fueron evitadas.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal precedió con más de veinte años la adopción a nivel político de un instrumento protector de los derechos fundamentales de los individuos. Inicialmente redactados para asegurar el funcionamiento de una integración de carácter meramente económico, los Tratados constitutivos no incluían ninguna referencia a tales derechos. Fue al activismo del órgano judicial de la UE que, una vez más, llevó la integración europea en una dirección no preconizada por sus fundadores. La protección de los derechos fundamentales garantizó al orden jurídico comunitario una dimensión democrática y unificadora. A pesar de los límites de esta jurisprudencia y de las resistencias soberanistas de los Estados, el Tribunal de justicia ofreció a los ciudadanos de la Unión una protección comunitaria de los derechos fundamentales que integran su patrimonio jurídico. El Derecho comunitario, apto para reconocer derechos y/u obligaciones a los individuos también es apto, a través de la intervención del juez comunitario de preservar sus derechos fundamentales. De esta manera, el Tribunal quiso lograr una uniformización de los estándares en esta materia y una integración de los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales en un sistema común.<sup>225</sup> “Comunitarizar” varios aspectos de los ordenes jurídicos nacionales indudablemente refuerza la integración en el orden jurídico comunitario.

## **F. Otros principios establecidos por el TJUE para reforzar la integración en el sistema comunitario**

---

<sup>225</sup> Borhardt, Klaus-Dieter, *op. cit.*, nota 21, pp.28-30

Los Tratados comunitarios no se limitan en prever la posible colaboración de los Estados miembros en la aplicación del Derecho comunitario, sino que establecen un verdadero deber a cargo de estos últimos de garantizar la efectiva ejecución del Derecho comunitario en su territorio nacional. En este sentido, el artículo 5 TCE dispone que los Estados miembros tienen que tomar todas las medidas, generales o particulares, aptas para asegurar la ejecución de sus obligaciones comunitarias. De la misma manera el artículo 3 bis que introduce en el TCE el tratado de Lisboa dispone que “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.”

Estos artículos obligan así los Estados a cooperar con las instituciones comunitarias para lograr una correcta y eficaz puesta en marcha del Derecho comunitario. Así los Estados son dotados, de manera general, de una responsabilidad subsidiaria en materia de aplicación del Derecho comunitario, y esta última es susceptible de ser sancionada por el recurso de incumplimiento<sup>226</sup>.

Como fue mencionado anteriormente, la aplicación del Derecho comunitario ocurre principalmente en los ordenes jurídicos nacionales de los Estados miembros. En consecuencia, los Tribunales nacionales desempeñan un papel primordial en este proceso. Las disposiciones del Derecho comunitario dotadas de efecto directo crean derechos y/u obligaciones que son automáticamente invocables ante los jueces nacionales. Bajo la supervisión que el TJUE ejerce mediante el procedimiento de las cuestiones prejudiciales, las Cortes nacionales tienen que decidir si las normas nacionales son compatibles con el Derecho comunitario y si los individuos y/o las autoridades nacionales actúan en el respeto de este último.

Sin embargo, los Tratados comunitarios no especifican las condiciones y modalidades en los que las acciones fundadas sobre el Derecho comunitario pueden ser llevadas ante los órganos judiciales nacionales. Estas condiciones fueron definidas y desarrolladas por la jurisprudencia del TJUE. Las decisiones del Tribunal respecto a la aplicación del Derecho comunitario en los ordenes jurídicos nacionales también

---

<sup>226</sup> TJCE, 17 de febrero de 1970, Comm. v. Italia, aff. 31/69, Rec. 34

constituyen una contribución crucial de la jurisdicción comunitaria a la edificación de la integración en la UE.

Mediante su jurisprudencia, el TJUE desarrolló algunos principios y reglas que deben respetar las Cortes nacionales en la aplicación del Derecho comunitario. Junto con los principios expuestos en los puntos anteriores, estas reglas estructuraron e integraron el orden jurídico comunitario. Entre estos principios podemos mencionar el principio de autonomía de las autoridades nacionales en la aplicación de las normas comunitarias **(a.)**, el principio de proporcionalidad **(b.)** y el principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario **(c.)**.

### **a. El principio de autonomía**

Según una jurisprudencia constante del Tribunal de justicia, los Estados miembros deben beneficiar de una autonomía institucional y procedimental completa para aplicar el Derecho comunitario. Este principio significa que, al adoptar medidas de aplicación del Derecho comunitario, los Estados miembros se conformarán a las reglas derivadas de su Derecho interno, particularmente constitucional, para determinar los órganos competentes y los procedimientos adecuados para lograr dicha aplicación. El deber de aplicación de las normas comunitarias a cargo de las autoridades nacionales es entonces una simple obligación de resultado y no de medios.<sup>227</sup> El principio de autonomía es una clara reminiscencia de la toma en cuenta de la soberanía de los Estados miembros de la UE: las autoridades comunitarias se niegan a fijar los procedimientos que deben respetar los órganos internos en su función de aplicación del Derecho comunitario.

La autonomía institucional (designación de los servicios competentes para aplicar el Derecho comunitario) es completa<sup>228</sup> y garantiza particularmente la estructura descentralizada o federal de los Estados<sup>229</sup>. La autonomía procedimental (el respeto de las formas y procedimientos de Derecho nacional para aplicar el Derecho comunitario) tiene una limitación: debe intervenir en el respeto de los principios comunitarios de

---

<sup>227</sup> Manin, Philippe, *op. cit.*, nota 98, pp. 538-540

<sup>228</sup> TJUE, 15 de diciembre de 1971, *International Fruit Company*, aff. 51, 51/71, Rec. 1116

<sup>229</sup> TJUE, 25 de mayo de 1982, *Comm. v. Holanda*, aff. 97/81, Rec. 1883

efecto directo y primacía y debe “conciliarse con las necesidades de una aplicación uniformizada del Derecho comunitario”<sup>230</sup>.

Fijando jurisprudencialmente los alcances del principio de autonomía, el Tribunal volvió el artículo 5 TCE más concreto y completo. Una vez más la jurisprudencia del Tribunal ayudó a estructurar un principio básico derivándolo de una disposición comunitaria. Las decisiones del TJUE formularon uno de los aspectos más importantes de la aplicación del Derecho comunitario: el principio de autonomía.

La obra integracionista y constitucionalizadora del juez comunitario combina de una manera inédita principios respetuosos de la soberanía de los Estados miembros de la Unión (el principio de soberanía, protección de los derechos fundamentales) y principios que limitan las facultades soberanas de estos últimos con el propósito de consolidar la idea de Comunidad (efecto directo, primacía). El tribunal supo modular el impacto político de sus decisiones y medir la dosis exacta de ingredientes en su receta para lograr una integración regional exitosa.

Todos los demás principios establecidos por el TJUE obedecen a esta lógica de integración.

## **b. El principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad, por primera vez establecido en la jurisprudencia del TJUE<sup>231</sup>, regula el ejercicio de las competencias en la UE. Su finalidad es limitar y enmarcar la acción de las instituciones de la Unión. En virtud de este principio, la acción de las instituciones debe limitarse a lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. En otros términos, la intensidad de la acción debe guardar proporción con la finalidad que se persigue. Ello significa que, cuando la Unión tiene a su disposición varios modos de intervención, debe seleccionar el que, a igual eficacia, deja más libertad a los Estados miembros y a los particulares.

El principio de proporcionalidad está claramente consagrado en el Derecho primario, en el artículo 5, párrafo tercero, del TCE. De la misma manera el Tratado de

---

<sup>230</sup> TJUE, 6 de junio de 1972, Schluter, aff. 94/71, Rec. 307

<sup>231</sup> dec. Fedechar, aff. 8/55, Rec. 292; Fromançais, aff. 66/82, Rec. 395

Lisboa sustituye el artículo 5 por un artículo 3 ter que, en su apartado 4 dispone que “en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.”

Según la jurisprudencia del Tribunal el principio de proporcionalidad se aplica no sólo a las autoridades comunitarias sino también a las autoridades nacionales y particularmente a las jurisdicciones internas. En su control del principio de proporcionalidad, tanto el TJUE como los Tribunales nacionales operan un control no sólo de la legalidad, sino también del contenido del acto para medir la relación entre su objetivo y los medios que se utilizan para lograrlo.<sup>232</sup>

Así el principio de proporcionalidad, establecido por el Tribunal mucho antes de su inclusión en los Tratados comunitarios permite al TJUE y a las jurisdicciones nacionales, en su cualidad de jueces de Derecho comunitario controlar la correcta aplicación del Derecho comunitario tanto por los órganos de la Comunidad como por las autoridades de los Estados miembros. De esta manera, se logra un control jurisdiccional profundizado de la ejecución de los objetivos de la integración contenidos en las normas comunitarias. El TJUE, en cooperación con las jurisdicciones nacionales asume la función de alta responsabilidad de ser “guardián” de la integración en el orden jurídico comunitario.

### **c. El principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario**

Tratándose de la aplicación del Derecho comunitario por los Estados miembros, el principio de responsabilidad de los Estados puede considerarse como el principio más innovador establecido por el TJUE.<sup>233</sup> Su importancia es primordial porque permite la imposición de sanciones concretas a los Estados que violan el Derecho comunitario. Como fue mencionado anteriormente, los Tratados comunitarios no prevén las condiciones de la aplicación del Derecho comunitario. El artículo 3 del Tratado de Lisboa (antiguo 5 TCE) obliga los Estados a tomar todas las medidas apropiadas para

---

<sup>232</sup> Emiliou, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law- A Comparative Study*, London, ed. Kluwer Law International, 1996, p. 169

<sup>233</sup> Tallberg, Jonas, *op. cit.*, nota 148, pp. 104-121.

asegurar la correcta aplicación del Derecho comunitario. En este sentido, una cuestión agitada durante largo tiempo la doctrina europea. Se trataba de saber si el Derecho comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los perjuicios causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario; y, en la afirmativa, cuál sería el fundamento legal de una tal obligación.

El Tribunal respondió tarde pero de manera muy categórica: “el Derecho comunitario impone el principio según el cual los Estados miembros son obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les son imputables.”<sup>234</sup> Dicho en otros términos, según el principio establecido por el Tribunal, cuando un Estado desobedece a las reglas del Derecho comunitario tiene que ser sancionado de manera pecuniaria.<sup>235</sup> El fundamento de este principio, según el Tribunal se encuentra en la obligación de garantizar “la plena eficacia de las normas comunitarias” así como en la obligación, derivada del artículo 3 ter del TUE (ex 5 TCE), de “borrar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario”. El Tribunal verifica únicamente si la disposición violada comporta derechos para los particulares, la obligación de reparación existe independientemente del hecho de saber si dicha disposición es dotada del efecto directo o no.<sup>236</sup> De la misma manera el Tribunal estimó que la obligación de reparación de los daños causados a los particulares en el orden interno es independiente del “catalizador” de un recurso por incumplimiento iniciado contra el Estado, a nivel comunitario por motivo de la violación del Derecho comunitario cometida por este último.<sup>237</sup>

El TJUE, con su jurisprudencia no sólo estableció el principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario pero también fijó todo su régimen jurídico. Desde la decisión Francovich, el Tribunal estimó que la causa generadora de la responsabilidad del Estado en primer lugar puede residir en una inacción o una aplicación incorrecta del Derecho comunitario por las autoridades estatales. En la especie, se trataba de la falta de trasposición o de la mala transposición de una directiva comunitaria. Las únicas condiciones para activar la responsabilidad y

---

<sup>234</sup> TJUE, 19 de noviembre de 1991, Francovich y Bonifaci, aff. C-6/90 y C-9/90, Rec. I-5357

<sup>235</sup> Tallberg, Jonas, *op. cit.*, nota 148, p. 115

<sup>236</sup> TJUE, 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur et Factortame, aff. C-46/93 y C-48/93, Rec. I-6911

<sup>237</sup> Vandersanden, Georges, Dony, Marianne., *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 34

otorgar a las víctimas de la violación del Derecho comunitario una reparación por el daño sufrido son: que la directiva establezca derechos para los individuos, que el contenido de esos derechos se derive claramente de la disposición comunitaria, que exista una relación de causalidad entre la omisión del Estado en la implementación de la directiva y la pérdida sufrida por los individuos. Si estas condiciones son satisfechas el juez nacional es competente para fijar el monto de la reparación conforme con las reglas del Derecho nacional que rigen esta materia.

El segundo caso de responsabilidad de los Estados por violación del Derecho comunitario también fue establecido de manera innovadora por el Tribunal de justicia. En una decisión de principio<sup>238</sup>, el TJUE estableció la responsabilidad de los Estados miembros por una interpretación incorrecta del Derecho nacional. Según este principio, los órganos nacionales, en particular los jueces, tienen la obligación de interpretar el Derecho nacional conforme con las disposiciones del Derecho comunitario con el propósito de preservar la efectividad y evitar la violación de este último. Todas las normas del Derecho nacional, incluso la jurisprudencia de las jurisdicciones nacionales<sup>239</sup> deben ser interpretadas de manera conforme con el Derecho comunitario, entendido en sentido amplio (no sólo las directivas sino también cualquier otra regla de la nomenclatura comunitaria<sup>240</sup>).

En tercer lugar, el Tribunal estableció una obligación a cargo de los Estados de reparar el daño sufrido por los particulares en el caso de efecto directo “horizontal” de las directivas. Como fue mencionado antes, las directivas no poseen *per se* un efecto directo “horizontal”, es decir, no pueden ser invocadas por un particular contra otro particular. Sin embargo, en el caso de una buena aplicación de la directiva en Derecho nacional, los derechos derivados de la directiva pueden ser usados en los conflictos interpersonales. En otros términos, una interpretación correcta del Derecho nacional puede brindar a la directiva un “indirecto” efecto “horizontal” en las relaciones entre particulares.<sup>241</sup> En una decisión de principio<sup>242</sup>, el juez comunitario decidió que si el Estado impide la aplicación de las directivas en los conflictos interpersonales, este

---

<sup>238</sup> TJUE, 10 de abril de 1984, Von Colson v. Kamann, aff. 14/83, Rec.

<sup>239</sup> TJUE, 13 de julio de 2000, Centrosteeel, aff. C-456/98, Rec. I-6007

<sup>240</sup> TJUE, 4 de febrero de 1988, Murphy, aff. 157/86

<sup>241</sup> Manin, Philippe, *op. cit.*, nota 99, pp. 528-529

<sup>242</sup> TJUE, 14 de julio de 1994, Faccini Dori, aff. C-91/92, Rec. I-3325

último es responsable de las consecuencias perjudiciales de su acción (o inacción). Las condiciones de este caso de responsabilidad son las mismas que las establecidas en la decisión “Francovich”.

Finalmente, un caso reciente en el que el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la responsabilidad de los Estados causó muchas reacciones vivas tanto por parte de la doctrina como por parte de las autoridades nacionales de los Estados miembros. Se trata de la responsabilidad que puede resultar de una decisión de justicia. Sin duda los principios de independencia de la justicia y de autoridad de la cosa juzgada son susceptibles de ser amenazadas por la consagración de un tal régimen de responsabilidad por violación del Derecho comunitario. No obstante, el TJUE, decidió permanecer firme y reconoció la obligación por parte de los Estados miembros de reparar los perjuicios causados por el hecho de una jurisdicción pronunciándose en el último grado.<sup>243</sup> Por lo tanto, el Tribunal reconoció las particularidades de la función judicial que deben ser tomadas en cuenta por el juez nacional en su apreciación de la existencia de una violación “suficientemente caracterizada” del Derecho comunitario cometida en la decisión judicial de último grado.

Cabe señalar que el establecimiento del principio de responsabilidad de los Estados por violación del Derecho comunitario tiene una importancia particular para la integración regional europea. Al definir el régimen jurídico de esta última, el TJUE creó nuevas y originales sanciones contra los Estados que no se conforman con las exigencias del Derecho comunitario. Antes de que este principio fuera introducido, las Cortes nacionales podían otorgar a los individuos una reparación por las violaciones estatales del Derecho comunitario en circunstancias muy restringidas. Como fue mencionado antes, el principio de efecto directo ofrecía soluciones sólo en casos particulares. Adicionalmente muchas directivas carecen de efecto directo y cuando los Estados no tomaban medidas para su ejecución o no las tomaban en tiempo, los individuos se encontraban totalmente privados de la posibilidad de invocar un derecho a la reparación. Con la introducción del principio de responsabilidad de los Estados, la eventualidad para los individuos de ser compensados por las violaciones de los

---

<sup>243</sup> TJUE, 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, Rec. I-10239



derechos que les reconoce el Derecho comunitario fue sensiblemente mejorada.<sup>244</sup> De esta manera, el papel de los ciudadanos y de las empresas en el control de la aplicación correcta del Derecho comunitario fue consolidado.

Con el establecimiento del principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario el TJUE marcó claramente su preocupación de promover una correcta aplicación de las normas comunes en los órdenes jurídicos nacionales. Los Estados recalcitrantes deben de pagar las consecuencias ilícitas de su acción o inacción. Con este control severo de la eficacia y del respeto del Derecho comunitario el Tribunal de la UE sin duda fue mucho más allá de lo que los fundadores de esta organización habían previsto. La limitación de la soberanía nacional se hace aún más notable por el control firme y audaz que el juez comunitario ejerce en esta materia. Si con los principios de efecto directo y primacía el TJUE desempeñó un papel de constructor de la integración europea, el establecimiento del principio de responsabilidad de los Estados por violación del Derecho comunitario le permitió afirmarse como guardián de último nivel de la preservación de los objetivos de dicha integración.

El éxito en la aplicación de todos los principios introducidos por el Tribunal para reforzar o supervisar la integración en la UE dependió en gran medida de la colaboración entre el juez comunitario y los demás actores de la integración. La contribución del TJUE al desarrollo de la integración regional en Europa no fue un proceso aislado sino un proceso muy relacionado y dependiente de la colaboración del juez comunitario con los demás intervinientes en dicha integración. El capítulo siguiente será enfocado en el análisis de la interacción entre el Tribunal europeo y los demás actores de la integración europea, con el objetivo de enfatizar la importancia de los factores de entorno para explicar la contribución del juez comunitario a la profundización de la integración en la UE.

---

<sup>244</sup> Manin, Philippe, *op. cit.*, nota 98, pp. 530-538

## Capítulo Segundo: La interacción del TJUE con otros actores de la integración comunitaria

Mediante su “*activismo judicial*”, el TJUE se convirtió en el constructor y guardián de una integración por el Derecho en la UE. No obstante, no podemos considerar que la integración comunitaria en Europa fue el producto de una “ciega evolución jurídica”<sup>245</sup>. El cambio jurídico que produjo la doctrina jurisprudencial del Tribunal de justicia no permaneció completamente inmune a las influencias provenientes de su entorno<sup>246</sup>. Desde un punto de vista general la interacción que se establece entre un sistema jurídico y su entorno (particularmente político) ha sido conceptualizada de diferentes maneras por ilustres teóricos del Derecho<sup>247</sup>. Sin entrar en más detalles sobre este punto y para los efectos del presente estudio es importante considerar la interacción compleja del TJUE con los demás actores de la integración europea. Es difícil comprobar que las opciones jurisprudenciales del Tribunal resultan exclusivamente de una “teleología integracionista” preconcebida. También sería sumamente aleatorio alegar que en la elaboración e implementación de su doctrina integracionista el TJUE se comportó como un “juez Hércules”<sup>248</sup> omnipotente y completamente protegido de reacciones adversas por parte de los demás integrantes del sistema comunitario. Para lograr sus objetivos de “integración por el Derecho”, el Tribunal necesitaba la colaboración de las demás instituciones comunitarias, pero también la cooperación de los órganos tanto políticos como judiciales de los Estados miembros. Por último, lo establecido en la jurisprudencia del TJUE exigía la participación de los ciudadanos comunitarios, destinatarios y sujetos *prima facie* del Derecho comunitario.

En los siguientes apartados examinaremos su interacción con las Cortes nacionales **(1)**, los Poderes Legislativos y Ejecutivos de los Estados miembros **(2)**, y los litigantes privados **(3)**. Se trata de determinar el rol de estos actores tanto en la etapa

---

<sup>245</sup> Teubner, G., *Law as an Autopoietic System*, Oxford, ed. Blackwell, 1993, p. 93

<sup>246</sup> Armstrong, Kenneth A., Theorizing the Legal Dimension of European Integration, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 36, n. 2, June 1998, pp. 155-174

<sup>247</sup> como ejemplo podemos citar la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, la teoría de los sistemas autopoieticos de Niklas Luhman, el análisis económico del Derecho de Richard Posner etc. Desde un punto de vista general el análisis de la relación entre el Derecho y la política es un tema muy presente en la Teoría general del Derecho.

<sup>248</sup> Para usar la expresión usada por Ronald Dworkin en *The Law's Empire*, ed. Harvard University Press, 1986

de establecimiento de la política jurisprudencial del Tribunal como en la fase de su realización efectiva.

## 1. El TJUE y las Cortes nacionales

La colaboración entre el Tribunal de justicia y las Cortes nacionales fue y sigue siendo sumamente relevante para la correcta implementación de los principios que fundamentan la integración en el orden jurídico comunitario. Más de 2/3 de la jurisprudencia del TJUE tiene que ver con las exigencias de cooperación por parte de los órganos judiciales internos. Vueltos “jurisdicciones comunes” del sistema comunitario, los Tribunales nacionales constituyen una pieza clave en la doctrina integracionista del juez comunitario. El análisis de su relación mutua resulta sumamente complejo. En realidad existen varias teorías que tratan de explicar porqué las Cortes nacionales aceptaron desempeñar (no sin cierta resistencia inicial) el papel que el TJUE les asignó en la integración comunitaria. Examinaremos únicamente los postulados principales de dichas teorías. Todos los intentos de analizar las relaciones complejas que se establecieron entre el TJUE y las Cortes nacionales parten de una premisa común: la existencia de vínculos estructurales entre estos dos actores de la integración. Las Cortes nacionales en la doctrina integracionista del Tribunal de justicia tienen que cumplir con una responsabilidad altamente significativa: ser a la vez juez nacional y juez de Derecho comunitario.

Como fue mencionado en los capítulos anteriores los órganos judiciales nacionales fueron dotados de competencias importantes respecto a la ejecución eficaz del Derecho comunitario a nivel nacional. En este sentido, sus funciones fueron gradualmente extendidas por la jurisprudencia del TJUE. Como lo afirma Issaac<sup>249</sup> las Cortes nacionales se volvieron el órgano por excelencia encargado de la ejecución de las normas y principios de Derecho comunitario. Algunos autores estiman que los jueces internos son llamados a actuar como titulares de una competencia comunitaria delegada<sup>250</sup>: sancionar (o proteger) el respeto de los derechos individuales derivados

---

<sup>249</sup> Issaac, Guy, *op. cit.*, nota 17, p. 439

<sup>250</sup> Kovar, Robert., *L'effectivité interne du droit communautaire*, in colloque de Liège, 10-12 janvier 1973, *La Communauté et ses Etats membres*, p. 243

del Derecho comunitario. Dicha función les fue concedida por el juez comunitario a partir de la afirmación solemne de los principios de efecto directo y de primacía del Derecho comunitario. Independientemente de las soluciones jurisprudenciales, la exigencia de colaboración de las Cortes nacionales con el juez comunitario resulta también de las disposiciones del Tratado, en particular en lo que se refiere al recurso prejudicial.

La existencia de una misión de las jurisdicciones nacionales “al servicio” del Derecho comunitario en virtud del principio de efecto directo es regularmente recordada por el TJUE de acuerdo con una fórmula clásica elaborada desde 1976: “por aplicación del principio enunciado en el artículo 5 TCE (actual 10), las jurisdicciones nacionales tienen la misión de asegurar la protección jurídica que resulta para los justiciables del efecto directo del Derecho comunitario.”<sup>251</sup> En consecuencia si un litigante privado desea contestar la legalidad de los actos de la administración nacional, invocar el beneficio de un derecho individual que le es reconocido por el Derecho comunitario, exigir indemnización por una mala aplicación de las normas comunitarias etc. este último no puede presentar un recurso ante el TJUE, sino que debe acudir a las jurisdicciones nacionales.<sup>252</sup>

De la misma manera en la formulación del principio de primacía se halla una referencia clara al papel de las jurisdicciones nacionales. Conforme con su naturaleza “específica y original” el Derecho comunitario es dotado de primacía respecto del Derecho nacional: una norma nacional no puede ser “judicialmente” opuesta a una norma cualquiera de Derecho comunitario. En consecuencia, el juez nacional, en su cualidad de juez comunitario tiene la obligación de hacer prevalecer las normas comunitarias sobre las disposiciones de Derecho nacional, siempre que estas dos entran en conflicto.<sup>253</sup>

Las jurisdicciones nacionales son jueces de Derecho comunitario en virtud de la jurisprudencia del TJUE (principio de primacía y de efecto directo) pero ejercen esta función bajo el respeto de su Derecho nacional. En efecto, conforme con el principio de autonomía institucional o procedimental establecido por el Tribunal de justicia, los

---

<sup>251</sup> TJUE, 16 de diciembre de 1976, *Rewe*, aff. 33/76, Rec. 1989

<sup>252</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, p. 439

<sup>253</sup> *Idem*

jueces nacionales ejecutan el Derecho comunitario dentro del marco de las reglas y procedimientos de su Derecho nacional. No obstante, visto que de estas reglas depende la eficacia del Derecho comunitario, el TJUE se vuelve mucho más cuidadoso respecto al margen de acción (y de libertad) atribuido al juez nacional en su cualidad de juez comunitario. Así, para garantizar el “efecto útil” del efecto directo el Tribunal de justicia precisó que la autonomía procedimental del juez nacional en su aplicación del Derecho comunitario no es incondicional.<sup>254</sup> La autonomía procedimental es reconocida sólo en el caso en el que el Derecho comunitario no regula la materia (principio de subsidiariedad), si el tratamiento reservado a los recursos de Derecho comunitario no es menos favorable que el reservado a recursos similares de Derecho nacional (principio del tratamiento nacional o de equivalencia) y si su utilización no tiene como consecuencia volver prácticamente imposible el ejercicio de los derechos fundados en el Derecho comunitario (principio del grado mínimo de efectividad). Pero el TJUE no se limitó sólo a condicionar la autonomía de los recursos nacionales que pueden ser utilizados para la aplicación judicial del Derecho comunitario, sino que fue mucho más allá. En varias sentencias el TJUE elaboró una definición comunitaria de las competencias del juez nacional. En este sentido, el Tribunal estableció el principio general de recurso jurisdiccional efectivo (“derecho al juez”) estimando que el Derecho comunitario se opone a todas las medidas nacionales que tienen por efecto privar el individuo del acceso a una jurisdicción o limitar el control que el juez nacional puede ejercer sobre las disposiciones nacionales incompatibles con el Derecho comunitario.<sup>255</sup>

De la misma manera el TJUE definió de manera autónoma la competencia de los jueces nacionales para pronunciar medidas cautelares incluso en los casos en los que las legislaciones nacionales no la prevén o la prohíben. Así los jueces nacionales tienen una competencia fundada en el Derecho comunitario para suspender de manera provisional la aplicación de toda medida nacional que estiman incompatible con el Derecho comunitario.<sup>256</sup> Finalmente el Tribunal de justicia también estableció de manera sorpresiva la responsabilidad de los Estados por violación del Derecho

---

<sup>254</sup> TJUE, decisión *Rewe* prec., 16 de diciembre de 1976, *Comet*, aff. 45/76, Rec. 2043, 27 de marzo de 1980, *Denkavit*, aff. 61/79, 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82

<sup>255</sup> TJUE, 15 de mayo de 1986, *Johnston*, aff. 222/84, Rec. 1651, 15 de octubre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, rec. 4097

<sup>256</sup> TJUE, 19 de junio de 1990, *Factortame*, aff. 213/89, Rec. I-2433, 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, aff. C-143/88 y C-92/89, Rec. I-415

comunitario, habilitando al juez de la posibilidad de examinar un nuevo tipo de recurso exclusivamente basado en la jurisprudencia comunitaria independientemente de las reglas dispuestas en las legislaciones nacionales.<sup>257</sup>

Otro recurso que no protege la autonomía procedimental de los Estados miembros porque se fundamenta exclusivamente en el Derecho comunitario es el recurso en cuestión prejudicial.<sup>258</sup> En efecto, el procedimiento prejudicial es un mecanismo que refuerza la cooperación entre el TJUE y las Cortes nacionales. En la decisión Shwarze el Tribunal enfatizó la importancia de esta colaboración y expuso el motivo principal de dicho recurso: garantizar la aplicación y la interpretación uniformizada del Derecho comunitario, o dicho en otros términos evitar que los puntos de vista divergentes de los jueces nacionales atentan contra los objetivos de integración en el orden jurídico comunitario. La búsqueda de la unidad de la aplicación y la interpretación del Derecho comunitario y su centralización (en manos del TJUE) son dos vectores de suma importancia en la doctrina integracionista del juez de la UE.

Todos estos vínculos estructurales entre el TJUE y las Cortes nacionales basados tanto en la jurisprudencia como en las disposiciones formales del Derecho comunitario demuestran la existencia de una estrecha colaboración entre los dos tipos de órganos judiciales: los internos y el internacional. El lugar que ocupa cada actor en dicha cooperación responde a una relación de tipo dialéctico: entre complementariedad y competencia, entre libertad y subordinación. Los jueces nacionales complementan al TJUE porque son ellos los garantes *prima facie* de la eficacia del Derecho comunitario a nivel nacional. Sin su ayuda los principios de primacía y de efecto directo establecidos por el TJUE para impulsar la integración de los Estados miembros en la UE hubieran quedado letra muerta. Lo mismo hubiera sucedido con todos los demás principios resultantes de la jurisprudencia del Tribunal de justicia que tienen como objetivo reforzar dicha integración (responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario, protección de los derechos humanos de los ciudadanos de la UE, proporcionalidad, etc.). Garante de primer nivel de la eficacia del Derecho comunitario, el juez nacional fue dotado de una función de alta responsabilidad: la de juez

---

<sup>257</sup> Isaac, Guy y Blanquet, Marc, *op. cit.*, nota 17, p. 439

<sup>258</sup> Cfr. *Infra*

comunitario. Para no atentar contra la soberanía del Derecho nacional de los países miembros, el TJUE consideró necesario dejar un margen de maniobra a los jueces nacionales: la aplicación e interpretación del Derecho comunitario en el orden interno debe inscribirse en los procedimientos y recursos previstos en el Derecho nacional (principio de autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros). No obstante, para evitar que un exceso de libertad reconocida al juez nacional ponga en peligro los objetivos de integración, el TJUE se permitió limitar o hasta derogar la autonomía de los jueces nacionales en el ejercicio de su función de juez comunitario. El control del TJUE sobre los jueces nacionales no está exento de injerencias a veces abruptas en su actividad jurisdiccional diaria. Esto pone de manifiesto la existencia de una clara relación de subordinación entre los dos. Dicha subordinación se hace particularmente visible en las reglas que gobiernan el procedimiento de la cuestión prejudicial.

La relación antinómica de libertad-subordinación, control-autonomía que existe entre las Cortes nacionales y el TJUE es otra manifestación de la doctrina de integración de tipo constitucionalizado y federal que preconiza desde sus orígenes el juez comunitario. En esta perspectiva el TJUE aparece como una Corte suprema, de rango jerárquicamente superior al de las Cortes locales de las entidades federativas que vela a la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho federal, y en consecuencia asegura la protección de la integración jurídica en la Federación. Queda claro que el TJUE no hubiese podido efectuar su obra integracionista sin contar con la cooperación “de campo” de las Cortes nacionales.

La fisonomía particular y compleja de esta colaboración constituye uno de los rasgos más significativos del carácter *sui generis* de la integración en la UE. Ningún otro sistema de integración regional en Derecho internacional ha logrado una cooperación tan estrecha con los órganos judiciales internos de los países miembros. Al contrario, en Derecho internacional podemos observar una reticencia crónica por parte de los jueces nacionales de aplicar o interpretar los compromisos internacionales contratados por el gobierno de su país. También cabe destacar que contrariamente a lo que sucede en la interpretación o aplicación de normas de Derecho internacional las Cortes nacionales aceptaron adoptar decisiones pro-integracionistas pero que iban

literalmente contra la voluntad de los Estados miembros.<sup>259</sup> ¿Cómo se explica entonces la cooperación de los jueces internos con el TJUE y su voluntad de fungir como jueces nacionales y como jueces comunitarios a la vez? ¿Por qué las Cortes nacionales aceptaron ser una pieza clave en el “plan de desarrollo” de la integración en la UE puesto en marcha por el TJUE?

La primera teoría que trata de aportar una respuesta a estos cuestionamientos es la “teoría doctrinal”. Según esta visión la relación entre el TJUE y las Cortes nacionales se deriva de la “posición formalmente autoritaria del Derecho comunitario en el orden jurídico nacional”.<sup>260</sup> Dicho en otros términos a la pregunta de por qué los jueces nacionales aceptaron cooperar con el TJUE la doctrina contestaría que estos últimos actuaron así para conformarse con lo dispuesto al respecto en la jurisprudencia y en las normas del Derecho comunitario.<sup>261</sup>

La segunda teoría que propone una explicación a la cooperación entre el TJUE y las Cortes nacionales para lograr la integración efectiva en el sistema de la UE es desarrollada por la doctrina de las ciencias políticas. El acento está puesto en el análisis de las Cortes nacionales como actores políticos. La cuestión principal que trata de resolver esta teoría consiste en preguntarse por qué las Cortes nacionales facilitaron la “expansión del poder” del TJUE. Existen varias respuestas a esta pregunta que varían según el enfoque argumentativo particular de los defensores de dicha teoría.

La primera rama de la teoría política que trata de explicar la relación entre el TJUE y las Cortes nacionales es constituida por las opiniones de los “neo-realistas”. En reacción a la visión legalista según la cual las Cortes nacionales cooperan con el TJUE porque el Derecho lo exige, estos autores consideran que la política judicial de los jueces nacionales en esta materia fue influenciada por criterios políticos. Así autores como Garrett<sup>262</sup>, Volcansek<sup>263</sup> o Weingast<sup>264</sup> consideran que la postura de las Cortes se

---

<sup>259</sup> Wind, Marlene, *op. cit.*, nota 20, p. 149. En este sentido también señala la autora que es mucho más difícil para un Gobierno desobedecer con sus propias jurisdicciones nacionales que no cumplir con un mandato emitido por parte de un Tribunal internacional.

<sup>260</sup> Weiler, Joseph, *op. cit.*, nota 18, p. 83.

<sup>261</sup> Así por ejemplo, según esta teoría los jueces nacionales no hacían más que obedecer con los principios de primacía y efecto directo, tal como establecidos por la jurisprudencia del TJUE o con las reglas previstas en el artículo 177 TCE.

<sup>262</sup> Garrett, Geoffrey, *The Politics of Legal Integration in the European Union*, *International Organization*, vol. 49, num. 1, 1995, pp. 171-181.

<sup>263</sup> Citada en Garrett, Geoffrey & Kelemen, R.Daniel et al., *op. cit.*, nota 148, pp. 149-177.



adecuaba con la posición política de sus Gobiernos nacionales respecto a la integración en la UE. Dicho en otros términos, según esta teoría los intereses nacionales son el factor que mueve tanto los Gobiernos como los jueces nacionales.<sup>265</sup>

Existen otras ramas de la teoría política que buscan explicar la cooperación TJUE-Cortes nacionales en el desarrollo de la integración en la UE. Así por ejemplo en la visión neo-funcionalista la colaboración de las Cortes nacionales fue motivada por la búsqueda de satisfacción de algunos intereses específicos. Según Mattli y Slaughter<sup>266</sup> estos intereses consisten en la posibilidad para las Cortes de ejercer un “*judicial review*” sobre la conformidad de las normas nacionales con el Derecho comunitario.<sup>267</sup>

Un tercer punto de vista es el defendido por Alter<sup>268</sup>. Según esta autora las Cortes nacionales cooperan con el TJUE en función de sus “*judicial interests*”. Estos intereses implican siempre la promoción de la independencia, la influencia y la autoridad de los jueces. La colaboración con el TJUE y la correcta aplicación e interpretación del Derecho comunitario puede desempeñar un papel importante en este sentido. Las Cortes nacionales, particularmente las de primer o segundo grado, pueden estimar particularmente atractivo su papel de “juez comunitario” en el sentido de promover su imagen de órgano competente, independiente (de los poderes políticos) y autónomo (respecto a las Cortes nacionales superiores en particular). Por fin, la implicación de los jueces nacionales en la integración comunitaria, en la perspectiva del “*judicial interests*”, no es nada ajena a la voluntad de estos últimos de mantener su prestigio.

Así aparece que los jueces nacionales, unidos por vínculos institucionales con el TJUE decidieron cooperar con la jurisprudencia integracionista de este último, movidos por motivaciones de orden tanto jurídico como político. Los jueces internos, en su

---

<sup>264</sup> *Idem*

<sup>265</sup> Así siempre que los países miembros eran favorables a la integración europea los jueces nacionales seguían esta política e incrementaban su cooperación con el TJUE. La visión neo-realista parece limitada porque argumenta en favor de una visión política única por parte de los gobiernos y de los jueces nacionales.

<sup>266</sup> Mattli, Walter and Slaughter, Anne-Marie, “Law and Politics in the European Union: A Reply to Garrett.” *International Organization*, vol. 49, num. , 1995, pp. 1831-1890.

<sup>267</sup> Estos intereses eran particularmente importantes en países como Dinamarca en los que el Derecho nacional no reconocía a las jurisdicciones internas la facultad de controlar la conformidad de los actos gubernamentales con los compromisos internacionales de este último país.

<sup>268</sup> Alter, Karen, *op. cit.*, nota 145, p. 418

cualidad de jueces de Derecho comunitario son el “aliado” tal vez más importante del TJUE en la implementación efectiva de sus principios jurisprudenciales.

Otro colaborador importante del TJUE en sus esfuerzos de integrar el orden jurídico comunitario son los órganos ejecutivos y legislativos de los Estados miembros.

## **2. El TJUE y los Poderes Ejecutivos y Legislativos de los Estados miembros**

Como fue mencionado en los capítulos anteriores algunos autores, particularmente de la escuela “neofuncionalista” consideran que en virtud de la separación de los poderes en la UE, el TJUE beneficia de independencia y autonomía respecto a los órganos políticos (ejecutivos o legislativos) de los Estados miembros. Como actor de la integración jurídica el Tribunal está habilitado a tomar decisiones en favor de la integración aunque estas últimas vayan en contra de los intereses de los Estados miembros. En cambio según los autores intergubernamentalistas los órganos políticos de los países miembros de la UE son una pieza determinante en las relaciones de poder y el Tribunal no beneficia de una autonomía suficientemente legítima para adoptar sentencias en contra de los intereses nacionales. En esta perspectiva los Estados miembros no han sido pasivos y han “tolerado” el activismo judicial del TJUE siempre que éste se acordaba con sus intereses nacionales o estratégicos.

Estas dos teorías proporcionan herramientas importantes para comprender la relación que se estableció entre el TJUE y los Estados miembros en el proceso de integración en Europa. Podemos estimar que conforme con los principios jurídicos relativos a su organización y funcionamiento, el TJUE beneficia de una garantía de independencia y autonomía *vis-à-vis* de los poderes políticos de la UE. No obstante, esta garantía debe ser relativizada visto la importancia de los Estados miembros en el proceso de integración. La UE es una Unión de Estados. Sus organismos supranacionales son mayoritariamente compuestos por representantes de los Estados miembros. Toda la estructura institucional europea, incluyendo su rama judicial está destinada a promover la integración, en el “interés común” de los Estados. En consecuencia, es poco probable que el Tribunal hubiese podido realizar su obra

integracionista sin la cooperación, o al menos el acuerdo (expreso o tácito) de los Estados miembros. Los países y sus ciudadanos son el destinatario o sujeto último de las decisiones del TJUE. En consecuencia, podemos afirmar que para lograr la eficacia práctica de su activismo judicial en favor del desarrollo y profundización de la integración europea, el Tribunal de justicia tenía que tomar en cuenta las posiciones de los países miembros e interactuar con ellos.

Estas posiciones son complejas y evolucionaron con el tiempo. Tallberg<sup>269</sup> considera que se pueden identificar al menos tres posiciones simultáneas por parte de los Estados miembros. Según este autor, en primer lugar, los Estados miembros son partidarios de la buena ejecución por los demás miembros de la UE de las políticas comunes definidas a nivel institucional. Esta posición es clara e invariable porque las políticas comunes se definen en los órganos de composición intergubernamental de la Unión (es decir son promovidas y adoptadas por la iniciativa o con la participación de los gobiernos mismos). En segundo lugar, los Estados miembros, desde los inicios de la integración europea y hasta nuestros días, son celosos en cuanto preservar su soberanía. A pesar de los amplios alcances de la integración comunitaria los Estados miembros de la UE siguen considerando la soberanía como característica quintescente de un Estado nacional. La unidad, la identidad y el margen de maniobra estatal en la determinación de sus políticas internas siguen siendo factores de soberanía a pesar de la profundización cada vez mayor de la integración en la UE. En tercer lugar, los Estados miembros prefieren modular el impacto de las políticas comunes en sus sistemas políticos, económicos o administrativos internos. Las políticas comunes a veces implican cambios en estas estructuras y en consecuencia ocasionan costos elevados para su correcta implementación. Esto explica en gran parte la no ejecución de algunos compromisos comunitarios por parte de los Poderes Legislativos y Ejecutivos internos.

Una vez entendidas estas tres posiciones resulta más fácil comprender porque la doctrina integracionista del TJUE fue inicialmente rechazada por un gran número de los Estados miembros. Los principios fundadores de la integración en la UE son al mismo

---

<sup>269</sup> Tallberg, Jonas, *op. cit.*, nota 148, p. 123

tiempo limitadores de la soberanía nacional de los Estados miembros (en particular los principios de primacía y de efecto directo).

En respuesta a este “ataque” a la soberanía algunos Estados miembros intentaron buscar una manera idónea para “sancionar” el Tribunal. Así por ejemplo en la Conferencia intergubernamental de 1996-1997 algunos países propusieron revisar los tratados para limitar la doctrina integracionista resultante del activismo judicial del Tribunal.<sup>270</sup> No obstante como ya fue expuesto anteriormente la revisión de los Tratados comunitarios exige la unanimidad de los Estados miembros, y por lo tanto resulta muy difícil o casi imposible de lograr. A diferencia de los detractores de la jurisprudencia integracionista del TJUE, otros países manifestaron su apoyo en favor de la doctrina integracionista que promovía la jurisprudencia del Tribunal.<sup>271</sup> Los países del Benelux y Alemania son tal vez los más convencidos promotores de un TJUE fuerte y activista. Cabe señalar que la doctrina integracionista del TJUE es en gran parte una copia fiel de la posición alemana respecto a la UE. En efecto, desde los inicios de la UE, Alemania siempre fue partidaria de un modelo de integración federalista y constitucional, mismo que trata de imponer el TJUE por la vía jurisdiccional.<sup>272</sup> En cambio, otros países como Francia o el Reino Unido son reticentes al establecimiento de “los Estados Unidos de Europa”. Dichos países prefieren preservar su soberanía nacional y no delegarla a las instituciones comunitarias sobre todo si esta delegación va en contra de los intereses nacionales.

Por su parte el Tribunal no puede ser considerado como defensor de los intereses nacionales de un Estado.<sup>273</sup> Varias veces el Tribunal fue acusado de ser demasiado “integracionista” y en consecuencia demasiado político. No obstante en ningún momento fue denunciada su participación en la política interestatal o la

---

<sup>270</sup> En este sentido el gobierno británico propuso limitar la responsabilidad patrimonial del Estado por violación del Derecho comunitario en los casos en los que este último actúa de “buena fe”; o enmendar el TCE para introducir la posibilidad para el Tribunal de justicia de limitar retrospectivamente el efecto de sus sentencias. Todas estas propuestas fueron rechazadas por los representantes de los demás países miembros.

<sup>271</sup> En particular, un TJUE fuerte favorece los intereses de los pequeños Estados frente a los grandes. Visto que el Tribunal está compuesto por un miembro de cada Estado, los pequeños países pueden así de manera efectiva defender sus intereses frente a los grandes.

<sup>272</sup> Alter, Karen J., *op. cit.*, nota 145, p. 142.

<sup>273</sup> La cercanía de su visión integracionista con la defendida por Alemania no significa por lo tanto que la jurisprudencia del Tribunal favorece los intereses nacionales alemanes.

parcialidad del juez comunitario en favor de los intereses de un país o un grupo de países en específico. El Tribunal siempre fue visto como un “actor No-partidario”<sup>274</sup>

En consecuencia, a pesar de que existían reticencias por parte de los Estados para cooperar con el TJUE estas reticencias no pueden constituir un verdadero freno al activismo judicial del juez comunitario. En primer lugar, porque como ya vimos es casi imposible revisar los Tratados para limitar las competencias del Tribunal. El Derecho comunitario, plasmado en las reglas escritas o en las que derivan de la jurisprudencia del TJUE, contiene vínculos estructurales que obligan, al menos jurídicamente, los Estados a cooperar con el TJUE. Por su parte este último demostró su imparcialidad, independencia y supo proteger la legitimidad que le confieren los textos jurídicos comunitarios.

Debido a estas consideraciones podemos acordarnos con Weiler<sup>275</sup> para estimar que la construcción jurisprudencial del Tribunal fue aceptada por los órganos internos de los Estados miembros, particularmente por sus Poderes Ejecutivos y Legislativos.

Además, los Estados miembros fueron objeto de otro tipo de presión para respetar y ejecutar la política jurisprudencial del TJUE. Se trata de una presión difusa proveniente de los litigios privados iniciados por los ciudadanos de la UE.

### **3. El TJUE y los litigantes privados**

Los litigantes privados desempeñaron un papel de mayor importancia en el desarrollo de la integración europea. En realidad sus recursos ante los jueces nacionales permitieron en primer lugar que varios asuntos lleguen al TJUE, particularmente por medio de la cuestión prejudicial. Así en la base de muchas de las decisiones históricas del Tribunal se encuentran recursos promovidos a nivel nacional por litigantes o empresas privadas (por ejemplo el recurso del Abogado Flaminio Costa o de la empresa Van Gend en Loos que originaron el establecimiento por el TJUE de los principios de primacía o efecto directo del Derecho comunitario). En segundo lugar, los recursos de los litigantes privados ante los jueces nacionales son tal vez el

---

<sup>274</sup> Weiler, Joseph., *op. cit.*, nota 152, p. 102

<sup>275</sup> Weiler, Joseph., *op. cit.*, nota 152, p. 102

instrumento más importante que asegura la eficaz aplicación de las normas comunitarias y el cumplimiento de las obligaciones que los Estados miembros asumen en virtud de estas últimas. Los litigantes privados se convierten así en cooperadores *de facto* del TJUE en la ejecución eficaz de su doctrina integracionista.

Para entender mejor las motivaciones de esta cooperación Mattli y Slaughter<sup>276</sup> establecen una tipología de los litigantes privados que interponen recursos fundados en el Derecho comunitario. Los autores recuerdan la definición propuesta por Marc Galanter a propósito de los “*One-Shotters*” (o litigantes que intervienen un número limitado de veces en los recursos judiciales) y los “*Repeat Players*” (o litigantes que inician procedimientos de manera repetida). Según esta distinción los “one-shotters” son más bien pequeñas o medianas empresas y las grandes empresas multinacionales juegan el papel de “*repeat players*”. Mientras que las pequeñas empresas tratan de maximizar sus ganancias inmediatas a través del recurso judicial, las multinacionales tienen como objetivo principal influenciar la toma (futura o actual) de decisiones y la adopción de las reglas jurídicas que les serán aplicables. Mattli y Slaughter<sup>277</sup> identifican a los grupos de presión (o *lobbying*) como la primera categoría de “*repeat players*” en relación con el Derecho comunitario. Así por ejemplo en el Reino Unido existen litigantes privados entre los grupos de presión que adoptaron varias estrategias judiciales para lograr beneficiarse de las reglas del Derecho social comunitario (particularmente de igualdad de género) porque les resultaban más favorables que las reglas nacionales en la materia.<sup>278</sup> De la misma manera las grandes empresas francesas introducían recursos sistemáticos para presionar y obligar al gobierno francés a cumplir con sus obligaciones comunitarias. Así por ejemplo la decisión del Consejo de Estado francés que reconoce el efecto directo de las directivas comunitarias fue adoptada sobre recurso de las empresas tabacaleras Philip Morris y Rothmans.<sup>279</sup>

Varios otros litigantes privados también instrumentalizaron las estrategias judiciales ofrecidas por el Derecho comunitario para reclamar el respeto por los

---

<sup>276</sup> Mattli, Walter and Slaughter, Anne-Marie, *op. cit.*, nota 266, p. 1842

<sup>277</sup> *Idem*

<sup>278</sup> Craig, Paul, *Report on the United Kingdom. The European Court and National Courts*, Eds. J.H.H Weiler, Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Oxford, Hart Publications, 1998, pp. 195-224. citado en Mattli y Slaughter, *op. cit.*, nota 267, p. 1863

Gobiernos nacionales de su libertad de circulación, la interdicción de las medidas equivalentes a restricciones cuantitativas a la exportación o a la importación, la interdicción de las discriminaciones, etc. y varios otros derechos que les atribuyen las normas comunitarias. La motivación de estos recursos se halla en la búsqueda por parte de los litigantes privados de una satisfacción de sus intereses particulares (patrimoniales o extra patrimoniales) y de un intento de beneficiarse de la mejor manera posible de las ventajas que les ofrecen las reglas del Derecho comunitario.

De esta manera, voluntaria o involuntariamente, los litigantes privados cooperan con el TJUE y promueven el desarrollo de la integración comunitaria.

Finalmente, cabe señalar la importancia de la interacción del TJUE con otra categoría de actores privados de la integración europea: los juristas (abogados, procuradores, notarios, etc.) y los académicos del Derecho. En efecto, la aceptación y el interés que las doctrinas pro-integracionistas del Tribunal suscitaron en los miembros de las profesiones jurídicas fue de suma importancia para su conocimiento y difusión en el territorio de los Estados miembros. Sin el trabajo de los juristas, especializados (y sobre todo interesados) en el Derecho jurisprudencial construido por el juez de la UE este último hubiera podido quedarse en la abstracción de los libros europeos. El análisis, crítica y reflexión que los juristas llevaron a cabo respecto a los principios jurídicos pro-integracionistas desarrollados por el Tribunal volvieron a estos últimos realmente eficaces en su aplicación, tanto a nivel interno, como europeo.

En efecto como lo afirma Vauchez<sup>280</sup> los juristas de los países miembros de la UE se volvieron promotores indirectos de los principios jurisprudenciales del TJUE que fundamentaron la integración jurídica en la UE. El interés por dichas doctrinas llevó a la creación del Derecho de la UE como disciplina autónoma y a la creación de los primeros departamentos especializados en dicha materia en las grandes universidades europeas.<sup>281</sup> De la misma manera, también se crearon las múltiples revistas especializadas en Derecho comunitario en las que se publicaban opiniones doctrinales

---

<sup>280</sup> Vauchez, Antoine, *op. cit.*, nota 158, p. 28

<sup>281</sup> Bruselas (1961), Hamburgo Leiden, Liège (1963), Padova y Paris (1964).

críticas acerca del sentido y alcance de las sentencias jurisprudenciales del TJUE.<sup>282</sup> Finalmente, las sentencias del TJUE fueron y siguen siendo discutidas en los distintos foros y reuniones periódicas de los académicos y estudiosos del Derecho comunitario.<sup>283</sup>

A través de sus múltiples acciones de discusión y difusión de las sentencias del TJUE los profesionales y los académicos del Derecho en los distintos países miembros se volvieron *de facto* “funcionarios del Tribunal”. Desde el punto de vista sociológico sus trabajos permitieron la aparición de una doctrina unificada de Derecho comunitario que fue un elemento clave para lograr la integración jurídica de la UE que su Tribunal promovía.

Así podemos estimar que el TJUE no desarrolló sus doctrinas activistas y pro-integracionistas actuando sólo. La correcta aplicación y sobre todo la eficacia de dichas doctrinas no estaba en sus manos. Dicha eficacia dependía de los demás actores de la Comunidad: en particular de los Estados miembros, los jueces nacionales y los litigantes privados. La estrecha y compleja colaboración que pudo establecerse entre el Tribunal y sus demás interlocutores es un factor de suma importancia para poder explicar la contribución de éste al desarrollo y profundización de la integración regional europea. Si los Estados miembros no hubiesen aceptado y respetado los principios jurisprudenciales establecidos por el TJUE, si los jueces nacionales no se hubiesen acordado a desempeñar un papel de “jueces comunes de Derecho comunitario” y si los litigantes privados no hubiesen recurrido a los medios instituidos por el Tribunal para la defensa de sus “derechos comunitarios”, todo su esfuerzo de lograr una “integración por el Derecho” hubiese quedado letra muerta.

Podemos estimar que la intención principal de las doctrinas jurisprudenciales desarrolladas por el TJUE fue de lograr la unificación de Europa por la vía jurídica. Los principios que éste desarrolló tuvieron por consecuencia la multiplicación de las actividades y de las relaciones transfronterizas. La resultante interpenetración de poblaciones sin duda consolidó y volvió irreversible la unificación de Europa.

---

<sup>282</sup> Rivista di Diritto europeo (1961), Common Market Law Review (1963), Cahiers de Droit européen (1965), Revue Trimestrielle de Droit européen (1965), Europarech (1966). Posteriormente se crearon muchas otras revistas especializadas en Derecho de la UE.

<sup>283</sup> Por ejemplo los Congresos que se organizan bajo las auspicias de la *ERA-Académie de Droit européen* o los foros de discusión organizados por los Institutos de Derecho europeo en los distintos países miembros.



Como lo preconizaba Robert Lecourt, la integración por la vía judicial puede concebirse como la mejor manera de contrarrestar los conflictos y bloqueos que podrían darse en la esfera intergubernamental. Según Lecourt: “ Puede parecer excesivo concebir el Derecho como una herramienta útil para lograr la unificación de Europa. No obstante, es posible demostrarlo. El Derecho puede permitir un mejor entendimiento, y quien sabe, tal vez un nuevo camino, para lograr los objetivos que se habían propuesto los seis Estados miembros.”<sup>284</sup>

En muchos sentidos estas predicciones de uno de los jueces más ilustres del TJUE se cumplieron. Gracias a sus doctrinas jurisprudenciales activistas el TJUE se volvió el constructor y guardián de una integración por el Derecho.

Debido a la contribución del TJUE a la construcción de la integración europea la profundización de este último proceso ha avanzado de manera rápida (y a veces no esperada). La integración en la UE ha llegado a afectar de manera consubstancial la vida en Europa. El Derecho comunitario ha penetrado no sólo en la esfera económica de la vida en la Comunidad (particularmente a través de las cuatro libertades de movimiento o la Unión monetaria) sino que también se hace palpable en la unificación de sus valores comunes (a través de la protección de los derechos humanos o las políticas comunes en materia de salud, medio ambiente, protección de los patrimonios culturales, etc.). Estos desarrollos son el resultado directo de la jurisprudencia activista del Tribunal y de su esfuerzo por construir y conceptualizar el “*acquis*” de la integración comunitaria. Hoy la idea de que el orden jurídico comunitario es un “nuevo orden de Derecho internacional” es plenamente aceptada. El mercado común es logrado.

La construcción de la integración en el orden comunitario siendo terminada, la tarea actual del Tribunal consiste principalmente en velar por su correcta salvaguardia. Esto no debilita su importancia en la integración comunitaria sino que acerca su función a la de una Corte (federal) interna, encargada de la buena interpretación y aplicación del Derecho comunitario en los Estados miembros (de la Federación)

---

<sup>284</sup> Lecourt, Robert, Le rôle du droit dans l'unification de l'Europe, 17-18 *Bulletin de l'Association des juristes européens*, p. 22

**SEGUNDA PARTE. LOS ÓRGANOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:  
ACTORES SECUNDARIOS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA  
LATINA**

Las integraciones regionales en América Latina son dotadas de mecanismos de solución de controversias con características propias. El papel que dichos mecanismos desempeñan en el desarrollo del sistema regional depende de varios factores complejos. A través de su jurisprudencia, los órganos de solución de controversias en América Latina intentan promover y profundizar la integración regional cuyo Derecho aplican e interpretan. No obstante, los elementos que determinan el entorno en el que éstos se insertan limitan su capacidad de ser actores importantes en el desarrollo de los procesos de integración. Los “jueces” internacionales que regulan el funcionamiento de las integraciones regionales latinoamericanas no logran contribuir de manera significativa a su profundización. El alcance de los principios establecidos por los órganos de solución de controversias en dichas integraciones no es comparable con el alcance de los principios resultantes de la jurisprudencia activista y “pro-integracionista” del TJUE en el ámbito europeo.

Estas afirmaciones son válidas tanto para la función que desempeñan los Tribunales arbitrales en relación con la integración en el Mercosur (**Capítulo Primero**), como para la aportación del TJCA al desarrollo del proceso de integración en la CAN (**Capítulo Segundo**). Visto el rol secundario que estos dos órganos de solución de controversias desempeñan en relación con la profundización de sus respectivos esquemas de integración regional, cabe preguntarse si el TJUE puede ser visto como modelo para su actuación (**Capítulo Tercero**).

**Capítulo Primero: Los Tribunales arbitrales del Mercado Común del Sur  
(Mercosur)**

A efectos de poder apreciar la contribución del mecanismo de solución de controversias al desarrollo de la integración regional en el Mercosur **(3.)** resulta

pertinente analizar el estado actual de integración de los países que conforman este bloque regional **(1.)**, así como el marco normativo que determina el funcionamiento de su mecanismo de solución de controversias **(2.)**.

## **1. El contexto actual de la integración en el Mercosur**

En su actual grado de desarrollo la integración regional en el Mercosur se limita al establecimiento y funcionamiento efectivo de una unión aduanera imperfecta **(A.)**. Su institucionalidad presenta un claro carácter intergubernamental **(B.)**, mismo que impide la aparición en el Mercosur de un orden jurídico verdaderamente comunitario **(C.)**.

### **A. El grado de integración económica: una unión aduanera imperfecta**

La integración regional en el Mercosur es el resultado de los esfuerzos de acercamiento entre Brasil y Argentina. Históricamente la relación entre los dos más grandes países sudamericanos es marcada por una rivalidad geopolítica que refleja las grandes rivalidades regionales.<sup>285</sup> El proceso de “redemocratización” iniciado a partir de la década de los 1980 permitió el inicio definitivo del proceso de integración regional. Antes de este periodo la relación entre Brasil y Argentina había sido marcada por una alternancia de carácter dialéctico: entre rivalidad y cooperación.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup> Esta rivalidad tiene su origen en la época colonial porque los territorios actuales de Argentina pertenecían a la Corona española y los de Brasil al Reino de Portugal, siendo estos dos imperios coloniales opuestos en un largo antagonismo histórico.

<sup>286</sup> Podríamos hallar el origen de esta alternancia en el “Proyecto de bloque austral” firmado por los dos países en 1941. Dicho proyecto fracasó porque los dos países tomaron posiciones adversas en la Segunda Guerra Mundial (Brasil apoyó a los Estados Unidos y Argentina, debido a su régimen militar guardó una neutralidad que disimilaba una fuerte simpatía hacia los países del Eje tripartita). Después de la Guerra los dos países continuaron a mantener posiciones políticas e ideológicas muy diferentes: el Gobierno del Presidente Perón se oponía a la aceptación por parte de Brasil de la influencia de los Estados Unidos en América del Sur. En los años 1970 el proyecto brasileño-paraguayo de construcción de “barrages” al río Paraná provocó nuevas tensiones entre los dos países. No obstante estas últimas fueron definitivamente resueltas por la vía diplomática a través del “Acuerdo tripartita de Itaipu” que firmaron en 1979 Brasil, Argentina y Paraguay.

El acercamiento político-diplomático entre Brasil y Argentina que inició en la década de los 1980<sup>287</sup> culminó en los años 1990 con la adopción de un proyecto común de integración económica entre los dos países. En el mismo periodo los gobiernos de Brasil y Argentina decidieron aumentar el alcance geográfico de la integración invitando a Paraguay y Uruguay a participar en el proyecto.<sup>288</sup>

Como resultado de los esfuerzos de adoptar un sistema común de integración estos cuatro países suscribieron el Tratado de Asunción el 26 de marzo de 1991. Dicho convenio entró en vigor el 29 de noviembre de 1991 con el objetivo de proporcionar un marco normativo adecuado para el sistema de integración regional.

El Tratado de Asunción debía prever los instrumentos necesarios para la creación de una zona de libre intercambio que tenía que transformarse en un mercado común a partir del 1º de enero de 1995. En la etapa transitoria de 4 años (de 1991 a 1995) el tratado fijaba cinco objetivos principales que debían ser alcanzados para la constitución de un mercado común (la libre circulación de los bienes, servicios y factores de producción, el establecimiento de un arancel externo común (AEC) para las importaciones provenientes de países terceros, la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales, la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en algunas materias para fortalecer el proceso de integración).<sup>289</sup>

Por otra parte, el Tratado de Asunción dotó la integración en el Mercosur de una estructura institucional compleja. En este sentido, el Convenio instituyó en primer lugar un Consejo Mercado Común (CMC), órgano supremo que reunía los Ministros de Asuntos Exteriores y de Economía de los países miembros y que era encargado de la toma de decisiones políticas acerca del proceso de integración. En segundo lugar, el Tratado de Asunción estableció un Grupo Mercado Común (GMC) conformado por los Ministros de Asuntos Exteriores, el cual fungía como órgano ejecutivo de las decisiones adoptadas por el CMC.

---

<sup>287</sup> Este acercamiento se tradujo en la adopción de varias medidas que instauraron una cierta confianza mutua entre Brasil y Argentina con la creación de un sistema común de desarmamento y controles recíprocos en materia nuclear bajo las auspicias de la Agencia Internacional de Energía Nuclear de la ONU.

<sup>288</sup> Sanguinetti, Ignacio, *Historia del Mercosur desde una perspectiva comparada con la UE*, Curso, Universidad de la Plata, Argentina, disponible en [http://perio.unlp.edu.ar/relaciones\\_internacionales/mercosur-ue6.pdf](http://perio.unlp.edu.ar/relaciones_internacionales/mercosur-ue6.pdf)

<sup>289</sup> Scaglione, Marcelo, *L'intégration régionale comme stratégie du développement en Amérique du Sud: l'expérience du Mercosur*, mémoire, ENA, 2003, pp. 24-35

En la primera reunión del CMC (CMC 1/91) fue adoptado el Protocolo de Brasilia sobre arreglo de controversias. Posteriormente, en la segunda reunión del CMC (CMC 1/92) que tuvo lugar en Las Leñas en Argentina fue establecido un Agenda muy detallado de medidas y un calendario preciso con el fin de lograr los objetivos previstos en el Tratado de Asunción. Este texto enumeró los distintos puntos en los que era necesaria una armonización de las políticas nacionales: normas de origen, estatuto de las zonas aduaneras especiales, disposiciones nacionales sobre las incitaciones a las exportaciones, etc. El calendario de Las Leñas constituyó la base de las negociaciones regionales durante el periodo de transición hacia el mercado común. Así en la quinta reunión del CMC (CMC 2/93) en Buenos Aires los Presidentes de los cuatro países miembros decidieron la adopción de un Arancel Externo Común (AEC) con el objetivo de consolidar la unión aduanera. En esta reunión la coordinación de las políticas económicas y la constitución de un mercado común eran aplazadas.<sup>290</sup>

La sexta reunión del CMC (CMC 1/94) en Buenos Aires es una de las más importantes de la etapa transitoria. En esta reunión la realización del mercado común fue definida como un objetivo para alcanzar “a largo plazo” abandonando así el plazo de 4 años fijado por el Tratado de Asunción. En consecuencia, los cuatro países concentraron sus esfuerzos en la satisfacción de las condiciones necesarias para el establecimiento definitivo de la unión aduanera. Después de las negociaciones algunos compromisos fueron adoptados respecto del AEC. Por una parte el régimen de adecuación final a la unión aduanera fue aprobado para el comercio intra-zona. Esta adecuación contaba con listas de productos exentos de la supresión de los derechos aduaneros elaboradas por cada país miembro. Por otra parte, en esta reunión también se reguló la coordinación de las políticas nacionales de promoción de las exportaciones.

La séptima reunión del CMC (CMC 2/94) era la última antes de la puesta en marcha de la unión aduanera. Por esto, en dicha reunión el bloque elaboró su código aduanero común, fijando las listas de productos exentos de derechos aduaneros en el comercio intra-zona y el AEC para los productos originarios de países terceros.

El 17 de diciembre de 1994 a la cumbre de Ouro Prieto en Brasil, los países miembros adoptaron un “Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura

---

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 101

institucional del MERCOSUR". En consecuencia, el 1º de enero de 1995 la unión aduanera fue formalmente establecida.

La unión aduanera que a partir de esta fecha rige en el Mercosur es imperfecta. En efecto, la zona de libre intercambio (con una tarifa aduanera 0) es operacional únicamente para 85% de los productos que figuran en la nomenclatura aduanera de los cuatro países miembros. Estos últimos mantienen excepciones a la supresión de los derechos aduaneros en el comercio intra-zona para varios productos de los sectores de la siderurgia, el textil, el papel y el agroalimenticio. No obstante, los países se comprometieron a disminuir anualmente las tarifas aduaneras para el 25% de productos restantes para llegar a una preferencia 100% en un plazo de 4 años para Argentina y Brasil y 5 años para Paraguay y Uruguay. También fue decidido excluir de las negociaciones regionales los sectores del textil, automotriz y azúcar debido a su carácter sensible para todas las partes. En el mismo sentido, varias decisiones del CMC de diciembre de 2003 establecieron excepciones al AEC respecto de ciertos países y de determinados bienes de capital no producidos en el Mercosur y para algunos bienes de informática y telecomunicaciones.

A diferencia del Tratado de Asunción que establecía una fecha para la constitución de un Mercado Común, ahora tal fecha ya no existe.

A la luz de los desarrollos anteriores aparece con suficiente claridad que a pesar de su denominación el Mercosur no constituye todavía un mercado común.

No obstante, la Unión aduanera Mercosur no deja de representar un inmenso espacio económico de 15,9 Mill de km<sup>2</sup> de superficie y 200 millones de habitantes, es decir, el 50 % de la población total de América Latina (su extensión longitudinal nort-sur corresponde a la distancia entre Portugal y la República de Kazajstán). En dicho espacio económico se concentra más del 50 % del PBI y un tercio del comercio exterior latinoamericano. De las 50 empresas que abarcan alrededor del 40% de las Inversiones Extranjeras Directas en América Latina, 38 residen en el Mercosur.<sup>291</sup>

---

<sup>291</sup> Vera-Fluixá, Ramiro Javier, *Principios de integración regional en América Latina y su análisis comparativo con la Unión Europea*, Center for European Studies, University of Bonn, Discussion Paper C 73, 2000, pp. 35-47, disponible en [www.zei.de/download/zei\\_dp/dp\\_c73\\_vera.span.pdf](http://www.zei.de/download/zei_dp/dp_c73_vera.span.pdf)

Cabe señalar que a partir de 1998 se observa una caída y deterioro de la actividad económica y del comercio recíproco en la zona. La crisis económica que viven algunos socios, en particular Argentina ha acelerado este deterioro.<sup>292</sup>

A pesar de la existencia de una difícil coyuntura económica los esfuerzos del Mercosur para consolidar una unión aduanera completa con una preferencia económica máxima entre los socios sigue vigente e implicaría formalizar un periodo para dicha transición.

Podemos estimar que la profundización de la integración regional de una unión aduanera hacia un mercado común necesariamente debería acompañarse de una reforma en la estructura institucional de la integración.

## **B. El esquema institucional del Mercosur: una opción intergubernamental reiterada**

En el plano institucional el Protocolo de Ouro Prieto creó cuatro nuevos órganos internacionales que dieron al Mercosur su estructura institucional definitiva. Al lado de los dos órganos provisionales establecidos por el Tratado de Asunción (la CMC y el GMC) el bloque regional fue dotado de una Comisión del Comercio del Mercosur (CCM), una Comisión parlamentaria conjunta (CPC) que a partir de 2005 se convirtió en el Parlamento del Mercosur, un Foro consultativo económico y social (FCES) y una Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM).

Cabe señalar que la arquitectura institucional del Mercosur es dotada de un mecanismo de funcionamiento y toma de decisiones complejo de carácter esencialmente informal e intergubernamental.

En efecto los tres órganos con capacidad decisoria (y competencia normativa) del Mercosur (CMC, GMC y CCM) son integrados por representantes de los Gobiernos nacionales de los Estados miembros (principalmente a nivel ministerial) que son a la vez funcionarios en sus respectivos gobiernos nacionales y funcionarios del Mercosur. Estos tres órganos toman sus decisiones por consenso y en presencia de todos sus

---

<sup>292</sup> Guedes de Oliveira, Marcos Aurelio, Mercosur: Political Development and Comparative Issues with the European Union, *Jean Monnet/Robert Shuman Paper Series*, vol. 5, n. 19, July 2005, 12 p.

miembros, lo que otorga una posibilidad de veto casi incondicional a cada uno de ellos.<sup>293</sup>

El Consejo (CMC) está integrado por los ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía de los países miembros. Entre las principales funciones y atribuciones del Consejo del Mercado Común figura: velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus protocolos y de los acuerdos firmados en su marco; promover las acciones necesarias para la conformación del mercado común; adoptar decisiones en materia financiera y presupuestaria; crear reuniones de ministros y pronunciarse sobre los acuerdos que le sean remitidos por las mismas; crear los órganos que estime pertinentes así como modificarlos o suprimirlos.<sup>294</sup>

El Grupo (GMC) está integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos de cada país, designados por los gobiernos nacionales. Es necesario que los miembros del GMC sean representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Economía o sus equivalentes ( áreas de industria, Comercio Exterior y/o Coordinación Económica) y del Banco Central de cada país miembro. El GMC es el órgano ejecutivo del Mercosur y es dotado de una facultad general de iniciativa normativa. Sus principales funciones consisten en: velar por el cumplimiento del Tratado; tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones adoptadas por el Consejo; proponer medidas concretas tendientes a la aplicación del Programa de Liberación Comercial, la coordinación de políticas macroeconómicas y a la negociación de acuerdos con países terceros; fijar programas de trabajo que aseguren el avance hacia la constitución del Mercado Común; tomar medidas orgánicas, presupuestarias y administrativas dentro de su competencia; y negociar y firmar acuerdos con países terceros por delegación expresa del CMC. El grupo puede constituir distintos Subgrupos de trabajo (SGT) que le asistan en el ejercicio de sus funciones.<sup>295</sup>

---

<sup>293</sup> Bouzas, Roberto, MERCOSUR: Instituciones, Asimetrías e Integración Profunda, disponible en [www.redmercosur.com.uy](http://www.redmercosur.com.uy), pp. 5-14

<sup>294</sup> [www.mercosur.org](http://www.mercosur.org)

<sup>295</sup> Existen 10 Subgrupos principales: Comunicaciones ; Minería ; Reglamentos Técnicos ; Asuntos financieros; Transporte e Infraestructura; Medio Ambiente; Industria; Agricultura ; Energía ; Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social .



La Comisión (CCM) es el órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común y está integrada por cuatro miembros titulares de rango no ministerial de cada país. La Comisión debe velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados miembros para el funcionamiento de la Unión Aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionadas con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-zona y el comercio y con países terceros. Para el cumplimiento de sus funciones, la CCM puede establecer distintos comités técnicos.<sup>296</sup>

El Foro consultivo económico y social es un órgano consultativo que reúne a representantes de los sectores económicos y sociales de los países miembros.<sup>297</sup>

La Secretaría Administrativa del Mercosur es el órgano de apoyo operacional del GMC. Sus principales funciones consisten en servir como archivo oficial de la documentación del Mercosur y editar el "Boletín Oficial MERCOSUR". Además la Secretaría Técnica organiza o apoya logísticamente las reuniones de los órganos decisorios de la organización e informa a los Estados miembros sobre las medidas implementadas por cada país para incorporar en su ordenamiento jurídico las normas emanadas de los órganos del Mercosur.

La Comisión Parlamentaria Conjunta fue establecida como el órgano representativo de los Parlamentos nacionales en el ámbito del Mercosur. Su función era esencialmente consultiva, de asesoría y facilitación del trámite legislativo para las normas del Mercosur cuya "internalización" requiere la intervención de los Parlamentos nacionales. En la práctica, la CPC desempeñó un papel marginal en todos estos campos. Debido a estas deficiencias, a partir del 2005 se creó el Parlamento del Mercosur (Parlasur) que debería representar a los pueblos de los Estados miembros del bloque regional. Su primera reunión efectiva fue en 2007. Los miembros del Parlamento siguen siendo designados por los Parlamentos nacionales, visto que las primeras

---

<sup>296</sup> En particular los 10 siguientes: Arancel, nomenclatura y clasificación de mercaderías; Asuntos Aduaneros; Normas y disciplinas comerciales; Políticas públicas que distorsionan la competitividad; Defensa de la competencia; Prácticas desleales y salvaguardias; Defensa del consumidor; Restricciones no arancelarias; Sector automotriz; Sector textil.

<sup>297</sup> En la práctica, el FCES ha sido más un vehículo de comunicación e intercambio *ex post* que un agente activo en la construcción de la agenda regional. De hecho, los principales canales de participación de los sectores económicos y sociales nacionales en el proceso de integración regional han seguido siendo los mecanismos nacionales tradicionales. (Bouzas, Roberto, *op. cit.*, nota 293, p. 33)..

elecciones directas a nivel nacional se organizarán en 2011 y a partir de 2015 éstas se volverán simultáneas en todos los países miembros. El Parlamento es la primera institución del Mercosur en la que la toma de decisiones no requiere la unanimidad de votos. No obstante sus funciones siguen siendo principalmente consultivas y no legislativas.<sup>298</sup>

Esta estructura institucional fue complementada en 2003 con la creación de la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur (CRPM) (Decisión 11/03). La CRPM agrupa a las representaciones diplomáticas de los Estados Parte ante Mercosur e incluye una Presidencia dotada de funciones de representación internacional. La CRPM no tiene capacidades decisorias y sus funciones se limitan a la formulación de propuestas sobre las políticas generales de la organización.

Un aspecto de particular relevancia para el desarrollo institucional en los últimos años es el relacionado con la solicitud de ingreso de la República Bolivariana de Venezuela como miembro pleno al Mercosur. En este sentido, el 4 de julio de 2006 se aprobó el Protocolo de Adhesión, mediante el cual se establecen las condiciones y los plazos previstos para la plena incorporación de Venezuela al bloque.

Aparece claro que por su estructura el Mercosur es una organización internacional cuyos órganos son de naturaleza intergubernamental. Como fue expuesto anteriormente, todas las instituciones de la integración están compuestas por representantes de los países miembros. Estos representantes intergubernamentales responden en cada caso al mandato de sus respectivos gobiernos, cumplen las instrucciones de los mismos y atienden a sus intereses particulares. Las instituciones del Mercosur carecen de toda dimensión supranacional. Esto se debe principalmente a una decisión política..<sup>299</sup>

Como lo afirma Bouzas<sup>300</sup>, la naturaleza intergubernamental de los órganos del Mercosur tiene por objetivo mantener el control del proceso de integración en manos de los gobiernos nacionales. Además es un intento de no “aislar” a los funcionarios encargados de llevar adelante el proceso de integración de las burocracias nacionales

---

<sup>298</sup> El Parlamento adopta en particular dictámenes, proyectos de normas, anteproyectos de normas, declaraciones, recomendaciones, informes, disposiciones.

<sup>299</sup> Guedes de Oliveira, Marcos Aurelio, *op. cit.*, nota 292, p.103

<sup>300</sup> Bouzas, Roberto, *op. cit.*, nota 293, p. 8

que están encargadas de transformar las decisiones de los órganos regionales en políticas nacionales a través del proceso de “internalización”. Según este autor la naturaleza intergubernamental de las instituciones del Mercosur afecta la naturaleza jurídica de las normas que estas últimas crean así como su *status* legal en cada uno de los países miembros.

Sobre el primer punto cabe señalar que los órganos intergubernamentales del Mercosur adoptan normas no comunitarias.

### **C. La ausencia de un orden jurídico comunitario en el Mercosur**

La naturaleza jurídica del Derecho comunitario, tal como concebido en la Unión Europea, es su supranacionalidad. La misma se caracteriza por tres elementos fundamentales: su independencia respecto al orden jurídico de los Estados miembros, su aplicabilidad directa y su primacía frente al Derecho de cada uno de ellos. Como ya fue expuesto anteriormente, los órganos del Mercosur con capacidad decisoria (Consejo, Grupo y Comisión de Comercio) son de carácter intergubernamental y se integran por representantes de los Estados miembros.

Las decisiones de los órganos del Mercosur, son tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes (art. 37 POP). Esto significa, que un Estado parte que no desea aceptar una cierta medida de alguno de los órganos del Mercosur, debe solamente ejercer su derecho a veto, evitando con ello la adopción de la misma. Esta forma de toma de decisiones es diferente de la unanimidad que exige el voto positivo de cada uno de los representantes de los Estados.<sup>301</sup>

En consecuencia, como lo afirma Alvarez “no es posible hablar en el Mercosur, de una transmisión de derechos soberanos de los Estados miembros a sus instituciones, traducida en la conformación de instituciones supranacionales con

---

<sup>301</sup> La situación en la Unión Europea es muy distinta, donde un Estado miembro, llegado el caso, debe aceptar una medida adoptada por mayoría, aun cuando no este de acuerdo con la misma o cuando ésta sea contraria a sus intereses (existen sin embargo excepciones en importantes áreas donde solo pueden ser tomadas decisiones por unanimidad).

poderes soberanos propios, dotadas de la facultad de dictar reglas jurídicas autónomas".<sup>302</sup>

Dado el carácter intergubernamental y no supranacional de las instituciones del Mercosur, sus normas en general no son de aplicación directa. En consecuencia para que éstas sean válidas es necesario lograr su recepción (o incorporación) en el Derecho nacional de los Estados miembros.<sup>303</sup>

La normativa Mercosur está compuesta por el Tratado de Asunción y sus protocolos e instrumentos adicionales, los acuerdos celebrados dentro de su marco, las Decisiones del Consejo de Mercado Común, las Resoluciones del Grupo de Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio (art. 41 POP). Se establece a su vez que estas normas emanadas de los órganos del Mercosur tienen carácter obligatorio (art. 42 POP) y los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento (art. 38 POP). Como lo establece el artículo 42 del POP "cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país".

Cabe señalar que el Protocolo de Ouro Prieto no contiene ninguna norma que establezca la aplicación directa e inmediata del Derecho creado por los órganos del Mercosur.

El sistema adoptado por el Mercosur es el de la entrada en vigencia simultánea de las normas.<sup>304</sup> Con la finalidad de garantizar esta simultaneidad en los Estados Parte, el art. 40 POP establece un procedimiento complejo.<sup>305</sup> El mismo artículo prevé

---

<sup>302</sup> Alvarez, Elsa, *Derecho comunitario y Derecho de la integración*, disponible en [www.espaciosjuridicos.com.ar/.../integracion-comunitario.htm](http://www.espaciosjuridicos.com.ar/.../integracion-comunitario.htm)

<sup>303</sup> Russo, Carla, *Normas del Mercosur: adopción e incorporación al Derecho interno*, disponible en [www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS/20TEMATICAS/PUBLICO/mercosur-normas.htm](http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS/20TEMATICAS/PUBLICO/mercosur-normas.htm)

<sup>304</sup> Oropeza García, Antonio, *Régimen de incorporación de los Tratados al Derecho Interno: el caso del MERCOSUR*, Congreso Internacional de Cultura y Sistemas jurídicos comparados. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México, 2004.

<sup>305</sup> Según dicho artículo a) una vez aprobada la norma, los Estados miembros del bloque adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur;

b) cuando todos los Estados Parte hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada uno de ellos;

c) las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Parte 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los

que la entrada en vigor de la normativa Mercosur se hará por el tiempo mayor que utiliza cualquiera de los Estados miembros para su incorporación en su Derecho interno,<sup>306</sup> independientemente del órgano nacional que realiza dicha incorporación.<sup>307</sup> Por lo tanto el acto de incorporación necesario no siempre debe ser de carácter legislativo, sino que puede realizarse mediante decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones ministeriales y otros actos de organismos autónomos.

La Decisión 20/2002, establece a su vez un perfeccionamiento del sistema de incorporación de la normativa Mercosur en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Partes.<sup>308</sup>

De este régimen complejo de incorporación de las normas del Mercosur en los órdenes jurídicos nacionales de los Estados miembros resultan varios problemas relacionados con la ausencia de un Derecho comunitario de la integración en este bloque regional. La primera es la acumulación de reglas no incorporadas en los sistemas jurídicos internos y que constituyen un porcentaje muy alto de las adoptadas.<sup>309</sup> En consecuencia, de la misma manera que en los esquemas clásicos de Derecho internacional público<sup>310</sup> algunas normas llegan a tener validez internacional (en el ámbito regional) pero no validez interna en los países miembros. Considerando el efecto adicional de la ausencia de coherencia entre algunas normas formalmente adoptadas se pueden explicar a la vez significativos problemas de efectividad de la

---

Estados Parte, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.

<sup>306</sup> Bergamaschine, Jamile, El sistema de internalización de las normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea, *Revista Ius et Praxis*, vol. 11 (2), 2005, p. 243

<sup>307</sup> En la medida que el contenido de una norma adoptada por los órganos del Mercosur, corresponda a materias de la competencia del Poder Ejecutivo, o a las delegadas por éste a sus ministerios, o a la competencia de organismos con facultades para aprobar reglamentos vinculantes, se ha entendido que la emisión por la autoridad competente de un acto (decreto, resolución, etc.) que recepte la norma Mercosur, es procedimiento legal suficiente para instrumentar su incorporación al orden jurídico interno.

<sup>308</sup> Dicha decisión establece que, una vez consensuado un proyecto de norma, éste quedará en el ámbito del órgano decisorio que corresponda y solo podrá ser formalmente adoptado como norma después que los cuatro Estados Partes comuniquen, por escrito, al órgano decisorio pertinente que están en condiciones de proceder a la incorporación de la norma por medio de actos del Poder Ejecutivo, o de enviarla a la aprobación parlamentaria. Esa comunicación deberá ser enviada una vez realizados los exámenes internos y el análisis de la consistencia jurídica eventualmente necesarios. Los Estados Partes procurarán realizar estos análisis antes de la reunión siguiente del órgano decisorio pertinente (art. Dec.20/2002).

<sup>309</sup> Al respecto y como dato inicial cabe señalar que del total de la normativa adoptada casi el setenta por ciento requiere internalización de los Estados Partes y que pese a lo comúnmente reseñado por algunos especialistas en la materia, el MERCOSUR ha internalizado, casi la mitad del total de la normativa adoptada a lo largo de sus 12 años de vida.

<sup>310</sup> Cfr. *Infra*

normativa Mercosur, como son por ejemplo su capacidad de penetrar la realidad; de eficacia- capacidad de producir los resultados esperados; su previsibilidad- capacidad de inducir en decisiones de inversión, uno de los principales efectos económicos buscados por este tipo de procesos de integración-; su credibilidad- o capacidad de convencer actores económicos, ciudadanos y países terceros sobre la seriedad del esfuerzo de integración, y finalmente su legitimidad- capacidad de valoración social del proceso de integración, por reflejar un cuadro de ganancias mutuas entre los socios.<sup>311</sup>

Todas estas deficiencias del Derecho del Mercosur en su capacidad de producir los efectos de integración de los órdenes jurídicos de los Estados miembros en un orden jurídico común (una Unión o Comunidad) tienen consecuencias muy complejas sobre el funcionamiento del Mecanismo de Solución de Controversias.

Junto con el carácter intergubernamental de las instituciones, la ausencia de un orden jurídico comunitario en el Mercosur tiene implicaciones sustanciales sobre la posibilidad del órgano de solución de controversias de contribuir al desarrollo de la integración regional. Dichas implicaciones serán examinadas en los siguientes apartados.

## **2. El marco normativo del sistema de solución de controversias**

El Protocolo de Olivos creó un Tribunal Permanente de Revisión para la resolución de conflictos en el ámbito del Mercosur. Dicho Protocolo fue aprobado por los Presidentes de los países del bloque, en la cumbre del Consejo del Mercado Común (CMC) en Puerto Iguazú - Argentina.

El Protocolo de Olivos (PO) estableció la creación del Tribunal, formado por cinco árbitros de disponibilidad permanente con sede en Asunción y previó las reglas de procedimiento al cual se pueden someter los países miembros del bloque para resolver sus diferendos.<sup>312</sup>

---

<sup>311</sup> Rivas, Eduardo, Adopción e internalización de la normativa comunitaria en el seno del Mercosur. Un repaso histórico, *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, núm. 62, junio 2006, disponible en [www.eudmed.net](http://www.eudmed.net)

<sup>312</sup> Oviedo, Estela, *Arbitraje en el Mercosur*, disponible en [www.estudioton.com.ar/.../oviedo-arbitraje%20en%20el%20mercosur.doc](http://www.estudioton.com.ar/.../oviedo-arbitraje%20en%20el%20mercosur.doc)

Las controversias a resolver en el marco del PO, se refieren a aspectos de interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como a las diferencias que surjan como resultado de decisiones, resoluciones y directivas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del Mercosur<sup>313</sup>.

Cabe recordar, que independientemente del procedimiento expuesto, los países miembros del bloque, pueden someter sus controversias ante la OMC o ante cualquier otro sistema de solución de controversias del que forman parte

Originariamente el Sistema de Solución de Controversias (SSC) en el Mercosur, era regido por el Protocolo de Brasilia de 1991, hoy sustituido por el Protocolo de Olivos.<sup>314</sup>

El Protocolo de Brasilia se acercaba más al Sistema de Solución de Controversias aplicado actualmente en el TLCAN, mientras que el Protocolo de Olivos, se parece más al sistema aplicado por la Unión Europea y por la Comunidad Andina de Naciones (CAN). No obstante, si bien el PO profundiza el Sistema de Solución de Controversias (SSC) aplicado por el TLCAN, no alcanza al de la Unión Europea, ni tampoco al de la CAN, visto que no prevé la creación de un Tribunal Permanente de Justicia sino de un Tribunal Permanente de Revisión de naturaleza arbitral.

A continuación expondremos los principales artículos que regulan el régimen de solución de controversias en el Mercosur.

En primer lugar, según el artículo 39 del Protocolo de Olivos podrán accionar el SSC del Mercosur, todas las personas físicas o jurídicas con motivo de la sanción o aplicación por cualquiera de los Estados parte, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo discriminatorio o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, del Protocolo de Brasilia, de los Protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del

---

<sup>313</sup> Los órganos con capacidad decisoria del bloque son el CMC, el GMC y la CCM.

<sup>314</sup> Whitelaw, James, *Régimen de Solución de Controversias en el Mercosur*, y Opperti, Didier, *El nuevo Mecanismo de solución de controversias del Mercosur*, en “*Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales: Enfoques multilaterales y regionales*”, Julio Lacartes, Jaime Granados et al., Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Integración y Programas Regionales, 1ra edición 2004, pp. 141- 157, disponible en <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/iadb-solucion-controversias.pdf>

Grupo del Mercado Común (GMC) y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM).

En segundo lugar, conforme con lo dispuesto en el artículo 40 del PO, los particulares afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado parte, donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios. Se deberán aportar por parte del particular, elementos que permitan determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio, para que el reclamo sea admitido por la Sección Nacional y para que sea evaluado por el GMC y por el grupo de expertos si éste los convoca.

Después de la presentación del reclamo existen distintas instancias a seguir para la solución del conflicto en el ámbito del Mercosur.

La primera fase de la resolución de los diferendos es la de las negociaciones directas.

En efecto, el Capítulo IV del Protocolo de Olivos establece que los países partes de una controversia deben intentar de resolverla mediante negociaciones directas que no podrán exceder los 15 días a partir de la fecha en la que una parte comunicó a la otra (a través de la Secretaría del Mercosur) la activación del procedimiento de solución de controversias.

En esta primera etapa, los Estados parte deberán informar al GMC<sup>315</sup> sobre el desarrollo de las negociaciones.

La segunda fase inicia ante el Grupo Mercado Común. Cuando mediante el sistema de negociaciones directas los países no alcancen un acuerdo, o el mismo sea parcial y su resultado no satisface a las partes involucradas, el diferendo deberá seguir los pasos marcados por el Protocolo de Olivos. En el PO, se determina que la controversia deberá ser tratada en el ámbito del GMC o en caso contrario se debe iniciar inmediatamente un procedimiento arbitral. Cabe señalar que la fase de la intervención del GMC, obligatoria en el Protocolo de Brasilia, es vuelta meramente opcional en el PO. Los Estados miembros pueden, de común acuerdo, decidir no acudir al GMC y accionar directamente el arbitraje para la solución de su controversia.

---

<sup>315</sup> Dicha comunicación, también debe desarrollarse a través de la Secretaría del MERCOSUR.



En caso de someter el diferendo al GMC, el órgano evaluará el conflicto formulando recomendaciones expresas y detalladas. La controversia también podrá ser sometida al GMC, en el caso de que lo solicite otro Estado del bloque que no es parte a la controversia, siempre que éste aporte una justificación objetiva para la aplicación de dicho procedimiento. Una vez que la controversia sea sometida al GMC éste dispone de un plazo de 30 días para resolverla, o en su caso, presentar la demanda de resolución de la controversia por vía del arbitraje.

La siguiente fase del mecanismo de solución de controversias en el Mercosur es la constitución de un Tribunal Arbitral. Si dentro de los plazos previstos por el Protocolo de Olivos, el GMC no llega a una solución satisfactoria, cualquiera de los países que forman parte del conflicto podrá someter el diferendo al procedimiento arbitral, previa comunicación a la Secretaría del Mercosur. La Secretaría será encargada de comunicar a los Estados involucrados y al GMC el inicio del procedimiento arbitral.

El procedimiento arbitral tiene su punto de partida con la formación de un Tribunal *Ad Hoc* compuesto por tres árbitros. Cada país involucrado designa un árbitro titular y un árbitro suplente. El tercer árbitro que asumirá las funciones de Presidente del Tribunal es designado por común acuerdo entre los Estados parte a la controversia. Cabe aclarar, que el presidente no puede ser de nacionalidad de ninguno de los Estados parte al conflicto.

En caso de que los Estados parte no logren ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro (presidente del Tribunal), según el Protocolo de Olivos, la Secretaría del Mercosur es competente para designarlo sobre la base de una lista previamente establecida para tales efectos. Además los países tienen la posibilidad de designar representantes y asesores ante el Tribunal.

El Tribunal *Ad hoc*, como su nombre lo indica, es un Tribunal especialmente creado para la ocasión. Por lo tanto, éste debe limitarse al examen de los problemas específicos que le son sometidos en los escritos (de demanda y respuesta) de las partes. En dichos escritos cada parte deberá presentar los fundamentos de hecho y de Derecho con respecto a sus posiciones.

El Tribunal arbitral *ad hoc* dispone de un plazo de 60 días para pronunciar su laudo, mismo que puede ser prorrogado por 30 días más. Este plazo inicia a partir de

que la Secretaría del Mercosur haya comunicado el comienzo del procedimiento arbitral a los Estados parte y a los árbitros designados

La última fase del mecanismo de solución de controversias del Mercosur es constituida por el recurso ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR). El Protocolo de Olivos en su Artículo 17, establece que en una controversia, cualquiera de los Estados parte podrá presentar un recurso de revisión contra el laudo arbitral ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR). El plazo para la presentación no puede exceder los 15 días a partir de la notificación a las partes de dicho laudo. El Protocolo de Olivos prevé limitaciones a la presentación del recurso de revisión para los aspectos referidos a cuestiones de Derecho tratadas por el laudo, así como a todas las interpretaciones jurídicas consagradas en el mismo.

El TPR se encuentra formado por cinco árbitros, designados por cada Estado parte del Mercosur y un árbitro suplente, elegido por unanimidad de los Estados. Se establece un plazo de 30 días para que el Tribunal se pronuncie con respecto al laudo, mismo que podrá ser prorrogado por 15 días más. El Tribunal es competente para confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral Ad Hoc. El laudo pronunciado por el TPR es definitivo y prevalece sobre el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc.

El artículo 23 del Protocolo de Olivos prevé la posibilidad para las partes de someterse directamente y en única instancia a la jurisdicción del TPR, pero solo una vez terminadas las negociaciones directas<sup>316</sup>. En este caso, el TPR tiene la misma competencia que el Tribunal *Ad Hoc* y sus laudos son dotados de la autoridad de cosa juzgada.

La importancia del Artículo 23 del Protocolo de Olivos radica en la posibilidad para los Estados partes de hacer uso de la opción comentada, a los efectos de ahorrarse el tiempo que puede llevar el procedimiento de solución de controversias, instituido por el Protocolo de Brasilia y perfeccionado más recientemente por el Protocolo de Olivos.<sup>317</sup> Podemos estimar que el reiterado uso de la opción prevista en el Artículo 23 del PO por parte de los países involucrados en diferendos puede

---

<sup>316</sup> Artículos. 4 y 5 del Protocolo de Olivos.

<sup>317</sup> Los plazos previstos para el procedimiento regular pueden llegar a unos 195 días desde el comienzo de las negociaciones directas, en caso de darse todas las prórrogas permitidas.

provocar, con el tiempo, la eliminación de las instancias marcadas en el PO, dotando al TPR de un carácter de Tribunal Permanente de Justicia,<sup>318</sup> parecido al TJUE.

También cabe señalar que los laudos, tanto del Tribunal *Ad Hoc* como del Tribunal Permanente de Revisión, deben adoptarse por mayoría del Presidente del Tribunal y de todos los árbitros que forman parte del mismo. Los árbitros tienen la obligación de mantener la confidencialidad de la votación y en general de todas las deliberaciones del Tribunal.

Los laudos arbitrales deberán cumplirse en todos sus términos y en los plazos previstos para dicho cumplimiento.

Si un país que fue parte a la controversia no da cumplimiento al laudo en los plazos previstos, el país solicitante podrá aplicar contramedidas con el objetivo de evitar los daños que le ocasione tal situación.

Para el caso en que se compruebe que el mantenimiento de la situación puede producir daños graves e irreparables, es posible que una de las partes a la controversia solicite el otorgamiento de medidas provisionales que “congelen” la situación litigiosa.<sup>319</sup>

### **3. La contribución de los Tribunales arbitrales a la profundización de la integración regional**

A través de su jurisprudencia, los Tribunales arbitrales del Mercosur intentaron consagrar varios principios importantes para el desarrollo del sistema de integración regional. En particular, los árbitros Mercosur dictaron laudos que parecían establecer, al menos indirectamente, un principio de primacía y efecto directo para las normas del Derecho de la integración. No obstante todos estos intentos resultaron fallidos, de manera que el Derecho del Mercosur sigue careciendo tanto de primacía sobre los Derechos internos de sus países miembros como de efecto directo en su orden

---

<sup>318</sup> El TPR creado en Olivos tiene características distintas a de un Tribunal Permanente de Justicia (al estilo del de la Unión Europea). Un Tribunal Permanente de Justicia tiene poderes similares a los Tribunales de Justicia de los Estados Nacionales, lo que lo convierte en un pilar fundamental de los Mercados Comunes y de los Sistemas de Solución de Controversias previstos en estos modelos de integración.

<sup>319</sup> El Protocolo de Brasilia autorizaba la aplicación de medidas provisionales hasta la adopción del laudo por parte del Tribunal Arbitral Ad Hoc. Pero con la creación del Tribunal Permanente de Revisión, el Protocolo de Olivos extendió la aplicabilidad de dichas medidas hasta que éste nuevo órgano se pronuncie.

constitucional interno **(A.)**. Posteriormente los árbitros del Mercosur establecieron por la vía jurisprudencial un régimen específico de responsabilidad de los Estados miembros por violación de la normativa Mercosur **(B.)** y consolidaron el principio de proporcionalidad de las medidas compensatorias en caso de violación de las sentencias arbitrales **(C.)**. Las sentencias que asentaron dichos principios también contienen elementos importantes para el análisis de la contribución de los Tribunales arbitrales del Mercosur a la consolidación de la integración en este bloque regional.

### **A. Los intentos fallidos de establecer los principios de primacía y efecto directo del Derecho del Mercosur**

A partir de sus primeras sentencias los Tribunales arbitrales del Mercosur parecieron retomar por completo la doctrina “Costa” establecida por el TJUE respecto a la primacía del Derecho comunitario **(a.)** e inspirarse del régimen de las directivas en Derecho europeo para consagrar el principio de efecto directo de la normativa Mercosur **(b.)**. No obstante, todos estos intentos del “juez” Mercosur para contribuir al desarrollo de la integración regional resultaron de alcance limitado.

#### **a. La primacía del Derecho de la integración**

Desde sus primeras sentencias el “juez” del Mercosur pareció establecer un principio de primacía, válido para todo el Derecho de la integración **(i.)**. El alcance (limitado) de dicho principio fue aclarado en las sentencias posteriores de la jurisprudencia arbitral **(ii.)** y la importancia de su (no) consolidación tuvo efectos de suma importancia para el avance del proceso de integración en el Mercosur **(iii.)**.

#### **i. Las referencias al principio de primacía en el primer laudo del “juez” Mercosur**

Conforme con lo antes expuesto los tratados constitutivos del Mercosur no contienen normas expresas sobre la primacía o supremacía del Derecho del Mercosur

sobre el Derecho interno de los Estados miembros. El POP establece que las normas del Mercosur son obligatorias (art. 42) y que los Estados parte se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las mismas (art. 38).

La doctrina sostiene que la primacía del Derecho originario y derivado es consubstancial a cualquier proceso de integración y que aunque no está expresamente prevista en las normas del Mercosur, puede ser construida y elaborada, como lo fue en el caso UE por el TJUE. En efecto, como fue señalado anteriormente, el TCE no establecía en forma expresa la primacía del Derecho comunitario.<sup>320</sup>

Como ya fue expuesto respecto a la primacía del Derecho comunitario en la UE, la primacía implica que, en caso de conflicto, las normas comunitarias deben aplicarse sobre las normas nacionales, cualquiera que sea el rango de las normas internas contrarias. En otros términos significa que, en caso de contradicción entre una norma comunitaria y una norma de Derecho interno, debe prevalecer la norma comunitaria.<sup>321</sup>

Varios laudos arbitrales de los Tribunales del Mercosur intentaron construir y consolidar, a veces de manera indirecta, un principio de primacía, válido para todo el Derecho de la integración.

Los esfuerzos de consagrar la primacía de las normas del Mercosur sobre el Derecho interno de sus Estados miembros iniciaron desde el primer laudo arbitral de un Tribunal *ad hoc* constituido en el marco del Protocolo de Brasilia (PB 1991).<sup>322</sup>

El 28 de abril de 1999 dicho laudo resolvió una controversia entre Argentina y Brasil cuyo objeto era determinar la compatibilidad de ciertas normas internas dictadas por Brasil (Comunicados Nos. 37/97, 7/98 y 23/98), que modificaron el régimen de licencias de importación, con los compromisos establecidos en el Tratado de Asunción (TA) y en la normativa del Mercosur. Argentina pretendía que se condenara a Brasil a tomar las medidas necesarias para eximir a las exportaciones originarias y provenientes

---

<sup>320</sup> Martín Marchesini, Gualtieri, La supranacionalidad en la integración latinoamericana, *Rev. La Ley*, Tomo A, Argentina, 1998.

<sup>321</sup> En el caso del Derecho de la Unión europea, esta supremacía incondicional y absoluta del derecho comunitario, se funda en su naturaleza de ordenamiento jurídico autónomo y es consecuencia necesaria de la aplicabilidad inmediata y del efecto directo, ya que estos principios exigen que las normas comunitarias sean aplicadas de manera general, uniforme e incondicionada en todos los Estados miembros desplazando, en caso de controversia, a cualquier norma de derecho interno opuesta a ellas, ver, Primera Parte, Capítulo Primero.

<sup>322</sup> Alvarez, Elsa, *op. cit.*, nota 302, p. 5

del Mercosur de los requisitos de licencias no automáticas (LNA) o licencias automáticas condicionadas (LAC) establecidos en los comunicados brasileños objeto de la controversia.

La resolución del laudo acogió parcialmente la reclamación a Argentina y condenó a Brasil a ajustar su régimen de licencias de importación, a los criterios establecidos en el laudo, antes del 31 de diciembre de 1999.

Entre los muchos aspectos valiosos del laudo, uno que nos interesa destacar es el intento del Tribunal arbitral de elaborar el principio de primacía del Derecho del Mercosur. A pesar de que el laudo no habla en forma expresa de primacía del Derecho de la integración, parece evidente que la solución está basada en este último principio.<sup>323</sup>

En efecto, según el Tribunal arbitral la inexistencia de normas de carácter supranacional en el Mercosur "no obsta a que la interpretación de los instrumentos internacionales se realice teniendo en cuenta los fines, objetivos y principios del sistema de integración" (consid. 85 iii). En este sentido, el Tribunal cita a Robert Lecourt para estimar que la interpretación de los compromisos Mercosur debe hacerse conforme con el método teleológico. El laudo destaca que la necesidad de recurrir al enfoque teleológico es mayor aun cuando se trata de la interpretación de instrumentos que establecen procesos de integración, "pues las obligaciones emergentes de ellos no se agotan en algunos pocos actos de ejecución, sino que los tratados constituyen un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples. No se trata de un "derecho acabado", sino de un proceso dinámico dentro de una realidad en cambio; es un conjunto normativo e institucional de formación sucesiva."

Esta referencia al método teleológico utilizado por el TJUE en las sentencias "Costa" y "Van Gend en Loos" es un preludio a los considerandos 78 y siguientes de la decisión que contienen una afirmación indirecta de la primacía del Derecho del Mercosur.

En el considerando 78 el Tribunal estimó que "Habría una contradicción con el fin del programa de liberación y con su papel central en la arquitectura del MERCOSUR si, abandonando el paralelismo entre la eliminación de RA y RNA, se llegara al

---

<sup>323</sup> Bertoni, Liliana, *Laudos arbitrales en el Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2006, p. 350

desmantelamiento arancelario total mientras el manejo de las RNA quedara al albedrío unilateral de las Partes que podrían así mantener indefinidamente las restricciones no arancelarias e incluso aumentarlas. En tal hipótesis perdería todo sentido el programa de liberación y el fundamento mismo del MERCOSUR estaría en crisis. Habría en ese caso un vaciamiento del contenido del proceso de integración, privándolo de la efectividad del programa de liberación. Se perdería lo que Lecourt llama “la plenitud del efecto útil” de las disposiciones y del régimen que determinan.”

Cabe señalar la similitud teórica y hasta redaccional de este considerando con la parte central de la sentencia “Costa”.<sup>324</sup>

Al enunciar esto, el laudo establece también que los Estados no pueden aplicar con relación a los países de la región, normas internas contrarias al Derecho del Mercosur, o lo que es lo mismo, que las normas del Mercosur tienen primacía sobre el Derecho interno de los Estados miembros.

Para construir su doctrina acerca de la primacía del Derecho del Mercosur el Tribunal Arbitral se apoya en principios básicos del Derecho internacional público y del Derecho comunitario.<sup>325</sup> Parte del principio de cumplimiento de los tratados internacionales - *Pacta sunt servanda*- que reconoce como norma fundamental originaria del Derecho Romano, recogida por el art. 26 de la Convención sobre Derecho de los Tratados, firmada en Viena, el 23 de mayo de 1969 . Hay que recordar que Brasil no ha ratificado la Convención de Viena de 1969, por lo que el laudo no podría limitarse simplemente a invocar los arts. 26 y 27 de dicha Convención.

En segundo lugar, el Tribunal Arbitral fundamenta su razonamiento en el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados, principio que incluye no solo la honestidad de los actos de ejecución y su apego formal a la letra de los textos, sino también la idoneidad de la actividad de las Partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas.

---

<sup>324</sup> “...proveniente de una fuente autónoma, el Derecho nacido de los tratados no podría entonces, en razón de su naturaleza específica original, verse oponer judicialmente un texto interno cualquiera que sea, sin así perder su carácter comunitario y sin que quede comprometida la base jurídica misma de la Comunidad”.

<sup>325</sup> Susani, Nadine, *Règlement des différends dans le Mercosur: un système de droit international pour une organisation d'intégration*, ed. L'Harmattan, Paris, 2008, 321 p.

El Tribunal Arbitral utiliza también el concepto de efecto útil<sup>326</sup> o de eficacia mínima de las normas, elaborado por el TJUE, que significa “escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto aquella que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin”.

Es interesante la mención al principio de seguridad jurídica (consid. 60), como factor que imposibilita que un Estado Miembro deje de lado unilateralmente las obligaciones contraídas en un tratado.

Esta mención es básica para el Tribunal porque fundamenta el punto argumentativo central de su laudo. Según este último las obligaciones contraídas entre varios Estados impiden que uno de ellos modifique unilateralmente lo pactado. Claramente se dice que “en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rigen, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Parte en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales”.

Resulta muy importante destacar que el Tribunal considera que los principios y criterios de interpretación mencionados (método teleológico de interpretación conforme con las reglas de buena fe, de *pacta sunt servanda* y de seguridad jurídica) se consideran aplicables a todo proceso de integración, independientemente del nivel de avance o profundización del mismo.

Es evidente que los conceptos del Derecho comunitario europeo han sido tomados muy en cuenta en el primer laudo del “juez” Mercosur.

El Tribunal arbitral en su primer laudo aplica la doctrina “Costa” del TJUE para intentar consagrar el principio de primacía del Derecho del Mercosur sobre los derechos internos de los Estados miembros de la integración.<sup>327</sup> El “juez” del Mercosur dialoga con el “juez” de la UE para intentar contribuir al desarrollo jurídico del proceso de integración. Las señales de este diálogo son las numerosas referencias a la jurisprudencia y a la doctrina del Derecho comunitario europeo. El tribunal cita a Robert Lecourt, juez del TJUE, emplea el método teleológico de interpretación, establece una

---

<sup>326</sup> para más detalles ver “*Effet du droit communautaire*”, disponible en [www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1806&langId=fr](http://www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1806&langId=fr)

<sup>327</sup> Ventura, Deisy, First Arbitration Award in Mercosur: A Community Law in Evolution?, *Leiden Journal of International Law*, June 2000, vol. 13, Issue 2, p. 463



analogía entre los “procesos de integración”, utiliza la argumentación central de la doctrina “Costa”, etc.

Pero también cabe señalar que el “juez” del Mercosur queda muy prudente en su primer laudo. La utilización de los criterios del Derecho comunitario europeo para elaborar el principio de primacía del Derecho del Mercosur es tajante e indudable. No obstante, en ningún momento de su laudo el Tribunal utiliza de manera directa el concepto de primacía. El Tribunal se limita a tomar en consideración el efecto principal del principio de primacía: la imposibilidad para los Estados miembros de adoptar medidas unilaterales contrarias al Derecho de la integración sin que, de esta manera, quede comprometida la base misma de dicho proceso. Pero el Tribunal no va más allá. Su laudo no explicita el concepto de primacía en toda su complejidad: por ejemplo, no explica el concepto de “primacía interna” o “judicial” presente en la sentencia “Costa”<sup>328</sup>, tampoco aclara si todo el Derecho de la integración deberá prevalecer contra “las medidas unilaterales contrarias” del Derecho interno de los Estados miembros.

Podemos estimar que en su primer laudo el Tribunal arbitral Mercosur demostró un “activismo judicial” prudente. Los alcances de su sentencia quedan limitados.

Una parte de la doctrina considera que el laudo consagra de forma definitiva el principio de primacía del Derecho del Mercosur.<sup>329</sup> Sin embargo, otros autores quedan más reticentes.<sup>330</sup> En ese sentido Caligiuri y Figueroa<sup>331</sup> consideran que la primera sentencia del Tribunal ad hoc del Mercosur se asemeja más a una “carta de intención” diplomática y no a un pronunciamiento judicial que resuelve una controversia. En la opinión de los autores el juez ha dejado de lado la solución del conflicto conforme a las normas jurídicas para optar por un tipo de compromiso político...

A pesar de estas críticas doctrinales la posición jurisprudencial del primer Tribunal arbitral del Mercosur acerca del principio de primacía fue reafirmada, otra vez

---

<sup>328</sup> Cfr. *Infra*, Parte I, Párrafo 1

<sup>329</sup> Alvarez, Elsa, *op. cit.*, nota 302, p. 7

<sup>330</sup> Rey Caro, Ernesto, Doctrina jurisprudencial de los Laudos Arbitrales del Mercosur, *Cuadernos de Derecho internacional*, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Universidad de Córdoba, Argentina, Num. 1, 2004, pp. 11-19

<sup>331</sup> Caligiuri Ammendolia, Eugenio R. y Figueroa Véjar, Alejandro, *Los principios de primacía y operatividad en el Derecho comunitario como fundamentos para la integración de Latinoamérica*, Commentary on Current Issues, American Diplomacy, disponible en línea en [http://www.unc.edu/depts/diplomat/AD\\_Issues/caligiuri\\_merc.html](http://www.unc.edu/depts/diplomat/AD_Issues/caligiuri_merc.html)

en forma indirecta en el tercer laudo adoptado en el marco del PB el 10 de marzo de 2000.<sup>332</sup>

Dicha controversia enfrentó a Brasil y Argentina por motivos de salvaguardias que había impuesto el segundo a las importaciones brasileñas de tejido de algodón.<sup>333</sup>

Respecto al principio de primacía el Tribunal estimó que en virtud de lo avanzado del proceso de integración que vive el Mercosur las relaciones comerciales «deberán basarse en la regla de derecho» lo que implica que las medidas comerciales «deberán fundarse en acuerdos que crean vínculos jurídicos y no en medidas unilaterales tomadas por los miembros, sin fundamento jurídico alguno». Es decir, que los Estados no pueden tomar medidas inconsultas ni unilaterales, contrarias con la normativa Mercosur.

Para el Tribunal la regla de Derecho implica el respeto de los compromisos convencionales contraídos en el ámbito del Mercosur. Dicho respeto también exige de los Estados la no adopción de medidas unilaterales contrarias con las normas del Mercosur. La primacía es considerada de manera indirecta por su principal efecto: la prohibición de medidas de Derecho interno contrarias con el Derecho de la integración.

## **ii. La aclaración de los efectos del principio de primacía en la jurisprudencia arbitral posterior**

Como ya fue expuesto en la primera parte, las modalidades de aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario europeo fueron explicitadas por el TJUE en la sentencia Simmenthal de 1978. Conforme con la solución adoptada por el juez europeo una medida nacional contraria al Derecho comunitario debe quedar automáticamente inaplicable por parte del juez nacional.<sup>334</sup>

En el ámbito del Mercosur los efectos del principio de primacía sobre las normas internas contrarias al Derecho internacional de la integración fueron aclarados por el

---

<sup>332</sup> *Idem*

<sup>333</sup> disponible en línea en [www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo\\_br\\_03\\_es\\_Salvaguardia\\_sobre\\_textilesLaudo.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo_br_03_es_Salvaguardia_sobre_textilesLaudo.pdf)

<sup>334</sup> Cfr. infra

quinto Tribunal arbitral ad hoc en la controversia sobre restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo del 29 de septiembre de 2001.<sup>335</sup>

En dicho laudo el Tribunal arbitral decidió por unanimidad la derogación automática de una medida nacional argentina que estimó contraria con el Derecho del Mercosur. En particular el Tribunal destacó en su resolución final: “que la resolución de la República Argentina (...), por la cual se aplica el tratamiento arancelario extrazona a las mercaderías exportadas por la empresa Motociclo es violatoria de la normativa Mercosur, por lo cual: a) *Se revoca y se deja sin efecto la referida resolución.*”

Esta solución fue objeto de críticas muy vivas por parte de Argentina que solicitó una aclaratoria del laudo. En efecto según Argentina, el Tribunal Arbitral se había arrojado una facultad que no le correspondía: la de revocar la medida nacional argentina. En la opinión de la defensa argentina el laudo del Tribunal arbitral tenía por sólo objeto pronunciarse sobre la compatibilidad de la medida nacional con el Derecho de la integración, y, en el caso de considerar a esta última contraria con la normativa Mercosur, recomendar al Estado parte que la deje sin efecto en un plazo determinado. Argentina también recordó que tal es la solución en el ámbito del Derecho comunitario europeo: el TJUE no puede por sí sólo proceder a la derogación de la medida nacional contraria sino que su anulación incumbe al Estado parte que la aplicó. Finalmente, según Argentina la imposibilidad para un órgano judicial de derogar una medida nacional se explica por el necesario respeto de la soberanía normativa de los Estados parte de un proceso de integración.

La respuesta del Tribunal fue de firme reafirmación de la solución adoptada en el laudo, objeto de la aclaratoria argentina. El Tribunal estimó que su laudo había respetado el principio de soberanía normativa de los Estados miembros del Mercosur. En este sentido, el Tribunal consideró que “ni (se) cuestiona, ni (se) puede cuestionar la vigencia y la validez del conjunto normativo argentino...” Según el Tribunal la medida nacional derogada no fue adoptada por Argentina en el ejercicio de su soberanía normativa. En efecto, en la opinión del Tribunal el acto derogado era un simple acto personal elaborado por la Administración aduanera argentina y no una ley u otro acto formando parte del conjunto normativo de este país. En este sentido, el Tribunal

---

<sup>335</sup> vid. [http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo\\_br\\_05\\_es\\_Restricc\\_acceso\\_merc\\_bicicletas.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo_br_05_es_Restricc_acceso_merc_bicicletas.pdf)

destaca que “no se trata de un acto normativo (...) sino de un mero acto aplicativo de unas normas concretas y específicas cuya validez queda respetada.” El Tribunal consideró que dicho acto administrativo argentino viola lo establecido en el artículo 1 del Tratado de Asunción que implica “la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos 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”. Para el Tribunal dicha violación constituye un dato de “ilicitud” o “antijuricidad” que sólo puede ser sancionado por su revocación.

Dicho en otros términos según el Tribunal en caso de conflicto entre un acto administrativo interno y una norma del Mercosur, la norma del Derecho de la integración debe prevalecer sobre la medida nacional. El efecto principal de esta primacía de la norma internacional consiste en que el “juez” del Mercosur ordene la derogación de la medida nacional contraria. Al mismo tiempo, el Tribunal establece una distinción entre las medidas nacionales que pueden ser sujetas a derogación: sólo pueden ser anuladas por el Tribunal las medidas administrativas y no los actos normativos del Estado parte. Estos últimos gozan de inmunidad en razón de la necesidad de asegurar el respeto de la soberanía normativa de los Estados miembros.<sup>336</sup>

El Tribunal basa esta solución en dos fundamentos principales. En primer lugar, el Tribunal se refiere a la necesidad de “preservar el ordenamiento jurídico Mercosur ante una decisión individualizada, un acto administrativo específico, que contraviene directa y palmariamente un principio básico del Tratado de Asunción como es la libre circulación de mercancías.” En segundo lugar, el Tribunal estima que la derogación de la medida incumbe a los órganos arbitrales ad hoc del Mercosur porque estos últimos son los “protectores” del orden jurídico Mercosur. En este sentido, el Tribunal consideró que “la creación del orden jurídico Mercosur (...) requiere de un instrumento de protección que queda deferido a los Tribunales Arbitrales “ad hoc” cuando los conflictos toman estado litigioso.” Para cumplir con esta misión de protección de la coherencia del ordenamiento jurídico Mercosur contra actos nacionales contrarios, los Tribunales deben gozar de “la eficacia directa de sus resoluciones”, considerada como “única

---

<sup>336</sup> Rey Caro, Ernesto, et al., Drnas de Clement, Zlata (coord.), *Doctrina jurisprudencial de los laudos arbitrales del Mercosur*, *Cuadernos de Derecho Internacional*, num. 1, Cordoba 2004, p. 25

forma de hacer efectivo el pronunciamiento jurídico en el caso concreto preservando el valor de la seguridad jurídica ante una perturbación directa del ordenamiento (...).” Esta eficacia directa de las resoluciones puede ser alcanzada de dos maneras principales: adoptar soluciones meramente declarativas (que no anulan las medidas nacionales contrarias, en particular tratándose de actos normativos) o dictar resoluciones de plena jurisdicción (que anulan las medidas internas contrarias cuando éstas sean de carácter administrativo.)

Según el Tribunal: “Esa doble decisión mantiene a la vez la primacía y el efecto directo del ordenamiento Mercosur, y la soberanía -a efectos normativos- de los Estados parte.”

Esta fórmula de particular tinte integracionista expresa de forma clara la posición del Tribunal ad hoc respecto a las características del Derecho de la integración Mercosur. Por primera vez en los laudos de los Tribunales arbitrales Mercosur aparecen expresa y directamente las nociones de “primacía” y “efecto directo”. Según el Tribunal arbitral ad hoc constituido en el laudo y la aclaratoria comentada el Derecho Mercosur es dotado de los dos componentes de un Derecho realmente comunitario: la primacía y el efecto directo. En la opinión del Tribunal estos dos elementos deben hacerse respetar bajo una reserva que también nombra de forma expresa: la soberanía normativa de los Estados miembros.<sup>337</sup>

Podemos estimar que la solución de este laudo da señales muy claras de la voluntad de los órganos de solución de controversias de contribuir a la profundización y al desarrollo de la integración en el Mercosur. Mediante la apreciación de la derogación de los actos nacionales contrarios con el Derecho de la integración el Tribunal confirma la fuerza operativa del principio de primacía del Derecho del Mercosur.<sup>338</sup> De esta manera, corrobora lo establecido por los Tribunales arbitrales en el primer y tercer laudo. En la aclaratoria del laudo 5 el Tribunal reitera que el ordenamiento jurídico Mercosur debe ser preservado del efecto corrosivo que producen los actos unilaterales contrarios de los Estados (en particular los actos administrativos). El encargado de velar

---

<sup>337</sup> Kegel, Patricia y Amal, Mohamed, Instituições, Direito e Soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da UE e do Mercosul, *Revista Brasileira de Política Internacional*, jul. 2008, vol. 52, 1, p. 60

<sup>338</sup> Cárdenas, J., y Tempesta, G., Arbitral Awards under Mercosur’s Dispute Settlement Mechanism, *Journal of International Economic Law*, June 2001, 4, p. 350

a la coherencia del orden jurídico Mercosur y a sancionar los Estados miembros que contravienen a esta última es el “juez” Mercosur. Se trata de una cualidad autoproclamada. En efecto en este asunto el Tribunal se arroja la función de “protector” o “guardián” del ordenamiento jurídico Mercosur. Cabe señalar la clara analogía con la función principal del TJUE respecto al Derecho comunitario de la UE.

No obstante, también cabe relativizar el alcance de la aclaratoria del quinto laudo. En primer lugar, precisamente porque se trata de una aclaratoria que no posee la misma fuerza y autoridad de cosa juzgada que un laudo arbitral. En segundo lugar, porque sus aportaciones respecto a los efectos del principio de primacía quedan limitadas. A pesar de que el Tribunal se arroja la capacidad de ser “protector” del orden jurídico Mercosur y de su primacía sobre los ordenes nacionales de los Estados miembros, el Tribunal no procede a la aclaración del concepto de “derogación” judicial de una medida nacional contraria con el Derecho de la integración. Cabe recordar que en su sentencia *Simmenthal* el TJUE estimó que las medidas nacionales contrarias debían ser dejadas sin efecto (inaplicadas) por el juez nacional en los asuntos internos. En su quinto laudo arbitral el Tribunal ad hoc del Mercosur estima que la medida interna contraria debe ser derogada, pero no menciona nada acerca de las modalidades (internas) concretas de la derogación (deberá hacerse por los jueces nacionales, el legislador etc.?). Esta falla de la sentencia presenta el riesgo de volver la medida derogada ineficaz en el ámbito del Mercosur pero eficaz en el orden jurídico interno del país que puede continuar a aplicarla contra vientos y mareas. Pero sobre todo una tal solución afecta el principio de seguridad y previsibilidad jurídica que el mismo Tribunal arbitral defendió en varias ocasiones.

Por esto podemos estimar que el valor de la sentencia es más programático que Operacional. El “protector” del ordenamiento Mercosur se contenta en derogar la medida argentina para subrayar la importancia del respeto del principio de primacía. A pesar del carácter ambicioso de esta afirmación la solución queda difícil de ejecutar. Esta prudencia de los árbitros por preservar la soberanía (normativa y política) de los Estados miembros caracteriza toda la jurisprudencia arbitral en el ámbito del PB y del POP.

Si admitamos que el juez Mercosur sigue la doctrina “Costa” y toma en consideración la doctrina “Simmenthal” para establecer el principio de primacía del Derecho Mercosur sobre los Derechos internos de los Estados miembros y aclarar las modalidades de su aplicación también cabe explicar en qué esta jurisprudencia contribuye al desarrollo de la integración en el Mercosur.

### **iii. La importancia del principio de primacía para la profundización de la integración en el Mercosur**

Podemos estimar que el desarrollo de un proceso de integración cuyas normas carezcan de primacía es impensable. Como ya fue expuesto anteriormente acerca de la primacía del Derecho comunitario de la UE<sup>339</sup> la primacía es una “condición existencial” de la eficacia de toda norma comúnmente adoptada por varios Estados a nivel internacional. En realidad si los acuerdos logrados por el consenso de todos los países miembros pudieran ser dejados de lado o violados unilateralmente por uno de ellos se afectaría la base misma de la idea de normas “comunes” a un Mercado Común o una Unión aduanera común o de cualquier otra forma de integración.<sup>340</sup>

Desde un punto de vista general la coexistencia de múltiples órdenes jurídicos: el común a nivel internacional y varios órdenes jurídicos internos siempre implica establecer reglas claras de jerarquía entre las normas y de preeminencia del Derecho común sobre el Derecho de cada país miembro.

Como ya fue expuesto anteriormente en el caso del Mercosur, el proceso de integración se caracteriza por su carácter intergubernamental y por la completa ausencia de instituciones o mecanismos supranacionales. No obstante, para que el Derecho comúnmente adoptado por los Estados mediante compromisos consensados pueda gozar de una eficacia mínima se necesita garantizar su primacía. Igual que en el caso de la UE la primacía se vuelve una condición *sine qua non* para la existencia misma de Derecho común de la integración.

---

<sup>339</sup> cfr. Infra

<sup>340</sup> Lavapa, Jorge Horacio, *La dimensión jurídica de la integración*, disponible en [www.cai1.org.ar/publicaciones](http://www.cai1.org.ar/publicaciones)

Al lado de sus implicaciones para la existencia y la eficacia de la normativa común la primacía presenta también una connotación simbólica intrínseca. En primer lugar, porque la primacía fomenta la credibilidad de todo el proyecto de integración. Los actores externos al proceso (países terceros, inversionistas extranjeros, ONG, etc.) consideran la primacía como una garantía tanto de la eficacia como de la seriedad de los compromisos contraídos por los países miembros en el ámbito del Mercosur. En segundo lugar, la existencia de la primacía como característica del Derecho de la integración sirve como un catalizador para la confianza mutua entre los mismos países miembros sobre la viabilidad del proyecto común. Finalmente (y este es tal vez el valor más importante de la primacía del Derecho de la integración) ésta es un instrumento jurídico que frena el ejercicio unilateral de la soberanía normativa de cada Estado en un sentido contrario al Derecho común.<sup>341</sup>

En este sentido, sin una consagración expresa del principio de primacía, los conflictos que se presentan entre la normativa Mercosur y las reglas internas contrarias serán resueltos conforme con la solución clásica del Derecho internacional según la cual cada Estado miembros determina en su propia Constitución interna las resoluciones de tales contradicciones. Sin embargo, sobre este punto existe una importante disparidad en las soluciones adoptadas en la materia por los dos países más importantes del Mercosur: Brasil y Argentina.

En efecto ninguna de las Constituciones de los dos países contiene disposiciones expresas que regulen la primacía del Derecho Mercosur sobre las normas nacionales. Además, el tema ha sido tratado en forma diferente por los tribunales nacionales de Argentina y Brasil.

Así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso "Cafés La Virginia S.A.", adelantó la primacía del derecho del Mercosur, al resolver sobre acuerdos entre Argentina y Brasil negociados en el marco de ALADI.

La jurisprudencia de los tribunales de Brasil, en lo que se refiere a la jerarquía de los tratados internacionales y normas del Mercosur con relación al Derecho interno, es muy fluctuante, pero en sustancia se inclina por la aplicación de las normas internas, sin

---

<sup>341</sup> Duina, Francesco, Constructing Common Cultures, the Ontological and Normative Dimensions of Law in the EU and Mercosur, *European Law Journal*, n. 4, dic. 2002, p. 590



reconocer la supremacía de los Tratados o del Derecho del Mercosur. El Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF), por ejemplo, resolvió el 4 de mayo de 1998, no cumplir un pedido de embargo preventivo solicitado en la carta rogatoria n° 8.279 de la República Argentina, basada en el Protocolo de Medidas Cautelares de 1994, sosteniendo que el Protocolo no se hallaba formalmente incorporado en el Derecho positivo interno de Brasil, porque a pesar de haberse depositado el instrumento de ratificación, no había sido promulgado mediante decreto por el Presidente de la República.

Estas incoherencias en las soluciones nacionales son sin duda perjudiciales a la unidad necesaria para lograr la integración de los Estados miembros en la construcción jurídica común del Mercosur. En este sentido, la consagración de la primacía de la normativa común constituiría un elemento de inconmensurable importancia para el desarrollo de la integración regional porque permitiría unificar las soluciones nacionales y por lo tanto evitar las contradicciones y el unilateralismo respecto al valor que tiene que ser reservado al Derecho Mercosur en relación con el Derecho interno de cada país miembro. Esta unificación no sólo reforzaría la eficacia y la fuerza operacional del Derecho del Mercosur sino que también consolidaría los vínculos entre los Estados miembros de la integración, creando una garantía de que los compromisos consensados a nivel internacional serán respetados a nivel interno. De esta forma, se lograría impulsar todo el proceso de integración, tanto a nivel jurídico como económico, comercial o político.

Por todo esto no podemos más que lamentar la falta de activismo por parte de los Tribunales arbitrales ad hoc constituidos bajo el PB y el POP para consagrar en forma explícita y definitiva el principio de primacía del Derecho del Mercosur sobre los Derechos internos de los Estados miembros. Su solución prudente revela los límites intrínsecos tanto a su naturaleza arbitral como a la estructura institucional y política de la integración en la que éste se inserta. La consagración de una primacía indirecta para el Derecho del Mercosur es una señal de la consciencia del “juez” de la necesidad de volver verdaderamente operativo el Derecho del Mercosur. Pero un árbitro es siempre “el juez de las partes”, por lo tanto, la consagración del principio de primacía debe resultar de la voluntad concordante de las partes...

No obstante, la trascendencia de la consagración del principio de primacía para el desarrollo de la integración regional, este último principio no es suficiente para volver plenamente eficaz el Derecho Mercosur. Sin garantizar la aplicación inmediata o el efecto directo de la normativa común la solución presenta los riesgos inherentes al sistema existente en el Derecho internacional clásico. Como ya fue expuesto anteriormente respecto a la primacía del Derecho de la UE, en Derecho internacional rige el principio de primacía pero no hay una aplicación generalizada del principio de efecto directo. En consecuencia, una norma internacional puede gozar de primacía a nivel internacional en las relaciones interestatales pero por falta de aplicación correcta a nivel nacional (ausencia de implementación o mala implementación de la norma internacional al Derecho interno) esta primacía es inaplicable a nivel nacional. Así por ejemplo cuando existe una norma de Derecho interno contraria con la norma de Derecho internacional, la primera se considera inválida e inaplicable a nivel internacional pero plenamente válida y vigente a nivel nacional. Como ya vimos antes esta solución presenta graves peligros para la eficacia del Derecho internacional y fue resuelta en el ámbito de la UE por la doctrina del efecto directo elaborada por el TJUE.<sup>342</sup>

Aparece así que en el ámbito del Mercosur la consagración de la primacía del Derecho de la integración de no ser acompañada por un efecto directo de este último a nivel nacional garantizaría la eficacia únicamente internacional de la normativa Mercosur sin tomar en cuenta la necesidad de garantizar su máxima fuerza operacional: tanto a nivel interno como internacional. En resumen, la primacía sin efecto directo dejaría la cuestión de la eficacia del Derecho del Mercosur a la libre consideración de cada Estado miembro a nivel interno.

El efecto directo del Derecho del Mercosur es una cuestión de suma complejidad que el “juez” de la integración tuvo que aclarar en varias de sus sentencias.

## **b. El efecto directo de la normativa Mercosur**

---

<sup>342</sup> Cfr. infra

En varias de sus sentencias los Tribunales arbitrales del Mercosur intentaron establecer principios jurisprudenciales que sirvan de paliativo a la ausencia de efecto directo del Derecho regional (i.). A pesar de su voluntad de promover la aplicación directa de la normativa Mercosur por parte de los Estados miembros de la integración el alcance de la jurisprudencia arbitral en esta materia permaneció limitado y su importancia para el desarrollo de la integración regional es relativa (ii.).

#### **i. La posición controvertida de los Tribunales arbitrales**

Como ya fue expuesto en partes anteriores el efecto directo alude a la capacidad del Derecho de las integraciones regionales para generar derechos y obligaciones para los ciudadanos de los Estados miembros. En consecuencia, toda persona puede reclamar ante al juez nacional la aplicación del Derecho de la integración y los jueces tienen la obligación de aplicar las normas comunes, cualquiera que sea la legislación del país, tanto en lo referido a las relaciones entre particulares, así como entre ellos y los Estados miembros.<sup>343</sup>

El efecto directo debe ser distinguido del concepto vecino de aplicabilidad inmediata. La aplicabilidad inmediata de una norma comunitaria implica que ella adquiere automáticamente estatuto de Derecho positivo en el orden interno de los Estados miembros, sin requerir norma interna alguna que la trasponga al ordenamiento jurídico nacional. Los poderes de los Estados miembros están obligados a aplicar las normas comunitarias, no pudiendo invocar razones de Derecho constitucional para no hacerlo.

Como ya fue demostrado en la primera parte, gracias a la contribución del TJUE, en la UE, el Derecho comunitario, en su conjunto, goza de aplicabilidad inmediata y se integra a los ordenamientos jurídicos nacionales por el simple hecho de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.<sup>344</sup> También cabe recordar que la jurisprudencia del TJUE dotó las normas comunitarias de un efecto directo de principio

---

<sup>343</sup> Gattinoni de Mujía, María et al., El efecto directo de las normas MERCOSUR y el asunto Van Gend en Loos, *RDMI*, año 06, n. 04, Argentina 2002, pp. 69-87.

<sup>344</sup> Cfr. *Infra*

en virtud del cual los particulares pueden invocar su beneficio en los litigios internos llevados ante los jueces nacionales.<sup>345</sup>

En el caso del Mercosur la cuestión de la existencia o no de efecto directo o aplicabilidad inmediata de las normas comunes de la integración fue discutida en varios laudos arbitrales del “juez” Mercosur.

Así por ejemplo en su segundo laudo del 27 de septiembre de 1999<sup>346</sup> el Tribunal subrayó la importancia de implementar las normas Mercosur en la legislación interna de los países no obstante el hecho de que el principio de efecto directo de la normativa Mercosur no goza de un reconocimiento expreso en el Derecho de la organización.

En este asunto Argentina invocaba la contrariedad de algunas medidas internas brasileñas con una norma de Derecho derivado del Mercosur relativa a la prohibición de los subsidios en el comercio intrazona (la Decisión CMC 10/94). En su respuesta, Brasil no se estimaba ligado por lo dispuesto en dicha norma porque no la había implementado en su ordenamiento jurídico interno.

El laudo arbitral en los puntos 55, 75 y 89 hizo referencia general al valor de las normas que requieren implementación, y también especificó la obligación que emerge del segundo párrafo del artículo 11 de la Decisión CMC 10/94: “... instrumentarán las medidas que consideren necesarias...”. El Tribunal Arbitral aclaró que dicho artículo 11 *in fine* requiere de implementación y que no es directamente aplicable como generador de derechos y obligaciones concretas. No obstante, esta ausencia de un efecto directo expreso de la norma en cuestión, en la opinión del Tribunal no le quita todo valor, ya que expresa la necesidad de evitar incentivos distorsivos.

En este sentido, en el considerando 55 el Tribunal señaló que “la circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que las mismas carezcan de todo valor, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios.”

De este modo el Tribunal establece una doble obligación a cargo de los Estados miembros. En primer lugar, se trata de una obligación de hacer: implementar las

---

<sup>345</sup> Sentencia Van Gend en Loos

<sup>346</sup> vid. [www.tprmercursosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo\\_br\\_02\\_es\\_Subsidios\\_prod\\_export\\_cerdo.pdf](http://www.tprmercursosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo_br_02_es_Subsidios_prod_export_cerdo.pdf)

normas en su orden jurídico interno. En segundo lugar, también se trata de una obligación negativa (de no hacer): no frustrar su aplicación en el periodo en el que no se ha llevado a cabo una correcta implementación.

Podemos estimar que la instauración de esta doble obligación por parte del Tribunal es destinada a servir de paliativo a la ausencia de efecto directo de las normas.<sup>347</sup> El Tribunal parece consciente de la necesidad de garantizar la eficacia interna de las normas Mercosur, por esto busca una manera idónea de obligar los Estados de ejecutar los compromisos libremente contraídos a nivel internacional. La obligación de hacer: implementar la norma Mercosur a nivel interno y la de no hacer: no tomar medidas que frustren su aplicación se aparenta a la búsqueda de un efecto directo mínimo o de sustitución por el juez Mercosur.

Podemos hallar una clara inspiración del Tribunal arbitral en la jurisprudencia del TJUE respecto al efecto directo de las directivas comunitarias.<sup>348</sup> Como fue expuesto anteriormente el TJUE reconoce la obligación de los Estados de hacer: de incorporar la directiva en su orden jurídico interno, y también de no hacer: de no adoptar medidas nacionales que violan su contenido en el periodo de la trasposición. Sin embargo, la diferencia mayor entre esta jurisprudencia y la del Tribunal arbitral Mercosur en su tercer laudo reside en la sanción a la violación de la doble obligación. En realidad, el TJUE estima que cuando el Estado miembro incumple con su obligación de hacer (y no traspone la directiva en el plazo indicado) o de no hacer (adopta medidas contrarias con el contenido de la directiva en el periodo previo a la trasposición) la sanción consiste en el reconocimiento comunitario del efecto directo automático de la directiva (la directiva se considera insertada en la legislación nacional y los particulares pueden solicitar a su juez nacional de asegurar su respeto en contra del Estado infractor).

El Tribunal arbitral Mercosur no llega a reconocer el efecto directo como sanción de la violación de la doble obligación que incumbe a los Estados miembros del

---

<sup>347</sup> Rey Caro, Ernesto, *Drnas de Clement, Zlata op. cit.*, nota 336, p. 25

<sup>348</sup> Así por ejemplo en varias sentencias el Tribunal recordó la obligación de los Estados miembros de incorporar las directivas en su orden jurídico nacional. (TJUE, 6 de mayo de 1980, Comisión c/ Bélgica, aff. 102/79, Rec. 1473). De la misma manera el Tribunal estimó que en el caso de no haber implementado la directiva en la legislación nacional en el plazo de tiempo determinado, los Estados no podían tomar medidas incompatibles con el contenido de la directiva porque ésto constituiría una violación clara del Derecho comunitario (TJUE, 8 de octubre de 1996, Erick Dillenkorfer c/Alemania, aff. C-179/94, Rec. I-4845). Es precisamente en el caso de violación por el Estado miembro de la obligación de no hacer que el Tribunal estimó necesario dotar la directiva de un efecto directo (efecto directo de reparación).

Mercosur en cuanto al valor de la normativa no implementada. Podemos considerar que el Tribunal prefirió quedar más prudente en esta sentencia y limitarse a establecer la doble obligación sin, por lo tanto, prever su sanción. Sabemos que una obligación jurídica no provista de sanción tiene una fuerza ejecutoria limitada y se asemeja más a una obligación programática o de *soft law*.

Igual que en las otras sentencias el Tribunal arbitral Mercosur en su voluntad de establecer un efecto directo mínimo o de sustitución dictó una sentencia de valor limitado e implícito. Para no ir directamente en contra de la voluntad de los Estados el Tribunal admitió la ausencia de efecto directo de la normativa Mercosur. Por lo tanto, estimó que éste no la privaba de valor y que una doble obligación de hacer y de no hacer debía garantizar un respeto mínimo de su eficacia en el orden jurídico interno de los Estados miembros. Pero esta obligación no es dotada de sanción, al menos en esta sentencia. En consecuencia, podemos estimar que el Tribunal se queda a mí-camino entre su voluntad de garantizar la eficacia mínima de las normas Mercosur a nivel interno y al mismo tiempo respetar los intereses de los Estados miembros y sus pretensiones soberanistas. La inspiración de la jurisprudencia del TJUE en materia de efecto directo es evidente, pero igual a medias.

Todos estos factores hacen aparecer de forma particularmente clara la prudencia del Tribunal arbitral y la falta de activismo judicial que le impide consagrar un efecto directo pleno de las normas Mercosur.

Dicha solución es corroborada con aún más claridad en el laudo 4 del 21 de mayo de 2001 relativo a . "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil".<sup>349</sup>

En dicha sentencia el Tribunal realizó un análisis de la problemática del efecto directo de la normativa Mercosur partiendo del concepto de obligatoriedad limitada por las exigencias de vigencia simultánea (párrafo 117)<sup>350</sup> y diferenciando las obligaciones de hacer (incorporación de la norma cuando sea necesario) de las obligaciones de no

---

<sup>349</sup> Disponible en: [www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo\\_br\\_04\\_es\\_Antidumping\\_expor\\_pollos.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo_br_04_es_Antidumping_expor_pollos.pdf)

<sup>350</sup> "A su vez la obligatoriedad de las normas, aunque limitada por la exigencia de vigencia simultánea, no deja de tener contenido. Se trata de una obligación jurídica para cada Estado que se concreta en una obligación de hacer: "adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur" (POP, art. 38) y además, agrega en forma imperativa el artículo 42, "cuando sea necesario, deberán, ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales".

hacer (abstenerse de adoptar medidas que se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada no incorporada aún, de acuerdo al principio de buena fe). Finalmente, concluyó que en ambos casos, su vigencia requiere de un acto jurídico nacional visto que el Mercosur no es una organización supranacional y cada Estado Miembro conserva la decisión soberana de incorporar o no la norma y determinar el momento adecuado para hacerlo (párr. 117 y 119).<sup>351</sup>

La misma solución fue reiterada en el octavo laudo del árbitro Mercosur del 21 de mayo de 2002 relativo a la aplicación del Impuesto Específico Interno ("Imesi") a la comercialización de cigarrillos originarios de la República del Paraguay.<sup>352</sup>

. En dicha sentencia el Tribunal afirmó que "(...) las obligaciones creadas por el Mercosur en materia de libre circulación tienen una doble naturaleza: la primera es negativa -prohíben a los Estados Miembros introducir cualesquiera normas contrarias a ese objetivo- y, la segunda, (...) es una obligación positiva de implantar de buena fe en su legislación lo que sea necesario para alcanzar la integración."

En cuanto la obligación positiva de incorporar las normas Mercosur en el orden jurídico interno de los Estados el juez Mercosur tuvo que pronunciarse acerca del plazo en el que se debe cumplir con dicha obligación. Visto que las reglas del Mercosur no prevén de forma expresa un plazo concreto para la incorporación el "juez" Mercosur tuvo que fijar jurisprudencialmente los criterios que permitan remediar a este silencio de los textos convencionales.

En particular en su séptimo laudo del 19 de abril de 2002<sup>353</sup> el Tribunal arbitral ad hoc tuvo que pronunciarse sobre la falta de incorporación de 5 resoluciones del GMC por parte de Brasil. La inercia de este Estado se había prolongado por más de 6 años teniendo en cuenta que todos los demás países miembros habían adoptado las medidas necesarias para la incorporación de las normas Mercosur en cuestión en su legislación interna. En su defensa Brasil pretendía que la obligación positiva de

---

<sup>351</sup> La apreciación de cuándo es necesario proceder a la incorporación queda en definitiva en manos de cada Estado, como es natural en la estructura institucional del Mercosur. La necesidad de incorporar la norma al respectivo ordenamiento y la forma de hacerlo dependerá del correspondiente sistema constitucional cuya interpretación es una prerrogativa de cada Estado.

<sup>352</sup> Disponible en: [www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo\\_br\\_08\\_es\\_Impuesto\\_espec\\_inteno.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo_br_08_es_Impuesto_espec_inteno.pdf)

<sup>353</sup>

Disponible

en:

[www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo\\_br\\_07\\_es\\_Obstac\\_ingreso\\_prod\\_fitosanitarios.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo_br_07_es_Obstac_ingreso_prod_fitosanitarios.pdf)

implementación es una obligación sin plazo, cuyo cumplimiento depende de los criterios propios de cada Estado.

El Tribunal consideró que “no existen en el Derecho obligaciones sin plazo, cuya exigibilidad quede librada a la voluntad del obligado.” A pesar de que no existe una previsión expresa en la normativa Mercosur que imponga un plazo determinado para el Cumplimiento de la obligación de incorporar, el Tribunal estimó que dicha laguna debe ser llenada por los principios generales del Derecho internacional aplicables al caso analizado. En la especie el Tribunal tomó en consideración tres principios consuetudinarios del Derecho internacional: el principio de *pacta sunt servanda* (cumplimiento de los compromisos asumidos), el de buena fe de las obligaciones asumidas en los Tratados internacionales y el principio de razonabilidad en la actuación y conducta de las Partes, y en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Mercosur. Conforme con estos principios el Tribunal concluyó que el concepto jurídico indeterminado de “plazo razonable”, debe ser llenado en cada caso, delimitando el plazo que razonablemente el Estado Parte podría haber asumido en incorporar efectivamente la normativa objeto de la obligación a su Derecho interno. En el asunto examinado el Tribunal estimó que un plazo mayor a 6 años para la incorporación de las resoluciones GMC en cuestión no es un plazo razonable y por lo tanto invitó a Brasil a cumplir de manera inmediata con la obligación positiva de implementación de dichas normas que éste asume en el ámbito del Mercosur.

La problemática relativa al plazo razonable del que disponen los Estados para cumplir con su obligación de incorporación tiene connotaciones sumamente importantes para la apreciación de la (no) existencia del principio de efecto directo en el ámbito del Mercosur.<sup>354</sup> En efecto, en esta sentencia, por el simple hecho de aceptar que existe un plazo para la implementación del Derecho del Mercosur en el Derecho interno de los Estados miembros el Tribunal arbitral asume una postura de negación del efecto directo como característica de la normativa Mercosur. El efecto directo significa inmediatez en la transposición y aplicación de una norma a nivel interno, cada plazo, incluso el razonable impide todo efecto directo. Además, el Tribunal no especifica de una vez por todas qué plazo de incorporación debe ser considerado como razonable. El análisis,

---

<sup>354</sup> Rey, Caro, Drmas de Clement, Zlata, op. cit., nota 336, p. 30



guiado por los principios de pacta sunt servanda, buena fe y razonabilidad debe hacerse conforme con las exigencias de cada especie, llevada ante él. Esta falta de precisión termina por dejar un margen de maniobra considerable a los Estados miembros para determinar el momento adecuado en el que estiman necesario proceder a la incorporación. El Tribunal se contenta en sancionar los retrasos excesivos pero no va más allá. Lo exige el respeto por la voluntad política de los Estados miembros de ejecutar o no la obligación positiva de incorporación del Derecho Mercosur a sus órdenes jurídicos nacionales.

Podemos considerar que esta solución del Tribunal debilita sus esfuerzos anteriores por consagrar un efecto directo mínimo (o indirecto) a través de la distinción de las dos obligaciones que incumben al Estado en cuanto la aplicación de la normativa Mercosur en sus órdenes jurídicos nacionales.

En definitiva, aparece que los intentos del “juez” Mercosur de paliar la ausencia en los textos de una referencia al principio de efecto directo del Derecho de la integración tuvieron un alcance limitado. A pesar de su voluntad de remediar a la ausencia de incorporación de las normas Mercosur por parte de sus Estados miembros los Tribunales arbitrales, en el ámbito del Protocolo de Brasilia y de Ouro Preto, no adoptaron una sentencia activista que establezca de manera clara, inévoca y definitiva la existencia de un principio de efecto directo para el Derecho de la integración en el Mercosur. La no consagración jurisprudencial del principio de efecto directo del Derecho del Mercosur tiene varias implicaciones para el desarrollo de la integración regional en el bloque.

## **ii. Las implicaciones del principio de efecto directo para la integración en el Mercosur**

Conforme con lo anteriormente expuesto ni la normativa Mercosur ni la jurisprudencia de su órgano de solución de controversias establecen de forma expresa el principio de efecto directo de las normas emanadas de dicha organización.

Esta ausencia de efecto directo del Derecho Mercosur es perjudicial a la eficacia del mismo, pero además pone en duda la viabilidad y estabilidad de todo el proceso de

integración. En efecto para lograr el éxito del proceso de integración es necesario, en primer lugar, que el Derecho adoptado por la organización internacional que regula a este último pueda ser aplicado y plenamente respetado por sus Estados miembros.<sup>355</sup> El efecto directo permite esta aplicación sin reservas de las normas de la integración por parte de los Estados miembros. La inserción automática de las normas en los sistemas jurídicos nacionales permite la eficacia de los compromisos de integración contraídos por parte de los países a nivel internacional. Esta eficacia del Derecho de la integración fomenta el logro de los fines y objetivos inherentes al proceso de integración en su conjunto y evita el unilateralismo, las aspiraciones soberanistas y los conflictos potenciales entre los Estados miembros.

En segundo lugar, cabe destacar que un proceso de integración como el contemplado en los Tratados constitutivos del Mercosur exige que los particulares, es decir, los propios agentes económicos, puedan beneficiarse de la normativa común a través de un cauce procedimental menos rígido que el de la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de sus obligaciones internacionales.<sup>356</sup>

El efecto directo otorga a los particulares que son los destinatarios últimos de las normas de integración la posibilidad de invocar las normas del Derecho de la integración que por su aplicabilidad inmediata adquieren el estatuto de Derecho nacional.

En el mismo sentido, tenemos que recordar la imposibilidad del particular de recurrir directamente a los Tribunales arbitrales, lo que supone un gran obstáculo al reconocimiento de este principio en el sistema jurídico del Mercosur.

Además, los problemas planteados por la ausencia de instrumentos jurisdiccionales que permitan a los particulares recurrir directamente al Tribunal arbitral manifiesta una situación paradójica, porque al fijar derechos y obligaciones, las normas del Mercosur deberán ser cumplidas por los Estados miembros y los particulares, pero estos últimos no tienen como presentar una demanda directa al órgano arbitral, debiendo en algunos casos, cuando la violación o incumplimiento proviniera de su propio Estado, acudir a los jueces nacionales. Es entonces cuando los problemas

---

<sup>355</sup> Gattinoni de Mujía, María et al., *op.cit.*, nota 342, p. 75

<sup>356</sup> Bergamaschine Mata Diz, Jamile, *op. cit.*, nota 30, p. 140

relativos a la ausencia de efecto directo del Derecho Mercosur producen más efectos en la situación propia a los sistemas jurídicos internos de los Estados miembros.<sup>357</sup> Por un lado los particulares dependen por completo de la voluntad de sus Estados para poder beneficiarse de la normativa de la integración. Si éstos incumplen con su obligación de incorporación del Derecho Mercosur los particulares, agentes económicos o simples ciudadanos carecen de mecanismos jurídicos apropiados para reclamar el respeto de los derechos y/u obligaciones contenidas en éste. Por otro lado, la ausencia de efecto directo del Derecho Mercosur fomenta diferencias de legislación interna entre los Estados que determinan situaciones jurídicas diversas, lo que compromete la seguridad jurídica y el pleno respeto normativo por parte de las personas que viven en el territorio integrado.

Por esto podemos estimar que la falta de activismo del “juez” Mercosur para consagrar el efecto directo del Derecho de la integración afecta todo el sistema regional y tiene implicaciones negativas para su desarrollo y profundización.

## **B. El principio de responsabilidad de los Estados por incumplimiento de la normativa Mercosur**

La cuestión de la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de la normativa común fue tratada por los tribunales arbitrales Mercosur en la controversia presentada por Brasil sobre “Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC número 48/96, 87/96, 149/96 y 71/98”.

En dicho laudo<sup>358</sup> el tribunal arbitral ad hoc estimó que: “La obligación de incorporar la normativa MERCOSUR a los derechos internos de los Estados Partes constituye una obligación de hacer que compromete la responsabilidad internacional de los Estados en caso de no cumplimiento”.

El Tribunal fundamentó la responsabilidad en la obligatoriedad de las normas Mercosur para los Estados miembros y en la reciprocidad exigida de ellos para lograr el

---

<sup>357</sup> *Ibidem* p. 141

<sup>358</sup> laudo 7, cit.

armonioso funcionamiento del régimen de vigencia simultánea de las normas. En este sentido, el Tribunal recordó la distinción entre vigencia y obligatoriedad de las normas: “La obligación de incorporación establecida en los artículos 38 y 40 del POP surge como consecuencia de la no aplicación directa en los Estados Partes de la normativa MERCOSUR, distinguiendo el Protocolo de Ouro Prieto entre las nociones de obligatoriedad y vigencia de las normas que componen el derecho derivado en el MERCOSUR. No obstante, la obligatoriedad de la normativa Mercosur desde su perfeccionamiento por el consenso de los Estados Partes, la vigencia de las mismas es postergada hasta la efectiva incorporación de dicha normativa al derecho interno de cada uno de los Estados Partes, en los casos que esto es necesario.” Independiente de la vigencia “la obligatoriedad de las mismas (normas) genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, la de incorporar al derecho interno dicha normativa (para volverla vigente), y una obligación de no hacer, la de no adoptar medidas que por “su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada”. La obligatoriedad de las normas exige de los Estados una obligación positiva: la de volverlas vigentes cuyo incumplimiento debe ser sancionado. La responsabilidad internacional del Estado es un mecanismo, que en la opinión del Tribunal debe corregir la pasividad de los Estados en cuanto el respeto de la obligatoriedad de las normas Mercosur a través de la obligación de incorporación.

En el mismo sentido se pronunció otro Tribunal arbitral Mercosur en la controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes de Brasil manifestando que “dada la naturaleza intergubernamental del MERCOSUR y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumplimiento apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido” La no incorporación de una norma Mercosur obligatoria puede dar lugar a una controversia bajo el PB por incumplimiento de la adopción de la normativa Mercosur. A su vez, la controversia por la vía del arbitraje puede desembocar eventualmente en la adopción de medidas compensatorias de acuerdo con el artículo 23 del PB.

Finalmente, los Tribunales arbitrales constituidos en otros asuntos consideraron que el principio de responsabilidad de los Estados por violación del carácter obligatorio de la normativa Mercosur es corroborado por los principios de *pacta sunt servanda* y de buena fe en el cumplimiento de los compromisos de Derecho internacional contraídos por los Estados. Así por ejemplo el Tribunal en la controversia sobre “Comunicados número 37 del 17 de diciembre de 1997 y número 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX)”<sup>359</sup> consideró que “El principio de cumplimiento de los Tratados y demás compromisos internacionales, o *pacta sunt servanda*, constituye una norma fundamental, originaria del Derecho Romano, consagrado en textos relevantes, como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Es unánimemente aceptado por la doctrina internacionalista, incluida la de los autores latinoamericanos, y la jurisprudencia de los Tribunales internacionales como pilar indispensable en todo proceso de integración. El principio de *pacta sunt servanda* impone el cumplimiento de los compromisos asumidos, situación contradictoria con sostener el libre albedrío del deudor de cumplir o no, o de cumplir en el momento que, según su interés, considere oportuno o conveniente” asimismo se entendió que “El principio de *pacta sunt servanda* debe aplicarse unido al cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas en los tratados internacionales.

El establecimiento del principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho del Mercosur tiene gran importancia en cuanto el desarrollo de la integración regional y demuestra la voluntad del “juez” Mercosur para contribuir con su jurisprudencia a este último proceso. El reconocimiento de la responsabilidad internacional de los Estados miembros por incumplimiento con el Derecho Mercosur refuerza los vínculos jurídicos existentes en el seno de la organización y aumenta la eficacia de los compromisos de integración asumidos por los Estados miembros.<sup>360</sup> Conforme con lo establecido por el “juez” Mercosur en los laudos antes comentados el Derecho Mercosur es un Derecho obligatorio para los Estados, por lo tanto, su respeto y cumplimiento eficaz deben ser

---

<sup>359</sup> laudo 1, cit.

<sup>360</sup> Arbuet-Vignali, Herbert, *Claves jurídicas de la integración En los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p.285

garantizados. Un comportamiento estatal contrario con el Derecho de la integración constituye un acto ilícito cuyos efectos resultan dañinos para los fines y objetivos de la integración en el Mercosur. El papel del “juez” es precisamente velar al cumplimiento y respeto de estos objetivos por parte de los Estados miembros.

Las sentencias del juez “Mercosur” relativas al establecimiento del principio de responsabilidad de los Estados también constituyen una señal clara de la necesaria limitación de soberanía que implica ser parte del proceso de integración. A partir del momento que los Estados deciden libremente adherir al Mercosur estos últimos se obligan a respetar su Derecho y sus principios fundadores. Como toda organización internacional el Mercosur no es ajeno a la aplicación de los principios clásicos de Derecho internacional como son el de *pacta sunt servanda*, de buena fe y de responsabilidad de los Estados por violación de sus compromisos convencionales. El “juez” Mercosur es el encargado de hacerlos cumplir. Podemos ver en su posición jurisprudencial una clara inspiración del Derecho internacional y de la jurisprudencia del TJUE.<sup>361</sup>

No obstante, todas estas importantes implicaciones del principio de responsabilidad de los Estados por violación del Derecho Mercosur en cuanto el desarrollo del proceso de integración hay que limitar y relativizar el alcance de las sentencias arbitrales que lo consagraron.

En efecto a pesar de haber consagrado de forma solemne la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Derecho del Mercosur los Tribunales ad hoc, las sentencias comentadas no precisaron cuál es la sanción concreta de los Estados inculpados. En ninguno de los casos los Tribunales ordenan una medida de sanción pecuniaria. Con eso se alejan mucho de la solución del TJUE en el asunto “Francovitch y Bonifaci”.<sup>362</sup> En efecto, el principio la responsabilidad de los Estados por violación del Derecho comunitario europeo no postula *stricto sensu* una responsabilidad internacional, sino más bien una responsabilidad interna del Estado frente a los particulares. De acuerdo a este principio, los individuos que se estiman afectados por una violación del Derecho comunitario, cometida por su Estado

---

<sup>361</sup> Bergamaschine Mata Diz, Jamile, *op. cit.*, nota 306, p. 143

<sup>362</sup> Cfr. *Infra*

nacional pueden acudir ante su juez nacional para exigir una indemnización de los perjuicios que dicha violación les causa. Esta posibilidad es corroborada por el efecto directo del Derecho comunitario europeo (las normas que el Estado viola crean derechos y obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares, por lo tanto, su violación les causa un perjuicio directo). En el ámbito del Mercosur, el principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación de las normas de la integración implica la responsabilidad únicamente internacional del Estado, es decir frente a los demás Estados miembros de la organización. El Estado no es jurídicamente responsable frente a sus ciudadanos, porque las normas que viola son normas internacionales que no gozan de efecto directo de principio. Esto confirma que la integración en el Mercosur es un esquema de Derecho internacional público en el que no aplican plenamente los principios de una integración comunitaria, como la que existe en el ámbito la UE.

Además, es preciso recordar que la afirmación del principio de responsabilidad de los Estados como otros muchos principios establecidos por los Tribunales arbitrales del Mercosur carece de exigibilidad por medio de la coerción y se asemeja más a un principio directivo o programático de *soft law*.

Habrá que esperar el primer laudo del TPR en 2006 para saber qué pasa cuando un Estado incumple con las prescripciones del órgano arbitral. Dicho laudo presenta implicaciones importantes para la evolución de la jurisprudencia arbitral Mercosur en cuanto afirma de manera clara la orientación integracionista que el nuevo “juez” de segundo grado entiende seguir.

### **C. La consolidación del principio de proporcionalidad de las medidas compensatorias por inexecución de las sentencias arbitrales**

El laudo 1/2007<sup>363</sup> del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del Mercosur sintetiza la doctrina jurisprudencial del recién creado órgano de solución de controversias permanente respecto al proceso de integración en este bloque regional. Su pronunciado “corte integracionista” traduce las aspiraciones del nuevo Tribunal de

---

<sup>363</sup> Del 8 de junio de 2007, disponible en [www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_01\\_2007\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2007_es.pdf)

contribuir en forma activa al desarrollo de la integración regional en la que éste pretende jugar un papel activo y director.

En este primer asunto se trataba de una controversia entre Argentina y Uruguay sobre la aplicación de medidas compensatorias por este último y el reclamo por exceso del primero. El origen de la diferencia se situó en la adopción de la ley argentina 25.626 que prohibió la importación de neumáticos incluidos en la Nomenclatura Común del Mercosur (en adelante NCM) con la clasificación 4012.10.00 -neumáticos recauchutados- y 4012.20.00 -neumáticos usados-.

Esta prohibición se hizo en dicha ley con carácter general, es decir, sin discriminación de su origen extra o intra Mercosur, por considerar que la importación de los mismos afectaba al medioambiente argentino y que por tanto era posible adoptar al respecto algún tipo de medidas restrictivas al libre comercio de dicho producto basándose en lo dispuesto por inciso d) del artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (recogido por el Anexo 1 del Tratado de Asunción), que se refiere a la “protección a la vida, salud de las personas, los animales y los vegetales. Uruguay tenía una empresa dedicada al comercio de dichos productos hacia Argentina que se veía directamente perjudicada, por lo tanto, consideró la normativa argentina incompatible con el Derecho del Mercosur y presentó la correspondiente demanda arbitral a través del Protocolo de Olivos.

En primera instancia, el Tribunal *ad hoc* del Mercosur consideró que la norma argentina impugnada observaba los principios del derecho del Mercosur (laudo del 25 de octubre de 2005; TAH 02/05). Uruguay presentó un recurso de revisión ante dicho laudo, el cual dio lugar a una resolución del TPR que revocó la decisión del TAH y constató que la ley argentina 25.626 violaba el Derecho del Mercosur. En consecuencia el Tribunal ordenó a Argentina a derogar o modificar dicha ley “por la vía institucional apropiada dentro del plazo de 120 días corridos” a partir del dictado del laudo en revisión (laudo del 20 de diciembre de 2005; N° 1/2005<sup>364</sup>).

Después de la expiación de este plazo, Uruguay consideró que Argentina no había dado cumplimiento al mismo, a pesar de sus reiteradas solicitudes de ejecución. Frente a esta situación Uruguay decidió la aplicación de medidas compensatorias. En

---

<sup>364</sup> [www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_01\\_2005\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2005_es.pdf)



concreto, dichas medidas consistieron en la fijación de una tasa global arancelaria del 16% a la importación de Argentina de neumáticos clasificados en la NCM del Mercosur con la indicación 4011.10.00.00 y 4012.11.00.00 (neumáticos-llantas neumáticas).

En el laudo 1/2007, se trató de saber si la aplicación de las medidas compensatorias uruguayas era proporcional al daño infringido por el incumplimiento argentino o si Uruguay se había excedido en su aplicación. El razonamiento del TPR pretendió llegar a conclusiones sobre este punto que permitieron no sólo resolver el caso concreto sino también establecer criterios objetivos aplicables en general a todos los casos similares. En su resolución de la especie el Tribunal desarrolló una argumentación de claro “corte integracionista” que fue muy criticada por la doctrina.

En su sentencia el TPR destacó en primer lugar la importancia del caso en la medida en que era la primera vez que era llamado a pronunciarse sobre el tema de la proporcionalidad de las medidas compensatorias, aplicadas ante el incumplimiento de un laudo dictado por el propio Tribunal. La misma condujo al TPR a señalar primeramente la semejanza conceptual entre el proceso del Mercosur y el de la Unión Europea y la Comunidad Andina, a diferencia de otros acuerdos de comercio (en particular el de la OMC). El Tribunal recordó que, a diferencia de los simples acuerdos de libre comercio, en el Mercosur se ha creado una verdadera “comunidad de intereses” en diversas áreas. Esta comunidad de intereses debe ser interpretada conforme con los fines y objetivos generales de todo el proceso de integración (reiteración del método de interpretación teleológica ya establecido en los laudos anteriores).

En el mismo sentido el Tribunal consideró que en el caso del Mercosur no sólo se trata de equilibrios comerciales sino que hay otros factores, no menos importantes, que son parte de un proceso de integración. Estos factores se desprenden de la pertenencia de las Partes al mismo y no están meramente ligados al libre comercio como en otros acuerdos comerciales, por ejemplo en la OMC. Por lo tanto concluyó que el incumplimiento de una sentencia del TPR afecta todo el sistema y constituye una situación límite que obliga un país a imponer medidas compensatorias para obtener su cumplimiento. Para apoyar este razonamiento el Tribunal citó una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), en la que éste afirmó que “el desacato a una sentencia 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 dirime una controversia en última instancia (...) tal situación es siempre y en todos los casos de una gravedad extrema” (Punto 8.4 del Laudo). En la especie, el TPR estimó que dicha gravedad puede apreciarse respecto a la conducta del Estado infractor, misma que “afecta uno de los pilares fundamentales en los que se asienta el proceso de integración” al impedir la libre circulación de mercaderías reconocida por el anterior laudo del TPR.

El Tribunal dejó claro su razonamiento sobre este punto: el incumplimiento de un laudo compromete las bases mismas del proceso de integración. Como consecuencia de esto “y de la antes citada diferencia con la OMC y semejanza con la UE y la CAN” (Punto 10.1 del Laudo), el TPR adoptó el criterio de valorar el daño que debe repararse en el Mercosur prescindiendo de las concesiones comerciales recíprocas (que se aprecian en el caso de la OMC). En particular el Tribunal optó por considerar el daño de forma global incluyendo en dicho concepto tanto el daño comercial –más amplio que la noción de daño económico- como el daño que llamó “institucional” y que guarda relación con todo lo mencionado en su razonamiento anterior.

Para justificar este razonamiento, el TPR se refirió a la práctica de la UE en citar en su nota al pie 4 (contenida en el mismo Punto 10.1 del Laudo) los criterios que en su momento estableció la Comisión Europea para fijar las sanciones que deben ser impuestas al Estado que no cumple con una sentencia de incumplimiento del TJUE, a saber: la gravedad de la infracción, la duración de la misma, y la necesidad de asegurar el efecto disuasivo de la sanción.

De la misma forma el TPR se siguió refiriendo a la experiencia europea y al carácter específico de la sanción en dicho esquema de integración, que es a la vez hacer cumplir la sentencia y garantizar la aplicación del Derecho Comunitario. Citó abundante jurisprudencia europea (notas al pie 5 a 8). Luego reafirmó sus conceptos con jurisprudencia andina que marca también la posibilidad de castigar el mero hecho del incumplimiento independientemente del daño comercial (nota al pie 9) Tras esta enumeración el TPR consideró suficientemente probado su punto respecto de la necesidad de cubrir tanto el daño comercial como el institucional.

En este sentido, el Tribunal concluyó que: “Con las distancias del caso ya que en la UE están prohibidas las medidas compensatorias, sin embargo, los criterios mencionados en este laudo dados a conocer por la Comisión Europea en relación con el sistema de cálculo de multas coercitivas son igualmente de plena aplicación al caso (gravedad de la infracción, duración de la misma y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia), para lo cual este Tribunal no necesita, en la realidad normativa actual, de ninguna delegación de soberanía”.

El fallo, luego de las consideraciones anteriores, no podía ser sino favorable a la posición uruguaya, y el Tribunal, por mayoría decidió que la medida compensatoria uruguaya es proporcional y no excesiva en relación con las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo 1/2005 por parte de Argentina.

Podemos estimar que este primer laudo del TPR presenta múltiples implicaciones para el desarrollo de la integración regional en el Mercosur.

En primer lugar, el TPR afirma de manera clara e unívoca que el Mercosur constituye más que un simple acuerdo de libre comercio. Aparte su papel de promotor del libre intercambio comercial intrazona, el Mercosur es dotado de objetivos mucho más amplios y que se asemejan a los que gobiernan una verdadera organización internacional de integración regional, análoga a la UE. Estos objetivos se traducen en la conformación de una verdadera “comunidad de intereses” que une a los Estados miembros del proyecto de integración.

Con esta afirmación el TPR pretende impulsar el desarrollo del bloque regional en su dimensión “comunitaria”. Cabe señalar que el TPR habla abiertamente de un “orden comunitario” en el Mercosur y de la necesidad de proteger los intereses inherentes al respeto de los objetivos de integración en el proceso regional del Mercosur. En la opinión del Tribunal el Mercosur es un proyecto común, al que los Estados miembros adhirieron de forma voluntaria. Por lo tanto, toda violación de sus objetivos integracionistas (en la especie el referente a la libre circulación de mercancías) o de sus mecanismos específicos de funcionamiento (en particular la ejecución de los laudos arbitrales) atenta no sólo contra los intereses del Estado parte perjudicado sino a todo el proceso de integración, visto que afecta su base jurídica misma. En un Mercosur que va más allá de una zona de libre comercio, los Estados

miembros deben de respetar el “orden comunitario” al que estos últimos decidieron unirse y no deben frustrar la correcta ejecución de las decisiones de su órgano de solución de controversias.

Enfatizando la importancia de considerar el Mercosur como un “orden comunitario”, propio de una integración regional comparable con la UE, el TPR envía una señal clara a los Estados miembros: de limitación de su soberanía en nombre de los intereses de la integración. La garantía de respeto del “orden comunitario” por parte de los Estados miembros y la importante limitación de soberanía que de ella resulta son elementos que según el Tribunal deben formar parte de su misión.

En esta afirmación reside también el segundo aspecto de crucial importancia para el desarrollo del proceso de integración en el Mercosur y que se refiere al papel que en él pretende jugar el órgano de solución de controversias. Desde su creación el Tribunal ha insistido en su carácter “comunitario”. En efecto, a pesar de su naturaleza arbitral e intergubernamental el TPR ha afirmado en sus primeras sentencias en forma muy clara su voluntad firme de desempeñar un papel de defensor de la integración regional en el Mercosur, a veces en contra de la voluntad soberana de los Estados que lo conforman. En todas sus sentencias el nuevo “juez” permanente del Mercosur manifestó querer desempeñar un papel activo y protagónico de promotor y guardián del proceso de integración.

Como lo afirma Bravo, tomando en cuenta estos factores podemos estimar que el laudo núm. 1/2007 “debe ser analizado con criterios que trascienden lo jurídico por aportar sugerentes señales respecto de las aspiraciones del TPR y de su intención de ir ganando protagonismo en la defensa y construcción del proyecto de integración Mercosur y en la interpretación unificada de su Derecho regional”.<sup>365</sup>

Parece que los intentos del TPR de romper con la prudencia propia de los Tribunales *ad hoc* constituidos bajo los Protocolos de Brasilia y de Ouro Prieto marcan una clara evolución hacia más activismo judicial del órgano de solución de controversias del Mercosur en el establecimiento de los principios susceptibles de profundizar la integración jurídica en este bloque regional. De las primeras sentencias

---

<sup>365</sup> López Bravo, Alfredo, *El reciente laudo del Tribunal permanente de justicia del Mercosur*, disponible en [www.mercosur.abc.com.ar/nota.asp?Idnota=1221&IdSecciond4](http://www.mercosur.abc.com.ar/nota.asp?Idnota=1221&IdSecciond4)

del nuevo Tribunal se desprende una doctrina jurisprudencial activista y que busca hacer avanzar el proceso de integración. El hecho de que el Tribunal se conciba como “juez comunitario”, no obstante, su naturaleza arbitral, tiene un importante sentido simbólico. Podemos estimar que el “juez” se basa en su estructura permanente para intentar unificar la interpretación y la aplicación del Derecho del Mercosur.

No obstante, las ventajas que representa esta nueva postura activista del TPR los argumentos jurídicos que se utilizan para justificarla y aplicarla en los laudos concretos son muy criticables.

Queda claro que el Tribunal se considera a sí mismo como una réplica del TJUE y estima el proceso de integración en el Mercosur como semejante al que existe en el ámbito de la UE. En la sentencia sobre las medidas compensatorias el Tribunal se apropia de la jurisprudencia del TJUE y la hace suya. En varios considerandos enfatiza la similitud entre el Mercosur y la UE.

No obstante el TPR del Mercosur no puede situarse en un contexto de mimetismo respecto del TJUE, ni tampoco el Mercosur puede identificarse con la UE. Para poder aplicar el *argumento a simili*, existe una regla de lógica formal simple: deben existir más similitudes que diferencias entre los dos entes sujetos a la analogía. En el caso del Mercosur y de la UE hay más divergencias que similitudes. Por lo tanto, no se puede aplicar acríticamente una jurisprudencia ajena, por el simple hecho de afirmar una analogía sin demostrarla, y menos se debe utilizar el *argumento a simili* como único argumento para poder justificar una solución jurisprudencial determinada.

Este intento del juez Mercosur de trasponer las soluciones del TJUE en el ámbito del Mercosur por el simple hecho de la semejanza entre el Mercosur y la UE fue muy criticado por la mayoría de la doctrina.

Así por ejemplo Pastori<sup>366</sup> y Jovtis<sup>367</sup> critican la aplicación por parte del Tribunal del argumento por analogía (*argumento a simili*) entre el proceso de integración regional

---

<sup>366</sup> Pastori Fillol, Alejandro, *Comentarios al primer laudo del TPR del Mercosur sobre la aplicación de exceso de medidas compensatorias*, in “*Mercosur y Unión europea*”, Zlata Drmas de Clement (coord.), 2008, Edición electrónica gratuita. Texto completo en [www.eumed.net/libros/2008b/393/](http://www.eumed.net/libros/2008b/393/) , pp.25-44

<sup>367</sup> Jovtis, Ignacio, *La proporcionalidad de las medidas compensatorias en el Mercosur: algunas reflexiones en torno al laudo 1/2007 del TPR*, in “*Mercosur y Unión europea*”, Zlata Drmas de Clement (coord.), 2008, Edición electrónica gratuita. Texto completo en [www.eumed.net/libros/2008b/393/](http://www.eumed.net/libros/2008b/393/) pp. 45-65

en el Mercosur y las integraciones en la CAN y la UE. En particular Pastori<sup>368</sup> estima que por más que se pueden encontrar semejanzas entre los objetivos del Mercosur y los de los dos últimos procesos de integración, este sólo hecho no puede convertirse en la piedra angular del razonamiento del TPR en la especie. Precisamente porque también existen notorias diferencias entre los objetivos, fines y medios empleados en los procesos de integración señalados y el Mercosur. Basta con recordarse que el Mercosur es un proceso claramente intergubernamental y los otros dos procesos mencionados son supranacionales, lo que cambia por completo la óptica jurídica a través de la cual se construye la integración. En particular las diferencias se agudizan en el caso de la UE, y más notoriamente respecto del sistema de ejecución de las sentencias del TJUE y las normas que lo gobiernan.<sup>369</sup>

En este sentido Pastori<sup>370</sup> concluye: “quíerese o no, el MERCOSUR es un proceso de integración pero con un sistema de solución de conflictos propio de un acuerdo de libre comercio, apenas mejorado, y sin derecho ni órganos comunitarios (...).” En la opinión del autor la fundamentación general del laudo 1/2007 del TPR se debilita por utilizar un argumento por analogía discutible.

La misma crítica es retomada en el análisis doctrinal del laudo 1/2007 elaborado por Jovtis<sup>371</sup>. En particular este autor destaca que el TPR del Mercosur, en vez de

---

<sup>368</sup> Pastori Fillol, Alejandro, *op. cit.*, nota 366, p. 38

<sup>369</sup> Como lo afirma Pastori, en el caso de la UE, el sistema de ejecución de sentencias de incumplimiento del TJUE prohíbe específicamente las medidas compensatorias e implementa un mecanismo donde la acción de un órgano comunitario –la Comisión- que no tiene equivalente en el Mercosur, resulta decisiva. El sistema europeo de ejecución de sentencias está descentralizado, es comunitario, no es aplicado las Partes, sino que es resuelto de oficio por el TJUE previa intervención de la Comisión. En dicho sistema, sancionatorio y punitivo a la vez, la multa coercitiva que se impone al Estado infractor (o incumplidor de la sentencia del TJUE) es propuesta por la Comisión, tras un largo proceso administrativo donde el Estado tiene varias instancias para cumplir, y es impuesta por el TJUE en última instancia. Las Partes no intervienen en absoluto en su determinación. La valoración del llamado daño institucional es hecha originalmente por órganos comunitarios. Así en el caso de la UE se trata de la imposición de una sanción (o multa) con efecto disuasorio. Se defiende por los órganos comunitarios la aplicación del derecho comunitario y a través de ello se garantiza el respeto de los objetivos de todo el sistema de integración. En cambio, en un sistema aplicado conforme con la voluntad de las Partes en conflicto, como es el Mercosur, donde el mecanismo indirecto de ejecución son las medidas compensatorias, de imposición no obligatoria, no puede implementarse fácilmente una sanción adicional cuyo objeto sea el efecto disuasorio para evitar la reincidencia del incumplimiento en todo el sistema. Si no se imponen medidas compensatorias, en el sistema del MERCOSUR, no hay órgano que vele por el interés comunitario y pueda sugerir imponer sanciones. La ausencia de un órgano comunitario imparcial complica enormemente el funcionamiento de un sistema de esa naturaleza que quedaría librado solo al impulso de las Partes y a la respuesta del Tribunal, lo que desvirtúa la naturaleza de “daño institucional” que se pretende.

<sup>370</sup> Pastori, Fillol, Alejandro, *op. cit.*, nota 366, p. 42

<sup>371</sup> Jovtis, Ignacio, *op. cit.*, nota 367, p. 58

enfatar la especificidad del proyecto regional fundó su laudo casi exclusivamente en jurisprudencia del TJUE y el TJCA, Tribunales supremos de sus respectivos procesos de integración. Para el autor queda claro que el TPR intenta situar al bloque Mercosur y a su máximo órgano arbitral en el mismo nivel que aquellos; aunque, en su opinión, la ausencia de cualquier signo de supranacionalidad en los órganos con capacidad decisoria, la carencia de un Derecho comunitario e inclusive la naturaleza arbitral del sistema de solución de controversias impiden aplicar dicha analogía. Por el contrario, el autor considera que “el Mercosur constituye una organización de integración de mediana intensidad en transición, que aún está lejos de alcanzar características de integración comparables con las de la UE y que incluso difieren de la CAN.”<sup>372</sup>

Esta crítica doctrinal siempre será vigente e impedirá una postura más activista por parte del Tribunal arbitral permanente en el sentido de promover la profundización de la integración regional en el Mercosur. Un sistema arbitral no permanente o permanente no es recomendable para una integración regional con frecuentes conflictos de alta y baja intensidad. En efecto el Tribunal no puede ejercer un papel activo y promotor de la integración mientras está “encerrado” en el actual esquema institucional, económico y político del Mercosur.

Por lo tanto, podemos acordarnos con gran parte de la doctrina para proponer una reforma en el Mercosur con la creación de órganos supranacionales, no sólo intergubernamentales, en particular con la constitución de un Tribunal permanente de justicia. Sólo entonces, gracias a una nueva legitimidad supranacional el “juez” (y no el árbitro) podrá contribuir de manera sustancial al desarrollo de la integración regional en el Mercosur.

Cabe señalar que una reforma de tal amplitud requerirá de la buena voluntad de los Estados miembros, misma que debe materializarse a través de una decisión política.

El Mercosur necesita dar el salto institucional que supone la creación de un Tribunal supranacional para poder mejorar su sistema de solución de controversias y lograr la profundización de la integración regional.

---

<sup>372</sup> *Ibidem* p. 62

## **Propuesta: La creación de un Tribunal de justicia supranacional para el Mercosur**

Como ya fue expuesto anteriormente el proceso de integración en el Mercosur es muy complejo y parece caracterizarse por una especie de inmadurez que provoca muchas dificultades en su funcionamiento actual y serias dudas respecto a su futuro. Estas dificultades se pueden apreciar en particular en la adopción de decisiones uní o bilaterales por parte de los Estados miembros que no respetan o violan los objetivos del mercado común. Los Estados parte del Mercosur suelen tomar decisiones que defienden sus propios intereses (económicos, comerciales o políticos) en detrimento de los intereses del bloque de integración regional.<sup>373</sup> Se han dictado inclusive decisiones judiciales por las jurisdicciones internas de un país miembro, con un claro objetivo económico, contrario al proceso de integración en el Mercosur.<sup>374</sup>

Esto provoca indudablemente conflictos entre los Estados miembros. Cualquier diferencia en la aplicación o interpretación de las normas del Tratado por parte de los Estados o de sus órganos judiciales internos es potencialmente peligrosa para el logro de los objetivos de la integración. En este sentido, se necesita un órgano jurisdiccional que resuelva las diferencias suscitadas de la aplicación e interpretación de las normas del Derecho de la integración con el objetivo de unificar y uniformizar las soluciones. La resolución de los conflictos en un sistema jurídico como el que rige en el Mercosur debe conducir a una “convergencia” o “unicidad” de las soluciones, vital para la sobrevivencia de la “integración”.

Como lo afirma Borhardt<sup>375</sup>: “Un ordenamiento sólo puede perdurar si sus normas están sometidas a la vigilancia de una autoridad independiente. En una comunidad de Estados, si las normas comunes fueran controladas por las jurisdicciones nacionales, se correría el riesgo de verlas interpretar y aplicar diferentemente según los países. El Derecho comunitario correría, pues el riesgo de no ser aplicado

---

<sup>373</sup> Cfr. Infra

<sup>374</sup> Cfr. Infra

<sup>375</sup> Borhardt, Klaus-Dieter, *El ABC del Derecho comunitario*, serie Documentación europea, quinta edición 2000, p. 22, disponible en [http://ec.europa.eu/publications/booklets/eu\\_documentation/02/txt\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/publications/booklets/eu_documentation/02/txt_es.pdf)



uniformemente. Es la razón por la cual, ya desde la creación de la CECA, se previó la constitución de un Tribunal de justicia de la CE.”

Podemos estimar que la aplicación y la interpretación uniformizada del Derecho del Mercosur requiere de la creación de un órgano supranacional y permanente de resolución de conflictos en este bloque regional.

Según Walter Guerra<sup>376</sup> “la creación de un Tribunal de Justicia supranacional para el Mercosur constituye un factor de primer orden para la estabilidad y el desarrollo del proceso de integración.” En el mismo sentido Antonio Martínez enfatiza que “la tarea de profundizar (...) en los objetivos integracionistas -perfeccionamiento de la Unión Aduanera y ‘marcha hacia el Mercado Común’-, parece que exigiría dar de verdad paso a un esquema cada vez más propio de la integración, y por tanto cada vez más ‘supranacional’”.<sup>377</sup> En la opinión de muchos otros autores la creación de un órgano supranacional en el Mercosur es inminente para la profundización del proceso de integración.<sup>378</sup> En este sentido se considera que la independencia institucional (derivada de la naturaleza supranacional) de un Tribunal de justicia permanente le permitirá resolver las controversias entre los Estados miembros conforme a reglas de Derecho, “primando el Derecho, imperando el poder del Derecho” por encima de otro tipo de consideraciones políticas, económicas, soberanistas etc. Entre los argumentos en favor de la creación de un Tribunal supranacional en el Mercosur podemos citar: la conveniencia de garantizar permanentemente la legalidad, la idea de la objetivación del Derecho, el interés de asegurar una debida protección de todo lo relativo a la seguridad jurídica.<sup>379</sup> Para muchos autores la razón de ser de la creación del Tribunal de Justicia

---

<sup>376</sup> Guerra Pérez, Walter D., Tribunal supranacional para el Mercosur, *Revista Uruguaya de Derecho procesal*, vol. 1, 2000, pp. 136-142

<sup>377</sup> Martínez Puñal, Antonio, *El sistema institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*, Tórculo Edicions, Santiago de Compostela 2005, p. 436, disponible en versión digital <http://www.caei.com.ar/ebooks/ebook22.pdf>

<sup>378</sup> Reyes, C. M., “Breve comentario al sistema de solución de controversias vigente en el Mercosur”, *Revista del Mercosur*, N° 1, 1997, pp. 77-83; Martínez López-Muñiz, J.L., Mercosur: balance actual y perspectivas a la luz de la experiencia de la Comunidad Europea. Posibilidades de un Tribunal Supranacional para asegurar el cumplimiento e interpretación uniforme del Derecho del MERCOSUR, *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, N° 4, agosto de 1999, p. 64; Ramos Rocha, *MERCOSUL. Alcances da União Aduaneira no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1999, pp. 72-73.

<sup>379</sup> Duprat, D., La creación de un Tribunal de Justicia Supranacional como medio de fomento, desarrollo y consolidación del Mercosur, *Mercosul no cenário internacional, Direito e sociedade*, Vol. II, cit., pp. 77-80.

para el Mercosur se deriva de una convicción respecto de la necesidad de continuar profundizando el proceso de integración regional.<sup>380</sup>

A diferencia del árbitro que es siempre juez de las partes, un Tribunal de justicia supranacional podrá fungir como guardián del Derecho de la integración y no de los intereses de las partes. En el mismo sentido podemos estimar que el ejercicio de un activismo judicial por parte de este Tribunal tendrá mayor fundamento institucional y sistémico. En consecuencia, su contribución al desarrollo de la integración podrá ir mucho más allá y corregir las incoherencias que el actual sistema arbitral de solución de controversias ha hecho perdurar.

Esta independencia del órgano supranacional agregará al proceso de integración en el Mercosur más estabilidad desde el interior, entre los Estados miembros, pero también más estabilidad y credibilidad del proceso hacia el exterior, frente a países o actores económicos (inversionistas) extranjeros.

Para lograr esta estabilidad el Tribunal supranacional de justicia del Mercosur debe ser dotado de ciertas características. A continuación, expondremos las más significativas, sin por lo tanto pretender a la exhaustividad.

#### 1) obligatoriedad de las sentencias

Para que la jurisprudencia del Tribunal supranacional de justicia pueda contribuir efectivamente al desarrollo del proceso de integración en el Mercosur se necesita en primer lugar dotar sus sentencias de una autoridad de cosa juzgada obligatoria y subrogatoria. Esto significa por una parte reconocer la primacía de las decisiones que adopte tanto en el ámbito del Mercosur como al nivel interno de los sistemas jurídicos (y políticos) de los Estados miembros. Dicho en otros términos tanto las demás instituciones del Mercosur como los Estados miembros deberán respetar la decisión judicial por encima de cualquier otra circunstancia. Por otra parte, también se trata de evitar la contradicción entre el Derecho contenido en la sentencia del Tribunal supranacional y otras normas internacionales o estatales. La regla jurídica creada por la sentencia del Tribunal supranacional debe prevalecer en caso de conflicto contra una

---

<sup>380</sup> Medeiros Klaes, M<sup>a</sup>. I., Mercosul e Tribunal supranacional: um dos pressupostos essenciais à efetiva integração, *Mercosul no cenário internacional. Direito e Sociedade*, Vol. I, cit., p. 368

sentencia nacional o una norma interna o internacional contraria (fuerza subrogatoria de las sentencias). Esto supone una clara delegación de soberanía por parte de los Estados miembros del Mercosur, en beneficio de la organización y en particular en beneficio de su órgano de solución de controversias. Queda claro que este es un paso que los Estados miembros del Mercosur no están dispuestos a dar...

## 2) estructura

Podemos estimar que para el buen funcionamiento de un órgano supranacional se tiene que garantizar su naturaleza plural, imparcial e independiente. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia del Mercosur deberá ser compuesto de un número de miembros suficiente para tratar la cantidad de los asuntos que ingresan en un lapso determinado (por ejemplo un año). Los jueces deberán ser representantes de los Estados miembros de acuerdo con un procedimiento de designación consensual e idóneo. Los jueces deberán responder a un cierto número de requisitos mínimos, por ejemplo edad, experiencia judicial, capacidades jurídicas, experiencia en el desempeño de altos cargos judiciales, etc. También se garantizará la independencia e imparcialidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones para que la actividad del Tribunal sea exenta de presiones de todo tipo.

## 3) órganos accesorios

Se podrán establecer órganos que apoyen la actividad jurisdiccional del Tribunal, por ejemplo una o dos Secretarías administrativas que serán a cargo de los aspectos meramente burocráticos que se derivan del funcionamiento del Tribunal.

## 4) Competencias jurisdiccionales

El Tribunal deberá ser competente, entre otros, para: unificar la interpretación y aplicación (en último grado) de las normas del Derecho de la integración, asegurar la eficacia de las normas Mercosur, pronunciarse sobre el cumplimiento por parte de los Estados miembros o de las demás instituciones de la integración de la normativa del Mercosur y en caso de violación hacer cumplir dicha normativa, pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales presentadas por las jurisdicciones nacionales de los países

miembros en los casos en los que estos últimos encuentren dificultades sobre la interpretación o aplicación del Derecho de la integración, etc. La definición de las competencias jurisdiccionales también deberá tomar en consideración la cuestión del acceso de los particulares al foro del Tribunal de justicia del Mercosur.

Desde un punto de vista más general el Tribunal supranacional de justicia del Mercosur deberá tener las competencias jurisdiccionales que le permitan ser intérprete y aplicador de las normas Mercosur, pero también creador del Derecho de la integración y orientador de su evolución. Dicho en otros términos el diseño de las competencias jurisdiccionales del juez supranacional Mercosur deben permitirle ejercer una función integradora del sistema jurídico del Mercosur, sin depender de intereses ajenos a los intereses del proceso de construcción y consolidación de una integración regional exitosa.

Proyectada de tal manera la creación de un Tribunal supranacional para el Mercosur puede parecer utópica, visto el actual estado de desarrollo del proceso de integración. El Mercosur parece ser una organización de claro tinte intergubernamental en la que la soberanía y la protección de los intereses nacionales de los Estados miembros impide la creación de órganos supranacionales.

No obstante, los mismos Estados miembros tienden a revisar sus posturas soberanistas para optar por un desarrollo más “integracionista” del bloque regional. Ejemplo de esto es la recomendación N.º. 2/96 de junio de 1996, adoptada por la Comisión Parlamentaria Conjunta, instando a los poderes ejecutivos de los Estados Partes a acordar la creación de un Tribunal Permanente de Justicia para la solución de controversias y el ejercicio del control de la legalidad de los actos emanados de los órganos institucionales del Mercosur.<sup>381</sup> Al año siguiente, concretamente el 18 de junio de 1997, se reunió, en Asunción, la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur. Entre los temas abordados por los parlamentarios figuraba la adopción de una recomendación para la creación de un Tribunal de justicia permanente para la solución de controversias en el Mercosur. En dicha recomendación, los parlamentarios, además

---

<sup>381</sup> Ese mismo año, el 21 de septiembre de 1996, representantes de las Cortes Supremas de Argentina, Brasil, Chile, Uruguay y Paraguay trataron en Ouro Preto de la conveniencia de la creación de un Tribunal Supranacional para el MERCOSUR, cuya sede sería Asunción. Hubo acuerdo entre los presentes, a excepción del representante brasileño, miembro del Supremo Tribunal Federal, el cual se opuso, estimando que sería burocrático, costoso e innecesario

de instar una vez más a los Poderes Ejecutivos de los Estados Miembros a la creación de un Tribunal, decidían propiciar la constitución con anterioridad de una instancia orgánica encargada de la materialización de un método de consulta previa, la cual tendría como objeto la interpretación uniforme de la normativa del Mercosur. Los buenos deseos de los parlamentarios no tuvieron cabida en la agenda de decisiones en el subsiguiente Consejo Mercosur, celebrado los días 19 y 20 del mismo mes, con la presencia de los Jefes de Estado del Mercosur más los de Bolivia y Chile.

Posteriormente el gobierno de Paraguay y en particular su Presidente Fernando Lugo desplegó considerables esfuerzos para la creación de una Corte supranacional de justicia para el Mercosur. La propuesta paraguaya fue discutida en las importantes reuniones que tuvo el Parlamento del Mercosur (Parlasur) el 27 y el 28 de abril de 2009. En dichas reuniones se decidió “proponer una agenda de trabajo, invitando al Foro Permanente de Cortes Supremas del bloque, que culmine con la aprobación de un proyecto de norma para la creación de un Tribunal de Justicia del Mercosur a más tardar durante el segundo semestre del año 2010.”<sup>382</sup> Por el momento dicho proyecto no ha podido concretarse, en particular por la oposición rotunda de algunos de los Estados miembros a la constitución de un órgano de justicia supranacional. Así por ejemplo en la opinión de los gobiernos de Uruguay y Brasil la creación de un Tribunal Supremo en el Mercosur violaría el orden constitucional de estos últimos países.<sup>383</sup>

A la vista de los hechos, son ante todo consideraciones de orden político y económico las que se revelan como difíciles obstáculos a la hora de tomar la decisión de instaurar un Tribunal de Justicia. La cuestión de instituir o no dicho Tribunal para el Mercosur depende de la respuesta a un dilema en el que dos de los cuatros Estados miembros estarían en última instancia de acuerdo -y verían bien su puesta en funcionamiento- y dos han venido rechazándola, Brasil y Uruguay. El futuro sólo dirá si se puede lograr un consenso en el bloque para hacer avanzar la integración regional

---

<sup>382</sup> Propuestas políticas de las reuniones del Parlasur del 27 y 28 de abril de 2009, vid. [www.actrav-courses.itcilo.org/es/a2-01275/a2-01275-presentations/.../file](http://www.actrav-courses.itcilo.org/es/a2-01275/a2-01275-presentations/.../file)

<sup>383</sup> Como lo afirma Martínez Puñal desde un punto de vista general las Constituciones de Uruguay y Brasil proponen una actuación en materia de integración a nivel latinoamericano pero sin posibilitar expresamente la coexistencia de la supranacionalidad con los ordenamientos jurídicos internos, particularmente en lo relativo a la delegación de competencias soberanas.

bajo la supervisión de un Tribunal supranacional, independiente de la voluntad de los Estados miembros del Mercosur.

En todo caso, y aun reconociendo el valor de algunos laudos arbitrales del “juez” Mercosur para consolidar la integración regional, cabe subrayar que lo regulado al efecto en los Protocolos de Brasilia, Ouro Prieto y Olivos se revela como insuficiente para un futuro desarrollo del Mercosur. Es necesario pensar en un mecanismo más efectivo de solución de controversias. Nos podemos acordar con Antonio Martínez<sup>384</sup> para considerar que “la creación de un eficaz sistema de recursos administrado por un Tribunal de Justicia es algo que, con las mejoras a introducir en el sistema institucional, no podrá demorarse durante mucho tiempo más. De otro modo, el proceso podría correr el peligro de paralizarse.” Resulta difícil pensar en un Mercado Común de Estados sin un ordenamiento jurídico comunitario, y sin que este ordenamiento jurídico pueda ser aplicado eficazmente por un Tribunal de Justicia supranacional que garantice la interpretación y aplicación uniforme del Derecho del Mercosur. En relación con esta preocupación, Gros Espiell escribe refiriéndose al sistema jurisdiccional de solución de controversias: “Sin la existencia de un sistema jurisdiccional de este tipo no puede consolidarse verdaderamente la integración. Por lo demás un sistema de solución judicial directo, con un órgano judicial permanente e independiente, es la mejor forma de asegurar el equilibrio y la justicia en el reconocimiento de los derechos de todos los Estados Partes, sin importar su poder y su significación económica o política. El pasaje a un nivel futuro de mayor integración, con la existencia de un verdadero Derecho comunitario, requerirá indispensablemente de un sistema judicial orgánico”<sup>385</sup>

## **Capítulo Segundo: El Tribunal de justicia de la Comunidad Andina** **(TJCA)**

La contribución del TJCA al desarrollo de la integración regional en la CAN **(3.)** es influenciada tanto por el contexto general de dicha integración **(1.)** como por su complejo diseño institucional **(2.)**.

---

<sup>384</sup> Martínez Puñal, Antonio, *op. cit.*, nota 3797, p. 158

<sup>385</sup> Gros Espiell, M., El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea, *El Derecho*, Buenos Aires, 25-IX-1991, p. 47

## 1. El proceso de integración andino: contexto actual y desafíos

Heredera del Pacto Andino de 1969 y creada en 1996 por el Protocolo de Trujillo (Perú), la Comunidad Andina de Naciones (CAN) reunía hasta hace poco a Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Desde el retiro de Venezuela en abril de 2006<sup>386</sup>, la CAN reúne al 17 % de la población total de América Latina, es decir, 97 millones de habitantes, en un territorio de 3,7 millones de km<sup>2</sup> y cuenta con un PIB de 232.500 millones de dólares.<sup>387</sup> Esta organización de integración cuenta con un complejo marco institucional **(A.)** y económico **(B.)**. A pesar del importante grado de desarrollo actual de la CAN, el proceso de integración en este bloque regional implica varios desafíos futuros **(C.)**.

### A. Marco institucional

El andamiaje institucional y organizacional del proceso regional andino de integración es tal vez uno de los más estructurados y completos de las experiencias integracionistas latinoamericanas. Desde su creación, a través del Grupo Andino, se propuso establecer el Acuerdo de Cartagena como la plataforma normativa que contendría todos los dispositivos y procedimientos necesarios para garantizar el debido cumplimiento de los objetivos de la integración.<sup>388</sup>

El Acuerdo de Cartagena, pilar fundamental del proceso andino de integración, por medio de la modificación del Protocolo de Trujillo en 1996, sufre “importantes cambios para el proceso de integración, especialmente en lo referente al fortalecimiento de las instituciones comunitarias, para dotar a la Comunidad Andina de mayores

---

<sup>386</sup> Cabe señalar que después del retiro de Venezuela de la CAN, este último país decidió adherir al Mercosur.

<sup>387</sup> Basombrio, Ignacio, *Integración andina: instituciones y derecho comunitario*, documento presentado en el Taller Internacional “Integración Regional – Lecciones de la Experiencia de la Unión Europea y la Comunidad Andina”, Sao Paulo, 20 y 21 de octubre de 2004, p. 1

<sup>388</sup> [www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can\\_3552.html](http://www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can_3552.html)

instrumentos encaminados a perfeccionar la zona de libre comercio y la unión aduanera”<sup>389</sup>.

Precisamente dos de los cambios más importantes fueron, por un lado, la creación de la Comunidad Andina, la cual “es una organización subregional económica y política con (...) personalidad jurídica internacional”<sup>390</sup>, y por otro, la instauración del sistema andino de integración (SAI), que se define como “el conjunto de órganos e instituciones de la Comunidad Andina que tiene como finalidad permitir una coordinación efectiva entre sí para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración”.<sup>391</sup>

El SAI está conformado por un conjunto de órganos e instituciones que aseguran una representación tanto intergubernamental como supranacional en el proceso. Así, los órganos se encargan de controlar, administrar y supervisar, al tiempo que se ocupan de formular políticas de integración; sus ejecutores son los actores gubernamentales de cada país, especializados en funciones ejecutivas, de dirección y decisión, jurisdiccionales, deliberativas y de apoyo técnico.<sup>392</sup>

El marco institucional de la CAN está constituido por el Consejo Presidencial Andino, el Consejo de ministros de las relaciones exteriores, el Parlamento Andino, la Secretaría General, la Comisión y el Tribunal de Justicia.

Creado el 23 de mayo de 1990, el Consejo Presidencial andino es el máximo órgano del Sistema Andino de Integración (SAI). Dicho órgano es el encargado de emitir Directrices sobre distintos ámbitos de la integración regional andina. El Consejo Presidencial Andino, integrado por los Jefes de Estado de los países miembros de la CAN, se reúne en forma ordinaria una vez al año, de preferencia en el país que ejerce la presidencia del mismo, y de manera extraordinaria cada vez que lo estima conveniente. En sus reuniones, los Presidentes establecen lineamientos de trabajo y

---

<sup>389</sup> Tangarife, M, Derecho de la integración en la Comunidad Andina. Bogotá: Baker & McKenzie, p. 63, citado en Casas Casas, Andrés y Correa, María Elvira, ¿Qué pasa con la Comunidad Andina de Naciones - CAN?, *Papel político*, vol.12, no.2 Bogotá Julio/Dic. 2007, p. 6

<sup>390</sup> disponible en [www.comunidadandina.org/quienes.htm](http://www.comunidadandina.org/quienes.htm)

<sup>391</sup> [www.comunidadandina.org/quienes.htm](http://www.comunidadandina.org/quienes.htm)

<sup>392</sup> Casas Casas, Andrés, Correa, María-Elvira, *op. cit.*, nota 389, p. 8



prioridades y, en general, señalan las políticas generales de la integración regional andina.<sup>393</sup>

El Parlamento andino es el órgano deliberante del Sistema Andino de Integración. Su naturaleza es comunitaria y representa a los pueblos de la Comunidad Andina. El Parlamento Andino está constituido por cinco representantes titulares por cada país miembro de la Comunidad Andina. Por lo tanto, en la actualidad el Parlamento cuenta con un total de 20 parlamentarios. El Protocolo de Trujillo, aprobado el 10 de marzo de 1996, estableció la elección de los representantes en el Parlamento andino por sufragio universal y directo. Actualmente, los representantes del Parlamento Andino, son elegidos en cada país miembro en la fecha en se efectúan elecciones legislativas u otras generales de conformidad con su propia legislación. A partir de 2010 estas elecciones deberán ser directas y simultáneas en todos los países miembros. Las principales funciones del Parlamento son deliberantes y consultivas. La única manera para el Parlamento de participar en el proceso legislativo es a través de simples sugerencias para la adopción de actos o políticas generales.<sup>394</sup>

Con sede permanente en Lima, la Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina. Está dirigida por un Secretario General, elegido por consenso por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con la Comisión. La Secretaría General tiene una prerrogativa general de iniciativa legislativa y está facultada a formular Propuestas de Decisión al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión, así como iniciativas y sugerencias al Consejo. Desde un punto de vista general la Secretaría es competente para velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios; mantener vínculos permanentes con los Países Miembros y administrar las relaciones de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación.<sup>395</sup>

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores fue creado en 1979 y es el órgano de dirección política de la CAN. Dicho órgano está integrado por los cancilleres de los Países Miembros y es competente para promover el logro de los objetivos del proceso de la integración regional, así como para formular y ejecutar la

---

<sup>393</sup> [http://www.comunidadandina.org/sai/estructura\\_1.html](http://www.comunidadandina.org/sai/estructura_1.html)

<sup>394</sup> [http://www.congreso.gob.pe/parlamento-andino/\\_funciones.htm](http://www.congreso.gob.pe/parlamento-andino/_funciones.htm)

<sup>395</sup> [http://www.comunidadandina.org/sai/estructura\\_secretaria.html](http://www.comunidadandina.org/sai/estructura_secretaria.html)

política exterior de la CAN. A partir de las reformas introducidas en el Acuerdo de Cartagena por el Protocolo de Trujillo, este órgano adquirió prerrogativas de iniciativa legislativa en materia de política exterior, en particular mediante Declaraciones y Decisiones.<sup>396</sup>

La Comisión andina fue creada a partir de 1969 y constituye el órgano normativo del Sistema Andino de Integración, integrado por un representante plenipotenciario de cada uno de los Países Miembros. La Comisión ejerce sus prerrogativas legislativas a través de la adopción de Decisiones, misma que comparte con el Consejo Andino de Ministros de relaciones exteriores en las materias que relevan de la política exterior de la CAN. Además la Comisión está encargada de formular, ejecutar y evaluar la política de integración regional andina en materia de comercio e inversiones; adoptar las medidas necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino; y coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales en el ámbito de su competencia.<sup>397</sup> Cabe señalar que la Comisión es el único órgano en el que las decisiones se toman a la mayoría, a diferencia de todos los demás que funcionan sobre la base de la unanimidad.

La toma de decisiones a la unanimidad es muy característica de la importancia que reservan los países miembros de la CAN a la defensa de sus intereses nacionales.

En efecto como lo afirma Casas el bajo nivel de compromiso de los países andinos conduce a una falta de peso de las instituciones de la CAN. Sus países miembros no están todos dispuestos a pagar del mismo modo el precio de una verdadera integración; además dichos países están sometidos a la fuerte atracción de otras estructuras regionales, como los Estados Unidos al norte y el Mercosur al sur y al este, visto que Perú y Bolivia son miembros asociados de esta organización y, a partir de 2006 Venezuela inició su plena adhesión a dicho bloque regional.<sup>398</sup>

Sin embargo, Chile solicitó, en ocasión de la última Asamblea General de las Naciones Unidas, reincorporarse a la CAN como miembro asociado, luego de 20 años de ausencia. Su candidatura fue aceptada de inmediato por decisión del 20 de

---

<sup>396</sup> [http://www.comunidadandina.org/sai/estructura\\_2.html](http://www.comunidadandina.org/sai/estructura_2.html)

<sup>397</sup> [http://www.comunidadandina.org/sai/estructura\\_3.html](http://www.comunidadandina.org/sai/estructura_3.html)

<sup>398</sup> [www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can\\_3552.html](http://www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can_3552.html)

septiembre de 2006. Por su parte, México, que, al igual que Panamá, actúa como miembro observador de la Comunidad y tiene intenciones análogas a las de Chile, en cuanto a una posible adhesión en calidad de miembro asociado.

Estos nuevos acontecimientos tienden a favorecer un reequilibrio entre los dos grandes bloques regionales: la CAN, orientada hacia el Pacífico, y el Mercosur, orientado hacia el Atlántico. La reciente creación de la Comunidad Sudamericana de Naciones apunta a acercar a estos dos subconjuntos y fundirlos, en el largo plazo, en una única organización continental.<sup>399</sup>

## **B. Marco económico**

La CAN es el segundo bloque económico del subcontinente, detrás del Mercosur, con un 37 % de la población del Mercosur y un 20 % de su PIB. El intercambio comercial entre los cinco países alcanzó en 2004 un nivel histórico de 7.700 millones de dólares. Sin embargo, gran parte de este importe correspondía a Venezuela, que aumentó las ventas a sus socios en un 127 %, ascendiendo a 2.500 millones de dólares. Después de su retiro de la organización estas cifras tienden a bajar.<sup>400</sup>

El intercambio comercial de la región andina con la UE representa el 13 % del total del intercambio comercial de la CAN, mientras que el comercio con Estados Unidos asciende a un 30 % de ese total. Este intercambio es asimétrico: la UE absorbe el 14 % de las exportaciones andinas, y la CAN el 0,4 % de las exportaciones europeas. La balanza comercial arroja un saldo favorable a los países andinos. Las exportaciones andinas se componen principalmente de materias primas y productos de primera transformación, mientras que la UE exporta productos de alto valor agregado.

A pesar de que el Acuerdo de Cartagena se firmó en 1969, desde entonces se ha avanzado poco en el proceso de integración económica. En varias ocasiones dicho

---

<sup>399</sup> La CSN (Comunidad Sudamericana de Naciones) cubre todos los países de América del Sur y es entendida como un proceso de convergencia entre los dos grandes bloques comerciales, el Mercosur y la Comunidad Andina, hacia una zona de libre comercio, a la que se suman Chile, Surinam y Guyana. Este proceso se desarrolla por medio de: 1) concertación y coordinación política, 2) acuerdo de libre comercio, 3) integración física, energética y en comunicaciones, 4) armonización de políticas en desarrollo rural y agroalimentario, 5) cooperación en tecnología, ciencia, educación y cultura, 6) integración entre empresas y sociedad civil. La idea una "comunidad sudamericana" se aprobó en la Declaración de Cusco (Perú) en 2002. Para más detalles: <http://www.comunidadsudamericana.com>

<sup>400</sup> [www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can\\_3552.html](http://www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can_3552.html)

proceso ha tenido que ser relanzado y los plazos ampliados, ya que no ha habido voluntad política para avanzar. Los relanzamientos se han dado a través de protocolos como el de Quito de 1987, adoptado como una salida al estancamiento, situación que venía “no sólo de la acumulación de incumplimientos, sino en la apatía de los gobiernos y la falta de voluntad política de hacer cumplir lo pactado”.<sup>401</sup>

En este sentido cabe señalar que el proceso de integración económica en la CAN a la fecha no ha logrado la conformación de un mercado común.<sup>402</sup> A pesar de su denominación la Comunidad andina de Naciones no ha logrado conformar una integración económica que amerite el nombre de Comunidad. Desde su creación hace más de 50 años la CAN se ha quedado en la fase de zona de libre comercio. El Mercado Común Andino está estancado por varias razones, entre ellas porque nunca se ha podido establecer un arancel externo común (AEC). Este propósito ha sido, es y será difícil de conseguir por lo que es muy poco probable perfeccionar la unión aduanera y por consiguiente un mercado común. Por más que se adoptan declaraciones donde se expresan las necesidades del AEC y se ponen fechas perentorias, no se logra avanzar. Es difícil y complejo que la CAN consiga, al menos en el mediano plazo, establecer un AEC, sobre todo ahora que Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena<sup>403</sup> y que Colombia y Perú negociaron un TLC con Estados

---

<sup>401</sup> Salazar , J., Acuerdo o desacuerdo de Cartagena, un testimonio sobre el Pacto Andino. Tercer Mundo Editores, p. 19, citado en Arroyave Quintero, Mario Andrés, Ineficacia crónica del Derecho andino: uno de los factores importantes para el ocaso de la Comunidad andina de naciones, (CAN), *Papel político*, vol.13 no.1 Bogotá Enero/Junio 2008, p. 32

<sup>402</sup> Como fue expuesto anteriormente un mercado común engloba una zona de libre comercio, supone la existencia de una unión aduanera, requiere la liberalización de los sectores productivos, pues no se limita únicamente a las mercancías, sino que implica una liberalización efectiva tanto de éstas como de las personas, los servicios y los capitales. El mercado común necesita que no existan obstáculos a la entrada y salida de los Estados, ni de las personas que se desplacen con una finalidad económica (empresas o trabajadores), ni de las mercancías, ni de los capitales, ni de los servicios. El mercado común debe contribuir a: i) desarrollar la región, ii) fortalecer la posición andina en el ámbito internacional, iii) garantizar parámetros comunes de negociación comercial con terceros países, iv) abrir un corredor de posibilidades, cooperación y competencia para las empresas, v) favorecer a los consumidores, quienes tendrían un mayor número de bienes y productos para escoger y con mejores precios.

<sup>403</sup> Cabe señalar que el presidente Hugo Chávez señaló que la principal razón del retiro de Venezuela del sistema de la CAN es la negociación de un TLC entre los Estados Unidos y varios países de la región andina. Según el presidente venezolano, los TLC de Colombia y Perú con Estados Unidos “asesinaron a la CAN” y la convirtieron en una gran mentira, por lo cual tomó la decisión de abandonarla, “pues dichos TLC son pequeños Alquitas (ALCA) que lesionaron la CAN y pueden inundar los mercados venezolanos de productos estadounidenses fuertemente subsidiados”, citado en . Malamud , C., *La salida venezolana de la Comunidad Andina y sus repercusiones sobre la integración regional*. Primera Parte. Real Instituto Elcano ARI, 2006, p. 54. Desde un punto de vista general, podemos acordarnos con Arroyave Quintero para estimar Venezuela viene practicando una política externa extremadamente nacionalista, sudamericanista, antiestadounidense, autoritaria y proteccionista de su burguesía

Unidos, donde no quedó estipulado un AEC conjunto sino que se llegó a acuerdos por separado sobre las eliminaciones de las barreras arancelarias. Además, el TLC regulará con normas específicas asuntos que tocan con las libertades comunitarias como son las inversiones, servicios y personas, mientras que en la Comunidad Andina, dichas libertades comunitarias son reguladas con normas marco, con lo cual el cumplimiento de las metas andinas quedará obstaculizado.<sup>404</sup>

Parece que por el momento la CAN sólo podrá mantener la zona de libre comercio ya existente, en particular a través del respeto del programa de liberación que prevé la eliminación de todos los obstáculos al libre comercio intrazona, así como la libre circulación de personas.<sup>405</sup> Es improbable, al menos por ahora, que la CAN pueda ir más allá de una zona de libre comercio, debido principalmente a las posiciones políticas de los países andinos.

### **C. Desafíos de la integración andina**

La integración regional en la CAN presenta varios desafíos políticos **(a.)**, económicos **(b.)** y sociales **(c.)**.

#### **a. Desafíos políticos**

El ambicioso objetivo de implementar una política exterior común data de 1998. Este objetivo apunta a adoptar posiciones comunes, e incluso a armonizar las políticas extranjeras, pero no se han logrado resultados concretos hasta el momento. Por ejemplo, Colombia fue la única que apoyó la acción militar de Estados Unidos en Irak a partir de febrero de 2003.

---

“nacional y bolivariana”. La política exterior venezolana cambia en aspectos fundamentales a partir de 1999 con la expedición de la Constitución (artículo 153), pues cambiaron las orientaciones y decisiones en materia de integración respecto de la integración andina. Ahora se impulsa una concepción de la integración muy diferente, en un marco nacional, regional y hemisférico de gran complejidad. Por su parte el gobierno colombiano ha manifestado que el TLC es una estrategia del gobierno para insertar al país en la economía internacional, que no se detiene ahí, pues no es la única negociación que ha realizado el país, ya que se espera en el corto y mediano plazo celebrar y cerrar negociaciones con otros países como Canadá, la Unión Europea y Centro América, entre otros.

<sup>404</sup> Arroyave Quintero, Mario Andrés., El derecho andino: un instrumento necesario para el establecimiento del mercado común, *Aluna Revista de Investigaciones*, 2004, pp. 85-110.

<sup>405</sup> <http://www.comunidadandina.org/quienes/logros.htm>

Un acuerdo sobre la consolidación de los principios democráticos generó la firma de varios protocolos sobre el ejercicio de la democracia. En caso de ruptura del orden democrático en un país miembro, pueden aplicarse sanciones como por ejemplo la exclusión de las instituciones, la suspensión de proyectos o de préstamos.

La cooperación en materia policial y judicial (sobre todo en lo referente a la lucha contra las drogas), la libre circulación de bienes y personas y la mejora de las infraestructuras constituyen otros objetivos importantes.

Sin embargo, las dificultades políticas internas que, en diversos grados, afectan a los países miembros de la organización, no facilitan el camino hacia una integración política más profundizada.<sup>406</sup>

### **b. Desafíos económicos**

La creación de un mercado común andino es uno de los principales desafíos. Esto comprende la adopción de un arancel externo común, la implementación de una política agrícola común y la armonización de ciertas legislaciones nacionales.<sup>407</sup>

Los esfuerzos realizados hasta el momento por los países andinos en estos ámbitos aún no han permitido obtener los resultados esperados. La integración económica andina, que no ha avanzado en la forma deseada, debe hacer frente a dificultades de diversa índole: obstáculos geográficos (barreras naturales, mala navegabilidad de los ejes fluviales), tensiones políticas persistentes (riesgos de extensión del conflicto colombiano, inestabilidad en Bolivia y Ecuador), fuertes desigualdades en términos de desarrollo, atracción ejercida por las otras estructuras económicas regionales (Estados Unidos, Mercosur) y, recientemente, la salida de Venezuela.

### **c. Desafíos sociales**

La agenda social cubre temas tales como la educación, la cultura, la formación profesional, la salud, la ciencia y las tecnologías, el desarrollo sostenible, el medio

---

<sup>406</sup> [www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can\\_3552.html](http://www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can_3552.html)

<sup>407</sup> [www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can\\_3552.html](http://www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can_3552.html)

ambiente y la prevención de catástrofes. La Declaración de Machu Picchu sobre la democracia, los derechos de los pueblos indígenas y la lucha contra la pobreza apunta a aumentar la participación de la sociedad civil en el proceso de integración andina.<sup>408</sup>

## **2. Estructura y atribuciones del TJCA**

El diseño institucional del TJCA reproduce el TJUE **(A.)** desde el punto de vista de su estructura y funcionamiento orgánico. De la misma manera, las competencias contenciosas de las que fue dotado el TJCA son muy similares a las que ejerce el TJUE en el ámbito europeo **(B.)**.

### **A. Una reproducción del TJUE en el contexto de la CAN**

Desde 1969 los Estados andinos importaron los ideales de la Comunidad económica europea, en particular sobre la construcción de un mercado común a través de instituciones (supranacionales) comunes y los plasmaron en el Pacto Andino. No obstante a diferencia del Tratado de Roma el Pacto Andino no estableció *ab initio* una Corte supranacional de justicia. Posteriormente los líderes políticos andinos consideraron que la ausencia de un Tribunal de justicia podría ser perjudicial para la uniformidad de la interpretación y de la aplicación del Derecho andino<sup>409</sup>. En 1984 los Estados miembros crearon el TJCA como parte de una serie de cambios institucionales que tenían como objetivo reforzar la integración andina<sup>410</sup>. Los Estados miembros establecieron el TJCA sobre el modelo explícito del TJUE. El TJCA se ha convertido en el tercer Tribunal internacional más activo del mundo, con sus más de 1400 decisiones. Su actividad jurisprudencial es menor a la de la Corte europea de Derechos humanos y la del TJUE (con su Tribunal de primera instancia) pero es mucho mayor a la del mecanismo de resolución de conflictos de la OMC, la de la CIJ o la de otros sistemas

---

<sup>408</sup> [www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can\\_3552.html](http://www.diplomatie.gouv.fr/.../comunidad-andina-naciones-can_3552.html)

<sup>409</sup> Vargas-Hidalgo, Rafael, The Crisis of the Andean Pact: Lessons for Integration Among Developing Countries, *Journal of Common Market Studies*, vol. 27, num. 3, 1979, p. 224

<sup>410</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, Nature or Nurture? Judicial Law-Making in the European Court of Justice and Andean Tribunal of Justice, (2010). *Duke Law Working Papers*. Paper 3., p. 2, [http://scholarship.law.duke.edu/working\\_papers/3](http://scholarship.law.duke.edu/working_papers/3)

de resolución de conflictos en el ámbito latinoamericano, como por ejemplo la Corte centroamericana de justicia o la Corte interamericana de Derechos humanos.<sup>411</sup>

No obstante el hecho de que el TJCA sea un Tribunal activo no quiere decir que también sea activista.<sup>412</sup> La mayoría de las decisiones del TJCA constituyen casos en los que los jueces nacionales solicitan al juez andino repetir las doctrinas desarrolladas en litigios anteriores. En este sentido cabe señalar que 97% de las decisiones del Tribunal tienen que ver con controversias relativas al Derecho de la propiedad intelectual andino.<sup>413</sup> En los demás casos en los que el Tribunal es llevado a interpretar o aplicar las reglas del Derecho andino, éste se ha mostrado sorprendentemente recalcitrante, dejando pasar varias oportunidades para extender el alcance del Derecho andino y así contribuir al desarrollo de la integración regional y al fortalecimiento de su propia autoridad. Veremos que esta falta de activismo por parte del Tribunal para reforzar el sistema de integración andino depende en gran medida de los factores del contexto general de la integración en la que el juez actúa.

La intención original de los creadores del TJCA era de reproducir por completo el modelo europeo, en particular respecto a su aportación a la consolidación de la integración regional. No obstante, la evolución del juez andino demostró que los genes no determinaron su actuar jurídico y que éste recibió notables influencias de su entorno.<sup>414</sup>

Esta intención de “clonar” el TJUE en el contexto de la CAN aparece claramente en las disposiciones que regulan su estructura y atribuciones. El Tribunal andino fue dotado de una estructura y competencias contenciosas idénticas a las del TJUE.

El TJCA es el órgano jurisdiccional de la Comunidad andina con sede en Quito, Ecuador. Su organización y funcionamiento son regulados por las normas contenidas

---

<sup>411</sup> Garrón Bozo, Rodrigo Javier, Sistema jurisdiccional andino y europeo, *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, 2005, p. 740

<sup>412</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Buildinig an International Rule of Law in Andean Countries: The Andean Court of Justice and Disputes Over Intellectual Property Protection*, paper presented in the annual meeting of the ISA's 49<sup>th</sup> Annual Convention “Bridging multiple divides, San Francisco, 2008, in [www.allacademic.com/.../p251567\\_index.html](http://www.allacademic.com/.../p251567_index.html)

<sup>413</sup> *Idem*

<sup>414</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *op. cit.*, nota 410, p. 23



en el Tratado de Creación del Tribunal, reformado en 1996, por el Estatuto del Tribunal<sup>415</sup> y por su Reglamento interno.

Conforme con lo establecido en el Tratado de Creación, el TJCA es un órgano colegiado que está integrado por 5 magistrados, nacionales de los países miembros de la CAN (4 después de la salida de Venezuela la organización). Los jueces deben ser personas de la más alta consideración moral y que en su país reúnen las condiciones requeridas para el ejercicio de los más altos cargos jurisdiccionales. Los magistrados gozan de absoluta independencia en el ejercicio de sus funciones y no pueden cumular el puesto de juez en el TJCA con otros puestos, a la excepción de la práctica docente. Su designación se hace por el voto unánime de Plenipotenciarios ad hoc sobre propuesta por parte de los Estados miembros. Su mandato es de 6 años renovables una sola vez y renovados parcialmente cada tres años.<sup>416</sup>

El Tribunal puede sesionar de dos maneras, en modo plenario sólo cuando así lo exija el Estatuto o en sesión restringida (de por lo menos tres miembros) para los demás casos. Las sentencias se adoptan por mayoría de tres votos afirmativos en el primer caso y dos en el segundo. Las deliberaciones del Tribunal son secretas y no se admiten “votos salvados” u opiniones disidentes.<sup>417</sup>

El Presidente del Tribunal es escogido por sus pares por el periodo de un año. El Presidente representa el Tribunal ante las demás instituciones y los países miembros, preside las sesiones tanto ordinarias como plenarias y, en general dirige el trabajo del Tribunal. Además del Presidente, la organización del Tribunal cuenta con un Secretario, nacional de uno de los Estados miembros que presenta las garantías de renombre moral y de notoria competencia en materia jurisdiccional. El Secretario es nombrado para un periodo único de cinco años. Sus funciones consisten, entre otras, en dirigir la Secretaría administrativa del Tribunal, atender a la recepción, trámite y custodia de los expedientes, dar fe, expedir certificaciones, copias y las demás atribuciones propias de su cargo, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto. Entre los demás órganos del

---

<sup>415</sup> disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d500.HTM>

<sup>416</sup> Sánchez Chacón, Francisco Javier, El Tribunal de justicia de la Comunidad Andina: estructura y competencias, *Aldea mundo* (Universidad de los Andes, Venezuela), mayo/octubre 2000, vol. 5, núm. 9, p. 39

<sup>417</sup> Para más detalles: [http://www.comunidadandina.org/sai/estructura\\_4.html](http://www.comunidadandina.org/sai/estructura_4.html)

Tribunal también cabe mencionar su personal administrativo, responsable del buen funcionamiento general de la institución.<sup>418</sup>

El Tribunal de justicia beneficia de múltiples garantías para llevar a buen cabo el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Así por ejemplo, los magistrados del Tribunal gozan de las inmunidades reconocidas por el Derecho internacional consuetudinario en materia de inviolabilidad de los archivos y correspondencia o de inmunidad a las jurisdicciones civiles o penales. Los magistrados del Tribunal tienen la obligación de presentar informes todos los años tanto al Consejo Presidencial Andino como al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión. El presupuesto anual del Tribunal es aprobado por esta última institución.

## **B. Las atribuciones contenciosas del TJCA**

El TJCA es el órgano judicial encargado de la correcta interpretación y aplicación del Derecho comunitario andino<sup>419</sup> tanto por parte de los órganos de la Comunidad como por parte de los Estados miembros. Las competencias jurisdiccionales que el Tribunal posee para cumplir con esta función son establecidas en el Capítulo III del Tratado de Creación del Tribunal, tal como modificado por el Protocolo de Cochabamba (Bolivia) de 1996<sup>420</sup>. Las reglas procesales precisas que corresponden a cada uno de los recursos previstas en esta normativa son explicitados de manera más detallada en el Estatuto del Tribunal.<sup>421</sup>

---

<sup>418</sup> [http://www.comunidadandina.org/sai/estructura\\_4.html](http://www.comunidadandina.org/sai/estructura_4.html)

<sup>419</sup> En este sentido cabe señalar que el ordenamiento jurídico andino es conformado por el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos adicionales o modificatorios y sus instrumentos adicionales, así como por las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de las Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría general de la CAN y por último los Convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros entre sí en el marco del proceso de integración. Igualmente el Tratado del TJCA señala que las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión obligan a los países miembros desde que son aprobadas. De la misma manera que las Resoluciones del Secretaría General, son aplicables directamente en los Estados miembros desde la fecha de su publicación en la Gaceta oficial del Acuerdo o en la fecha posterior que ellas señalen. Los Países miembros se comprometen mediante el artículo 4 del Tratado a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas de la Comunidad, así como a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que sea un obstáculo para su correcta aplicación.

<sup>420</sup> Disponible

en [http://www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=37&Itemid=68](http://www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=37&Itemid=68)

<sup>421</sup> *ibidem*

Existen siete principales funciones jurisdiccionales que el Tribunal desempeña en el marco del recurso de nulidad, recurso de incumplimiento, recurso de omisión o inactividad, cuestión prejudicial, jurisdicción laboral y función arbitral.

Como su nombre lo indica el objetivo del recurso de nulidad es la declaración de nulidad de un acto jurídico. En efecto el Tribunal puede apreciar la legalidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la CAN, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios señalados en el apartado “c” del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal. En caso de que uno de estos actos viola manifiestamente las normas de la Comunidad, incluso tratándose de abuso de poder, el Tribunal lo declara nulo de pleno Derecho.

La impugnación del acto puede resultar de una acción promovida por uno de los Países Miembros, un órgano de la Comunidad o por los ciudadanos de los Países miembros (personas físicas o morales). De la misma manera que lo que ocurre con el control de la legalidad de los actos en el caso de la UE los particulares no pueden impugnar un acto comunitario sin demostración previa de su “interés jurídico” para hacerlo. Dicho en otro término para promover una acción de nulidad los particulares deben demostrar que el acto impugnado afecta los derechos subjetivos o los intereses jurídicos que les son reconocidos por las normas comunitarias.

La acción de nulidad debe ser introducida dentro de los dos años siguientes de la entrada en vigor del acto. No obstante en cualquier momento una de las partes a un litigio ante un juez nacional puede solicitar a éste la inaplicabilidad de un acto cuya legalidad es contestada siempre que la interpretación o la aplicación de dicho acto presente un interés para la resolución del asunto. En este caso, el Tribunal nacional debe suspender el juicio y presentar una consulta al TJCA sobre la legalidad del acto impugnado respecto al Derecho comunitario andino. La respuesta del Tribunal comunitario será de aplicación obligatoria para el juez nacional en el asunto de orden interno.

En principio la simple impugnación de la legalidad de un acto no afecta su eficacia o ejecución. No obstante en los casos en los que dicha aplicación puede causar graves daños y perjuicios a una de las partes en el litigio el juez puede pronunciar medidas cautelares con el fin de evitarlos hasta la adopción de la sentencia final.

En una declaración de nulidad total y parcial de un acto de las Instituciones de la CAN el Tribunal debe fijar los efectos de la sentencia en el tiempo. El órgano comunitario cuyo acto fuese declarado nulo tiene que tomar todas las medidas necesarias para asegurar la buena ejecución de la decisión del TJCA.

La acción de incumplimiento tiende a sancionar un Estado miembro que viola las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho andino. Tanto la Secretaría General como los demás Estados miembros o sus ciudadanos pueden iniciar esta acción ante el TJCA.

El artículo 23 del Tratado de creación del Tribunal establece que en el caso de un recurso promovido por la Secretaría General, ésta tendrá que enviar observaciones escritas al Estado señalándole su incumplimiento y poniendo a su disposición un plazo, no mayor a 60 días para contestar a la notificación y poner fin a la violación constatada. Una vez recibida esta notificación o vencido el plazo, la Secretaría elabora un dictamen sobre el Estado del incumplimiento. Si se considera que el incumplimiento persiste la Comisión presenta una demanda ante el TJCA quien debe pronunciarse en la brevedad posible. Si otro Estado miembro es afectado por el incumplimiento, éste puede sumarse a la demanda de la Secretaría.

Conforme con el artículo 24 del Tratado de creación, cuando un país miembro considere que otro está incumpliendo con las obligaciones derivadas del Derecho comunitario andino este debe elevar la controversia a la Secretaría que debe tomar las medidas necesarias para poner fin a dicho incumplimiento en un plazo de 60 días. Si el Estado infractor persiste en su conducta la Secretaría puede iniciar una acción por incumplimiento ante el TJCA. Si la Secretaría no lleva a cabo uno de estos procedimientos, el Estado miembro podrá acudir directamente ante el Tribunal e iniciar la acción por incumplimiento en contra del Estado infractor.<sup>422</sup>

Los particulares también pueden acudir ante el TJCA si estiman que el incumplimiento de un país miembro con la normativa comunitaria lesiona sus derechos subjetivos. El procedimiento que éstos deben seguir es el mismo que establece el artículo 24 del Tratado de creación del Tribunal. De acuerdo con el artículo 31 del Tratado las personas también tendrán Derecho a acudir ante los Tribunales nacionales,

---

<sup>422</sup> <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d500.HTM>

de conformidad con el Derecho interno cuando los Países miembros violan la obligación que les impone el artículo 4 del Tratado y que consiste en “adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, e igualmente a “no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su obligación”; no obstante ambos procedimientos son excluyentes por la misma causa. Adicionalmente el artículo 30 del Tratado señala que la sentencia de incumplimiento del Tribunal constituye un título legal suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar.<sup>423</sup>

Si la sentencia del Tribunal fuese de incumplimiento, el País miembro inculgado está obligado a adoptar las medidas necesarias para su ejecución, en un plazo no mayor a noventa días desde su notificación. Si dicho país insistiere en no poner fin al incumplimiento el Tribunal, previa opinión de la Secretaría General podrá autorizar el país reclamante a adoptar “contramedidas” consistentes en la restricción o suspensión, total o parcial de las Ventajas del acuerdo de integración para el país infractor. El Tribunal podrá ordenar otras medidas en el caso de que la suspensión o restricción agravara la situación o no fuese suficiente para lograr que el Estado infractor ponga fin a su incumplimiento.

Las sentencias de incumplimiento del TJCA pueden ser sujetas a revisión por él mismo sólo por error en los hechos, en particular si se comprueba la existencia de un hecho que fuese desconocido por el Tribunal en el momento de dictar la sentencia. Esta demanda de revisión puede presentarse por una de las partes en un plazo de 90 días después del descubrimiento del hecho, o, en todo caso dentro del año siguiente a la pronunciación de la sentencia.

La interpretación judicial es un recurso que tiene como objetivo asegurar la unidad en la aplicación e interpretación del Derecho comunitario andino.

En un litigio interno en el que esté cuestionada la interpretación o la aplicación de una norma del orden jurídico andino, el juez nacional puede solicitar al TJCA una opinión prejudicial, es decir antes de que se dirima la disputa en la que el tribunal comunitario establezca la correcta interpretación de la norma andina. En el caso en el

---

<sup>423</sup> <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>

que la sentencia interna fuese susceptible de recurso conforme con los procedimientos disponibles en el Derecho nacional, la solicitud de interpretación prejudicial es optativa para el juez interno. No obstante en los casos en los que la sentencia no es susceptible de recursos en Derecho interno el juez debe suspender el procedimiento y solicitar de oficio la interpretación del TJCA.<sup>424</sup>

En este recurso el TJCA debe limitarse a esclarecer el contenido y el alcance de la norma comunitaria interpretada. En ningún caso podrá interpretar o analizar las normas de Derecho interno o los hechos que forman parte de la controversia. Después de que el TJCA se haya pronunciado sobre la cuestión prejudicial, el juez nacional necesariamente debe adoptar en su sentencia la interpretación del juez comunitario. El artículo 36 del Tratado señala que los países miembros deben velar por la correcta utilización del recurso prejudicial por parte de sus jueces nacionales.

El recurso por omisión o inactividad opera en los casos en los que uno de los órganos de la CAN (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Comisión y Secretaría General) se abstiene a cumplir con las misiones u obligaciones derivadas del Derecho comunitario. En dicha hipótesis, las demás instituciones, los Estados miembros o los particulares cuyos derechos e intereses jurídicos sean afectados pueden presentar un recurso por omisión o inactividad ante el TJCA.

El Tribunal debe dictar una sentencia dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud. Esta sentencia debe señalar las modalidades concretas y el plazo otorgado al órgano requerido para poner fin a su inactividad u omisión. La sentencia es publicada en la Gaceta Oficial de la CAN.<sup>425</sup>

La función arbitral del TJCA, es decir la competencia para adoptar laudos arbitrales para la resolución de una controversia, es prevista en la Sección V del Tratado de Creación. El Tribunal puede pronunciarse en formación arbitral sobre los litigios que se suscitan por la interpretación o la aplicación de contratos, acuerdos o convenios concluidos entre los órganos de la Comunidad o entre éstos y terceros, siempre que las partes interesadas se acuerdan sobre el empleo de este modo alternativo de solución de controversias. De la misma manera los particulares pueden

---

<sup>424</sup> <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>

<sup>425</sup> <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>

acudir al Tribunal, en su cualidad de órgano arbitral para las disputas que se originan en la interpretación o aplicación de contratos privados que se rigen por las normas del Derecho comunitario andino.

Las partes pueden decidir si el Tribunal se pronunciará en Derecho o en equidad. Una vez emitida su sentencia es inapelable y no necesita el exequatur para que pueda surtir eficazmente sus efectos en el orden jurídico interno de los Estados miembros.<sup>426</sup>

Finalmente, conforme con el artículo 40 de la Sección VI de su Tratado de creación el TJCA también es dotado de una jurisdicción en materia laboral. En efecto, el Tribunal es competente para conocer y dirimir las controversias en materia laboral que se presenten en los distintos órganos de la CAN, en particular tratándose de las diferencias entre éstos y sus trabajadores, con motivo de la relación laboral existente.<sup>427</sup>

### 3. La aportación del TJCA a la consolidación del bloque regional

Como ya fue expuesto anteriormente el “*judicial-lawmaking*” del TJUE fue más activo en los años 1960-1980, en lo que Joseph Weiler denomina “periodo fundacional”<sup>428</sup>. Fue precisamente en esta época cuando el TJUE desarrolló los

---

<sup>426</sup> <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>

<sup>427</sup> <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>

<sup>428</sup> En este periodo fundacional el TJCA tenía que afirmar su autoridad ante el contexto político incierto de la CAN. El Pacto andino fue creado en 1969 sobre el modelo de la Comunidad económica europea, retomando en particular su sistema supranacional. Sin embargo, en el diseño institucional originario no fue prevista la creación de un órgano jurisdiccional para la solución de las controversias relacionadas con el Derecho de la integración. Mientras que el diseño del Pacto Andino retomaba el de la Comunidad europea, su modelo económico fue distinto, inspirado en particular por la estrategia económica de sustitución de importaciones desarrollada por el economista estadounidense Paul Prebisch (Prebisch and Helen Kellogg Institute for International Studies. 1984; Prebisch and Inter-American Development Bank. 1971). El Pacto andino preveía programas industriales regionales de producción capaces de igualar los niveles de crecimiento y promover el desarrollo económico. En este periodo las élites andinas eran divididas entre el modelo de sustitución de importaciones o el modelo neoliberal como estrategia económica no sólo a nivel del Pacto Andino pero también a nivel nacional. Por lo tanto la orientación de los Gobiernos nacionales (de derecha o de izquierda) influenciaba su nivel de compromiso con el Pacto andino.

Al mismo tiempo el Derecho andino de los 1970 y 1980 también reflejaba las controversias entre estos dos modelos económicos. Se suponía que el corazón del Pacto Andino eran sus programas económicos regionales de desarrollo de utilidades industriales, pero estos programas industriales dependían de las inversiones extranjeras que nunca se materializaron. El Pacto andino también había previsto la creación de un mercado común a través del desmantelamiento de los obstáculos al libre comercio. La falta de desarrollo de los programas industriales causó muchos problemas. Se podría exigir a un país liberalizar por completo el acceso a su mercado interno si éste no recibía los beneficios de las ayudas prometidas para su desarrollo industrial. El Derecho andino resolvió este problema a través del establecimiento de un Programa de Liberalización Comercial que permitía las excepciones nacionales para los productos políticamente sensibles. La existencia de dicho programa complicó las relaciones políticas en la CAN. A pesar de que el acuerdo de Cartagena preveía la interdicción de los obstáculos (tarifarios y no

principios de primacía, efecto directo y protección de los derechos humanos en el orden jurídico comunitario. Como ya fue demostrado en la primera parte, estas doctrinas activistas impulsaron el desarrollo de la integración regional en su conjunto.<sup>429</sup>

El TJCA también desarrolló varias doctrinas jurisprudenciales importantes para el proceso de integración andina durante sus primeros años de funcionamiento. En efecto, desde el inicio de su actividad el Tribunal fue dotado de herramientas jurídicas que le permitían utilizar la interpretación y aplicación del Derecho comunitario andino para promover la profundización del proceso de integración regional y reforzar su autoridad de guardián de la misma.<sup>430</sup>

Haciendo uso de estas prerrogativas, el TJCA transpuso en el orden jurídico andino varios principios pro-integracionistas establecidos por el TJUE en el ámbito del Derecho comunitario europeo. Así, entre los principios importantes para la integración en la CAN, el juez andino no hesitó a establecer la primacía del Derecho comunitario **(A.)**, su efecto directo **(B.)** y la responsabilidad de los Estados miembros en razón de su incumplimiento **(C.)**. No obstante, a pesar de proclamar de manera solemne que los principios pro-integracionistas de la jurisprudencia del TJUE se aplican plenamente en el Derecho comunitario andino, el TJCA no siguió por completo las doctrinas de su homólogo europeo. En particular, el juez andino se negó a hacer del Acuerdo de Cartagena una verdadera Constitución de la CAN, vista como un conjunto de reglas superiores y obligatorias que limitan la libertad de acción de los Estados miembros tanto a nivel nacional como en el contexto de la CAN. Esta precaución del juez andino en el establecimiento de principios jurisprudenciales que podrían fortalecer la integración en la CAN se explica por varios factores de su entorno que se relacionan, entre otros, con la ineficacia crónica del Derecho andino y de las sentencias de su Tribunal **(D.)**.

---

tarifarios) al libre comercio ya parecía que todas las esferas, consideradas importantes para las políticas nacionales fueron situadas fuera del alcance de la integración económica andina.

El TJCA fue creado en 1984. Las políticas controversiales de los gobiernos nacionales ya habían cesado pero para esta fecha el control supranacional sobre la implementación de las políticas comunes ya había sido reemplazado por el control gubernamental sobre la manera en la que las políticas andinas fuesen llevadas a cabo.

<sup>429</sup> Weiler, Joseph, A Quiet Revolution- The European Court of Justice and its Interlocutors, *Comparative Political Studies*, vol. 26, num. 4, 1994, pp. 510-534

<sup>430</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or Nurture?...*, op. cit., nota 410, p. 34



## **A. La afirmación de la primacía del Derecho andino**

A partir de sus primeras sentencias el juez andino estableció la primacía del Derecho andino sobre el Derecho nacional de los Estados miembros. No, obstante, tal como consagrada por el TJCA, la primacía se deriva de una doctrina jurisprudencial específica que enfatiza la “aplicación preferente” del Derecho andino **(a.)**. Su desarrollo en las sentencias posteriores del Tribunal condujo a una modulación importante de los efectos que el principio de primacía produce tanto en el ámbito de la CAN como en los ordenes jurídicos internos de sus Estados miembros **(b.)**.

### **a. La “aplicación preferente” de las normas comunitarias**

Como ya fue expuesto anteriormente conforme con este principio las normas comunitarias prevalecen sobre las normas nacionales en caso de que ambas entren en conflicto. En el ámbito de la UE, la jurisprudencia del TJUE estableció que las normas comunitarias, cualquiera que sea su fuente o rango, se imponen a las normas internas de los Estados miembros, sin importar la jerarquía de éstas y la fecha de su vigencia, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria.

Borhardt estima que: “el conflicto entre Derecho comunitario y Derecho nacional sólo puede resolverse en la medida en que se conceda una primacía al primero sobre el segundo, de forma que prive de eficacia a todas las disposiciones nacionales que difieran de una disposición comunitaria y ocupe su lugar dentro de los ordenamientos nacionales. Pues, ¿qué quedaría del ordenamiento jurídico comunitario si se supeditara el Derecho comunitario al nacional? La respuesta es: muy poco. Las disposiciones de Derecho comunitario podrían ser abolidas por cualquier ley nacional. Y ya no podría hablarse de la validez uniforme e igual del Derecho comunitario en todos los Estados miembros.”<sup>431</sup>

El principio de primacía del Derecho comunitario en el contexto integracionista de la CAN resulta de la jurisprudencia del TJCA.

---

<sup>431</sup>Dieter, Klaus, *El ABC del Derecho comunitario*, op. cit., nota 375, p. 56

En efecto, desde su primera opinión consultiva el Tribunal comunitario se refirió al principio de primacía del Derecho andino sobre los derechos internos de los Estados miembros.<sup>432</sup> La primera decisión del Tribunal en el ámbito del recurso prejudicial trataba del registro de la marca “Volvo” en Colombia.<sup>433</sup> La empresa que interpuso el recurso invocaba la incorrecta implementación del Derecho andino en el orden jurídico nacional sin, por lo tanto, referirse a la existencia de un conflicto normativo actual o potencial entre las disposiciones de la norma comunitaria y el Derecho colombiano.<sup>434</sup> No obstante el TJCA utilizó el caso para incorporar una de las doctrinas jurisprudenciales fundamentales del TJUE y explicar el orden jurídico andino.

Como fue expuesto anteriormente el TJUE estableció el principio según el cual el Derecho de la UE prevalece sobre el Derecho interno de los Estados miembros, a pesar de que el TCE no contenía ninguna disposición expresa al respecto. El TJUE intencionalmente posicionó su discurso jurídico sobre esta problemática en términos constitucionales, estimando que el conjunto normativo establecido por el TCE era autónomo y superior a todas las reglas del Derecho nacional.<sup>435</sup>

En comparación, el discurso del TJCA en este primer asunto no fue tan abiertamente constitucional. Igual que el TCE el Tratado de Cartagena y el Tratado de Creación del TJCA no establecían expresamente la supremacía del Derecho de la integración sobre el Derecho interno de los Estados miembros. Pero ahí donde el TJUE afirmó “la Comunidad constituye un nuevo orden de Derecho internacional en favor del cual los Estados miembros han limitado sus derechos soberanos (...)”<sup>436</sup> el TJCA consideró que “En primer término, se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o

---

<sup>432</sup> Hoyos Vásquez, Bismarck Giuseppe, Los principios básicos del Derecho comunitario, *Boletín Jurídico Essentia Iuris*, Num.3, agosto 2006, p. 4

<sup>433</sup> Las sentencias del Tribunal andino son marcadas por un número en la página web de la Secretaría de la CAN ([www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/procedimientos.aspx](http://www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/procedimientos.aspx)). Las abreviaciones denotan el tipo de recurso en cuestión (IP: interpretaciones prejudiciales, N: nulidad, AI: acciones de incumplimiento.). Este tipo de anotación significa que las sentencias carecen de nombres. Nos referiremos a las sentencias conforme con la designación que aparece en la página web de la Secretaría de la CAN.

<sup>434</sup> En particular se invocaba la negación de la Autoridad colombiana competente de tomar en cuenta los argumentos de la empresa “Volvo” en contra del registro de una marca que dicha empresa consideraba como perjudicial para su propia marca. El Litigante demandaba a la Corte colombiana y al TJCA “el restablecimiento del Derecho para que los recursos y las apelaciones sean rechazadas en el proceso de registro de marcas ante la División de Propiedad Industrial de la Cámara de Industria y Comercio de Colombia ( 1-IP-87, p. 7).

<sup>435</sup> En las sentencias “Costa” y “Van gend en Loos”, cfr. *Infra*. Primera parte.

<sup>436</sup> Van Gen en Loos, párrafo 12

nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista.”<sup>437</sup> Para fundamentar esta afirmación el TJCA pretendió demostrar que los Estados miembros quisieron dotar el Derecho comunitario andino de primacía sobre el Derecho nacional : “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 (Lima, 29 mayo-5 junio 1980), cuando declaró la “validez plena” de los siguientes conceptos: a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros, c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen...”<sup>438</sup>

En ningún momento de su primera sentencia el Tribunal se refirió a una transferencia de soberanía por parte de los Estados miembros en favor de la CAN para justificar el establecimiento del principio de soberanía. Del mismo modo, en su primera IP, el TJCA actuó con cautela y no estableció una supremacía absoluta del Derecho andino sobre el Derecho nacional a diferencia de lo que ocurriría en una relación de tipo constitucional entre los dos.

La ocasión para hacerlo se presentó en el segundo recurso prejudicial presentado ante el TJCA. La cuestión sometida al juez andino en este caso se refería a un conflicto potencial entre una norma de Derecho nacional y las disposiciones del Derecho andino. Como ya fue mencionado anteriormente en su declaración de la primacía y del efecto directo del Derecho comunitario europeo, el TJUE estimó que los Estados miembros habían transferido parte de su soberanía a la Comunidad europea.<sup>439</sup> En cambio, tanto en su primera como en su segunda opinión consultiva el TJCA subrayó la “aplicación preferente de la norma andina”. El Tribunal se expresó en estos términos: “La derogación propiamente dicha de una norma interna, por ser

---

<sup>437</sup> Proceso 1-IP-87, p. 2, disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/gace/g001a050.htm>

<sup>438</sup> Proceso 1-IP-87, p. 3

<sup>439</sup> Las referencias a las “transferencias de soberanía” aparecen en las sentencias: “Costa” y “Van Gend en Loos”.

contraria a una comunitaria, puede resultar indispensable para efectos prácticos, en determinados casos. Pero como tal derogación habría de ser decidida por el derecho interno y no por el comunitario, el derecho integracionista, en principio, se contenta con la *aplicación preferente* (...). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (...) ha afirmado la preeminencia absoluta del derecho comunitario sobre el interno, tesis que resulta ser también aplicable en el ordenamiento jurídico de la integración andina conforme antes se indicó. (...) todo Juez nacional que tenga que decidir en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, sea ésta anterior o posterior a la regla comunitaria (citación de la sentencia Simmenthal del TJUE)".<sup>440</sup>

Para explicar mejor su doctrina de la aplicación preferente el juez andino añadió: “El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros (...) los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno. El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducir o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común.”<sup>441</sup> Las mismas consideraciones por parte del Tribunal fueron retomadas en su jurisprudencia posterior.<sup>442</sup>

---

<sup>440</sup> Proceso 2-IP-88, p. 3, disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/gace/g001a050.htm>

<sup>441</sup> Proceso 2-IP-88, p. 5

<sup>442</sup> Así por ejemplo el Tribunal estimó que “En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia –dice el Tribunal– que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ver principalmente Sentencias Costa/ENEL de 15 de junio de 1964, y la Sentencia Simmenthal de 19 de marzo de 1978) en concordancia, en este punto, con el espíritu de las normas de la integración andina. Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior –que ha de

Queda claro que en estas dos sentencias el Tribunal retoma de forma explícita el principio según el cual el Derecho andino es superior al Derecho nacional y las Cortes nacionales deben dejar inaplicadas las normas nacionales que entran en conflicto con las normas comunitarias. Afirmando que la jurisprudencia del TJUE es “también aplicable en el ordenamiento jurídico de la integración andina (...)” el TJCA pretende referirse a la aplicación integral de las doctrinas integracionistas del juez europeo en el ámbito andino. Pero, como lo afirman Karen Alter y Laurence Helfer<sup>443</sup> el TJCA no es tan activista como el TJUE. El juez andino consideró que las medidas nacionales deben quedarse inaplicadas, pero sólo en los casos en los que existe Derecho andino contrario que pueda prevalecer.

En efecto, en vez de una radical doctrina de supremacía y “*preemption*” el TJCA estableció el principio de “complemento indispensable”<sup>444</sup> – en los ámbitos de aplicación del Derecho andino los Estados miembros pueden adoptar sólo leyes nacionales que son complementos necesarios para la aplicación de éste. Además el TJCA afirmó que la apreciación del desplazamiento de la norma nacional debe respetar el carácter paulatino de dicho proceso. No sólo porque la competencia regulatoria en un ámbito corresponde a la CAN los Estados miembros deben dejar de legislar dicha materia y adoptar leyes nacionales, potencialmente contrarias a las normas andinas. Según el TJCA de esta manera se evitan los conflictos normativos agudos entre el Derecho nacional y el Derecho andino. Esta doctrina es mucho menos severa que la de los “poderes implícitos” desarrollada por el TJUE y según la cual los Estados miembros de la UE han transferido (a la UE) definitivamente su competencia legislativa en ciertos ámbitos de la regulación. En el razonamiento del Tribunal no existe tal transferencia definitiva, visto que todo proceso de complementación es paulatino. En este sentido, en

---

primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales de derecho- es precisamente la norma comunitaria.”(Proceso No. 2-IP-88 G.O. No. 33 de 26 de julio de 1988).

<sup>443</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, “*Nature or nurture?...*”, *op. cit.*, nota 410, p. 42

<sup>444</sup> “ Pero de todos modos, 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 entorpezcan o desvirtúen. (Proceso 2-IP-88, p.3)

el Proceso No. 2-IP-90<sup>445</sup> el Tribunal consideró que “Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que todo proceso de integración es por naturaleza gradual o progresivo, y que por consiguiente el efecto de desplazamiento del derecho interno por el comunitario suele producirse por etapas, al ritmo del avance de las regulaciones comunes. Resulta excepcional, en efecto, que el derecho de la integración logre cubrir desde un principio, a través de regulaciones propias, la totalidad de las materias reservadas a la comunidad. Menos aún si se trata de asuntos vastos y complejos, como es el caso de la Propiedad Industrial, por lo cual resulta lógico que muchos de sus variados aspectos, aunque en principio deban ser objeto de una regulación común, continúen siendo de competencia del legislador nacional por tiempo indefinido, hasta que sean efectivamente cubiertos por la normatividad comunitaria. En otros términos, para que el legislador nacional se vea desplazado no basta que la comunidad se haya reservado el tratamiento normativo de un tema, en principio, ya que dicho desplazamiento sólo se produce cuando el legislador comunitario ocupa efectivamente ese terreno con normas obligatorias para la subregión (...)”. Según la doctrina del “complemento indispensable”, la primacía del Derecho comunitario es condicionada por el actuar tanto del legislador comunitario como del legislador nacional.

Como lo afirman Alter y Helfer<sup>446</sup>, la doctrina del “complemento indispensable”<sup>447</sup> establece una importante distinción entre el principio de primacía tal como establecido en el ámbito europeo (o en el caso de los Estados federales) y su homónimo andino.<sup>448</sup> En el caso andino la primacía parece asemejarse más a prioridad o aplicación preferente en caso de conflicto entre normas. Las reglas andinas deben prevalecer sobre las leyes nacionales en caso de conflicto entre ambas, pero el principio de

---

<sup>445</sup> G.O. No. 69 de 11 de Octubre de 1990, disponible en [http://www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com\\_wrapper&view=wrapper&Itemid=65](http://www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=65)

<sup>446</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or Nurture?...*, *op. cit.*, nota 410, p. 45

<sup>447</sup> para más detalles sobre la doctrina del complemento indispensable y las condiciones del desplazamiento de la norma nacional por la norma comunitaria ver, Pico Mantilla, Galo, *Jurisprudencia andina*, 2009, edición electrónica gratuita, texto completo en [www.eudmed.net/libros/2009a/490](http://www.eudmed.net/libros/2009a/490)

<sup>448</sup> A pesar de que el TJCA pretende que los dos son idénticos. Por ejemplo, en el Proceso No. 2-IP-90. G.O. No. 69 de 11 de octubre de 1990, el Tribunal afirmó que “El principio de la aplicación preferente del derecho comunitario, según el cual éste debe aplicarse de todos modos, no obstante lo que disponga el derecho nacional, fue consagrado en la Comunidad Económica Europea gracias al histórico fallo Costa/ENEL de 15 de junio de 1964, ratificado en la sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978. Este principio –según los observadores- junto con el del efecto directo, contribuyó de modo decisivo al espectacular éxito hasta ahora alcanzado por el proceso de integración en Europa. Se trata de una concepción jurídica fundamental, consagrada también dentro del ordenamiento jurídico andino, que hace posible la existencia de un verdadero derecho de la integración, por lo cual este Tribunal no ha vacilado en acogerla.”

primacía no implica *per se* una superioridad absoluta del Derecho andino sobre el Derecho nacional de los Estados miembros de la CAN. Dicho en otros términos el principio de primacía tal como establecido por el TJUE es absoluto mientras que el principio de primacía consagrado por el TJCA es relativo y por ende, de alcance limitado.

La decisión 2-IP-88 también pudo haber sido la ocasión para el Tribunal andino de repetir otros principios que resultan de la jurisprudencia del TJUE y que refuerzan el sistema de integración. Así por ejemplo el TJCA citó el artículo 5 del Tratado de Creación de Tribunal que es una exacta replica del artículo 5 del antiguo TCE para estimar que los Estados miembros están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho andino.<sup>449</sup> El TJUE empleó esta disposición para establecer que los Estados miembros y sobre todo sus jueces nacionales tienen derechos y obligaciones *vis-à-vis* del Derecho europeo, en particular la capacidad de declarar inaplicables las medidas nacionales contrarias a este último. A pesar de que el TJCA insistió sobre las similitudes entre la integración en la CAN y el sistema de la UE el juez andino en su doctrina de la primacía no hizo ninguna referencia a los jueces nacionales de los Estados miembros. En general podemos estimar que el establecimiento del principio de primacía en las dos primeras IP del TJCA no fue insertado en una doctrina jurisprudencial eficaz y activista.

También cabe señalar que en el establecimiento del principio de primacía el Tribunal utilizó el método de interpretación teleológica del Tratado de Cartagena. Según el Tribunal el recurso a este tipo de interpretación en vez de los métodos literal, sistemático o histórico se explica como una necesidad de los sistemas de integración.<sup>450</sup> No obstante como lo afirma Saldías<sup>451</sup> existen pocas pero importantes

---

<sup>449</sup>Proceso 2-IP-88, p.2

<sup>450</sup> En este sentido, en el proceso 1-IP-88 el TJCA estimó que “en cuanto a la interpretación del derecho comunitario (...) se aplican los métodos de la hermenéutica jurídica generalmente aceptados, pero corresponde, llegado el caso, el empleo preferente de los métodos funcional, sistemático y teleológico. La utilización de este último tiene su fundamentación en el mismo Tratado de Creación del Tribunal, ya que sus atribuciones derivan de la necesidad de contribuir a la consecución del propósito común integracionista.” De la misma manera en la decisión 3-IP-89 el Tribunal consideró que “esta interpretación (...) debe atender al elemento sistemático y al teleológico, de preferencia a los elementos gramatical, idiomático, técnico o lingüístico, ya que esa es, precisamente, la hermenéutica que mejor se aviene a la naturaleza propia del Derecho comunitario.”

diferencias entre el método teleológico utilizado por el TJUE y el empleado por el TJCA.<sup>452</sup> Mientras que el TJUE enfatiza la importancia de tomar en cuenta los objetivos del TCE, el TJCA atribuye más importancia a la voluntad del legislador.

Igual que los principios que el TJUE desarrolló en sus primeras sentencias, las primeras decisiones del TJCA eran de gran significado doctrinal pero no tuvieron mucho impacto sustancial.<sup>453</sup> Dicho en otros términos estas decisiones se quedaron aisladas y no tuvieron eco en las sentencias posteriores del Tribunal<sup>454</sup> ni en general en el orden jurídico y político andino. Las IP del TJCA no provocaron cambios sustantivos en la imagen constitucional de la CAN. El juez andino no exigió nada de los Estados miembros para que se lleve a cabo la correcta ejecución de dichas decisiones. Tomando en consideración el silencio que siguió a las dos sentencias, la afirmación tanto del efecto directo como de la primacía del Derecho andino parecen haber pasado completamente desapercibidos por los demás actores de la integración. La misma

---

<sup>451</sup> Saldías, Osvaldo, *Supranational Courts as Engines of Disintegration. The Case of the Andean Community, Berliner Arbeitspapiere zur Europäischen Integration*, October 2007, núm. 5, p. 5

<sup>452</sup> Por un claro ejemplo de aplicación del método de interpretación teleológica podemos citar el Proceso No. 5-IP-89. G.O. No. 50 de 17 de noviembre de 1989 en el que el Tribunal afirmó que: “ La obligación que implica el artículo 5 (del Tratado que crea el Tribunal de Justicia) que se interpreta tiene su fundamento precisamente en el ‘objeto y fin’ del Acuerdo de Cartagena, en suma, de la ‘integración’ a la que están comprometidos los países andinos, cuyos objetivos se resumen en el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena codificado, que dice: ‘El presente Acuerdo tiene por objetivos 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; 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 los habitantes de la subregión’. “De ahí que la norma que se interpreta, siendo de una gran precisión jurídica, constituye fundamental soporte para la integración andina, es decir, que su cumplimiento es requisito esencial para asegurar la realización de los citados objetivos del Acuerdo y de su fin primordial de mejorar en forma persistente ‘el nivel de vida de los habitantes de la subregión’.”

<sup>453</sup> Cabe recordar que el TJUE desarrolla sus doctrinas en casos que no tienen mucha importancia sustancial para después proveer un soporte para ellas en los casos posteriores.

<sup>454</sup> No obstante cabe señalar que el principio de primacía del Derecho andino en su relación con el Derecho nacional de los Estados miembros fue utilizado por parte del Tribunal para asentar la superioridad de éste en relación con los tratados internacionales concluidos por los países miembros. En el Proceso 01-IP-2001 el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la validez de los argumentos de Bolivia y Venezuela que estimaban que varias medidas nacionales no podían ser invalidadas en virtud del Derecho andino porque eran conformes con el Derecho de la OMC. En un discurso firme e invocó el Tribunal estimó que “El principio de autonomía de las Normas andinas estableció que el Derecho andino no tiene su fuente en las leyes nacionales de los Estados miembros sino en el Tratado de creación de la Comunidad andina y por lo tanto, éste no puede depender o ser subordinado a las normas internacionales que forman parte de las leyes nacionales. Los tratados internacionales firmados por los Estados miembros no obligan a la Comunidad andina y no tendrían ningún efecto incluso si éstos crearan obligaciones jurídicas para los países miembros.” Esta sentencia confirma que la integración andina, igual que su homólogo europeo no pueden subsumirse bajo la OMC o cualquier otro acuerdo internacional (bi o multilateral).



doctrina no parece haberles dedicado mucha atención. En este sentido es muy significativo el hecho de que es muy difícil encontrar comentarios valiosos de las dos decisiones.<sup>455</sup> El silencio que siguió estas dos decisiones dejó la mayoría de los jueces nacionales en la CAN completamente ignorantes respecto a su alcance.

A esta ignorancia de los demás actores de la integración respecto al significado y los efectos de las sentencias referentes al principio de la primacía se suman los postulados resultantes de la jurisprudencia posterior del TJCA. En efecto en sus sentencias posteriores el TJCA procedió a una modulación significativa del campo de aplicación y del alcance del principio de primacía del Derecho andino, en particular tratándose de su relación con la autonomía normativa de los Estados miembros.

### **b. La modulación de los efectos del principio de primacía**

En varias de sus decisiones posteriores el TJCA moduló los efectos del principio de primacía tal como establecido en sus primeras sentencias. Con esto el Tribunal se alejó considerablemente de los principios que el TJUE había establecido en las jurisprudencias “Costa” y “Simmenthal” y que el juez andino había pretendido retomar por completo. Esta limitación del alcance del principio de primacía por parte del TJCA se puede relacionar con su voluntad de respetar la autonomía y los intereses de los Estados miembros de la CAN.<sup>456</sup>

Uno de estos casos implicaba la importación en Colombia de aluminio proveniente de Venezuela. En 1987, Reynolds Aluminium presentó un recurso de incumplimiento en contra de Colombia, invocando la ilegalidad de la imposición interna de las importaciones provenientes de Venezuela. El TJCA rechazó el recurso porque en este periodo los particulares no tenían la posibilidad de introducir recursos ante la jurisdicción comunitaria.<sup>457</sup> Después de una sentencia del TJCA que no lo resolvió en el

---

<sup>455</sup> Las únicas fuentes de referencia a las dos IP encontradas en la presente investigación figuran en artículos más generales.

<sup>456</sup> Pérez Tremps, Pablo, El aporte del Tribunal de justicia de la Comunidad Andina a la consolidación del bloque regional y la actitud al respecto de los Tribunales Supremos de los países miembros, en *Hacia una Corte de justicia latinoamericana*, Ricardo Alonso García (coord.), Pre-Textos, Valencia, 2008, p. 56

<sup>457</sup> Proceso 1-INCULP-1987. Esta sentencia temprana tenía otra numerotación que las actuales acciones por incumplimiento. Los Estados miembros autorizaron explícitamente los litigantes privados a presentar recursos de incumplimiento en 1996 a la ocasión de la adopción de las reformas de Cochabamba.

fondo<sup>458</sup>, el litigio de Reynolds Aluminium reapareció en 1990 bajo la forma de cuestión prejudicial. El demandante estimaba que el acuerdo de Cartagena prohibía las barreras al comercio entre los países miembros, y por lo tanto impedía toda modificación en las tarifas nacionales a la importación/exportación de productos provenientes de la zona de libre comercio. El gobierno de Colombia consideró que el acuerdo de Cartagena debe de interpretarse a la luz de las Decisiones andinas que lo modificaban en sustancia.<sup>459</sup> El Tribunal aceptó los argumentos colombianos y estimó que los Estados miembros eran libres de modificar las tarifas nacionales a la exportación o importación del comercio intrazona. En este sentido el Tribunal afirmó que “Los Estados miembros son libres de decidir sobre las restricciones al comercio de bienes; el acuerdo de Cartagena en ningún caso les prohíbe imponer nuevas restricciones (...).”<sup>460</sup>

Negándose a admitir la existencia de limitaciones absolutas a la autonomía normativa de los Estados miembros, el TJCA demostró que, en su opinión, el acuerdo de Cartagena no es un acuerdo constitucional, plenamente superior a los Derechos internos de los Estados miembros. La resolución del Tribunal en estos litigios permite concluir que para el juez andino el Tratado de Cartagena es más bien un marco inicial para lograr la integración pero los resultados de ésta dependen de la voluntad y de los actos internos de los países miembros. Dicho en otros términos las obligaciones resultantes del Acuerdo de Cartagena pueden ser modificadas o enmendadas por los actos internos o internacionales de los Estados miembros de la CAN (en la especie Decisiones). Esta modificación del alcance de las normas del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros limita en gran medida la fuerza jurídica del principio de primacía del Derecho comunitario. En efecto, este último queda afectado por la libertad

---

<sup>458</sup> En 1989 un litigante colombiano invitó al TJCA a pronunciarse respecto a las controversias relativas al Código de Inversiones Andino que en este tiempo permitía a los países extranjeros a desarrollar sus propias estrategias sobre la posibilidad para los inversionistas extranjeros de invertir en sus países. El TJCA se estimó competente para conocer el asunto y consideró que los gobiernos no pueden utilizar reservas unilaterales o disposiciones de su Derecho interno para sustraerse a las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho andino. La atrevida declaración de autoridad por parte del Tribunal no se tradujo en la resolución del fondo del litigio. A pesar de que el Tribunal consideró que los estados miembros no pueden renacionalizar industrias que habían acordado liberalizar conforme con las exigencias del Derecho andino, éste dió a los gobiernos nacional “completa autonomía” para decidir si algunos sectores económicos debían ser reservados únicamente para el capital nacional (prohibiendo así las inversiones extranjeras en dichas áreas).

<sup>459</sup> Saldias, Osvaldo, *op. cit.*, nota 451, p. 10

<sup>460</sup> Proceso 1-IP-90, p. 8, disponible en [http://www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com\\_wrapper&view=wrapper&Itemid=65](http://www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=65)

de los Estados miembros de tomar actos internos o comunitarios contrarios a las disposiciones del Tratado de Cartagena.

Esto es claramente inconsistente con el principio de primacía del Derecho comunitario según el cual el respeto de las obligaciones resultantes de este último se sitúan por encima de toda norma posterior o anterior contraria. Las obligaciones resultantes del Acuerdo de Cartagena deberían prevalecer sobre todos los actos legislativos o normativos de los Estados. Si los países miembros fuesen libres de modificar las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario el principio de primacía tendría un valor únicamente relativo y limitado. Podemos considerar que decisiones como la de Reynolds Aluminium convertirían el principio de primacía en un principio “*a la carta*”.

En 1993 el TJCA tuvo que resolver otro asunto iniciado por Reynolds Aluminium, el tercero que tenía como objetivo condenar a Colombia por su impuesto sobre los productos de aluminio. Desde la decisión 1-IP-90 el Derecho andino fue modificado. Los presidentes andinos finalmente se habían acordado a establecer una zona regional de libre comercio y habían previsto adoptar un Arancel externo común que entraría en vigor a partir de 1992. También se había previsto eliminar todas las listas de excepciones al libre comercio intrazona<sup>461</sup>. Estos cambios hubieran podido ser una buena ocasión para que el Tribunal solucione el caso de manera distinta.

La cuestión prejudicial del caso 3-IP-93<sup>462</sup> era la misma que la de la 1-IP-90 y el Tribunal llegó a la misma conclusión-los gobiernos se reservan el Derecho de modificar las tarifas de los productos que figuran en las listas de excepciones. De nuevo el TJCA afirmó la discreción de los jueces nacionales para decidir los puntos clave del asunto, negándose a utilizar el Derecho andino para promover los objetivos del programa comercial de integración regional andina. La cuestión crucial fue de saber cuál era el régimen comercial aplicable a los productos a base de aluminio. Era Colombia obligada a no aumentar las tarifas de dichos productos en virtud del acuerdo de Cartagena?

---

<sup>461</sup> O'Keefe, Thomas Andrew. 1996. How the Andean Pact Transformed Itself into a Friend of Foreign Enterprise. *International Lawyer* 30 (Winter), pp. 818-819, citado en Karen Alter, *Nature or nurture?...*, *op. cit.*, nota 410, p. 68

<sup>462</sup> Disponible en : [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?page=140&ChkEstVig=&GruDoc=11&TxtNum1=&TxtNum2=&LbxTip=&TxtPPP=&TxtRes=&chxbxExacta=&LbxEst=&Cbxtit=&LbxVig=&Ambito=&Org=0&LbxCom=0](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?page=140&ChkEstVig=&GruDoc=11&TxtNum1=&TxtNum2=&LbxTip=&TxtPPP=&TxtRes=&chxbxExacta=&LbxEst=&Cbxtit=&LbxVig=&Ambito=&Org=0&LbxCom=0)

Entraba el aluminio en la categoría de productos cubiertos por el Programa Industrial Andino que transfería la regulación de estos últimos a la CAN? O el aluminio formaba parte de la lista de excepciones en la que los Estados miembros mantienen completa autonomía? El TJCA decidió dejar a los jueces nacionales la libertad para aportar respuestas a esta serie de problemas jurídicos. El juez andino estimó que: “Por ello, en el caso concreto que ha dado lugar a la presente interpretación prejudicial, para decidir la causa y aplicar las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, corresponde al juez nacional determinar si el producto de que se trata está ubicado en la nómina de productos del “universo” arancelario incluidos en el Programa de Liberación automático en la lista de excepciones a la que tiene derecho cada País Miembro o en la nómina de productos reservados para Programas o modalidades de desarrollo industrial.”<sup>463</sup>

Esta total libertad atribuida a los jueces nacionales en los asuntos que se vinculan con la aplicación o interpretación del Derecho comunitario andino no contribuye al desarrollo de un sistema de integración regional y no promueve un verdadero diálogo entre los jueces nacionales y el juez comunitario. Por el contrario, esta solución promueve la adopción de sentencias nacionales divergentes sobre los temas de Derecho comunitario en detrimento de la unidad de interpretación y aplicación del Derecho comunitario, y desde un punto de vista general a la seguridad jurídica que debe gobernar en un sistema de integración regional. Las afirmaciones del TJCA difieren mucho de la manera en la que el TJUE hubiese procedido para resolver el asunto de una manera conforme con los objetivos de profundización de la integración regional.<sup>464</sup>

Esta actitud del TJCA es sin duda sumamente prudente y cuidadosa. El juez andino estimó que los países miembros pueden, en todo caso, modificar sus listas de

---

<sup>463</sup> Proceso 3-IP-93, p. 13

<sup>464</sup> Es difícil pensar que el TJUE hubiese faltado una oportunidad para definir la extensión de las excepciones nacionales al libre comercio intrazona. Los jueces del TJUE han sido muy claros sobre la manera en la que el TJUE participa en la determinación de cómo las autoridades (en particular los jueces) nacionales aplican (o mejor dicho) deben aplicar el Derecho comunitario. Como fue expuesto anteriormente, en el ámbito de las cuestiones prejudiciales, el TJUE debe limitarse a aclarar el significado de las normas comunitarias aplicables en el litigio nacional. Pero por el general el Tribunal va mucho más allá e indica la manera en la que éstas deben aplicarse en el Derecho nacional, y en caso de conflicto entre la norma comunitaria y una disposición de Derecho nacional “propone” al juez nacional la manera de resolver dicho conflicto, insistiendo en la obligación de este último de dar pleno efecto a la aplicación del Derecho comunitario. Como lo afirma el juez Mancini, “el juez nacional es conducido por la mano hasta la puerta, cruzarla es su trabajo, pero éste se convierte en un trabajo no más difícil que un juego de niños.”

excepciones de manera unilateral. El control de la conformidad de estas modificaciones con el Derecho comunitario andino es dejado a la libre apreciación de los jueces nacionales. Atribuyendo esta competencia a los jueces nacionales, el juez andino se auto-niega la posibilidad de pronunciarse sobre el cumplimiento por parte de los Estados miembros de las reglas relativas a la integración económica andina.

En las sentencias posteriores el Tribunal fue más exigente con los Estados miembros debido al cambio del contexto general de la integración. No obstante su prudencia y precaución respecto al alcance del principio de primacía persistieron. En particular, en varias ocasiones, el Tribunal se negó a acordar al principio de primacía del Derecho comunitario su pleno efecto.

Un caso importante en cuanto la limitación de la eficacia de la preeminencia del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional es el relativo a las medidas de regulación del comercio de alcohol en Colombia. El Tribunal fue inévoco en considerar que el acuerdo de Cartagena exige la eliminación de todas las restricciones al comercio regional y que los gobiernos nacionales deben velar a que sus autoridades territoriales no impongan obstáculos al comercio y no discriminen entre los productos nacionales y los productos importados. En la decisión 103-IP-2000<sup>465</sup> e TJCA consideró que los países no pueden determinar si existen las condiciones previstas en el acuerdo de Cartagena para recurrir a dichas excepciones al libre comercio, visto que esta atribución incumbe a la Secretaría General de la CAN. A pesar de que esta sentencia envió una clara señal a los Estados miembros sobre la necesidad de cumplir con las obligaciones resultantes del Derecho comunitario, el TJCA no aplicó el principio de primacía del Derecho andino tal como lo había hecho en sus primeras decisiones.<sup>466</sup>

El caso del alcohol colombiano tiene un largo antecedente. En mayo de 1991 Ecuador se quejó ante la Junta Andina de algunas medidas tomadas por los municipios colombianos que impedían la competencia entre los productos alcohólicos colombianos y los productos a base de alcohol ecuatorianos, provocando una discriminación ilícita en detrimento a la importación de estos últimos. En este momento la Junta arbitró el

---

<sup>465</sup> Disponible en [www.intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/103-ip-2000.doc](http://www.intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/103-ip-2000.doc)

<sup>466</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *The Andean Tribunal of Justice and its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community*, 2009, Duke Law Scholarship Community, 53 p. [www.scholarship.law.duke.edu](http://www.scholarship.law.duke.edu).

asunto pero no se llegó a su resolución de fondo. En 1996, fue Venezuela quien contestó las políticas colombianas de comercialización de alcohol, estimando que éstas eran contrarias con el Derecho andino. Esta vez la Junta adoptó una Resolución vinculante para Colombia, considerando que las políticas municipales relativas a la fijación de precios y las reglas de distribución en materia de comercio de alcohol discriminaban a las importaciones provenientes del comercio intrazona. La Junta ordenó a Colombia poner fin a estas violaciones del Derecho andino. Después de que Colombia ignoró por completo la Resolución de la Junta, la Secretaría general de la CAN inició un recurso por incumplimiento en contra de este país miembro.<sup>467</sup>

Al mismo tiempo, un litigante privado inició una acción ante la Corte constitucional colombiana alegando la inconstitucionalidad de la ley nacional que establecía el monopolio estatal sobre la venta de alcohol. La litigante se basó en varios argumentos para probar la inconstitucionalidad de la ley nacional y refirió en particular la incompatibilidad de ésta con el Derecho comunitario andino. Mientras duraba este proceso nacional, el TJCA suspendió su procedimiento en la espera de la sentencia de la Corte constitucional colombiana.

El juez constitucional de Colombia se pronunció en mayo de 1998.<sup>468</sup> La Corte estaba informada de la existencia de la Resolución 453, no obstante estimó que no le correspondía asegurar su buena aplicación en el orden jurídico colombiano. Según la Corte constitucional colombiana, algunos tratados internacionales (los de los derechos humanos) forman parte del “bloque de constitucionalidad”, lo que les da una autoridad superior a la del Derecho nacional. Pero, en la opinión del Tribunal, el Derecho andino no es parte de este bloque, por lo tanto ocupa el mismo nivel que las leyes nacionales. Los tratados internacionales ordinarios no necesitan ser tomados en consideración cuando la Corte constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad de las normas de Derecho nacional. Porque, según la Corte los Tratados internacionales y la Constitución no tienen la misma jerarquía, ni (los tratados internacionales) son una fuente de intermediación entre la Constitución y las leyes nacionales ordinarias. Según la Corte: “...los conflictos entre el Derecho nacional y el Derecho andino no tendrán

---

<sup>467</sup> para más detalles ver Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or Nurture?...*, *op.cit.*, nota 410, p.17

<sup>468</sup> Corte Constitucional de Colombia, Decisión C-256/98, 27 de mayo de 1998.

como consecuencia la inejecución de las leyes nacionales..., por lo tanto una controversia constitucional no es el recurso apropiado para resolver una contradicción entre las normas nacionales y andinas”.<sup>469</sup> La Corte constitucional se negó a pronunciar la ilegalidad de la ley nacional que preveía el monopolio y consideró que correspondía al gobierno nacional tomar las medidas necesarias para volverla compatible con el Derecho andino.

Aproximadamente 6 meses después de la sentencia de la Corte constitucional el TJCA resolvió la cuestión prejudicial que le era sometida. El Tribunal andino siguió por completo la solución adoptada por la Corte constitucional colombiana y estimó que no existía un conflicto cualquiera entre la norma nacional relativa al monopolio sobre la venta de alcohol y las normas del Derecho de la integración andina. El juez comunitario concluyó que el problema de compatibilidad se desprendía de las medidas de ejecución de la ley nacional. Cada municipio establecía sus propias reglas para la venta de alcohol obligando a los importadores a pedir licencias para la venta de sus productos ante cada municipio. El TJCA consideró que estas prácticas municipales creaban restricciones al comercio de productos alcohólicos y que Colombia era obligada por el Derecho andino a poner fin a dichas prácticas.<sup>470</sup>

El contexto jurídico de este caso es particularmente similar con el del caso “Costa c/ ENEL” que tuvo que resolver el TJUE. En el caso “Costa”, el TJUE tuvo que pronunciarse después de que la Corte constitucional italiana había adoptado una sentencia sobre la base de los mismos hechos. La Corte constitucional italiana había considerado que el Derecho comunitario no era aplicable al caso y no beneficiaba de superioridad sobre el Derecho nacional, en particular tratándose de las normas

---

<sup>469</sup> La Corte estimó literalmente que “Ni los tratados internacionales ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria, ya que la aprobación de los tratados por el Congreso se lleva a cabo mediante una ley ordinaria, de modo que, analizadas las cosas desde la perspectiva del juicio de constitucionalidad, las presuntas contradicciones entre la ley y el derecho comunitario andino no generan la declaración de inexecutable, cuyo presupuesto es la inconformidad de una norma inferior con otra superior y no con otra de la misma jerarquía o proveniente de algún órgano comunitario.”

<sup>470</sup> Proceso 29-IP-98, 22 de enero de 1999

constitucionales.<sup>471</sup> El TJUE adoptó una sentencia claramente contraria a la de la Corte constitucional italiana, concluyendo que el Derecho comunitario prevalece sobre todas las normas de Derecho nacional (incluso las constitucionales) y que todos los jueces internos (en particular los jueces constitucionales) tenían la obligación de aplicar el Derecho comunitario y dejar inaplicadas las normas nacionales contrarias a este último.

En el caso del alcohol colombiano el TJCA no respetó el principio de primacía del Derecho comunitario en los términos en los que él mismo lo había consagrado en sus primeras decisiones. Su solución en este caso fue un claro paso hacia atrás en relación con la implementación de las doctrinas europeas “Costa” y “Simmenthal” en el contexto de la integración andina. Su expresa referencia a los principios establecidos en estas sentencias parece quedar olvidada. En primer lugar porque el Tribunal no reaccionó ante la declaración por parte de la Corte constitucional italiana de la superioridad de la Constitución nacional sobre el Derecho comunitario. En segundo lugar porque el Tribunal se contentó a declarar lo que exige el Derecho andino, sin, por lo tanto, pedir a los jueces nacionales que ejecuten a este último (por encima del Derecho nacional). Si el TJCA hubiese seguido su propia referencia a las doctrinas desarrolladas por el TJUE en las sentencias “Costa” y “Simmenthal”, este debería solicitar de la Corte constitucional colombiana hacer todo lo necesario para garantizar el pleno efecto de las disposiciones del Derecho comunitario y hubiese afirmado de manera inévoca que el Derecho comunitario prevalece sobre la Constitución colombiana.

Como fue expuesto anteriormente, la diferencia fundamental entre el principio de primacía del Derecho comunitario y el principio de primacía del Derecho internacional general reside en el hecho de que en el primer caso es el Derecho comunitario mismo quien regula la materia y en el segundo, las reglas de solución de conflictos entre las normas nacionales e internacionales son contenidas en el Derecho nacional (constitucional). Como lo afirma Pierre Pescatore<sup>472</sup> la primacía es una condición existencial del Derecho comunitario. Sin primacía plena del Derecho comunitario no puede haber integración. La primacía limita definitivamente la soberanía de los Estados miembros y refuerza la unidad de la interpretación y aplicación del Derecho comunitario

---

<sup>471</sup> cfr. *Infra*

<sup>472</sup> cfr. *infra*



a nivel nacional.<sup>473</sup> Si se dejara a los Estados miembros la posibilidad de dictar sus propias reglas de jerarquía entre las normas nacionales y las normas comunitarias, la primacía del Derecho comunitario sería relativa porque dependería de la voluntad de los Estados miembros de la integración.

En este sentido podemos estimar que en el caso del alcohol colombiano el TJCA no niega a Colombia y a su Corte constitucional la posibilidad de determinar el alcance del principio de primacía del Derecho comunitario andino. Tampoco se molesta del hecho de que la Corte constitucional colombiana atribuye al Derecho comunitario andino un valor infra-constitucional y se niega a aplicarlo en un asunto que parece exigirlo. Podemos estimar que esta actitud traduce una completa abdicación del juez comunitario de su cualidad de guardián y promotor de la integración en el orden jurídico andino. Su solución es claramente contraria con las doctrinas integracionistas del TJUE, que el mismo juez andino, poco años antes, había pretendido retomar a la letra. Negándose a sí mismo la cualidad de máximo intérprete del Derecho comunitario y abandonando a los jueces nacionales la tarea de resolver los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, el TJCA no contribuye a la profundización de la integración jurídica en la CAN. Su precaución y falta de activismo no le permiten jugar un papel de *leadership* que correspondería a un juez supranacional en una organización de integración que se considera a sí misma similar o idéntica a la UE. La voluntad del TJCA de dejar a los jueces nacionales completa autonomía para decidir si ejecutan o no el Derecho comunitario es contraria a su cualidad de juez comunitario. Parece un *non sense* jurídico que un juez supranacional se someta a sí mismo a la autoridad de los jueces nacionales. Pero detrás de esta negación del juez comunitario de obligar a los jueces nacionales a respetar la autoridad del Derecho comunitario (y del juez comunitario) reaparece la relación que el TJCA mantiene con los Estados miembros de la CAN y sus intereses nacionales. La explicación de esta falta de activismo por parte del juez andino se relaciona con el contexto general de su entorno que influencia de manera importante su actuar.

En la jurisprudencia posterior pueden ser encontradas otras pruebas de la precaución del Tribunal y de su voluntad de privilegiar las soluciones de los jueces

---

<sup>473</sup> Cfr. *Infra*

nacionales en los asuntos que implican la interpretación o la aplicación del Derecho comunitario andino.<sup>474</sup>

Es fácil darse cuenta que el TJCA construye el Derecho comunitario y vela por su correcta ejecución en los Estados miembros únicamente en materia de propiedad intelectual. Fuera del ámbito del Derecho de la propiedad intelectual el juez andino permanece cauteloso a extender el campo de aplicación del Derecho comunitario y adoptar sentencias activistas en favor de la profundización de la integración.

Las sentencias del TJCA relativas a las características del Derecho comunitario andino demuestran una aplicación particular de los principios establecidos por el TJUE en el ámbito europeo. Como ya fue expuesto, el TJCA aplicó varias doctrinas del Derecho comunitario europeo en el ámbito andino.<sup>475</sup> La especificidad de esta aplicación puede ser apreciada a través de un análisis de la jurisprudencia referente no sólo al principio de primacía sino también al principio de aplicabilidad inmediata y efecto directo de las normas andinas en el orden jurídico nacional de los Estados miembros.

## **B. El establecimiento del principio de efecto directo del Derecho comunitario**

---

<sup>474</sup> Así por ejemplo en el Proceso 87-IP-2002 TELECEL introdujo una acción ante el TJCA con el objetivo de examinar la compatibilidad con el Derecho comunitario de las normas que regulan el sector boliviano de las telecomunicaciones. En particular el actor consideraba que la adopción por parte de Bolivia de impuestos distintos para las llamadas a larga distancia de líneas fijas y de celulares era discriminatoria porque dos productos idénticos (llamadas de larga distancia) eran impuestos de manera distinta si provenían de teléfonos fijos o celulares. En la opinión del actor esta regulación estatal privilegiaba a la compañía nacional de telecomunicaciones boliviana (ENTEL) en detrimento a la compañía de telefonía celular privada TELECEL. En su decisión el TJCA consideró que las normas andinas (en particular el artículo 2 de la Resolución 285) excluyen de su campo de aplicación las prácticas llevadas por las empresas en un mercado nacional único que no generan consecuencias para el comercio regional transfronterizo. Por lo tanto el juez andino consideró que el Derecho andino no podía aplicarse en el caso concreto. Esta sentencia demuestra una vez más, en el ámbito particular del Derecho de la competencia la falta de voluntad del TJCA para extender el campo de aplicación del Derecho andino con el fin de lograr la promoción efectiva de la integración regional en la CAN.

Otro caso similar del TJCA es el resuelto en la 137-IP-2003. Se trataba de apreciar las normas andinas relativas al uso de pesticidas en las industrias agro-alimenticias de los países miembros. El juez andino consideró que no existía una obligación en virtud del Derecho andino de promover la calidad de vida en dichas industria y propuso mejorar los procedimientos administrativos internos sobre el uso de productos pesticidas, nacionales o importados. Una vez más el juez andino dejó a las autoridades nacionales competentes la posibilidad de decidir la mejor manera para lograr este objetivo. En particular el Tribunal estimó que no existía un procedimiento previsto por el Derecho andino y que los procedimientos en la materia debían ser previstos por las normas nacionales de los Estados miembros de la CAN.

<sup>475</sup> Saldías, Osvaldo, *Do Norms Travell Unchanged? The Andean Community, Its Court of Justice and the Challenge of Regional Integration*, Paper presented at the Annual Meeting of the American Political Science Association, Toronto, Canada, September 3-6, 2009, p. 2

Conforme con lo antes expuesto el establecimiento por parte del TJUE del principio de aplicación inmediata y de efecto directo del Derecho comunitario europeo tuvo una importancia fundamental para el desarrollo de la integración regional europea. Este principio garantiza la penetración automática de las normas comunitarias en el orden jurídico nacional y de esta manera contribuye a la eficacia práctica del Derecho comunitario. Gracias a esta característica de las normas comunes, se puede lograr la asociación de los actores nacionales, en particular de los jueces y de los litigantes privados, a la profundización de la integración regional. Los mecanismos para el respeto del Derecho comunitario se descentralizan y se acercan a los destinatarios de las normas comunes (Estados miembros y ciudadanos de la integración regional). Esto provoca un aumento considerable en la efectividad de los derechos y obligaciones que el Derecho comunitario crea para los Estados miembros y para sus ciudadanos.<sup>476</sup>

Cabe recordar que en virtud del principio de aplicación inmediata una norma comunitaria no necesita ningún acto de recepción por parte de los Estados que conforman la integración regional. Dicho en otros términos las normas comunitarias no requieren de actos especiales de incorporación (recepción o trasposición) al Derecho interno de los Estados miembros de la organización. El elemento clave de la aplicación inmediata de la norma comunitaria es la incondicionalidad de la misma. Este elemento apunta a que la aplicación de la norma no debe estar subordinada a medida posterior alguna de los órganos comunitarios o de los Estados miembros.<sup>477</sup>

La aplicabilidad directa de las normas comunitarias, en particular tratándose de las “Decisiones” de la Comisión, ha sido quizá el tema de mayor preocupación dentro del campo de aplicación y cumplimiento de los compromisos integracionistas en el ámbito de la CAN. Como lo afirma Galo Pico<sup>478</sup> “la falta de reconocimiento del alcance y valor jurídico de estas normas ha dado y sigue dando lugar al enunciado de conceptos contrarios con este principio del Derecho de Integración. Era muy común que las autoridades nacionales invocaran la necesidad de “incorporar al Derecho interno”

---

<sup>476</sup> Para más detalles, cf. *Infra*

<sup>477</sup> Hoyos Vasquez, Bismarck Giuseppe, *op. cit.*, nota 411, p. 6

<sup>478</sup> Pico Mantilla, Galo, *Temas jurídicos de la Comunidad Andina*, 2009, edición electrónica gratuita, texto completo en [www.eudmed.net/libros/2009d/627](http://www.eudmed.net/libros/2009d/627), p. 23

toda norma comunitaria, como requisito previo para su validez y aplicación en los países miembros de la CAN. La falta de uniformidad en las disposiciones finales de los instrumentos nacionales de “incorporación”, la omisión de las fechas de su aprobación y la inexistencia de un órgano de publicación oficial contribuyeron –junto al deliberado o inevitable incumplimiento- a crear un ambiente de inseguridad en la aplicación de la norma andina y de equivocación jurídica en torno a la obligatoriedad de sus preceptos.”

Esta situación condujo a la consagración expresa del principio de efecto directo tanto en las disposiciones del Derecho comunitario andino como en la jurisprudencia del TJCA.

Refiriéndose a la aplicación inmediata el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en una sentencia del 24 de marzo de 1997, señaló que: “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...”<sup>479</sup>.

En el mismo sentido el TJCA, en la decisión 54-IP-2006<sup>480</sup>, estimó que: “Los principios fundamentales de aplicación directa y de preferencia de la ley comunitaria suponen que el ordenamiento comunitario opera sin necesidad de complemento legislativo interno y con preeminencia sobre la ley nacional (...).”

De la misma manera en el proceso 0027-AI-2000<sup>481</sup>, el TJCA señaló que: “El ordenamiento jurídico andino se caracteriza por los principios de primacía, aplicación inmediata y efecto directo (...).”

El tribunal basa su consagración del efecto directo de las normas comunitarias en las disposiciones normativas expresas existentes al respecto, pero también estima que dicho principio constituye un corolario de la obligación de los Estados miembros de respetar y no oponerse a la aplicación del Derecho andino. En particular en el proceso 1-IP-87 el Tribunal afirma que: “Estos preceptos (los relativos a la aplicación inmediata de la norma comunitaria) concuerdan con el artículo 5 del Tratado que obligan a los Países Miembros a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, por lo

---

<sup>479</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 24 de marzo de 1997

<sup>480</sup> disponible en [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?GruDoc=11](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=11)

<sup>481</sup> disponible en [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?GruDoc=11](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=11)

que estos Países, conforme a esta disposición, se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación (...).<sup>482</sup> Lo mismo es literalmente reiterado por el Tribunal en el proceso 2-IP-22.<sup>483</sup>

Cabe señalar que esta jurisprudencia del Tribunal andino respecto al principio de aplicación inmediata no constituye el fundamento único de la aplicación de este último en el orden jurídico de la CAN. La aplicación inmediata de las normas comunitarias andinas tiene su fundamento legal en varias disposiciones expresas del Derecho andino. En ese sentido el artículo 3 del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del TJCA establece que “Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables a 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...”<sup>484</sup>. Cabe señalar que la consagración del principio de aplicabilidad inmediata del Derecho andino en el Tratado de Creación del Tribunal andino fue precedida por varias Decisiones de la Comisión andina que insistían en forma reiterada sobre la necesidad por parte de los Estados miembros de reconocer y conformarse con dicho principio.<sup>485</sup>

---

<sup>482</sup> Proceso No. 1-IP-87, citado

<sup>483</sup> “Estos (se refiere a los Estados Miembros) frente a la norma comunitaria, no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario. No debe olvidarse que en la integración regida por las normas del ordenamiento jurídico andino, los Países Miembros están comprometidos a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación” como de modo expreso preceptúa el artículo 5, segunda parte del Tratado de 28 de mayo de 1979, constitutivo de este Tribunal.”, Proceso No. 2-IP-22. G.O. No. 33 del 26 de julio de 1988

<sup>484</sup> Protocolo de Cochabamba, modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, de fecha 28 de mayo de 1996.

<sup>485</sup> Así, al declarar la validez de algunos conceptos la Comisión resaltó que “... las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Comisión. En consecuencia dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia”. De igual modo, la determinación del carácter obligatorio de las Decisiones de la Comisión aparece en la Decisión No. 6 de la Comisión aprobada durante el Primer Período de Sesiones Extraordinarias (21-25 de octubre de 1969). En ella se establece que: “La Comisión expresará su voluntad mediante “Decisiones que se enumerarán consecutivamente” (Art. 19). “El texto de la Decisión o su parte resolutive estará dividido en artículos. En los casos en que sus disposiciones impliquen obligaciones para los Países Miembros o para los órganos del Acuerdo, se indicará la fecha de su entrada en vigor en el artículo final. En caso contrario, se entiende de la reunión respectiva”. (Art. 21).

Las disposiciones del Tratado de Creación del TJCA que establecen la “aplicación directa” de las Decisiones de la Comisión en los países miembros de la CAN, reconocen como exentas de este precepto únicamente a aquellas Decisiones en las que para este efecto se indique una fecha posterior a la de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo. El requisito de “incorporación al derecho interno” de acuerdo con el mismo Tratado, es indispensable únicamente cuando el texto de la correspondiente Decisión así lo disponga. Es decir, se trata de una aplicación a la norma general que dispone la vigencia o aplicación directa de las Decisiones desde su publicación en la indicada Gaceta Oficial.<sup>486</sup>

Al lado del principio de aplicación inmediata de las normas comunitarias el sistema (pretendidamente) supranacional de la CAN cuenta con la aplicación de otro principio de suma importancia para el desarrollo de la integración regional: el del efecto directo del Derecho andino.

Como fue expuesto anteriormente el efecto directo consiste en la aptitud que tienen las normas comunitarias de crear derechos y obligaciones para los ciudadanos de los países miembros de la comunidad, tanto en sus relaciones con los demás particulares como con los Estados miembros y con los órganos de la organización de integración.<sup>487</sup>

Con referencia a este principio el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que: “Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos 'generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales', permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales”<sup>488</sup>

El principio de efecto directo tal como recordado por el Tribunal exige una participación activa por parte de los jueces nacionales en el desarrollo de la integración regional en la CAN. En este sentido podemos citar una sentencia en la que el TJCAN se refiere al papel de los jueces nacionales en el sistema jurídico de la integración

---

<sup>486</sup> Pico Mantilla, Galo, *op.cit.*, nota 480, p. 28

<sup>487</sup> Hoyos Vasquez, Bismarck Giuseppe, *op.cit.*, nota 411, p. 8

<sup>488</sup> Proceso 2-N-86, disponible en [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?GruDoc=11](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=11)

comunitaria. En la opinión del juez comunitario “(...) este Tribunal no es la única instancia jurisdiccional comunitaria ya que los Jueces Nacionales pueden y deben pronunciarse, dentro de sus propias competencias, sobre la aplicabilidad en un caso dado de las normas del Acuerdo de Cartagena. Al efecto, el artículo 27 del Tratado dispone que ‘Las personas naturales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 5 del presente Tratado (obligación de adoptar medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo), en casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento’”.<sup>489</sup>

En el mismo sentido el juez andino observa que “se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que 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 abstenerse de interpretar el derecho nacional o interno (art. 30 del Tratado), 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”.<sup>490</sup>

Queda clara que su jurisprudencia el juez andino pretende retomar por completo la doctrina del TJUE acerca de la colaboración entre el juez comunitario y los jueces nacionales. Como ya fue expuesto anteriormente mediante su jurisprudencia activista el juez europeo convirtió los jueces naciones en jueces comunes de Derecho comunitario, confiando a estos últimos la correcta ejecución de las normas comunitarias a nivel nacional. Estimando que la jurisdicción comunitaria está compuesta por el TJCA y por los Tribunales nacionales, el juez andino reproduce el esquema de colaboración judicial

---

<sup>489</sup> TJCA, G.O. 43 de 10 de mayo de 1989

<sup>490</sup> Proceso No. 1-IP-87, citado

establecido por la jurisprudencia del TJUE. No obstante, como fue expuesto anteriormente, esta colaboración en el ámbito andino no funciona de la misma manera que en el ámbito europeo.

La CAN y su Tribunal de justicia reproducen la UE en cuanto el principio de efecto directo y de aplicabilidad inmediata del Derecho comunitario andino. La reproducción es clara e unívoca. La inspiración de la jurisprudencia del TJUE se justifica por el hecho de que en el caso europeo se demostró la utilidad de este principio para la promoción de la integración regional. Las implicaciones de este principio para el desarrollo de la integración regional son múltiples. Ya fueron expuestas anteriormente.

Otro principio inspirado de la jurisprudencia del TJUE y directamente retomado por el TJCA es el principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario.

### **C. La afirmación del principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho andino**

En varias ocasiones el juez andino ha considerado que en virtud del artículo 5 del Tratado de creación del Tribunal los Estados miembros de la CAN tienen la obligación de respetar las normas comunitarias y no obstaculizar su efectiva aplicación en el orden jurídico interno.<sup>491</sup> “

En caso de violación de esta obligación general los Estados miembros se exponen a dos tipos de recursos para reparar los perjuicios causados por su acción (o inacción ilícita). El primer recurso disponible para sancionar las eventuales violaciones de las normas andinas por parte de los países miembros es el recurso comunitario por incumplimiento (o inacción) ante el TJCA.

---

<sup>491</sup> En este sentido en el Proceso No. 5-IP-89. G.O. No. 50 de 17 de noviembre de 1989, el Tribunal recordó que “Esta obligación de los Países –continúa el Tribunal- al tenor del mismo artículo, encierra el compromiso incondicional de no contrariar las normas del indicado ordenamiento y de no obstaculizar su aplicación, es decir, en la práctica, la obligación de no oponerse, en modo alguno, a los preceptos válidamente acordados por las partes. Asimismo, ha de recordarse que, según jurisprudencia de ese Tribunal, son características inherentes al ordenamiento del Pacto Andino su identidad y autonomía propias, que constituye un derecho común, forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales sin que puedan oponerse a él medida o actos unilaterales de los Países Miembros”. ()



Como ya fue expuesto anteriormente las sentencias dictadas dentro de una Acción de Incumplimiento, a través de las cuales se hace efectivo el acatamiento al Derecho comunitario por parte de los Países Miembros, pueden darse en dos sentidos: (i) por un comportamiento activo del país sancionado, o (ii) por una omisión del mismo.

En varias ocasiones el Tribunal ha declarado el incumplimiento por parte de los países miembros con varias disposiciones del Derecho comunitario.<sup>492</sup> El efecto principal de las acciones de incumplimiento presentadas a nivel comunitario es la orden de poner fin a las acciones ilícitas que el juez andino hace al Estado infractor.

No obstante, mediante esta acción no es posible reparar los eventuales prejuicios que el actuar del Estado infractor causa a los particulares, ciudadanos del Estado miembro. Dentro de la normatividad andina no existe un recurso que permita a los particulares reclamar directamente ante el Tribunal de Justicia Andino la responsabilidad extracontractual del País Miembro infractor.<sup>493</sup>

---

<sup>492</sup> Procesos 0019-AI-1999 y 0027-AI-2000: Ecuador ha incurrido en incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena, y de las Resoluciones 134, 139 y 179 y debe adoptar las medidas necesarias para cesar en la conducta contraventora de las normas comunitarias, absteniéndose de aplicar y derogando la norma que exige el cobro del 0.25 por mil sobre el valor FOB de las importaciones provenientes de los demás Países Miembros, y derogando la norma que exige el cobro de un arancel variable y otro específico a las importaciones de derivados de combustibles provenientes de los Países Miembros de la Comunidad Andina, adoptados mediante el Decreto Ejecutivo 3303 del 30 de noviembre de 1995. Proceso 0133-AI-2003: De conformidad con la normativa andina, la aplicación de tales gravámenes, la persistencia en mantenerlos vigentes e incluso justificarlos, en actitud consciente de parte del gobierno del Perú para negarse a adoptar enmiendas o correctivos a la situación constituida, configuran un incumplimiento objetivo del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. El Tribunal declara con lugar la acción de incumplimiento y determina que el Perú ha incurrido en incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal; del Capítulo VI, en especial de los artículos 72, 77 y de la Disposición Transitoria Primera del Acuerdo de Cartagena; de la Decisión 414; y de las Resoluciones 441, 474, 475 y 698. El Perú queda obligado a llevar a cabo las acciones necesarias para el cumplimiento de este fallo en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación, adoptando las medidas conducentes a la eliminación, en su normativa interna, de las sobretasas calificadas como gravámenes por las Resoluciones 441, 474, 475 y 698. Proceso 0114-AI-2004: En este proceso el Tribunal declaró que Colombia incumplió el ordenamiento jurídico comunitario al haber emitido el Decreto 2085 de 19 de septiembre de 2002, en su artículo 3, en el que reglamentó aspectos relacionados con la información suministrada para obtener registro sanitario respecto a nuevas entidades químicas en el área de medicamentos, así como la aplicación del mismo por parte del INVIMA, y establecer plazos de exclusiva. Colombia violó las disposiciones previstas en los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y 266 de la Decisión 486, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 260 a 265 y 276, y queda obligada a adoptar las medidas que fueren necesarias para restablecer el ordenamiento jurídico comunitario infringido, debiendo abstenerse de realizar actos de cualquier naturaleza que impidan u obstaculicen su aplicación. Estos son algunos ejemplos del funcionamiento del Sistema Andino de Integración, diseñado para velar por el respeto al Ordenamiento Jurídico Andino a través de acciones de incumplimiento.

<sup>493</sup> Espindola Scarpetta, Carlos Alberto y Herrera Rodríguez, Diana Lorena, El sistema jurídico andino, ¿utopía o realidad jurídica?, *Criterio jurídico*, vol. 8, 2008-1, p. 54

Inspirándose de la jurisprudencia del TJUE en la materia<sup>494</sup> las últimas reformas del Tratado de creación del Tribunal y la jurisprudencia del juez andino establecieron la obligación de los Estados miembros de indemnizar los perjuicios sufridos por los particulares como resultado del incumplimiento de las disposiciones del Derecho comunitario andino. En virtud de los artículos 30 y 31 del Tratado<sup>495</sup>, el Tribunal ha establecido, en reiteradas ocasiones el derecho de los particulares a reclamar, ante los jueces nacionales, la reparación del perjuicio resultante de los actos estatales contrarios con el Derecho andino, independientemente del órgano o la autoridad nacional de la cual dichos actos provengan.

De la misma manera que el TJUE, el TJCA considera que corresponde a los tribunales nacionales garantizar el “efecto útil” del principio de responsabilidad formulado por el Tribunal andino, conciliando el principio de primacía del derecho comunitario y la necesidad de respetar la autonomía de los procedimientos previstos en los órdenes jurídicos nacionales.<sup>496</sup>

De la misma manera que en el ámbito europeo, este mecanismo constituye una importante garantía jurídica que tienen los particulares para exigir la reparación de los daños que causen a su patrimonio las actuaciones ilícitas del Estado en virtud del Derecho comunitario andino.<sup>497</sup>

Las condiciones para obtener reparación en el recurso de indemnización interno son similares a las establecidas en la jurisprudencia del juez de la UE. En primer lugar, para tener título legal suficiente para fundar su recurso los particulares sólo necesitan invocar la existencia de una sentencia de incumplimiento dictada por el TJCA en contra

---

<sup>494</sup> En particular de los principios establecidos por el TJUE en las sentencias “Francovitch y Bonifaci” y “Brasserie du Pêcheur”

<sup>495</sup> Artículo 30: “La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”. Artículo 31: “Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

<sup>496</sup> Navarrete Barrero, Olga Inés, Responsabilidad patrimonial de los Países Miembros por infracción al derecho comunitario, AA.VV. *Memorias XI Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2006), citado en Espindola Scarpetta, Carlos Alberto y Herrera Rodríguez, Diana Lorena, El sistema jurídico andino, ¿utopía o realidad jurídica?, op.cit., nota 495, p. 58

<sup>497</sup> Navarrete Barrero, Olga Inés, op. cit., nota 496, p. 58

de su Estado.<sup>498</sup> En segundo lugar, los particulares que desean obtener reparación deben demostrar que la actuación ilícita del Estado causa un perjuicio real a los derechos que les reconocen las normas comunitarias. En tercer lugar, como en todo procedimiento de responsabilidad, los litigantes privados necesitan comprobar la existencia de una relación causal entre la actuación ilícita del Estado infractor y el perjuicio sufrido por los particulares.

El Tribunal se ha pronunciado en este sentido en varias ocasiones. Así por ejemplo en el Proceso 0043-SU-2000 el juez andino enfatizó “[...] el derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en la sentencia del 10 de marzo de 2004, (...) de perseguir, en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponder”. De la misma manera en el Proceso 117-AI-2004<sup>499</sup>, el Tribunal declaró que “: 1. La República de Colombia ha incurrido en incumplimiento objetivo y continuado de los artículos 77 y 97 del acuerdo de Cartagena, del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, así como de las resoluciones 671, 724 y 773 de la Secretaría General. 2. La República de Colombia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, deberá cesar el incumplimiento de las normas comunitarias señaladas y abstenerse de emitir nuevas medidas restrictivas del comercio comunitario, sin perjuicio del derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en esta sentencia para que puedan perseguir, en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieran corresponder.” En varias sentencias posteriores el Tribunal ha reiterado que las sentencias de incumplimiento tienen un doble efecto: (i) el de imponer al país infractor la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, y (ii) la obligación del juez nacional de mitigar las consecuencias de la sentencia en el plano de los perjuicios que la vulneración produjo; es decir, su obligación de declarar en particular la responsabilidad estatal por tales hechos y, en consecuencia, el monto de la indemnización.<sup>500</sup>

---

<sup>498</sup> Cabe señalar que la existencia de un previo recurso por incumplimiento en contra del Estado no fue considerada como una condición del recurso por responsabilidad en el ámbito europeo.

<sup>499</sup> Disponible en [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?GruDoc=11](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=11)

<sup>500</sup> Proceso 0136-AI-2004, disponible en [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?GruDoc=1](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=1) : El Ecuador incurrió en el incumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas de los artículos 77 del Acuerdo de Cartagena y 4 del

Como ya fue expuesto anteriormente respecto a los principios fundadores de la integración en la UE, el principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación de las normas comunitarias tiene un efecto importante para el desarrollo de dicho proceso regional. En primer lugar porque la imposición de sanciones (pecuniarias) a los Estados miembros demuestra el poder coercitivo de las normas comunitarias. Desde un punto de vista general este carácter coercitivo se relaciona con la eficacia de los compromisos comunitarios. Dicho en otros términos la existencia de sanciones (judiciales y pecuniarias) en contra de los Estados miembros incrementa la fuerza ejecutoria del Derecho comunitario y su respeto por parte de estos últimos. En segundo lugar, el principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario garantiza una protección eficaz de los derechos que el Derecho comunitario reconoce a los particulares. La indemnización de los perjuicios sufridos por los particulares se convierte en un mecanismo que éstos utilizan para hacer valer sus propios intereses jurídicos, pero al mismo tiempo contribuyen a la protección del interés comunitario y al respeto de las normas comunitarias por parte de los Estados miembros. A través de los recursos en responsabilidad de los Estados que los particulares pueden ejercer a nivel nacional, estos últimos se convierten en ejecutores y guardianes de primer grado del Derecho comunitario.<sup>501</sup>

La consagración por parte del Derecho andino del principio de responsabilidad de los Estados miembros tal como desarrollado por la jurisprudencia del TJUE demuestra una vez más el gran número de “implantes europeos” que posee el sistema de integración andino. La intención de los redactores de los Tratados andinos a través de la consagración de este principio fue lograr un sistema tan exitoso como el europeo. El TJCA parece haber respetado dicha voluntad en su jurisprudencia. El juez andino se refirió a casi todos los principios establecidos por el TJUE. Por lo tanto, y al menos

---

Tratado de Creación del Tribunal, así como de la Resolución 802, y deberá adoptar las medidas necesarias para dejar sin validez y sin efecto las disposiciones internas calificadas en la Resolución 802 como restricción al comercio, sin perjuicio del derecho de los afectados a reclamar, ante los tribunales nacionales, la reparación de los daños y perjuicios que el incumplimiento hubiese causado a sus derechos.

Sentencia No. 118 AI-2003 del 14 de abril de 2005, disponible en: [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?GruDoc=11](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=11) : En esta sentencia que declara el incumplimiento de Colombia al aplicar restricciones al comercio subregional de arroz, el Tribunal señala que el país que ha incumplido el ordenamiento comunitario debe resarcir los perjuicios q los perjuicios que los particulares afectados prueben dentro del proceso respectivo.

<sup>501</sup> Para más detalles Cfr. infra

formalmente, el juez andino debería de haber contribuido en forma importante al desarrollo de la integración regional. No obstante, en los hechos, los principios pro-integracionistas establecidos por el TJCA no tuvieron la eficacia necesaria para impulsar la profundización de la integración regional en la CAN.

#### **D. La ineficacia crónica de las sentencias del TJCA.**

El Derecho, en general, tiene varias funciones que cumplir.<sup>502</sup> Según Terz uno de los propósitos del Derecho internacional es de estabilizar y, por ende, reorganizar el orden internacional.<sup>503</sup>

El Derecho de las integraciones regionales posee las características fundamentales del Derecho internacional. Por lo tanto, podemos considerar que la función reorganizadora debe ser también una función del Derecho comunitario. En este sentido, el Derecho comunitario andino podría servir para la reorganización de la región andina y para la promoción de su integración

Como ya fue expuesto anteriormente, el Derecho andino es de naturaleza supranacional y se aplica tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos. Es autónomo, independiente y comunitario.

Conforme con los principios espesados en los textos y la jurisprudencia pro-integracionista desarrollada por el TJCA este Derecho goza de efecto directo y primacía en su relación con el Derecho interno de los Estados miembros, quienes tienen la obligación de cumplir sus normas y no obstaculizar su aplicación, so pena de que se reconozca su responsabilidad extracontractual por incumplimiento.

Los Estados andinos parecen estar conscientes de la importancia que representan estos principios para la integración en la CAN.<sup>504</sup> Los Estados miembros de

---

<sup>502</sup> Entre ellos podemos citar la fijación de objetivos, la regulación, la evaluación y la coerción.

<sup>503</sup> Terz, P. y Pastrana, E., El derecho internacional al despuntar el siglo xxi, un punto de vista sociológico del derecho internacional. Ad defensionem iuris inter gentes, *Revista Papel Político*, vol. 12, num. 2, 2007, p. 537.

<sup>504</sup> En varias ocasiones los Estados miembros han expresado la necesidad de traducir la voluntad política en acciones concretas principalmente en torno al desarrollo y aplicación de la normatividad andina, las cuales permitan fortalecer y profundizar el proceso de integración andino (Declaración de Quirama, 28 de julio de 2006). En el documento de propuesta de directrices para el proceso de conformación del Mercado Común Andino (Lima, 4 de febrero de 2000), los ministros de Relaciones Exteriores y los representantes titulares ante la Comisión, expusieron en el punto décimo, lo siguiente: “el pleno funcionamiento del Mercado Común Andino requiere de actividades complementarias de cooperación e integración tales como la armonización de leyes y reglamentos de naturaleza mercantil, el

la CAN reconocen y aceptan la supranacionalidad del Derecho comunitario y sus características de preeminencia, aplicación directa y efectos inmediatos. Sin embargo, pese a que se cuenta con un acervo jurídico y una institucionalidad, el Derecho de la CAN “flaquea fundamentalmente por su escasa fiscalización y casi nula actividad de fomento”.<sup>505</sup>

Nadie puede negar que la CAN haya logrado constituir un patrimonio institucional y jurídico bastante sólido. El sistema de solución de controversias funciona y en reiteradas ocasiones el TJCA ha dictado sentencias pro-integracionistas y ha sancionado su incumplimientos por parte de los Estados miembros. No obstante, a pesar del actuar del juez andino, desde siempre el Derecho andino ha tenido problemas de eficacia. No obstante la voluntad aparentemente pro-integracionista de los actores clave de la integración andina, el Derecho comunitario y las sentencias de su juez no han sido debidamente cumplidos, entre otras causas, por el desconocimiento y la no aplicación que afectan sus principios básicos.<sup>506</sup>

En este sentido se puede observar en los datos suministrados por el portal de los procedimientos y solución de controversias de la CAN, que los Estados andinos están involucrados en constantes acciones de incumplimiento. Entre el año 2000 y 2006, la Secretaría General conoció de 90 casos de eventuales incumplimientos del Derecho andino por parte de los países miembros. El Tribunal de Justicia tuvo conocimiento de 40 procesos de acción de incumplimiento de los países signatarios. Colombia es el país más denunciado en la Secretaría General, con un total de 27 procesos, seguido de Ecuador con 19, Perú 18 y Bolivia con 3. El Tribunal Andino, por su parte, llevó a cabo 14 acciones de incumplimiento contra Ecuador, 11 contra Colombia, 6 contra Perú y 3 contra Bolivia.<sup>507</sup>

---

establecimiento de mecanismos de cooperación judicial y policial en los campos civil y penal y el establecimiento de mecanismos para fortalecer los sistemas de control y fiscalización en todos sus campos.

<sup>505</sup> Arroyave Quintero, Mario Andrés, Ineficacia crónica del Derecho andino, uno de los factores importantes para el ocaso de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), *Papel político*, vol.13 num. 1, Bogotá, Enero/Junio 2008, p. 9

<sup>506</sup> Ya desde 1976, en la primera evaluación de la marcha del proceso, se mostraba una situación de incumplimiento generalizado de las decisiones sobre aspectos fundamentales relacionados con el funcionamiento del AEC y los programas sectoriales de desarrollo industrial, lo cual en buena medida condujo a la creación del Tribunal Andino de Justicia en 1979

<sup>507</sup> [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)

En reiteradas ocasiones el Derecho andino y los principios establecidos por su Tribunal no son acatados por los gobiernos nacionales<sup>508</sup>, lo cual significa que los mecanismos coercitivos para el cumplimiento de las normas y de las sentencias no funcionan. El Derecho andino tiene profundos problemas de eficacia.<sup>509</sup>

Las normas andinas y las sentencias del TJCA no parecen estar dotadas de poder imperativo y coercitivo para imponerse a sus destinatarios. En el caso de violación del Derecho andino, no hay ninguna sanción efectiva que obligue al infractor a cumplir.<sup>510</sup> Es claro que el Derecho andino no puede imponerse. Como lo afirma Pastran sus destinatarios responden con incumplimientos en reciprocidad de los incumplimientos de los otros Estados. Según el mismo autor es importante señalar que la reciprocidad es el motivo sociológico más fuerte para la observación del Derecho internacional, es decir, como un garante de su efectividad. Sin embargo, la reciprocidad es en el Derecho andino está invertida, visto que los Estados se acostumbraron a aplicarla, pero para incumplir.

Así resulta que a pesar de la jurisprudencia del TJCA y a pesar de las disposiciones del Derecho andino, éste no puede convertirse en motor de la integración porque es ineficaz. Cabe preguntarse ¿a qué se debe el incumplimiento de las normas y de los fallos? ¿Por qué es ineficaz el Derecho andino? Las posibles respuestas a las anteriores interrogantes no son fáciles.

Como lo afirma la Dra Leticia Bonifaz<sup>511</sup>, la eficacia del Derecho depende de consideraciones extra-jurídicas. El sociólogo del derecho Ramón Soriano, en su obra *La sociología del derecho*<sup>512</sup>, expone que los problemas de eficacia del derecho, en general, provienen de causas sociológicas como la sociabilidad, el conocimiento del Derecho, la aceptación del Derecho (factor más importante para la eficacia), la participación del sujeto y las actitudes psicológicas del sujeto. En el caso del Derecho

---

<sup>508</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de las normas sobre arancel externo común que siempre son incumplidas y los plazos ampliados.

<sup>509</sup> Arroyave Quintero, Mario Andrés, *op. cit.*, nota 505, p.10

<sup>510</sup> No se da la situación que explica Émilie Durkheim sobre que si alguien “intenta quebrantar las reglas del derecho éstas reaccionan contra mí a fin de impedir mi acto si aún hay tiempo, o de anularlo y reestablecerlo en su forma normal si se ha realizado ya y puede ser reparado, o de hacerme expiar sus consecuencias, si no puede ser reparado de otro modo”.

<sup>511</sup> Bonifaz Alfonso, Leticia, *El problema de la eficacia en Derecho*, Porrúa, México, 1993

<sup>512</sup> Soriano, R., *La sociología del derecho*, Barcelona: Ariel, 1997, citado en Arroyave Quintero, *op.cit.*, nota 405, p.

andino, muchos autores consideran que los problemas de eficacia se deben principalmente a asuntos políticos y económicos. En el fondo de estos problemas sería la desconfianza existente entre los países miembros de la CAN.<sup>513</sup>

Sin entrar en más detalles sobre los factores que explican la ineficacia del Derecho andino podemos estimar que ésta es el principal obstáculo para el desarrollo de la integración regional andina. Esto explica en gran parte la imposibilidad del juez andino de adoptar sentencias activistas que contribuyan a la profundización de la integración en la CAN. La ineficacia del Derecho andino provoca un doble efecto negativo para su juez. Por un lado el TJCA, por sí mismo, no puede remediar los problemas de eficacia que afectan a todo el ordenamiento jurídico comunitario; y, por, otro lado, la ineficacia (a través de la inobservancia de las sentencias que él adopta) le impide actuar en forma más audaz y activa para impulsar la profundización de la integración regional.

Desde un punto de vista general el desarrollo del Derecho andino y el sentido en el que actúa su juez están influenciados por elementos que se sitúan fuera del ámbito formal del sistema jurídico. Podemos estimar que la integración en la CAN no depende tanto de la contribución de su juez sino más bien de los avances y avatares de la Comunidad Andina, como conjunto cultural, sociológico y antropológico. En el fondo, el desarrollo de la integración en la CAN está sujeto a la evolución y cambios de los

---

<sup>513</sup> Así por ejemplo según Arroyave Quintero, las causas por las cuales los Estados no cumplen la norma obedecen a que al interior de la CAN existe una gran desconfianza entre los países miembros, puesto que ven a sus vecinos como potenciales rivales para acceder a grandes mercados, mas no como aliados. Los Estados andinos siguen una “doble moral” desde muchos años atrás, pues siempre afirman, en el marco de las cumbres andinas o diferentes conferencias internacionales, que tienen voluntad política para avanzar, pero luego no se avanza ni se cumple, por que además los Estados temen que participar en la Comunidad Andina restrinja o limite sus posibilidades para entablar negociaciones bilaterales con otros Estados u organizaciones. Lo cierto es que el proceso andino y su derecho no logran ser eficaces porque los Estados no tienen voluntad política para hacerlo cumplir, ya que sus intereses son particulares y divergentes. De la misma manera resalta el autor que la historia del proceso de integración muestra las buenas intenciones de los presidentes de turno de los países miembros de apoyar los avances del proceso y el cumplimiento del ordenamiento jurídico. A pesar de las buenas intenciones, los países actúan como rivales por el poder político, por lo que no se subordinan a la CAN sino que imponen su soberanía a los vecinos. Los gobiernos llamados “hermanos” desconfían entre sí y ejercen su soberanía casi con pretensiones absolutas. Tal vez se quiera imponer la soberanía al otro porque los andinos se encuentran más o menos en el mismo rango de poder político. Sin embargo, esta situación conspira contra la integración pues un ejercicio excesivo de la soberanía genera irrespeto por el derecho internacional, por lo cual en la CAN podría darse lo que Michael Virally expresa al referirse a la eficacia del derecho internacional “Aún si no es la negación del derecho internacional, la soberanía actúa en su contra. Ella hace del interés nacional y de la razón de Estado la ley suprema de los gobiernos. Por tanto, el respeto manifestado hacía el derecho es puramente formal cuando no es una simple actitud demagógica”.



pueblos andinos. Sobre este punto particular, es decir, sobre el desarrollo del Derecho de acuerdo con el desarrollo de la sociedad, M. Virally afirma: “nadie podría impugnar que el contenido del Derecho, su nivel de desarrollo técnico y la manera en que se aplica, depende directamente del que ha alcanzado la sociedad a la que ordena desde el punto de vista económico, cultural, étnico religioso etc., en pocas palabras: de todo lo que la define sociológica e históricamente”<sup>514</sup>.

Del anterior análisis de algunas de las decisiones del TJCA relacionadas con el posible desarrollo de la integración regional podemos tirar varias conclusiones. En primer lugar queda claro que el TJCA reprodujo en su jurisprudencia varias doctrinas del TJUE. En este sentido el Tribunal estimó que el Derecho comunitario andino es directamente aplicable y superior respecto al Derecho nacional, obligando a los Estados a no legislar en ámbitos ya regulados por el Derecho andino, excepto cuando se trate de implementar este último en el orden jurídico nacional. El juez andino también consagró la responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario e hizo varios intentos de obligar a los jueces nacionales a aplicar el Derecho andino de manera prioritaria en caso de conflicto entre las normas nacionales y las normas comunitarias. Pero el TJCA no fue capaz de convencerles de la necesidad de llevar a la práctica estos principios.<sup>515</sup> Podemos estimar que el TJCA ha demostrado su voluntad de aplicar e interpretar el Derecho comunitario andino, en particular el relativo a los derechos de propiedad intelectual. No obstante son las reglas andinas mismas que atribuyen una considerable libertad a los Estados miembros a través de la adopción de la legislación secundaria (que *de facto* puede modificar los Tratados constitutivos). El TJCA respeta completamente esta discreción estatal y como fue expuesto anteriormente se niega a adoptar sentencias en contra de la voluntad de los Estados miembros, tal como expresada en las existentes normas comunitarias. Dicho en otros términos el TJCA aplica e interpreta el Derecho comunitario a la letra estimando que éste expresa la voluntad de los Estados miembros en cuanto el desarrollo de la integración andina. El juez andino no ha aprovechado las oportunidades que se le han presentado para afirmar su autoridad y para extender el campo de

---

<sup>514</sup> Virally , M.,. *El fenómeno jurídico. El devenir del derecho internacional*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 62

<sup>515</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or Nurture?...op.cit.*, nota 410, p.23

aplicación del Derecho comunitario más allá de lo convenido entre los Estados miembros. El Tribunal parece ser consciente que los Estados miembros pueden contrarrestar los efectos de su jurisprudencia si ésta va en un sentido contrario a sus intereses nacionales. Por lo tanto, la actitud del Tribunal en las sentencias que podrían servirle para desarrollar principios, susceptibles de impulsar y consolidar la integración en la CAN es predominantemente pasiva.

El Tribunal parece igual consciente de la ineficacia crónica del Derecho andino y de sus sentencias. Esta puede ser la principal explicación de su falta de activismo. Además por muy activista que sea su Tribunal, el desarrollo de la integración andina parece no depender de él sino del contexto o entorno general en el que se desarrolla.

El tribunal supranacional de la CAN no actúa en forma activista y no contribuye de manera activa a la profundización de la integración regional en la CAN. No porque no quiere sino porque no puede. O porque no quiere y no puede. En esto el juez andino difiere sustancialmente de su “primo” europeo.

¿Por qué el juez de la CAN así como el juez del Mercosur no logran desarrollar doctrinas jurisprudenciales que impulsen la integración regional en su conjunto? Qué les impide adoptar los principios jurídicos promotores de un Derecho comunitario más eficaz y de una integración regional de mayor alcance? Por qué el TJUE no puede ser modelo en esta materia para estos dos jueces internacionales y latinoamericanos? Aunque no se pueda apuntar hacia una respuesta única a estas preguntas, parece que la clave para el entendimiento de las diferencias en las contribuciones de los jueces a las integraciones regionales en el ámbito europeo y latinoamericano es estrechamente relacionada con el contexto o entorno general en el que éstos desempeñan sus funciones.

### **Capítulo tercero: El TJUE: ¿modelo para los “jueces” de las integraciones latinoamericanas?**

“Lo que Latinoamérica debe copiar del modelo de integración europeo es que debe basarse en el Derecho, y ese Derecho ha de ser eficaz, ha de tener legitimidad y ha de ser respetado.”

“No es fácil duplicar modelos de unas regiones a otras, pero eso no quiere decir que la experiencia europea no pueda ser relevante en un futuro para la región.”

Philippe Lombaerde<sup>517</sup>

En este capítulo examinaremos la posibilidad para el TJUE de ser considerado como “modelo” para el TJCA (1.) y para el “juez” del Mercosur (2.).

### 1. El TJUE y el TJCA.

Como fue expuesto anteriormente el TJCA es una réplica exacta del TJUE desde el punto de vista orgánico y de las atribuciones. Al crear el TJCA sobre el modelo de la jurisdicción comunitaria europea, los Estados miembros de la CAN esperaban que éste iba a reproducir también la importante contribución del TJUE al desarrollo de la integración regional en la UE. No obstante, este mimetismo jurisprudencial no sucedió.

A pesar de que el TJCA fue dotado de los mismos mecanismos y competencias que el TJUE este último no pudo aprovecharlas para promover una profundización de la integración jurídica en la CAN. Los dos Tribunales supranacionales tuvieron la oportunidad de desarrollar una jurisprudencia activista y pro-integracionista. Sin embargo, el TJCA no se mostró activista en todas las sentencias que le invitaban a interpretar o aplicar el Derecho andino. El único ámbito en el que el Tribunal asentó su propia autoridad y extendió el campo de aplicación de las reglas andinas fue el de la propiedad intelectual. Así por ejemplo de las 1338 IP que el Tribunal adoptó desde su creación sólo 35 se refieren a cuestiones jurídicas distintas de las relativas al Derecho andino de la propiedad intelectual.<sup>518</sup> En sus sentencias relativas al Derecho andino de la propiedad intelectual el Tribunal demostró la utilidad de las normas de la integración

---

<sup>516</sup> Director del Observatorio de las Relaciones UE-América Latina citado en [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/newsid\\_3586000/3586247.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/newsid_3586000/3586247.stm)

<sup>517</sup> Investigador de la Universidad de las Naciones Unidas en Brujas, citado en [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/newsid\\_3586000/3586247.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/newsid_3586000/3586247.stm)

<sup>518</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Building an International Rule of Law in Andean Countries...*, op. cit., nota 412, p. 4

para los litigantes privados (personas físicas y morales) y restringió la margen de acción de las autoridades nacionales de protección de la propiedad intelectual.<sup>519</sup> Al mismo tiempo el TJCA no supo aprovechar otras oportunidades que los litigantes privados le presentaban para afirmar su autoridad y volverse protector de los derechos (y obligaciones) que el Derecho andino reconoce en su favor. La negación del TJCA de defender los derechos (y obligaciones) de los litigantes privados en áreas distintas del Derecho andino de la propiedad intelectual condujo éstos a dejar de presentarle casos mediante los cuales el juez andino podría contribuir al desarrollo del Derecho comunitario y por ende al de la integración regional.

A diferencia del TJCA, el TJUE fue muy activista en el desarrollo de sus doctrinas jurisprudenciales acerca de los principios fundadores de la integración en el orden jurídico comunitario. Como lo afirma Stone Sweet<sup>520</sup> “a través de sus sentencias el TJUE pretendió, casi sistemáticamente, “reducir el alcance de la autonomía nacional, promover los métodos supranacionales de toma de decisiones en detrimento de los mecanismos integrubernamentales, y crear las condiciones para la paulatina “europeanización” de la administración y de la justicia nacionales”.

Otra diferencia notable entre el TJUE y el TJCA reside en la voluntad de dictar sentencias en contra de los intereses de los Estados miembros. Como fue expuesto en la primera parte el TJUE dictó varias sentencias audaces, estando consciente que éstas iban a perjudicar los intereses de los Estados miembros. Además el análisis de la jurisprudencia del juez comunitario demuestra que el TJUE fue particularmente sensible en los contextos de crisis política de la Unión y trató, a través de sus doctrinas jurisprudenciales, promover la integración regional a pesar de los desacuerdos que podrían expresar los Estados miembros al respecto.<sup>521</sup>

De estas diferencias aparece claramente que a pesar de que el TJUE sirvió de modelo para el TJCA, las diferencias entre los dos demuestran que los implantes normativos no pueden quedarse sin cambios producidos por el contexto.<sup>522</sup> ¿Porqué dos Tribunales supranacionales formalmente idénticos no funcionan de la misma

---

<sup>519</sup> *Idem*

<sup>520</sup> Stone Sweet, Alec, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, ed. Oxford University Press 2004, p. 232

<sup>521</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or nurture?...*, *op.cit.*, nota 412, p. 22

<sup>522</sup> Saldías, Osvaldo, *Do norms travel unchanged?...*, *op. cit.*, nota 475, p.7

manera? ¿Porqué el TJCA no pudo convertirse en constructor y guardián de la integración andina a la imagen de su homólogo europeo? Cuales son los factores que impiden que su programación genética despliegue su pleno efecto?

Como lo afirma Karen Alter<sup>523</sup> la comparación entre el TJCA y el TJUE recuerda el debate “naturaleza (genes)/entorno” acerca del desarrollo de los niños. ¿Son los genes o el entorno los factores que determinan el desempeño de un actor cualquiera? La doctrina de Derecho Internacional y de las relaciones internacionales a menudo considera que es la naturaleza de una institución internacional que (pre)determina su comportamiento. En este sentido muchos autores afirman que el ADN y la estructura de una Corte internacional son herramientas que ésta utiliza para asentar su autoridad y determinar el sentido en el que actúa.<sup>524</sup>

En el caso del TJCA, el hecho de que este tiene los genes “clonados” del TJUE y no actúa de la misma manera que este último demuestra la validez de las teorías del “entorno” como factor predominante para explicar el desempeño de una institución internacional. ¿Qué elementos forman parte del entorno que influencia el actuar del TJCA y le impide contribuir en forma activista al desarrollo de la integración regional andina ?

Existen varias teorías doctrinales que toman en cuenta distintos factores del entorno en el que se desempeña un juez internacional para explicar su actuar. Una parte de la doctrina, en particular John Merryman<sup>525</sup> considera que las opciones jurisprudenciales de los jueces internacionales, en particular en las integraciones regionales son influenciadas por las tradiciones jurídicas de los Estados miembros de la integración. Al seguir estas teorías podríamos considerar que el TJUE actuó como un juez de Common Law<sup>526</sup>, mientras que el TJCA no hizo más que reflejar la tradición

---

<sup>523</sup> Alter, Karen, Helfer Laurence, *Nature or nurture?...*, *op.cit.*, nota 410, p.3

<sup>524</sup> Barnett, Michael N., and Finnemore, Martha, *Rules for the world : international organizations in global politics*. Ithaca, N.Y. ; London, ed. Cornell University Press 2004, p.42, citado en Karen Alter, *Nature or nurture?...*, *op.cit.*, nota 410, p. 22

<sup>525</sup> Merryman, John, *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press, 2007

<sup>526</sup> Como fue notado en la primera parte, la jurisprudencia del TJUE combina las visiones de *Civil Law* y de *Common Law*. En algunos casos la influencia de la visión del juez en la Common Law se hace más palpable. Por ejemplo en el discurso redaccional de las sentencias. Las sentencias del TJUE son mucho más largas y argumentativas en comparación con los jueces de la tradición romano-germánica. Otra diferencia sustancial reside en la noción de “*judicial activism*” explicada en la primera parte y que el Tribunal utilizó para construir sus principios integradores y constitucionalizadores. También podemos pensar en el hecho de que el TJUE utiliza la técnica de los precedentes

romano-germánica de sus Estados miembros. No obstante, podemos acordarnos con Karen Alter<sup>527</sup> para estimar que esta concepción teórica no parece suficiente para explicar los factores del entorno que influyen en el actuar del TJCA. En primer lugar no se puede sostener que la tradición jurídica de los Estados miembros de la UE refleja la tradición de *Common Law*. Al contrario los 27 actuales países miembros comparten casi todos la tradición jurídica romano-germánica<sup>528</sup> y al momento de las doctrinas más activistas del TJUE (“el periodo fundacional”) los Estados fundadores de la UE representaban dicha tradición de forma exclusiva. Pero sobre todo cabe señalar que las dos principales tradiciones jurídicas no son completamente aisladas una de la otra y tienden a interpenetrarse. En este sentido cabe señalar que el TJUE ha afirmado el valor jurídico de los precedentes para desarrollar sus doctrinas jurisprudenciales, siendo esta referencia a la doctrina del precedente una característica típica de las jurisdicciones de *Common Law*.

Otra teoría que trata de explicar la relación entre la jurisprudencia de los Tribunales en las integraciones regionales y el entorno en el que éstos se desempeñan considera que se deben tomar en cuenta los riesgos de sanciones por parte de los Estados miembros. Uno de los posibles argumentos de este enfoque teórico sería considerar que el TJCA era más expuesto a sanciones políticas que el TJUE. No obstante esta teoría se revela difícil de sustentar. Los principios jurisprudenciales del TJUE siempre crearon polémica tanto a nivel político como jurídico. Los Estados miembros no siempre estaban de acuerdo con la visión a veces radical de supranacionalidad y transferencia de soberanía que el TJUE defendía.<sup>529</sup> Pero la única manera para contrarrestar los efectos de la jurisprudencia del TJUE era modificar los tratados constitutivos. El TJCA no fue tan lejos en su relación con los Estados miembros. El juez andino siempre enfatizó que los Estados miembros mantenían una total libertad para regular las materias clave de la integración regional. Además, el Tribunal andino no reconoció el Acuerdo de Cartagena como acuerdo constitutivo (o

---

que es característica de la justicia de *Common Law*. Desde el punto de vista general, el TJUE nunca se limitó a ser “boca de la ley” como lo son la mayoría de los jueces en las tradiciones de *Civil Law*. El juez comunitario asumió un papel mucho más activo de credor y promotor del Derecho comunitario y de la integración en la UE.

<sup>527</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or nurture?...*, *op.cit.*, nota 410, p.22

<sup>528</sup> siendo Gran Bretaña la excepción más importante.

<sup>529</sup> Las oposiciones de los Estados miembros a las doctrinas activistas del TJUE son discutidas en la primera parte, la interacción entre el TJUE y los Estados miembros.

constitucional) sino como simple estatuto que puede ser *de facto* modificado por los actos posteriores de los Estados miembros. En los dos casos, no podemos estimar que fue el miedo de sanciones por parte de los gobiernos que explica las diferencias en la manera de actuar de los dos jueces supranacionales.

Otra teoría que toma en cuenta elementos del entorno para explicar el desempeño de las Cortes internacionales en los contextos de integración se basa en factores económicos y comerciales. Según Stone-Sweet y Brunell<sup>530</sup> existe una relación de proporcionalidad entre el nivel de desarrollo comercial y las sentencias de los jueces supranacionales que promueven el desarrollo general de la integración: cuanto más comercio intra-zona exista en una integración regional tanto más su juez actuará en forma adecuada para promover a esta última. Conforme con los postulados de esta teoría, la diferencia en el actuar del TJUE y el TJCA se explicaría por las diferencias comerciales que existen entre la UE y la CAN. El nivel de comercio en la zona andina permanece bajo, mientras que el nivel de los intercambios comerciales en la UE es actualmente muy alto. No obstante no hay que perder de vista el hecho de que en el momento en el que el TJUE desarrolló sus doctrinas activistas este nivel era relativamente bajo.<sup>531</sup> En cuanto al comercio entre los Estados andinos, éste aumentó paulatinamente : de 3 a 5% del total de los intercambios comerciales de los países miembros durante el periodo de vigencia del Pacto andino, subiendo a 13% en la década de los 90 para recaer a menos de 10% en los últimos 10 años.<sup>532</sup> No existe una relación evidente entre el aumento del comercio en la zona andina y la jurisprudencia del TJCA. A pesar de esto no podemos negar la influencia general de los factores de desarrollo económico y comercial de la CAN sobre el actuar de su juez.

Podemos acordarnos con Karen Alter<sup>533</sup> para estimar que los factores que explican la ausencia de voluntad por parte del TJCA para contribuir en forma activa al desarrollo de la integración regional son sobre todo políticos. Los elementos del entorno político de la CAN difieren fundamentalmente de los de la UE. Por lo tanto, el modelo

---

<sup>530</sup> Stone Sweet, Alec, and Brunell, Thomas, Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community. *American Political Science Review*, vol. 92, num. 1, 1998, pp. 63-80.

<sup>531</sup> Stone Sweet, Alec, 2004. *The Judicial Construction of Europe...*, *op.cit.*, nota 520, p.57

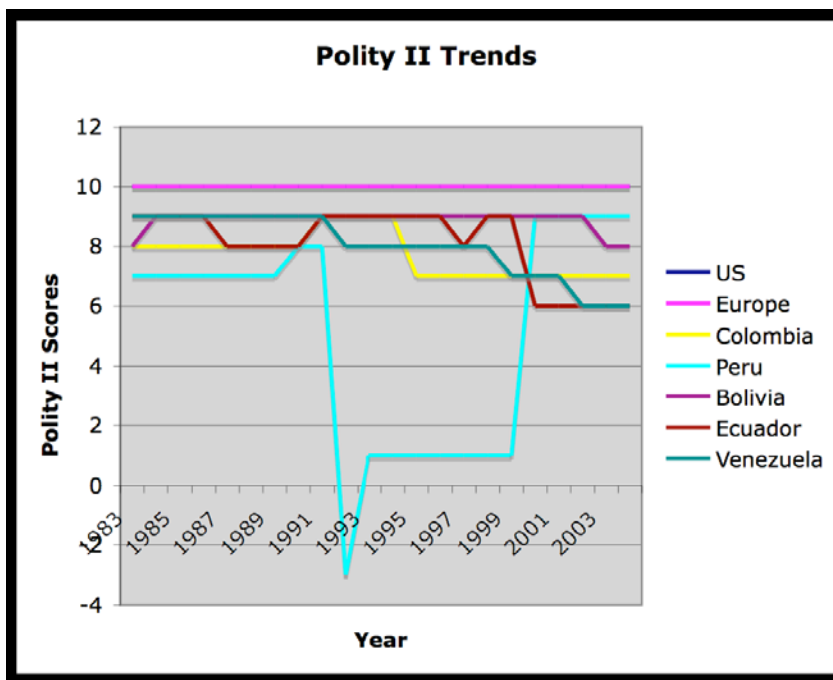
<sup>532</sup> Rodríguez Mendoza, Miguel, Patrick Low, and Barbara Kotschwar. 1999. *Trade rules in the making : challenges in regional and multilateral negotiations*, Washington, D.C., Organization of American States : Brookings Institution Press, citado en Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or Nurture?...*, *op. cit.*, nota 410, p. 25

<sup>533</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or nurture?...*, *op.cit.*, nota 410, p.25

del “TJUE” como constructor y guardián de la integración regional no puede implementarse plenamente en el contexto andino.

El primer factor político que puede tomarse en cuenta para explicar la pasividad del TJCA en relación con la promoción de la integración regional es la inestabilidad política y la fragilidad de la democracia en los países miembros de la CAN. El cuadro 1, tomado de Karen Alter<sup>534</sup>, muestra la calidad de la democracia en los Estados andinos comparada con la de Europa y de los Estados Unidos. En los últimos 20 años de evolución de la CAN Peru, Ecuador y Venezuela tuvieron experiencias políticas muy cercanas al autoritarismo, que generalmente implica la existencia de amenazas políticas contra los jueces nacionales.<sup>535</sup> Los Estados miembros de la CAN también vivieron varios regresos a la democracia lo que podría haber afectado la visión que se tiene del Derecho comunitario y de la integración andina.

**Table 1. Polity Scores --Andean Countries and Europe Compared**



<sup>534</sup> *Ibidem*, p.24

<sup>535</sup> Cabe señalar que dichas amenazas son características del mundo político latinoamericano. Para un ejemplo reciente, ver la actitud del ex-Presidente Colombiano Alvaro Uribe ante una sentencia de la Corte constitucional colombiana en el caso del general. Noticia disponible en <http://cbrayton.wordpress.com/2007/10/10/colombia-uribe-fulminates-in-parapolitics-showdown/>



Desde el punto de vista general las fluctuaciones en los factores democráticos (*polity*) de los países andinos explican gran parte de los problemas jurídicos de la integración andina. En particular estos elementos dan respuesta a la relativa pasividad de los jueces nacionales para cumplir con su papel de jueces comunitarios. Los órganos jurisdiccionales de los países miembros de la CAN se muestran a menudo retiscentes para interpretar o aplicar las normas comunitarias en los casos concretos que tienen que resolver. Estos son aún más retiscentes a presentar recursos en interpretación prejudicial. Según los datos obtenidos por Alter<sup>536</sup> las Cortes peruanas, bolivianas y venezolanas han utilizado las acciones prejudiciales sólo una vez. Podemos suponer que el bajo nivel de la democracia<sup>537</sup> explica en parte esta renuencia de los jueces de activar los procedimientos comunitarios, a veces sin la aprobación de su gobierno. A pesar de que la importancia que empieza a adquirir la protección de los derechos humanos en Colombia y Perú contribuye a aumentar la autoridad de los órganos jurisdiccionales internos, la integración andina no se ve beneficiada por estas evoluciones. En el contexto de la CAN la simple afirmación que el desarrollo de la democracia interna implica un mayor respeto del Derecho internacional no se sustenta por completo.

Existe un tercer factor estrechamente relacionado con todos estos elementos políticos y democráticos. Desde el punto de vista general se trata de un factor relacionado con la noción de ciudadanía. Como lo señala Karen Alter<sup>538</sup> conviene examinar las interacciones que mantiene el TJCA con otros actores de la integración andina. Como fue demostrado en la primera parte del presente trabajo en relación con el caso europeo el TJUE no hizo su “revolución jurídica” sólo. Los nuevos análisis sociológicos de la integración europea demuestran que el TJUE construyó sus doctrinas integracionistas interactuando con otros actores clave de la integración europea, en particular los litigantes privados y los jueces nacionales. Las personas que se sintieron comprometidas con la integración europea crearon una red de activistas legales que sustentó importantes posiciones políticas y jurídicas en las universidades, los poderes

---

<sup>536</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or Nurture?...*, *op. cit.*, nota 410, p.25

<sup>537</sup> Este bajo nivel de democracia en relación con el poder judicial interno se vincula con la falta de independencia e imparcialidad de los jueces nacionales, la corrupción, la falta de equilibrio en la separación de los poderes etc.

<sup>538</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or nurture?...*, *op. cit.*, nota 410, p. 26

judiciales y las instituciones gubernamentales. Estos activistas utilizaron sus profesiones de abogados, académicos y jueces para apoyar al TJUE y ayudar al desarrollo del proceso de integración regional europea.<sup>539</sup>

Como fue expuesto en la primera parte los jueces nacionales se volvieron una de las piezas clave en la ejecución eficaz de los principios, desarrollados por la jurisprudencia del TJUE. Los jueces europeos aceptaron jugar el papel de jueces comunitarios y colaboraron en forma estrecha con el TJUE. Estos son los garantes principales del Derecho comunitario y de los principios pro-integracionistas establecidos por el TJUE. Sin su ayuda los principios establecidos por el juez comunitario y la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario que ellos promulgan hubieran quedado letra muerta. Pero la cooperación de campo de los jueces nacionales no sólo se tradujo en la ejecución eficaz de los preceptos comunitarios sino también en un pretexto valioso para su creación. Fue gracias a los recursos accionados ante los jueces nacionales (por parte de los litigantes privados) que se crearon los casos que fueron la ocasión para el TJUE de desarrollar sus doctrinas pro-integracionistas y constitucionalizadoras. En particular a través del mecanismo de la cuestión prejudicial los jueces nacionales sometieron al juez comunitario los casos que éste utilizó para desarrollar los principios fundadores de la integración jurídica en la UE. Los jueces nacionales fueron así los colaboradores más preciados del TJUE en su contribución a la integración regional europea.<sup>540</sup>

De la misma manera los juristas pro-integracionistas<sup>541</sup> ayudaron a que los casos nacionales concretos lleguen al foro del TJUE para que éste pueda desarrollar sus doctrinas activistas.<sup>542</sup>

---

<sup>539</sup> Cfr. *Infra*

<sup>540</sup> Para más detalles cfr. *Infra*.

<sup>541</sup> Alter, Karen, *Jurist Advocacy Movements in Europe: The Role of Euro-Law Associations in European Integration (1953-1975)*, In *The European Court's Political Power*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 78-79

<sup>542</sup> Como fue expuesto en la primera parte durante las reuniones de las asociaciones jurídicas dedicadas al estudio del Derecho comunitario, los miembros del TJUE y de la Secretaría jurídica de la Comisión europea sugerían a los jueces y abogados nacionales el tipo de casos que podrían servir al Tribunal para impulsar la integración europea. A veces los representantes de la Comisión indicaban a los abogados los casos que se habían resuelto a nivel comunitario para que éstos pudiesen buscar casos similares a presentar ante los jueces nacionales. Las reuniones de las asociaciones académicas nacionales servían *de facto* como sesiones de “cocina” en los que los académicos debatían acerca de las doctrinas jurisprudenciales que el TJUE podría desarrollar. A menudo los jueces del TJUE asistían a dichas reuniones y podían participar en las discusiones acerca de las posiciones del abogado general y los

Podemos estimar que la actividad y la colaboración de los actores sub-estatales explican gran parte del activismo judicial del TJUE en relación con el desarrollo del proceso de integración comunitaria en Europa.

Por lo tanto la ausencia de tales interlocutores sub-estatales en el ámbito del proceso de integración andina podría explicar la falta de activismo judicial por parte del TJCA y su incapacidad de contribuir a la profundización de sistema de integración andino.<sup>543</sup> Sin una ciudadanía comprometida con el logro de los objetivos de una integración andina exitosa el juez comunitario no puede impulsar dichos objetivos. La jurisprudencia del juez andino por muy activista y pro-integracionista que fuese no puede por sí sola promover el desarrollo de la integración en el orden jurídico andino. Cada juez necesita asegurarse de la aceptación social de sus sentencias. Estas deben reflejar el interés social y satisfacer las necesidades de la ciudadanía.

Correlativamente podemos afirmar que la ausencia de interés por parte de la ciudadanía en la promoción por parte del juez andino de la integración en la CAN influencia el actuar de los jueces nacionales de los Estados miembros. Como lo afirma Karen Alter los jueces nacionales son a la vez confundidos e inseguros acerca de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho andino. Las investigaciones de campo practicadas por esta autora<sup>544</sup> revelaron que los jueces en Ecuador y Peru tuvieron que ser amenazados y presionados antes de empezar a presentar litigios ante el TJCA. En Colombia los jueces fueron más propensos a iniciar acciones ante el juez andino, pero quedaron satisfechos del hecho que el TJCA fue relativamente abstracto en sus decisiones y prefirió dejarles total libertad para decidir sobre la aplicación/interpretación del Derecho comunitario en la resolución de los litigios en el fondo. Los jueces nacionales entrevistados<sup>545</sup> por Karen Alter<sup>546</sup> no consideraron que la

---

argumentos que éste podría emplear en los casos concretos llevados ante el Tribunal. Existen algunas evidencias que estos debates fueron tomados en cuenta por los jueces del Tribunal como pretexto para actuar con más activismo. Una vez que el TJUE había adoptado sus sentencias pro-integracionistas los abogados, jueces y académicos del Derecho se comprometían en una campaña pública descentralizada para promover y defender las doctrinas del juez europeo. Ellos escribieron artículos doctrinales sobre las sentencias del TJUE y utilizaron su posición de jueces nacionales, representantes del gobierno y profesores de Derecho para corroborar la existencia de una mayor aceptación social de los principios desarrollados por el TJUE y que impulsaban la profundización de la integración regional comunitaria.

<sup>543</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or nurture?...*, *op.cit.*, nota 410, p. 27

<sup>544</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or nurture?...*, *op.cit.*, nota 410, p. 27

<sup>545</sup> Entrevista con Marco Antonio Velilla Moreno, Martha Sofía Sanz Tobón, Rafael Ostau de Lafont Pianeta, Camilo Arciniegas Andrade, Consejo de Estado, Bogota, Colombia, Sept. 2007; Entrevista con Elicira Vásquez Cortez, Vocal

primacía o supramacía del Derecho andino implica que vastos parcelas del Derecho nacional, por ejemplo los relativos a los impuestos o las aduanas, deben ser regulados por las normas andinas, bajo la supervisión del TJCA. En efecto, parece que los jueces nacionales reconocen la existencia de los principios pro-integracionistas desarrollados por el TJCA respecto al Derecho comunitario andino pero consideran que éstos crean pocas obligaciones jurídicas efectivas a nivel nacional. Así por ejemplo, en el caso del alcohol colombiano anteriormente citado los jueces de la Corte constitucional de Colombia estimaron que el principio de primacía del Derecho andino no implica que éste sea visto como un conjunto normativo superior a todas las reglas del Derecho nacional. La Corte constitucional fue particularmente clara: los tratados internacionales de protección de los derechos humanos crean obligaciones jurídicas superiores a las de las normas nacionales, pero el Derecho andino que goza de primacía se sitúa al mismo nivel jerárquico que el Derecho nacional legislado.

Estas afirmaciones resultan corroboradas por la práctica jurisprudencial del TJCA en materia de Derecho de la propiedad intelectual. ¿Porqué la jurisprudencia del TJCA es más activista en materia de propiedad intelectual ? En dicha materia el Tribunal tiene varios interlocutores, en particular las agencias nacionales de protección de la propiedad intelectual. Las autoridades nacionales de protección de la propiedad industrial son los interlocutores más entusiastas del TJCA. En efecto ellas prefieren presentar los casos al TJCA y no a los jueces nacionales, considerando que estos últimos no poseen conocimientos expertos en el ámbito del Derecho de la propiedad intelectual. Por su parte las autoridades nacionales han colaborado con la Secretaría de la CAN en la adopción de las reglas andinas del Derecho de la propiedad intelectual que el TJCA interpreta y aplica. Por lo tanto las autoridades nacionales de protección de la propiedad intelectual acatan sin mayor resistencia las sentencias y las interpretaciones prejudiciales que el TJCA adopta.<sup>547</sup> Además los análisis doctrinales muestran que la jurisprudencia del TJCA protege las autoridades nacionales de

---

Supremo Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder y miembro de la Sala Constitucional y Social de Peru, Lima, Peru, junio de 2007, Entrevista con los jueces Ernesto Muñoz Borrero y Eloy Torees Guzmán, Tribunal administrativo del Distrito Num.1, Quito, Ecuador, Marzo de 2005

<sup>546</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Nature or Nurture?...*, *op.cit.*, nota 410, p. 27

<sup>547</sup> Helfer, Laurence and Alter, Karen, *Building an International Rule of Law in Andean Countries...*, *op. cit.*, , nota 412, p. 22

protección de la propiedad industrial, ayudándoles a resistir la presión política de los Estados Unidos y de las empresas occidentales, incluso en los casos en los que los gobiernos nacionales no lo hacen.<sup>548</sup>

Las agencias nacionales de protección de la propiedad intelectual parecen ser los interlocutores más activos del TJCA. Los actores infra-estatales que participaron en el establecimiento de las doctrinas pro-integracionistas del TJUE fueron los jueces nacionales, los litigantes privados, los representantes de los gobiernos nacionales, los activistas políticos, los académicos del Derecho y más generalmente las sociedades europeas. En el caso del TJCA este apoyo de los destinatarios principales de sus decisiones no se materializó de forma eficaz, excepto en el caso de las autoridades nacionales de protección de la propiedad intelectual. Es difícil determinar porque los jueces nacionales, los litigantes privados y otros miembros de la ciudadanía de los países miembros de la CAN no se muestran interesados por el proceso de integración andina y por la jurisprudencia de su juez. Podemos considerar que esta falta de “conciencia ciudadana pro-integración” se relaciona con el contexto general de la integración andina y con el contexto interno de cada uno de sus países miembros desde el punto de vista económico, político, democrático o sociológico. Esta diferencia del contexto nos permite concluir que el TJUE no puede ser considerado como un posible modelo para el TJCA.

## **2. El TJUE y el “juez” del Mercosur**

A diferencia del caso europeo, la contribución del arbitraje Mercosur al desarrollo y profundización de la integración en este bloque regional es relativa. A través de su “*law-making*” jurisprudencial los Tribunales arbitrales del Mercosur no lograron consolidar principios activistas que impulsen la integración jurídica en dicho sistema. A pesar de que los árbitros del Mercosur expresaron su voluntad de contribuir a la uniformidad de la aplicación e interpretación del Derecho de la integración sus sentencias no lograron influenciar de forma decisiva el avance del proceso de integración regional en el Mercosur.

---

<sup>548</sup> *Idem*

Como fue expuesto anteriormente en relación con la CAN, el diseño institucional de un mecanismo de solución de controversias no puede por sí mismo explicar el papel que juega éste en una organización internacional de integración. Como lo afirman Krapohl, Dinkel y Faude<sup>549</sup> las normas jurídicas relativas al mecanismo de solución de controversias no determinan por sí sólo el alcance de la integración judicial, lograda por este último. Es necesario tomar en cuenta otros factores del contexto general de la integración regional que podrían influenciar la efectividad de las sentencias con las que el juez pretende contribuir a la profundización de dicho proceso.

En el caso del Mercosur estos factores son múltiples. Su interdependencia y complementariedad permiten aprehender no sólo la deficiencia en el aporte del “juez” del Mercosur al desarrollo de la integración regional sino también las diferencias entre éste y el TJUE.

En primer lugar, muchos autores denotan una distinción sumamente importante entre el sistema de solución de controversias en el Mercosur y el vigente en la UE. En contraste con lo que ocurre en la UE, el mecanismo de arreglo de diferencias previsto en el Mercosur es raramente utilizado.<sup>550</sup> Como fue expuesto anteriormente el TJUE es uno de los Tribunales internacionales más activos (y activistas) del mundo, dictando cada año centenas de sentencias.<sup>551</sup> En cambio, durante sus más de 15 años de existencia formal, el mecanismo de solución de controversias del Mercosur ha arbitrado menos de 20 casos. Esto se debe al hecho de que los Estados miembros del bloque regional son tradicionalmente renuentes a someter sus disputas a un Tribunal internacional y prefieren arreglarlas de manera informal, principalmente mediante negociaciones diplomáticas bi o multilaterales.<sup>552</sup> En cambio en el ámbito de la UE, todas las diferencias entre los Estados miembros y/o los Estados miembros o sus ciudadanos se resuelven en el foro del TJUE. El Tribunal europeo ha reiterado en varias

---

<sup>549</sup> Krapohl, Sebastian *et. al.*, *Judicial Integration in the Americas?, A comparison of Dispute Settlement in NAFTA and MERCOSUR*, Research Paper, university of Bamberg, Germany, disponible en [www.uni-bamberg.de/fileadmin/.../Integration/BOPIR4-2009.pdf](http://www.uni-bamberg.de/fileadmin/.../Integration/BOPIR4-2009.pdf), p. 5

<sup>550</sup> Malamud, Andrés, *Mercosur Turns 15: Between Rising Rhetoric and Declining Achievement*, *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 18, Num. 3, Oct. 2005, p. 430, citado en Krapohl, Sebastian, *op.cit.*, nota 551, p. 23

<sup>551</sup> Cfr. *Infra*.

<sup>552</sup> Krapohl, Sebastian., *op.cit.*, nota 549, p. 23

ocasiones la exclusividad de su jurisdicción para todos los asuntos relevantes del Derecho comunitario europeo.<sup>553</sup>

Otra razón que apuntan algunos autores<sup>554</sup> para explicar el número modesto de casos resueltos por el arbitraje Mercosur se relaciona con el bajo nivel de interdependencia económica entre los países miembros del bloque regional. Sin una fuerte integración económica entre los países miembros del bloque regional no se generan conflictos transnacionales que pueden ser llevados ante el órgano de solución de controversias. Sin tales casos de conflicto los Tribunales arbitrales del Mercosur no pueden desarrollar doctrinas jurisprudenciales activistas susceptibles de favorecer el proceso de integración regional. Desde un punto de vista general el bajo nivel de actividad del mecanismo de solución de controversias del Mercosur es sin duda un obstáculo mayor para que éste pueda actuar como promotor de la integración regional, a la imagen del juez europeo. Como ya fue expuesto anteriormente el TJUE desarrolló sus doctrinas jurisprudenciales pro-integracionistas paulatinamente aclarando su significado y alcance en varios asuntos posteriores a su consagración inicial.<sup>555</sup> Por su parte el “juez” del Mercosur no logró establecer los principios jurisprudenciales que hubieran podido elevar el nivel de integración jurídica en el Mercosur porque, a lo largo de su años de actividad, faltó de oportunidades fácticamente significativas para hacerlo.

Cabe recordar que el pequeño número de casos resueltos por el órgano de solución de controversias del Mercosur se relaciona estrechamente con la falta de voluntad política por parte de los Estados miembros de arreglar sus conflictos por la vía judicial internacional. La voluntad política de los países miembros del Mercosur se vincula con otro factor fundamental que influyó el actuar del “juez” de esta organización en cuanto el potencial desarrollo de su integración. En efecto como lo afirma Martínez Puñal<sup>556</sup> “aunque hayan sido definidas muy frecuentemente las finalidades del MERCOSUR como tendencialmente correspondientes a los objetivos buscados por el proceso europeo de integración, no se estimó necesario en el Protocolo de Ouro Preto que la estructura institucional siguiese los patrones adoptados

---

<sup>553</sup> Para una sentencia reciente véase: sentencia *Kadi*, TJUE, 3 de septiembre de 2008 disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0402:EN:NOT>

<sup>554</sup> Krapohl, Sebastian, *op.cit.*, nota 549, p. 23

<sup>555</sup> Cfr. *Infra*

<sup>556</sup> Martínez Puñal, Antonio, *op. cit.*, nota 377, p. 105

por el Tratado de Roma.” De acuerdo con Almeida<sup>557</sup> “Buscouse, ao contrario, garantir um modelo que correspondesse às realidades intrínsecas –com todas as limitações de fato existentes do esquema subregional, preservando os espaços de soberania nacional alocados aos Estados membros”. Los intereses nacionales, intimamente relacionados con la preservación de la soberanía de los Estados miembros definen todos los aspectos de la integración regional en el Mercosur. La toma de decisiones políticas y normativas, la implementación de las decisiones tomadas a nivel interno, el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias están entre las manos de los gobiernos de los países miembro.<sup>558</sup> La “discreción” en la defensa de estos intereses nacionales demuestra que el Mercosur funciona según reglas más diplomáticas que jurídicas.<sup>559</sup> En este sentido, Dallari<sup>560</sup> afirma que “con la estructura actual del Mercosur, las decisiones tomadas bajo su jurisdicción no son normas jurídicas en el sentido estricto, sino determinaciones políticas que obligan a los Estados miembros a adecuar sus respectivos ordenes jurídicos nacionales.”

Podemos estimar que la importancia de los intereses nacionales<sup>561</sup> sin ser contraria al desarrollo de una integración, limita su alcance. Tal como lo afirma el “juez” del Mercosur<sup>562</sup>, “la defensa de los intereses nacionales conlleva al unilateralismo que, por su misma naturaleza es contrario a la noción de Comunidad”. En efecto, para la profundización de una integración regional es necesario que los intereses nacionales cedan ante un interés común, el de la integración. El interés común<sup>563</sup> puede ser visto

---

<sup>557</sup> Almeida, E., “Análisis de la génesis de un Mercado Común del Sur. La supranacionalidad”, *Revista Direito & Mercosul*, 1996, N° 1, citado en Martínez Puñal, Antonio, *op. cit.*, nota 377, p. 105

<sup>558</sup> Malamud, Andrés, *op. cit.*, nota 550, p. 428

<sup>559</sup> *Idem*

<sup>560</sup> citado en Martínez Puñal, Antonio, *op.cit.*, nota 377, p. 111

<sup>561</sup> Cabe señalar que la definición del *interés nacional* es una tarea evidentemente compleja, en la cual los mismos objetos materiales son contemplados como objetos formales distintos en función de intereses específicos distintos, cabiéndole al Estado una función arbitral no siempre ejercida con la independencia deseable, cuando en teoría debería buscar soluciones que sirvan a los intereses del conjunto de la sociedad y que “sejam mais funcionais aos objetivos globais da política econômica (por exemplo: melhoria da eficiência e redução dos custos de produção nacional, com aumento da sua competitividade externa; redução dos preços finais pagos pelos consumidores nacionais, com incremento do poder de compra da população; incremento das exportações com geração de novos empregos; estímulo ao desenvolvimento de determinadas produções a partir do aproveitamento de recursos naturais disponíveis no país; apoio à produção de bens resultantes de pesquisas tecnológicas realizadas no país e cuja viabilidade econômica tenha sido comprovada, etc)” (Aragao, M. “Mercosul: Tarifa Externa Común e interesse nacional”, *Boletim de Integração Latino-Americana*, num 9, Abril-Junio 1993, p. 1).

<sup>562</sup> En particular, desde el Primer Laudo.

<sup>563</sup> Según Martínez Puñal (*op. cit.*, nota 377, p. 114), en la búsqueda del *interés de integración* se pueden identificar elementos comunes de los cuales se nutre aquél. Así, por ejemplo, éste puede consistir en la *sustitución del enfoque*



como cesión pero también como convergencia de los distintos intereses nacionales. En efecto, como fue expuesto en la primera parte, el TJUE es el guardián y garante del interés común. El juez europeo es el juez de la Comunidad europea. En el Mercosur el juez de la organización es árbitro de los intereses nacionales. Su función no es defender el interés de la Comunidad sino arbitrar los conflictos de los intereses nacionales de los Estados miembros del Mercosur. De ahí su cualidad de árbitro o juez de las partes y su naturaleza esencialmente intergubernamental.

Como ya fue expuesto anteriormente la intergubernamentalidad es una característica quintescente de la integración en el Mercosur.<sup>564</sup> Este es tal vez el factor más importante que (pre)determina la imposibilidad por parte del mecanismo de solución de controversias del Mercosur de contribuir de manera efectiva a la profundización de la integración en este bloque regional. Esta es también la diferencia fundamental entre éste y el sistema jurisdiccional europeo que se caracteriza por su supranacionalidad. Un juez intergubernamental no puede ir tan en contra de los intereses de los Estados miembros como un juez supranacional. Mientras que la naturaleza supranacional intrínseca del TJUE le permite adoptar sentencias atrevidas en contra de los intereses nacionales de los Estados miembros y llevar la integración en la UE mucho más allá de lo que éstos habían previsto originariamente<sup>565</sup>, el “juez” del Mercosur es limitado por su propio diseño institucional. El carácter intergubernamental del mecanismo de solución de controversias y de todo el organigrama del Mercosur obliga a sus instituciones, en particular a sus órganos arbitrales a adecuar sus decisiones con los intereses nacionales que manifiestan los Estados miembros de la organización.

Dos de los efectos principales de la intergubernamentalidad del Mercosur son su déficit institucional<sup>566</sup>, muy denunciado en la doctrina, y lo que aquí nos interesa: la

---

*conflictivo*, de naturaleza intrínsecamente negativa por cuanto supone de dilapidación de recursos de todo tipo, que había caracterizado tradicionalmente las relaciones argentino-brasileñas por una *actitud de cooperación* estimuladora del desarrollo de intereses comunes, los cuales, sin duda, redundarían en la aplicación de un importante impulso político al proceso de integración. Esta actitud de cooperación sería también beneficiosa para Paraguay y Uruguay.

<sup>564</sup> Cfr. Infra

<sup>565</sup> Cfr. Infra

<sup>566</sup> En este sentido Martínez Puñal estima que “enfrentado el MERCOSUR a un serio deterioro político, económico e incluso como institución en sí misma, una de las causas principales de la problemática hasta aquí mencionada, estriba, como venimos advirtiendo, en el *déficit jurídico institucional* que puede apreciarse en el MERCOSUR, el cual contribuye a aumentar el grado de incertidumbre, a generar conflictos, y a dificultar y postergar su resolución.

imposibilidad por el “juez” de este bloque regional a imponer su autoridad a los Estados miembros, en particular en un sentido pro-integracionista.

En este sentido, según muchos autores, un marco institucional mínimo e intergubernamental, ante la complejidad de un proceso de integración podría causar su paulatino agotamiento, debido principalmente a la falta de credibilidad y aceptación social del proceso y la falta de aplicación e interpretación uniforme de la normativa Mercosur.<sup>567</sup> Para evitarlo, se propone la supranacionalidad como “estrategia alternativa para dar un salto cualitativo en el proceso de integración”.<sup>568</sup> Como ya fue mencionada anteriormente, una de estas propuestas de renovación institucional del Mercosur apunta hacia la creación de una Corte supranacional permanente. Como lo afirma Quintao Soares, una Corte supranacional en el Mercosur “sería un factor determinante para el desarrollo y la consagración de los principios básicos para la profundización del proceso integracional en el Cono Sur, garantizando la correcta ejecución de las normas comunitarias así como el respeto de las obligaciones contraídas por los Estados miembros en los Tratados constitutivos.”<sup>569</sup>

No obstante, cabe señalar que la creación de una Corte supranacional en el Mercosur necesariamente debe acompañarse de reformas institucionales más profundas. Porque como lo recuerda Malamud<sup>570</sup> la creación de una Corte supranacional no permitiría un incremento en el activismo judicial del Tribunal y en su contribución a la profundización de la integración regional mientras éste actúa en el contexto jurídico-institucional actual del Mercosur. Así por ejemplo, la ausencia de un Derecho comunitario (para poder aplicarse, toda la legislación debe ser traspuesta en

---

De la misma manera según Lima Marques en relación con ello escribe: “Chega-se a falar mesmode dum deficit legal, fonte permanente de incerteza e de conflitos regionais. Parece-me que a fragilidade jurídica do Mercosul, começa a perturbar sua evolução; mais do que a fragilidade institucional do processo de “integração” dois pontos estao em evidência: o sistema de solução de conflitos e o sistema de incorporação de normas do Mercosul”.

<sup>567</sup> Klein, W. F., *El Mercosur. Empresarios y sindicatos frente a los desafíos del proceso de integración*, Caracas, 2000, p. 136, citado en Matrínez Puñal, Antonio, *op. cit.*, nota 377, p. 109

<sup>568</sup> *Idem*

<sup>569</sup> Quintao, Soares, Mario Lucio, in *O Mercosurl em Movimento II*, Coord. Adayr da Silva y Deisy Ventura, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 27, citado en Martínez Puñal, Antonio, *op. cit.*, nota 379, p. 115. En el mismo sentido también afirma Leonardo Greco que “es necesario tener el control sobre las competencias y sobre el Derecho aplicable en el Mercosur y es necesario tener una interpretación uniforme de sus normas en todos los países del proceso integracional (...) la igualdad del tratamiento de los ciudadanos en estos países (los países miembros) exige la existencia de un órgano que mantenga esta uniformidad.” (in *O Mercosur em Movimento II*, p. 28).

<sup>570</sup> Malamud, Andrés, *op. cit.*, nota 550, p. 430

los ordenes jurídicos de los Estados miembros) sería un obstaculo para una Corte supranacional más activista y pro-integracionista.

Como fue expuesto respecto al TJUE y al TJCA el diseño institucional supranacional de una Corte no es el único factor determinante para explicar su actuar dentro de un esquema de integración regional. Tanto en el caso del TJUE como en el caso del TJCA existen interacciones complejas entre el órgano judicial y su entorno que deben ser tomadas en cuenta en el momento de apreciar el impacto de sus doctrinas jurisprudenciales sobre el proceso de integración. En el caso del mecanismo de solución de controversias dichos factores se relacionan con el contexto general de la integración en el que éste se inserta.

En este sentido, al lado de los intereses nacionales y de la intergubernamentalidad como rasgos característicos del Mercosur también cabe examinar la influencia de otros elementos que influyen el comportamiento de su “juez”.

Entre estos elementos podemos citar en primer lugar el nivel de desarrollo económico alcanzado en la integración Mercosur. En efecto, como ya fue expuesto antes una de las teorías que tratan de explicar el actuar de un juez en un sistema de integración toma en cuenta la influencia de factores de interdependencia económica entre los países miembros. Según esta teoría, la incapacidad del juez del Mercosur de elaborar doctrinas jurisprudenciales que impulsen la integración jurídica en el bloque regional se vincularía con el bajo nivel de desarrollo de la dimensión económica y comercial de la integración. A contrario, el alto nivel de desarrollo económico de la integración regional en la UE sería un factor importante para explicar la contribución del TJUE a dicho proceso. En este sentido Malamud<sup>571</sup> considera que, a diferencia de la UE que colocó las “cuatro libertades”<sup>572</sup> en el centro de su integración económica, el Mercosur limitó dicha integración únicamente a la liberalización del comercio de los bienes. A pesar de que el Tratado de Asunción dispone que la integración económica debe incluir los servicios y los factores de producción, dicho instrumento no contiene disposiciones precisas al respecto. Las medidas tomadas para promover la libre

---

<sup>571</sup> Malamud, Andrés, *op. cit.*, nota 550, p.428

<sup>572</sup> Libertad de circulación de las personas, bienes, capitales y servicios.

circulación de servicios, capitales o trabajadores se han mantenido ineficaces o inaplicadas. Todas las estadísticas acerca del comercio intrazona en el Mercosur sitúan los servicios, las inversiones directas (capitales), y las personas en la tabla del deficit.<sup>573</sup> A esto se suma el hecho de que el sistema de integración económica en el Mercosur sufre el efecto corrosivo de las listas de excepciones a la liberalización comercial, establecidas por los Estados miembros. Dichas excepciones no permiten la perfección de la Unión aduanera ya vigente y obstaculizan el establecimiento de un futuro mercado común.

Podemos estimar que la falta de interdependencia económica es sin duda un factor que debe ser tomado en cuenta para apreciar como la interacción entre el “juez” Mercosur y su entorno influencia sus doctrinas jurisprudenciales.

Como fue expuesto antes respecto al TJUE y el TJCA existe otro elemento de suma importancia para la apreciación de la contribución de un juez al desarrollo de la integración regional en la que actúa. Este factor se relaciona con la interacción entre el juez internacional de la integración y los jueces nacionales de los Estados miembros. No cabe reiterar la importancia de la cooperación entre el TJUE y los jueces nacionales de los Estados miembros, vueltos *de facto* jueces comunes de Derecho comunitario. Dicha interacción y su importancia para la contribución del TJUE a la profundización de la integración en la UE fue explicitada en diferentes partes del presente trabajo.<sup>574</sup> Respecto a la interacción entre los jueces nacionales y los órganos de solución de controversias del Mercosur las conclusiones no son tan inéquivocas.

En primer lugar, los jueces nacionales del Mercosur parecen conformes con el actual *statu quo* intergubernamental de la organización y de su sistema de solución de controversias. En particular en Brasil los jueces nacionales no son favorables a una profundización de la integración en el Mercosur y defienden los puntos de vista soberanistas de su gobierno. Como lo afirma Fontes<sup>575</sup>, los mayores defensores de la intergubernamentalidad del Mercosur en este país son los jueces nacionales. En efecto los jueces brasileños están en contra de la creación de un Tribunal supranacional

---

<sup>573</sup> Tablas del INTAL.

<sup>574</sup> Cfr. *Infra*

<sup>575</sup> Fontes, Max, *Mercosur and Supranationality: How to Overcome Brazilian Constitutional Obstacles*, LLM Harvard University, disponible en <http://www.hottopos.com/harvard4/max.htm>, p. 9

en el Mercosur porque consideran “la intergubernamentalidad como un eficiente escudo legal que les protege de toda sustracción de sus poderes jurisdiccionales.” Por lo tanto, los jueces no han expresado su voluntad de colaborar con el arbitraje Mercosur en el establecimiento de doctrinas jurisprudenciales propicias para el desarrollo de la integración regional. Muy significantes en este sentido son las sentencias de los jueces nacionales que determinan la jerarquía del Derecho de la integración en relación con el Derecho nacional.<sup>576</sup> También podemos estimar que en la jurisprudencia de los órganos arbitrales Mercosur no existen referencias explícitas a las decisiones de los jueces nacionales. En todos los casos resueltos por el mecanismo de arreglo de controversias del Mercosur no existe ningún llamado a los jueces nacionales de aplicar los principios establecidos por parte del “juez” Mercosur en el orden jurídico interno de los Estados miembros. De la misma manera, los jueces internos, no aplican el Derecho del Mercosur en sus sentencias respectivas. Esto se debe al hecho de que éste último no se aplica directamente en el orden jurídico nacional sino que debe ser “receptado” por una norma nacional. Así los jueces aplican el Derecho nacional que implementa las normas Mercosur y no las normas mismas. La ausencia de efecto directo también explica el hecho de que los particulares no pueden invocar ante su juez nacional las normas del Derecho de la integración.

Todo esto coloca al juez Mercosur y a los jueces nacionales en una relación de ignorancia y aislamiento mutuo. Visto que el sistema de integración Mercosur no es un sistema comunitario sino intergubernamental, éste no promueve un diálogo entre el “juez” Mercosur y los jueces nacionales. Los únicos interlocutores de los árbitros Mercosur son los gobiernos nacionales, de modo que en el Mercosur no asistimos a un diálogo jurisdiccional entre el juez de la integración y los jueces nacionales. Dicho en otros términos, a diferencia de la UE, el sistema de solución de controversias del Mercosur no integra los jueces nacionales y el “juez” Mercosur en una colaboración judicial, favorable para la profundización de la integración. En el actual sistema intergubernamental del Mercosur, si los órganos de solución de controversias se comprometieran en adoptar una jurisprudencia activista y pro-integracionista no

---

<sup>576</sup> Cfr. *Infra*

contarían con el apoyo de los jueces nacionales quienes defenderán a nivel interno los intereses nacionales y la soberanía de su gobierno.

Algunos autores consideran que esta situación parece cambiar en la actualidad. Así por ejemplo Oliveira<sup>577</sup> estima que la “*judicial diplomacy*”<sup>578</sup> en el Mercosur se está desarrollando cada vez más en los últimos años. Según la autora, la *judicial diplomacy* en el ámbito del Mercosur se traduce en la colaboración y la comunicación que se establece entre las Cortes nacionales (particularmente entre las Cortes supremas) sobre las cuestiones relativas a la integración regional. Esta colaboración entre los jueces nacionales se manifiesta de dos formas: a través del diálogo e intercambio de información entre los jueces, abogados o académicos sobre las problemáticas jurídicas de la integración regional en el Mercosur; y a través de la colaboración entre las Cortes nacionales en la adopción de propuestas para la mejora del mecanismo de solución de controversias en el Mercosur.<sup>579</sup> Según Oliveira, en los últimos años las dos formas de colaboración entre los jueces nacionales se han multiplicado. Así por ejemplo la autora señala que en el periodo 1996-2006 los Presidentes de las Cortes supremas de los países miembros del Mercosur celebraron varias reuniones con el objetivo de promover el conocimiento acerca de las especificidades de los ordenes jurídicos nacionales de los países miembro del Mercosur.<sup>580</sup> A partir de la reunión de 2003 en Montevideo, Uruguay, dichas reuniones se volvieron periódicas con la adopción de la Carta de Brasilia<sup>581</sup> de 2004 que creó “ El foro permanente de las Cortes supremas de los países miembros del Mercosur para las materias judiciales, relacionadas con la integración latinoamericana, en particular las del Mercosur”. En los primeros años de

---

<sup>577</sup> Oliveira, María Angela, *Judicial Diplomacy: The Role of the Supreme Courts in Mercosur Legal Integration*, *Harvard International Law Journal Online*, vol. 48, May 16, 2007, p. 93.

<sup>578</sup> Desde un punto de vista general la autora define la “*judicial diplomacy*” como la interacción entre las Cortes nacionales y las Cortes extranjeras (o internacionales).

<sup>579</sup> Oliveira, María Angela, *op. cit.*, nota 577, pp. 94-95

<sup>580</sup> Una de esas reuniones se celebró en Ouro Preto, Brasil en 1996 bajo la Presidencia del Juez Sepúlveda Pertence, de la Corte federal suprema de Brasil.

<sup>581</sup> Carta de Brasilia, 30 de nov. De 2004, disponible en [www.stf.gov.br/encontro4/documentos/carta\\_de\\_brasilia\\_de\\_30\\_11\\_2004.pdf](http://www.stf.gov.br/encontro4/documentos/carta_de_brasilia_de_30_11_2004.pdf). El objetivo principal de la Carta de Brasilia es de institucionalizar el Foro permanente de las Supremas Cortes de justicia de los países miembros del Mercosur. Según las disposiciones de la Carta los órganos judiciales nacionales son esenciales para el funcionamiento estructural del Mercosur, visto que ellos a) deben aplicar las normas del Mercosur en su jurisdicción interna y b) el proceso de integración es un compromiso estatal y como tal debe involucrar todas las ramas gubernamentales. Según la Carta de Brasilia el Foro de las Cortes supremas de los países miembros del Mercosur debe reunirse en Brasil el segundo semestre de cada año, siendo posible convocar reuniones extraordinarias a la demanda de cualquiera de los participantes.

funcionamiento del Foro se adoptaron varias iniciativas importantes relativas por ejemplo a la organización de debates y mesas redondas entre los jueces de los países miembros del Mercosur, el desarrollo de programas de intercambio de estudiantes de las Facultades de Derecho o de los jueces. Estas ideas llevaron a la adopción en 2006 de un Protocolo de Intenciones.<sup>582</sup> Según Oliveira<sup>583</sup> la iniciativa más importante que promovió el Foro de las Cortes nacionales de los Estados miembros del Mercosur fue la introducción del procedimiento de las “opiniones consultativas” ante el Tribunal permanente de revisión del Mercosur. Originalmente el artículo 4 del Reglamento del Protocolo de Olivos disponía que el recurso a las opiniones consultivas del TPR era abierto únicamente a los órganos del Mercosur y a los gobiernos de los Estados miembros. Gracias a una propuesta emanada del Foro de las Cortes supremas dicho procedimiento fue finalmente abierto a las órganos judiciales supremos de los países miembros.<sup>584</sup> Para Oliveira estos ejemplos demuestran la voluntad de los órganos jurisdiccionales nacionales de colaborar en forma activa en el proceso de consolidación de la integración en el Mercosur.<sup>585</sup>

No obstante la importancia que la constitución del Foro de tribunales supremos del Mercosur y la adopción de sus iniciativas representa para el avance de la integración regional, dichos eventos no impulsan de forma significativa el desarrollo de un verdadero diálogo interinstitucional. En efecto las reuniones de los jueces nacionales no cuentan con la participación de representantes de los órganos de solución de controversias del Mercosur. Dicho en otros términos el diálogo promovido es únicamente a nivel de los jueces nacionales y no entre éstos y el “juez” del Mercosur. El acercamiento entre ambos queda postpuesto y parece que los órganos nacionales de solución de controversias siguen manteniendo su postura de cautela ante el eventual establecimiento de una relación vertical entre los dos. De la misma manera los jueces mantienen su pasividad en cuanto la aplicación de las reglas del Mercosur a nivel

---

<sup>582</sup> Disponible en [www.stf.gov.br/encontro4/documentos/28\\_11/protocolo\\_de\\_intencoes.doc](http://www.stf.gov.br/encontro4/documentos/28_11/protocolo_de_intencoes.doc)

<sup>583</sup> Oliveira, María Angela, *op.cit.*, nota 577, pp. 97-98

<sup>584</sup> La propuesta fue elaborada el 4º encuentro de las Cortes supremas del Mercosur del 24 de noviembre de 2006, disponible en [www.stf.gov.br/encontro4/documentos.htm](http://www.stf.gov.br/encontro4/documentos.htm) . Dicha propuesta fue aprobada por el GMC a través de una decisión MERCOSUL/CMC/DEC. No 02/07 que estableció definitivamente las reglas para el procedimiento de Opiniones Consultativas presentadas ante el TPR del Mercosur por parte de los Tribunales Superiores de Justicia de los Países miembros, disponible en [www.mercosur.int/msweb/normas](http://www.mercosur.int/msweb/normas)

<sup>585</sup> Oliveira, María Angela, *op. cit.*, nota 577, p. 100

interno. Los jueces nacionales dialogan entre sí sobre el futuro de la integración regional en el Mercosur pero no dejarían que el “juez” internacional les imponga sus doctrinas acerca de dicho futuro. Esto aleja la integración regional en el Mercosur de la existente en la UE.<sup>586</sup> Además cabe señalar que las iniciativas del Foro representan un carácter más burocrático que efectivo. Así la propuesta más significativa del Foro no ha tenido el eco esperado. Los mismos autores de la iniciativa se niegan a aplicarla. En efecto, en los cuatro años de la institución del procedimiento de las opiniones consultativas para las Cortes supremas de los países miembros del Mercosur sólo tres de ellas lo han iniciado. Ninguna opinión consultiva fue presentada por parte de los órganos jurisdiccionales internos de los dos países más grandes del Mercosur: Brasil y Argentina.<sup>587</sup>

La falta de activismo por parte de los jueces nacionales para presentar al TPR casos que le permitirían desarrollar doctrinas jurisprudenciales pro-integracionistas queda evidente. Sin la ayuda de los jueces nacionales se dificulta la contribución del “juez” del Mercosur al desarrollo de la integración regional. La integración judicial y la descentralización de la aplicación del Derecho de la integración tal como existe en la UE, por el momento es difícil de lograr en el ámbito del Mercosur. Los jueces de este bloque regional se niegan a ser jueces comunes del Derecho del Mercosur y cómplices de los órganos de solución de controversias de la organización en el desarrollo de los principios jurídicos impulsores de la integración regional. Los jueces nacionales permanecen nacionales y no se vuelven comunitarios. Son jueces de sus gobiernos

---

<sup>586</sup> Como ya fue expuesto antes el juez europeo y los jueces nacionales mantienen una relación compleja de subordinación y complementación.

<sup>587</sup> Opinión Consultiva N° 01/2009: Opinión Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión. "Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° Turno - Autos: Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto." República Oriental del Uruguay; Opinión Consultiva N° 01/2008: Opinión Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en la 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 "Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos".; Opinión Consultiva N° 01/2007: Opinión Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en la petición de Opinión Consultiva presentada por la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, Magistrada María Angélica Calvo, en los autos caratulados “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”, vía la Excm. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, recibida por este Tribunal en fecha 21 de diciembre de 2006, disponible en [http://www.mercosur.org.uy/t\\_generic.jsp?contentid=377&site=1&channel=secretaria&seccion=6](http://www.mercosur.org.uy/t_generic.jsp?contentid=377&site=1&channel=secretaria&seccion=6)



nacionales y no de la Comunidad, defienden su soberanía nacional y jurisdiccional y no el interés común de todos los pueblos “integrados” en el Mercosur.

A esta falta de participación activa de los jueces nacionales en el proceso de integración regional en el Mercosur se suma la falta de interés y de participación de la ciudadanía de los pueblos miembros del Mercosur. Como ya fue expuesto anteriormente respecto al TJCA y el TJUE la interacción entre el juez de la integración y la ciudadanía “integrada” tiene implicaciones de suma importancia para la apreciación del papel que desempeña el juez en relación con el desarrollo de la integración regional. Las personas jurídicas y privadas son los últimos destinatarios de las normas comunitarias, por lo tanto, para defender los derechos y/u obligaciones que éstas les confieren, los ciudadanos de los países miembros se convierten en guardianes de primer grado de la correcta aplicación e interpretación del Derecho comunitario por parte de sus Estados nacionales. A través de sus acciones ante los jueces nacionales y los jueces comunitarios los litigantes privados en la UE llevaron al TJUE los casos mediante los cuales éste estableció los principios fundadores de la integración jurídica en el orden comunitario. Como ya fue expuesto antes los particulares se convirtieron en interlocutores importantes del juez comunitario en su labor jurisprudencial pro-integracionista. La defensa de los intereses de los ciudadanos de la UE fue uno de los *light-motive* en la jurisprudencia integradora y constitucionalizadora del orden jurídico comunitario que el TJUE desarrolló mediante sus sentencias activistas.

La interacción entre el “juez” del Mercosur y los particulares es obstaculizada por las dos características fundamentales de esta integración regional: su intergubernamentalidad y la ausencia de Derecho comunitario (dotado de preeminencia y efecto directo en relación con los Derechos nacionales de los Estados miembros). Como ya fue expuesto anteriormente, los destinatarios de la normativa Mercosur son ante todo los Estados miembros y no sus ciudadanos. El sistema jurídico del Mercosur no es un sistema comunitario sino un sistema mucho más sometido a las reglas clásicas del Derecho internacional público, en el que la eficacia de los Tratados internacionales es regulada por las Constituciones nacionales de los Estados contrayentes. La manera en la que los Tribunales nacionales aplican los Tratados internacionales (teoría monista y dualista) así como la posibilidad por los particulares de

invocar sus disposiciones en el orden interno (efecto directo) dependen de las normas (constitucionales) internas de cada país.<sup>588</sup>

Estas características se inscriben en la noción más general de deficit jurídico-institucional debido a la intergubernamentalidad del Mercosur. Estas deficiencias explican en parte las dificultades para crear una identidad colectiva, o una Comunidad de ciudadanos del Mercosur que participa y es representada en el proceso de integración regional. Como lo afirma Malamud<sup>589</sup> en general la participación de los ciudadanos en el Mercosur no ha sido un punto fuerte de esta organización: los ciudadanos no tienen derecho de voto a nivel regional, sólo los Estados pueden acceder al mecanismo de solución de controversias y no existe un órgano con capacidad decisional al que los ciudadanos pueden acudir para presentar sus iniciativas. Los Foros colectivos tales como el Foro consultativo económico y social (FCES) y Mercociudades no tiene poder real y no son directamente accesibles para los ciudadanos. De la misma manera la representación democrática en el Mercosur es débil o no existente: mientras que desde su creación el Parlamento de la UE representa “los pueblos de la UE”, el Parlamento del Mercosur (Parlasur) no representa los ciudadanos sino los Parlamentos nacionales. Al mismo tiempo el aumento de los intercambios transfronterizos no fue acompañado por el tratamiento preferencial de los ciudadanos de los países miembros en comparación con los de los países fuera de la región del Mercosur. La bandera del Mercosur y sus símbolos asociados no están utilizados fuera del area diplomática estrictamente local. Todos estos factores dificultan la emergencia de una “identidad colectiva” de la “sociedad civil”<sup>590</sup> del Mercosur.

En este sentido, como fue señalado anteriormente la colaboración de la Sociedad civil con el desarrollo de una integración regional es un factor que influencia de manera determinante el actuar de su juez. Para poder contribuir en forma activa a la profundización de la integración regional, un juez necesita asegurarse de la existencia

---

<sup>588</sup> Fontes, Max., *op. cit.* nota 575, p. 9

<sup>589</sup> Malamud, Andrés, *op. cit.*, nota 550, pp. 427-428

<sup>590</sup> “(...) la sociedad civil no es un actor colectivo y homogéneo (...) es un conjunto heterogéneo de múltiples actores sociales, con frecuencia opuestos entre sí, que actúan en diferentes espacios públicos y que, vía de regla, tienen sus propios medios de articulación con los sistema político y económico. Eso quiere decir que la sociedad civil está entrecruzada por múltiples conflictos y que ella es, en todo caso, una ´arena de arenas y no un territorio de la convivencia pacífica y no conflictuosa” ( Alberto J. Olvera. *Sociedad civil, gobernabilidad y democratizacion en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2003)

de un imprescindible apoyo social al proceso de integración, “apoyo que sólo puede conseguirse avanzando, en la realización de aquellos objetivos políticos y económicos con que se identifican los distintos segmentos de la población”.<sup>591</sup> En efecto como lo afirma Martínez Puñal<sup>592</sup> “un factor importante en un proceso de integración es que éste no sea sólo un proyecto gubernamental o un proyecto empresarial sino que la sociedad lo perciba en su conjunto como una palanca para mejorar las condiciones de consolidación de la democracia, de transformación económica y de inserción competitiva en los mercados mundiales, para lo cual, en general y en el caso concreto del MERCOSUR, resultará fundamental garantizar una movilización de la sociedad en función del acuerdo mediante la participación cada vez mayor de los sectores políticos, laborales, empresariales y académicos.”<sup>593</sup> La falta de aceptación social del proyecto de integración no permite que se establezca una retroalimentación (feedback) entre el “juez” del Mercosur y la “ciudadanía” de los Estados miembros de la integración en un sentido pro-integracionista. Sin una demanda social de desarrollo de la integración regional en el Mercosur, su órgano de solución de controversias no puede impulsarlo unilateralmente.

En conclusión podemos considerar que la falta de acceso de los ciudadanos a la justicia del Mercosur y en general, la ausencia de una aceptación social significativa del proceso de integración, obstaculiza la actividad judicial, y por ende el activismo judicial de los órganos de solución de controversias de la organización. El activismo judicial que caracteriza la integración en la UE no puede darse en el estado actual de la integración en el Mercosur. La inexistencia de una jurisdicción supranacional fuerte e independiente

---

<sup>591</sup> Martínez Puñal, Antonio, *op. cit.*, nota 377, p. 81

<sup>592</sup> *Idem*

<sup>593</sup> En el mismo sentido Peña (citado en Martínez Puñal, Antonio, *op. cit.*, nota 379, p. 129) subraya que: “E neste ponto creio que o tema da perspectiva começa a expandir-se. Já não se trata de uma única perspectiva nacional, nem estadual, nem do investidor; o Mercosul (como a CEE, o Grupo Andino ou qualquer projeto de integração económica de alta densidade política) possui vitalidade na medida em que diferentes protagonistas dos diferentes países o relacionem com as palavras-chave que dizem respeito a seus interesses vitais. Por exemplo, o político verá o Mercosul relacionado com as palavras “paz”, “democracia”, “poder de negociação”; o consumidor deveria vê-lo em termos de “preços baixos”, “alta qualidade”. Se o Mercosul não atingir o supermercado, o consumidor, que por sua vez é cidadão, não verá relação entre o acordo e “sua” agenda de problemas críticos. O investidor, se for de um país relativamente menor, perceberá no Mercosul a ideia de mercado (Mercosul = Mercado). Se é investidor de um país relativamente maior e que está fazendo um esforço de competitividade, provavelmente perceberá nele a possibilidade de abastecimento de recursos naturais, de insumos básicos e de recursos humanos. Para um trabalhador que esteja trabalhando, ou não e queira trabalhar, o Mercosul terá que significar mais emprego (“investimento = emprego”), caso contrário, não vai entendê-lo. O cidadão que, por sua vez, é trabalhador, investidor, poupador, consumidor, *tax payer*, terá que percebê-lo como sinónimo de futuro, esperança, progresso”

de los Estados miembros del bloque regional impide la jurisdiccionalización del proceso y la aparición de una integración judicial por el Derecho a la imagen de la que tuvo lugar en la UE. Los Estados miembros y sus intereses nacionales son los únicos motores de la integración intergubernamental en el Mercosur, por lo tanto el impulso a la profundización de la integración regional puede provenir sólo de ellos.<sup>594</sup> Mientras ellos no decidan remediar al déficit jurídico-institucional que afecta el Mercosur los órganos de solución de controversias permanecerán actores secundarios en la integración, sujetos a la tutela de sus fuerzas intergubernamentales.

Por lo tanto, en el estado actual de la integración regional Mercosur no se puede aplicar el modelo de un Tribunal supranacional promotor del proceso de integración, similar al papel que desempeñó TJUE en el ámbito de la UE.

## **ANEXO: EL MÉCANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN) Y SU IMPORTANCIA PARA EL DESARROLLO DEL SISTEMA REGIONAL**

El tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN) entró en vigor el primero de enero de 1994 entre los Estados Unidos, México y Canadá.<sup>595</sup> La zona regulada por dicho acuerdo se ha convertido en el mercado más vasto del mundo, representando 30,27% del “*world gross domestic product*” (GDP) en 2007.

El TLCAN es caracterizado por la asimetría entre sus dos miembros económicamente muy desarrollados (EEUU y Canadá) y el tercer miembro cuya economía permanece en vía de desarrollo (México, que obtuvo un producto interior bruto de apenas 9 104 dólares per capita en 2006)<sup>596</sup>. No obstante esta asimetría entre sus miembros el TLCAN propicia la creación de beneficios económicos importantes

---

<sup>594</sup> Malamud, Andrés, *op. cit.*, nota 550, p. 434

<sup>595</sup> El TLC fue firmado por los tres países el 17 de diciembre de 1992. En 1993 el TLC fue aprobado por las Asambleas de Canadá, México y Estados Unidos.

<sup>596</sup> Las cifras son tomadas del “Regional Integration Knowledge System (RIKS) of the United Nations University-Comparative Regional Integration Studies (UNI-Cris), [www.cris.unu.edu/riks/web](http://www.cris.unu.edu/riks/web)

para el desarrollo del comercio y de las inversiones a nivel intraregional.<sup>597</sup> En efecto, el comercio intrazona en el ámbito del TLCAN aumentó significativamente desde 1994 y contribuyó a la emergencia de una división supranacional del trabajo. En consecuencia aproximadamente el 50% de las exportaciones de los países miembros del TLCAN permanecen en la región, lo que contribuye también al aumento del número de las inversiones intraregionales.<sup>598</sup>

A pesar de la indudable importancia económica del TLCAN es difícil considerar que este último establece una integración regional desde el punto de vista del Derecho internacional económico. En efecto, el sistema jurídico y político del TLCAN se distingue sustancialmente de las otras tres integraciones regionales examinadas en el presente trabajo. Las diferencias pueden ser resaltadas a simple vista desde las denominaciones de los proyectos regionales en cuestión.<sup>599</sup> El Mercosur es un “*mercado común del Sur*”, a pesar de que en los hechos sigue siendo una unión aduanera imperfecta.<sup>600</sup> La CAN pretende ser una “*comunidad andina de las naciones*”, a pesar de los factores de disyunción presentes en su esquema integracionista.<sup>601</sup> La UE es sin duda una “*Unión europea*”. A comparación el TLCAN es el “*tratado de libre comercio de América del Norte*”. Cabe señalar que en los términos ingleses NAFTA es el “*North American Free Trade Agreement*” es decir un acuerdo (*agreement*) y no un tratado (*treaty*) de libre comercio. El objetivo principal del TLCAN es el establecimiento de una simple zona de libre comercio<sup>602</sup> vigente en los territorios respectivos de sus países miembros. El

---

<sup>597</sup> Así por ejemplo el bajo nivel de salarios en México combinado con la abolición de las tarifas comerciales para la entrada de los productos mexicanos en el territorio de los Estados Unidos fomentó la deslocalización de ciertos factores de trabajo y producción de los Estados Unidos hacia México. (Chase, Kerry A., Economic Interests and Regional Trade Agreements: The Case of NAFTA, *International Organization*, Vol. 57, Num. 1, pp. 137-174)

<sup>598</sup> Estadísticas comerciales internacionales, OMC, 2008, [www.wto.org/english/res\\_e/statis\\_e/its2008\\_e/its2008\\_world\\_trade\\_dev\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2008_e/its2008_world_trade_dev_e.pdf)

<sup>599</sup> Vignoles, Christopher, *The MERCOSUR Dispute Settlement System: A Possible Model for NAFTA*, university of San Diego 2000, p. 8

<sup>600</sup> Cfr. Infra

<sup>601</sup> Cfr. Infra

<sup>602</sup> Se denomina “zona de libre comercio”, ya que sus reglas definen cómo y cuándo se eliminarán las barreras arancelarias para conseguir el libre acceso de los productos y servicios entre los tres países participantes; esto es, cómo y cuándo se eliminarán los permisos, las cuotas y las licencias, y particularmente las tarifas y aranceles, siendo también importante velar por el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual. En este sentido también cabe señalar que el TLC se basa en principios fundamentales de transparencia, tratamiento nacional y de tratamiento como nación más favorecida, todo ello representa un compromiso firme para la facilidad del movimiento de los bienes y servicios a través de las fronteras, ofrecer la protección y vigilancia adecuadas que garanticen el cumplimiento efectivo de los derechos de propiedad intelectual; adoptar los procedimientos internos efectivos que permitan la

enfoque de “integración” escogido es el mismo que el del GATT (*General Agreement of Trade and Tariffs*) en el sistema de la OMC: la promoción del comercio regional a través de la reducción y eliminación progresiva de todos los obstáculos a la liberalización comercial. Este esquema de regionalización no necesita el establecimiento de instituciones u órganos supranacionales. Lo único que un tal acuerdo de libre comercio exige es que los gobiernos nacionales y sus órganos internos respeten los principios directores a los que se comprometen a nivel regional. Por lo tanto la estructura institucional del TLCAN es simple y de claro carácter intergubernamental.<sup>603</sup>

Tomando en cuenta estas características específicas del TLCAN podemos estimar que el sistema que dicho acuerdo promueve se distingue fundamentalmente de las integraciones regionales en la UE, el Mercosur y la CAN. Las diferencias son más notables cuando se le compara con la integración regional más desarrollada y exitosa del mundo: la UE. Las diferencias entre los dos modelos de regionalización son múltiples<sup>604</sup> y significativas.<sup>605</sup>

---

aplicación e implementación del Tratado, establecer una regla de interpretación que exija la aplicación del TLC entre sus miembros según los principios del Derecho Internacional.

<sup>603</sup> El principal órgano establecido por el acuerdo para supervisar la toma de decisiones conjuntas es la Comisión de Libre Comercio, formada por representantes de los gobiernos nacionales de los Estados miembros (en particular del Ministerio canadiense de comercio internacional, de la Agencia estadounidense del comercio y de la Secretaría mexicana del comercio y desarrollo industrial). Según los capítulos 18 y 20 del TLCAN la misión exclusiva de la Comisión es de supervisar la observancia del acuerdo por parte de los Estados miembros. Para cumplir con esta misión la Comisión es asistida por más de 30 Comités, Grupos de Trabajo y otros órganos subsidiarios. La Secretaría del TLCAN también asiste la Comisión en el cumplimiento de sus misiones. La Secretaría del TLCAN cuenta con representaciones nacionales en cada país miembro y es responsable de la gestión de los aspectos institucionales del acuerdo, en particular los relacionados con el mecanismo de solución de controversias. (Trakman, Leon E., *Dispute Settlement Under Nafta: Manual and Sourcebook*, New York: Transnational Publishers, 1997, pp. 7-9)

<sup>604</sup> para más detalles sobre las diferencias entre los sistemas regionales de la UE y del TLCAN ver Abbott, Frederick M., *Integration Without Institutions: The NAFTA Mutation of the EC Model and the Future of the GATT Regime*, *American Journal of Comparative Law*, Num. 40, 1992, p. 917; Foundation-Building for Western Hemispheric Integration, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Num. 17, 1997, p. 900

<sup>605</sup> En primer lugar, la UE constituye un mercado común y una unión monetaria y financiera que cuenta con la eliminación de los obstáculos a las cuatro libertades de circulación (libre circulación de mercancías, de servicios, de trabajadores y de capitales). En cambio, el TLCAN establece una simple zona de libre comercio entre sus países miembros exceptuando el establecimiento de un arancel externo común para los productos provenientes de países terceros, lo que impide el desarrollo de una política comercial común. Además en el ámbito del TLCAN se promueve el libre movimiento de servicios, capital y personas sólo en algunos casos muy limitados. En segundo lugar, la UE es basada en el concepto de transferencia de soberanía, propio a los sistemas federales, con atribución de poderes a órganos intergubernamentales y supranacionales: el Consejo, la Comisión y el TJUE. En cambio, el TLCAN es un sistema basado en la idea de “confederación” entre Estados soberanos independientes que conservan casi-total autonomía en sus procesos internos de toma de decisiones, bajo el respeto de los compromisos internacionales asumidos en virtud de dicho acuerdo. En segundo lugar, como fue expuesto anteriormente, el TJUE consideró los Tratados constitutivos de la UE como normas “constitucionales” y se auto-proclamó su guardián supremo. En contraste, el TLCAN no pretende servir de “constitución” para sus Estados miembros y sus disposiciones, tal como interpretadas por los órganos de resolución de conflictos, no tienen como objetivo limitar o

Dichas diferencias parecen justificar la exclusión de toda comparación entre el TLCAN, la UE, la CAN o el Mercosur. No obstante, la importancia económica fáctica del proyecto regional del TLCAN lo acerca de los logros obtenidos por los demás procesos de integración regional examinados. Como lo afirma O'Keefe<sup>606</sup> la importancia económica lograda por los distintos bloques regionales les vuelve más parecidos que divergentes.

Para los propósitos limitados del presente trabajo nos parece importante analizar la posible contribución del mecanismo de solución de controversias del TLCAN al desarrollo del sistema regional establecido por el Tratado. El análisis se situará en una perspectiva comparada con la aportación del TJUE a la profundización de la integración en la UE.

A diferencia de los Tratados comunitarios de la UE que establecen un sistema unitario para la resolución de los conflictos resultantes de su interpretación o aplicación, el sistema del TLCAN prevé varios mecanismos distintos para el arreglo de diferencias relacionadas con las normas contenidas en dicho acuerdo.

En efecto, en el TLCAN se han previsto tres sistemas para la solución de controversias: el sistema general (capítulo XX del Tratado), aplicable a todas las controversias entre las partes relativas a la aplicación o interpretación del Tratado, el sistema particular para el arreglo de diferencias en materia de antidumping (Capítulo

---

redistribuir las competencias internas de los miembros. En tercer lugar mientras que en el ámbito de la UE existe Derecho derivado o legislación secundaria ( formada por las directivas, decisiones o reglamentos de las instituciones comunitarias), las instituciones establecidas por el TLCAN no son habilitadas para adoptar normas jurídicas derivadas. En general no existe ninguna competencia legislativa general en favor de los órganos de dicho acuerdo. Finalmente también cabe señalar que, gracias a las doctrinas jurisprudenciales pro-integracionistas del TJUE el Derecho comunitario europeo goza de primacía y efecto directo en el orden jurídico interno de los Estados miembros. En el caso del TLCAN, la existencia o no de primacía de las disposiciones del acuerdo es decidida por los Derechos internos de cada país miembro respectivamente. En cuanto el efecto directo de las normas jurídicas establecidas por dicho acuerdo regional, cabe resaltar que el Derecho proveniente del TLCAN es en teoría susceptible de aplicarse inmediatamente en el orden jurídico interno de los países miembros creando derechos subjetivos y/u obligaciones en el patrimonio jurídico de sus ciudadanos. No obstante dicho efecto directo fue categóricamente negado por varias decisiones internas de los países miembros, en particular por las Cortes nacionales de los Estados Unidos.

<sup>606</sup> O'Keefe, Thomas A., Potential Conflict in Areas in any Future Negotiations Between MERCOSUR and the NAFTA to Create a Free Trade Area in the Americas, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, num. 14, 1997, p. 305

XIX) y cuotas compensatorias y el mecanismo específico (capítulo XI), relativo a la solución de controversias sobre inversiones.<sup>607</sup>

El recurso a un Tribunal arbitral ad hoc (panel) es presente en cada uno de estos mecanismos, caracterizándose con algunos rasgos específicos, propios a la materia litigiosa en cuestión.

El procedimiento dispuesto en el sistema general de solución de controversias en el marco del TLCAN está integrado por tres etapas: consultas, intervención de la Comisión de Libre Comercio e intervención de Paneles Arbitrales. Para iniciar cada una de ellas se debe presentar la reclamación ante la respectiva Sección Nacional del Secretariado y comunicarlo a las otras partes. Asimismo, las terceras partes que consideren tener un interés sustancial en el asunto, se encuentran legitimadas para participar en las diferentes etapas. Ante una medida adoptada o en proyecto o ante cualquier asunto que pudiere afectar el funcionamiento del Tratado, cualquiera de las partes que así lo considere, puede solicitar a la otras la realización de consultas a fin de alcanzar una solución mutuamente satisfactoria. Si mediante las consultas no se arribare a una solución, cualquiera de las partes puede solicitar que se reúna la Comisión de Libre Comercio, la que deberá buscar, sin demora, la solución de la controversia.<sup>608</sup> Si no se alcanza una solución dentro de los plazos establecidos, cualquiera de las partes puede solicitar a la Comisión la conformación de un Panel Arbitral de cinco miembros, a partir de una lista de hasta treinta personas. La misión del Panel Arbitral será examinar, a la luz de las disposiciones del Tratado, el asunto sometido en los términos de la solicitud presentada para la reunión de la Comisión, y

---

<sup>607</sup> para más detalles sobre el sistema de solución de controversias del TLCAN véase Trakman, Leon E., *op. cit.*, nota 603, p. 30 ss.

<sup>608</sup> La Comisión está facultada para convocar a asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios; recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación u otros procedimientos de solución de controversias y formular recomendaciones. Los miembros de la lista son elegidos por consenso, por períodos de tres años, pudiendo ser reelectos. Deben tener conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional u otros asuntos del Tratado o en la solución de controversias de acuerdos comerciales internacionales. Deben ser independientes, no estar vinculados a las partes, ni haber intervenido como asesores o expertos, convocados por la Comisión en la etapa anterior. El procedimiento se basa en las Reglas Modelo establecidas por la Comisión y garantiza, como mínimo, una audiencia ante el Panel como oportunidad para presentar alegatos y réplicas y la confidencialidad de las audiencias, del informe preliminar, de las comunicaciones y de los escritos.



emitir conclusiones, determinaciones y recomendaciones.<sup>609</sup> El informe del Panel contendrá las conclusiones, determinando si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con el Tratado o es causa de su anulación o menoscabo. Dentro de los treinta días de presentado el informe preliminar, el Panel presentará el informe final. En ninguno de los dos informes se identificarán los árbitros que votaron con la mayoría o la minoría. Si el Panel resolvió que la medida es incompatible con el Tratado, causa su anulación o menoscabo y no se llega a un acuerdo entre las partes, la reclamante tiene derecho a suspender la aplicación de beneficios equivalentes a la parte contra la cual reclamó.<sup>610</sup>

El otro sistema de solución de controversias previsto en el NAFTA se encuentra referido a la revisión de resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias, que se aplican a las mercancías que la autoridad investigadora competente de la parte importadora decida. Según el artículo XIX del TLCAN<sup>611</sup>, cada una de las partes se reserva el derecho, bajo determinados requisitos y condiciones expresamente establecidos en el Tratado, de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia antidumping y cuotas compensatorias a los bienes que se importen de cualquiera de las otras Partes y de cambiar o reformar sus disposiciones jurídicas en estas materias. El Tratado establece una serie de asuntos para los cuales se dispone expresamente la revisión por medio de un panel o comité, no pudiendo someterse a ningún otro procedimiento de solución de controversias. Para la conformación del panel, las partes elaborarán una lista de candidatos quienes deben ser nacionales de Estados Unidos, Canadá o México, de gran prestigio, confiables y buenos conocedores del Derecho comercial internacional. Los paneles se integran con cinco miembros, elegidos dos por cada parte y el quinto de común acuerdo. Cada miembro del panel debe firmar

---

<sup>609</sup> . El Panel puede recabar información y asesoría técnica de personas o grupos que estime conveniente, así como pedir informe escrito a un comité de revisión científica sobre cuestiones de hecho en materias de medio ambiente, salud, seguridad u otros asuntos científicos. Las partes pueden formular observaciones a las opiniones del comité.

<sup>610</sup> Primero procurará suspender beneficios del mismo sector o sectores afectados por la medida y, si ello no es factible, podrá suspender beneficios en otros sectores. A pedido de cualquiera de las partes, la Comisión puede evaluar si es manifiestamente excesivo el nivel de beneficios suspendidos, para lo cual instalará un panel que debe presentar, dentro de los sesenta días de su integración, las conclusiones.

<sup>611</sup> El artículo XIX del TLCAN crea una versión regional del sistema de solución de controversias en materia de antidumping previsto en los acuerdos de la OMC, en particular en el acuerdo sobre antidumping. En el marco de este acuerdo un Estado miembro de la OMC puede solicitar la constitución de un panel arbitral ad hoc para examinar la conformidad de las medidas internas de otro Estado miembro en materia de antidumping con los compromisos asumidos en virtud de las normas antidumping de la OMC.

un compromiso de confidencialidad respecto de la información que recibe de los países. El fallo, escrito y motivado, será presentado junto con las opiniones disidentes o coincidentes. Las decisiones se adoptan por mayoría.

El último mecanismo previsto en el TLCAN es el establecido en el Capítulo XI para la resolución de controversias en materia de inversiones.<sup>612</sup> El Capítulo XI se divide en dos secciones, la A y la B. La sección A se refiere a la inversión en el territorio de las partes del Tratado, su ámbito, el nivel mínimo de trato a otorgarse a los inversionistas de una parte, que no podrá ser menos favorable que el otorgado a los nacionales del país de que se trate en circunstancias similares, así como la aplicación de la Cláusula de Nación Más Favorecida. La sección B del Capítulo XI del TLCAN responde a la búsqueda por parte de los inversionistas de las mejores condiciones de seguridad, certeza jurídica y rendimientos. Se pretende con el Capítulo XI, ofrecer un clima más atractivo a las inversiones extranjeras en México, de ahí la creación de un mecanismo arbitral especial para prevenir y resolver las controversias que pudieren surgir cuando un inversionista considere que se le está vulnerando algún derecho. Dicho mecanismo se encuentra en la sección B del Capítulo XI. El mecanismo busca asegurar un trato igual entre inversionistas de las partes del tratado, de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional y de debido proceso legal ante un tribunal imparcial. El sistema que se utilizará para resolver las controversias es, como señalamos, el arbitraje, pero primero deberá acudirse a las consultas y a la negociación. El arbitraje del Capítulo XI del TLCAN se puede llevar a cabo conforme a alguno de los siguientes reglamentos de arbitraje: El convenio del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), siempre y cuando tanto la parte contendiente como la parte del inversionista sean Estados parte del mismo; Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la parte contendiente o la parte del inversionista, pero no ambas, sean parte del CIADI; Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o UNCITRAL. El tribunal arbitral se integra por tres

---

<sup>612</sup> Cabe señalar que dicho mecanismo se inspira del modelo de solución de controversias en materia de inversiones presente en los Tratados bilaterales de inversión (TBI o BIT en inglés). En el contenido de estos tratados, por lo general se incluye una cláusula relativa a la resolución de conflictos entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de su(s) inversión(es) que prevé el recurso a un Tribunal arbitral internacional. Las instancias arbitrales escogidas con más frecuencias son las constituidas bajo las auspicias del Reglamento de arbitraje del CIADI (ICSID) para los Estados miembros de la Convención de Washington de 1965 o del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL).

árbitros, cada parte a la controversia podrá nombrar uno y el tercero, presidente del tribunal, será designado de común acuerdo de las partes. En caso de que una de las partes no designen al arbitro que les corresponde o cuando las partes contendientes no se pongan de acuerdo en el nombramiento del presidente corresponde al secretario general del CIADI su nombramiento. Salvo que las partes acuerden otra cosa, el procedimiento arbitral se lleva a cabo en el territorio de un Estado parte que sea parte de la Convención de Nueva York, determinado de conformidad con las reglas que rijan el arbitraje en particular. Esto se contempló con la intención de evitar que el procedimiento se desahogase en jurisdicciones ajenas a la región. En cuanto al derecho aplicable a la controversia, el tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con el texto del TLCAN y con las disposiciones aplicables del Derecho internacional. En lo que se refiere al laudo arbitral, éste es obligatorio y puede considerar el pago de daños pecuniarios más los intereses correspondientes, inclusive en el caso de la restitución de la propiedad. Cabe destacar que el tribunal arbitral sólo podrá otorgar daños pecuniarios e intereses debidos, en ciertos casos la restitución de la propiedad al inversionista, quedando vedada la posibilidad de condenar al pago de intereses punitivos.

Cabe señalar que el procedimiento general previsto en el artículo XX es muy poco utilizado en la práctica contenciosa del TLCAN. En cambio, tanto el artículo XI como el artículo XIX del acuerdo son frecuentemente invocados por los litigantes, en particular por parte de los inversionistas extranjeros con el objetivo de obtener la protección que les reconocen las normas regionales.

Como lo afirma Hansen<sup>613</sup>, la experiencia del TLCAN demuestra que los litigantes privados a menudo critican y contestan las medidas internas adoptadas por los Estados miembros en materia de inversiones. El número de casos llevados ante los paneles del TLCAN por parte de inversionistas extranjeros es claramente mayor al número de acciones iniciadas por los gobiernos nacionales. Además, a pesar de que en los principios de funcionamiento del mecanismo se consideraba que las reglas del Capítulo XI eran adoptadas especialmente para México, posteriormente dichas normas

---

<sup>613</sup> Hansen, Patricia I., *Dispute Settlement in the NAFTA and Beyond*, *Texas Journal of International Law* 2005, vol. 40, p. 420

también fueron utilizadas contra los Estados Unidos y Canadá. De 1994 a 2004, fueron iniciados 23 procedimientos arbitrales en total: 10 contra los Estados Unidos, 9 contra México y 4 contra Canadá.<sup>614</sup> Dichos procedimientos llevaron a un laudo arbitral definitivo en sólo 9 casos, 5 de los cuales fueron en favor y 4 en contra de la demanda presentada por los inversionistas.<sup>615</sup>

También cabe recordar que los procedimientos arbitrales previstos en el TLCAN son objeto de varias críticas por parte de los actores que intervienen en ellos y por parte de la doctrina. Así por ejemplo, como lo señala Vignoles<sup>616</sup>, tanto los árbitros como las partes a un conflicto denuncian los límites temporales dentro de los cuales los laudos arbitrales deben ser adoptados. En efecto, los límites fijados por el TLCAN son considerados excesivos.<sup>617</sup> Otra crítica generalmente invocada respecto a los procedimientos arbitrales contenciosos previstos en el TLCAN se refiere a su carácter descentralizado. Según varios autores la existencia de múltiples procedimientos para la resolución de controversias en el marco del TLCAN limita la jurisdicción de los órganos arbitrales y por ende afecta su autoridad y credibilidad.<sup>618</sup> Finalmente varios autores<sup>619</sup> también critican la composición de los Tribunales arbitrales constituidos conforme con las reglas del TLCAN, que según ellos pueden provocar conflictos de intereses en algunas instancias.<sup>620</sup>

---

<sup>614</sup> Para una lista exhaustiva de dichos casos ver US Department of State, NAFTA Investor-State Arbitrations, [www.state.gov/s/l/c3439.htm](http://www.state.gov/s/l/c3439.htm)

<sup>615</sup> [www.state.gov/s/l/c3439.htm](http://www.state.gov/s/l/c3439.htm).

<sup>616</sup> Vignoles, Christopher, *op. cit.*, nota 599, p. 13

<sup>617</sup> En particular los tiempos previstos en el Capítulo XIX para que el Tribunal arbitral se pronuncie son considerados excesivos. El artículo 1904 TLCAN fija como tiempo máximo para la adopción de los laudos 315 días. No obstante dicho periodo no ha sido respetado en la mayoría de los casos. Así por ejemplo en más de 80% de los casos en los que México ha participado desde 1997 han sido pospuestos o suspendidos lo que ocasionó la violación del lapso de 315 días. Un ejemplo de este exceso temporal puede ser encontrado en el laudo arbitral adoptado en la controversia sobre *Flat Coated Steel Products* que oponía México y Estados Unidos. Dicho laudo fue adoptado 1 año después de la expiación del límite de 315 días fijado en el capítulo XIX TLCAN. (Vega Canovas, Gustavo, *Disciplining Anti-Dumping in North America: Is NAFTA Chapter Nineteen Serving Its Purpose*, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1997, num. 14, p. 479).

<sup>618</sup> En este sentido cabe recordar que el sistema de solución de controversias del TLCAN es fragmentado en cuatro distintos capítulos, algunos de los cuales, en particular el del capítulo 20 conducen a la adopción de decisiones no-obligatorias y no-ejecutorias. Las distintas reglas procedimentales y la falta de autoridad de algunas de las sentencias limitan la credibilidad general del sistema de arreglo de diferencias. En consecuencia, muchos litigantes prefieren resolver las controversias relativas a la interpretación o aplicación del TLCAN en otros foros, especialmente en el de la OMC.

<sup>619</sup> Vega Canovas, Gonzalo, *op. cit.*, nota 619, p. 491

<sup>620</sup> Así por ejemplo, el Capítulo XIX prevé que el panel debe ser compuesto por 5 personas, 2 designados por cada parte al conflicto y el último señalado por el común acuerdo de los 4 árbitros ya nombrados. Si los cuatro árbitros no

Independientemente de las críticas enfocadas a las características formales de los procedimientos arbitrales establecidos por el TLCAN, cabe señalar que el funcionamiento efectivo de dichos mecanismos también es sujeto a críticas, en particular por parte de la doctrina estadounidense. En efecto algunos autores<sup>621</sup> estiman que el sistema de solución de controversias previsto en el Capítulo XI del TLCAN provoca una pérdida de soberanía por parte de los Estados miembros. El principal argumento invocado para demostrar el atentado a la soberanía es de carácter constitucional: los críticos del arbitraje TLCAN estiman que los paneles arbitrales se arrojan competencias reservadas exclusivamente a las instituciones nacionales por la Constitución federal de los Estados Unidos.<sup>622</sup> Además, estos autores constatan que el aumento en el número de demandas privadas presentadas en el marco del Capítulo XI por parte de los inversionistas extranjeros y los gastos relacionados con dichas demandas podrían tener un efecto negativo sobre la adopción de regulaciones en materia económica tanto a nivel nacional como a nivel local.<sup>623</sup>

La existencia de críticas de naturaleza soberanista en relación con los mecanismos de solución de controversias instituidos por el TLCAN es de suma importancia para el análisis de la contribución de dichos mecanismos al desarrollo del regionalismo en esta zona de libre comercio. Como fue expuesto anteriormente en relación con la aportación del TJUE a la consolidación de la integración europea, el activismo judicial de un juez internacional siempre es criticado porque provoca necesariamente una pérdida de soberanía por parte de los Estados miembros de una

---

logran un acuerdo, se procede a una especie de lotería en la que se sortea al árbitro quien podrá designar unilateralmente al miembro faltante del Tribunal. Esta situación sucede muy frecuentemente visto que los árbitros ya designados encuentran grandes dificultades para llegar a un acuerdo unanime sobre el quinto miembro del panel. En particular, tres instancias introducidas ante paneles del TLCAN (*Cement*, *Fresh Flowers* y *Cookware*) fueron abandonadas por completo debido a la desistencia de todos los arbitros por la supuesta existencia de un conflicto de intereses entre ellos. Esto sin duda afecta el nivel de cooperación existente entre los miembros de los paneles y por lo tanto obstaculiza la efectividad de la toma de las decisiones jurisdiccionales.

<sup>621</sup> Alvarez, Guillermo A. y William W. Park, *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*, *Yale Journal of International Law*, num. 28, 2003 p. 375; Drahozal, Christopher, *New Experiences of International Arbitration in the United States*, *American Journal of Comparative Law*, num. 54, 2006, p. 246

<sup>622</sup> En particular se denuncia la competencia de los paneles arbitrales para pronunciarse sobre la compatibilidad de medidas nacionales normativas (por ejemplo en materia de protección del medio ambiente) con las obligaciones de los Estados miembros en virtud del TLCAN. Así por ejemplo, se considera que “gracias al TLCAN se pueden invalidar normas de regulación gubernamentales”. Otros autores van aún más lejos estimando que los paneles “usurpan las competencias regulatorias nacionales”.

<sup>623</sup> En este sentido Hansen (*op. cit.*, nota 613, p. 421) afirma que los gastos de los procedimientos iniciados en el ámbito del Capítulo XI son soportados por los gobiernos nacionales, lo que podría influenciar la voluntad de éstos de adoptar medidas nacionales en las materias reguladas por el TLCAN.

organización regional. La extensión jurisprudencial del campo de aplicación y del alcance del Derecho de una integración implica necesariamente una limitación de las competencias nacionales en favor del ejercicio conjunto de las competencias de la organización de integración. Esta extensión se logra a través del actuar de un órgano jurisdiccional independiente de la voluntad de los Estados miembros y se impone a sus órganos internos. Como fue expuesto en varias ocasiones por parte del TJUE, la transferencia de soberanía por parte de los Estados a una organización de integración permite lograr el cumplimiento de objetivos comunes a todos sus miembros y evitar acciones unilaterales “soberanistas”.

Sabemos que en el caso del TLCAN no existe una verdadera integración regional en favor de la cual los Estados miembros hayan limitado su soberanía. No obstante su mecanismo de solución de controversias es criticado precisamente sobre este último punto: ocasionar una pérdida de soberanía (por parte de los Estados Unidos). Entonces podemos pensar que el actuar de los paneles arbitrales del TLCAN es independiente de la voluntad de sus Estados miembros. Como fue expuesto anteriormente la independencia de un órgano jurisdiccional le permite desarrollar doctrinas activistas, en particular en favor del desarrollo del sistema jurídico en el cual éste se inserta. Por lo tanto no es tan poco probable que a pesar de la especificidad del arbitraje TLCAN, sus árbitros tengan la voluntad de contribuir al desarrollo del regionalismo en esta zona.

En efecto, a pesar de que la función de los Tribunales arbitrales del TLCAN no es comparable con la del TJUE, el TJCA o el arbitraje Mercosur y que el acuerdo en sí no constituye un sistema jurídico de integración regional podemos estimar que a través de su jurisprudencia los paneles contribuyen al desarrollo y a la consolidación de la zona de libre comercio.

Esta contribución se demuestra a través de su jurisprudencia en el marco de los Capítulos XI y XIX del TLCAN. Como fue expuesto anteriormente el Capítulo XX establece un mecanismo de solución de controversias “residual” que fue utilizado únicamente 3 veces en 10 años de vigencia del acuerdo. Por lo tanto, nos centraremos en el análisis de los laudos arbitrales adoptados en materia de inversiones y de derechos anti-dumping. Como lo afirma Krapohl<sup>624</sup> estos dos mecanismos resultaron

---

<sup>624</sup> Krapohl, Sebastián, *op. cit.*, nota 555, p. 10

ser las herramientas más importantes para el desarrollo de una “*judicial integration*” en el ámbito del TLCAN.

En efecto, los mecanismos de solución de controversias de los Capítulos XI y XIX del TLCAN son utilizados por los agentes económicos de manera recurrente. Así en diez años de funcionamiento el mecanismo de solución de controversias del Capítulo XI fue iniciado más de 50 veces.<sup>625</sup> Por su parte el arbitraje instituido por el Capítulo XIX fue utilizado 58 veces.<sup>626</sup> A pesar de que las reglas que gobiernan dichos mecanismos no establecen la *stare decisis* (o uso de los precedentes)<sup>627</sup>, podemos observar que los laudos pronunciados en estos procedimientos establecen una jurisprudencia consistente (o uniformizada) susceptible de contribuir al desarrollo del regionalismo en el ámbito del TLCAN.

Podemos encontrar varios ejemplos de la jurisprudencia arbitral que corroboran la existencia de una jurisprudencia activista adoptada por los Tribunales ad hoc. Así en el ámbito del Capítulo XI, varios Tribunales arbitrales se pronunciaron sobre la existencia de una “expropiación indirecta” (Artículo 1110 del TLCAN). En estos casos, los inversionistas extranjeros presentaron una reclamación ante los órganos arbitrales del TLCAN atacando varias medidas nacionales que consideraban como “equivalentes a una expropiación”.<sup>628</sup> Cabe señalar que cinco laudos arbitrales fueron adoptados sobre esta temática en el marco del Capítulo XI. Así en las sentencias Metalclad Corp. Vs. Estados Unidos<sup>629</sup>, Pope and Talbot vs. Estados Unidos<sup>630</sup>, SD Meyers vs. Canada<sup>631</sup> y Azinian vs. México<sup>632</sup> los Tribunales arbitrales ad hoc establecieron ciertos criterios concordantes que deben ser tomados en cuenta en la apreciación de la

---

<sup>625</sup> [www.state.gov/s/l/c3439.htm](http://www.state.gov/s/l/c3439.htm). No obstante, cabe señalar que estas 50 acciones no fueron llevadas ante un mismo foro, sino que fueron resueltas en foros distintos.

<sup>626</sup> [www.state.gov/s/l/c3439.htm](http://www.state.gov/s/l/c3439.htm).

<sup>627</sup> El Artículo 102 del TLCAN prevé que los laudos anteriores son obligatorios únicamente para las partes en cada caso particular.

<sup>628</sup> Cabe recordar que en el caso de la expropiación indirecta existen medidas tomadas por parte del gobierno nacional que afectan varios elementos de la inversión extranjero (su *usus* o su *fructus*) sin por lo tanto aniquilar el título de propiedad (*abusus*) del inversionista extranjero.

<sup>629</sup> Metalclad Corporation c. México, CIADI, núm. ARB (AF)/97/01 del 30 de agosto del 2000, disponible en [www.economia-snci.gob.mx/sphp\\_pages/importa/sol\\_contro/consultoria/Casos\\_Mexico/Metalclad/Metalclad.htm](http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Metalclad/Metalclad.htm)

<sup>630</sup> Pope and Talbot c. Canada, CNUDMI, 26 de junio de 2000

<sup>631</sup> S.D. Myers c. Canada, CNUDMI, 13 de noviembre de 2000

<sup>632</sup> Azinian c. Mexico, CIADI, ARB (AF)/97/2, 1 de noviembre de 1999

existencia de “expropiación indirecta”.<sup>633</sup> Todos estos factores forman parte de una doctrina jurisprudencial unificada acerca de la determinación de la “expropiación indirecta”. Esta jurisprudencia es sin duda mucho más favorable para los inversionistas que la legislación nacional en materia de inversiones de los países miembros, en particular la de los Estados Unidos.<sup>634</sup> Como ya fue expuesto anteriormente dicha jurisprudencia es criticada por la importante limitación de soberanía que provoca. Los factores establecidos por los Tribunales arbitrales ad hoc en las sentencias examinadas otorgan mayores derechos a los inversionistas para impugnar las políticas y decisiones de los gobiernos nacionales de los Estados miembros del TLCAN.<sup>635</sup>

Podemos estimar que ésto no sería posible en ausencia de tales desarrollos jurisprudenciales de las normas del acuerdo. La jurisprudencia de los paneles ad hoc del Capítulo XI del TLCAN en materia de expropiación indirecta revela la capacidad y voluntad de los miembros de dichos Tribunales para adoptar sentencias activistas, que van más allá de lo expresamente previsto en el acuerdo y que son susceptibles de vulnerar los intereses nacionales de los Estados miembros.<sup>636</sup> Por lo tanto, podemos concluir que el mecanismo de solución de controversias del Capítulo XI juega un papel importante en la evolución de la construcción regional iniciada por el TLCAN. En esta materia los organos arbitrales del TLCAN se atrevieron a establecer principios jurisprudenciales que extendieron el alcance de las normas del acuerdo. A través de sus sentencias activistas, los Tribunales arbitrales ad hoc incrementaron la protección legal de los inversionistas extranjeros contra las medidas de los gobiernos nacionales

---

<sup>633</sup> Estos elementos se refieren en particular a los efectos de la acción gubernamental, la confianza legítima del inversionista, el nivel de interferencia con los derechos de propiedad, la importancia de los daños económicos sufridos, la duración de la afectación y el carácter de la acción gubernamental.

<sup>634</sup> *El Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de Inversionistas contra Estados. Lecciones para los Tratados de Libre Comercio de las Américas*, Public Citizen Organization, Octubre 2005, p. 12 disponible en [www.citizen.org/documents/Lecciones\\_del\\_TLCAN.pdf](http://www.citizen.org/documents/Lecciones_del_TLCAN.pdf)

<sup>635</sup> *Idem*

<sup>636</sup> La jurisprudencia referente a los casos de expropiación indirecta es muy criticada porque: “El mecanismo inversionista-Estado destruye el escudo de inmunidad soberana; Los inversionistas extranjeros utilizarán el sistema inversionista-Estado para exigir indemnización por fallos adversos emitidos por juzgados nacionales; Cuestionamientos crecientes sobre la constitucionalidad de los tribunales inversionista-Estado; Los inversionistas extranjeros pueden presentar casos de “regulaciones expropiatorias” que no están permitidos en la legislación nacional; El costo potencial para los contribuyentes podría ascender a miles de millones de dólares; La amenaza de posibles demandas mediante el sistema inversionista-Estado desalienta políticas de interés público, etc.” (críticas expresadas en *El Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de Inversionistas contra Estados...*, op. cit., nota 636, p. 13). Desde un punto de vista general, la mayor crítica dirigida al arbitraje internacional en materia de inversiones consiste en apuntar que este siempre decide en favor de los inversionistas extranjeros y en contra de los Estados...



que podrían (directa o indirectamente) afectar sus derechos (de propiedad) subjetivos. Esta jurisprudencia “pro-inversionistas” limita de forma sustancial la soberanía de los Estados miembros del TLCAN<sup>637</sup>, pero también tiene implicaciones importantes para el desarrollo del regionalismo en esta zona. Desde un punto de vista general, la multiplicación reciente de las instancias de solución de controversias en materia de inversiones tiene efectos benéficos para la incrementación de los flujos de inversiones a nivel interestatal.<sup>638</sup> Una multiplicación de las inversiones extranjeras en la zona indudablemente crea condiciones favorables para el desarrollo de los flujos comerciales intrazona desde un punto de vista general. El aumento de los flujos comerciales en la zona creada por el TLCAN es un catalizador para el desarrollo de la interdependencia económica entre sus países miembros y por ende podría permitir un mejor desarrollo de la regionalización en su conjunto. Además, este tipo de jurisprudencia es sin duda una ocasión para ganar o mantener la autoridad y credibilidad del mecanismo de solución de controversias del Capítulo XI del TLCAN, así como para atraer más litigantes, sobre todo privados.

De la misma manera en el ámbito del Capítulo XIX del TLCAN los Tribunales arbitrales adoptaron una jurisprudencia activista respecto a la compatibilidad de las medidas nacionales antidumping con las exigencias del acuerdo regional. Como lo afirma Pan<sup>639</sup>, en varios laudos los paneles ad hoc del Capítulo XIX establecieron una “de facto doctrina de consistencia”. En particular, los órganos arbitrales obligaron a la Secretaría del Comercio (Department of Commerce) de los Estados Unidos de aplicar sus políticas antidumping vis-a-vis de las empresas privadas, nacionales de los otros dos miembros del TLCAN, de manera consistente con sus decisiones o medidas anteriores. En efecto, en tres casos distintos<sup>640</sup>, los Tribunales arbitrales constituidos

---

<sup>637</sup> Por esto es tan criticada.

<sup>638</sup> Cabe recordar que el arbitraje internacional en materia de inversiones fue instituido para promover “la seguridad jurídica” de las inversiones extranjeras. La protección jurisdiccional de los derechos de los inversionistas extranjeros contra la “arbitrariedad” en el actuar de la parte estatal a un contrato de inversiones tiene como objetivo principal convertirse en catalizador para los flujos comerciales internacionales, cada vez más favorecidos por la globalización.

<sup>639</sup> Pan, Eric, Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: An Experiment in International Adjudication, *Harvard International Law Journal*, vol. 40, num. 2, 1999, p. 428, citado en Lara Ramos, Luis Roberto, *Proposal for an Arbitration Convention in Matters of Taxation of Member Countries of the NAFTA*, disponible en <http://www.tax-arbitration.com/Lara%20Ramos%20-%20NAFTA.pdf>, p. 36

<sup>640</sup> *Fresh Cut Flowers from Mexico*, Decisión Final del Panel Binacional del Capítulo XIX del TLCAN, USA-94-1904-01; *Oil from Country Tubular Goods from Mexico*, decision final del Panel Binacional del Capítulo XIX del

bajo el Capítulo XIX estimaron que la Secretaría del Comercio de los Estados Unidos debe respetar sus decisiones pasadas en materia de antidumping o derechos compensatorias, a menos de poder presentar una “explicación razonable” de la necesidad de efectuar un cambio en la metodología de justificación de dichas decisiones.<sup>641</sup> La elaboración de este principio jurisprudencial no era de esperarse por dos razones principales: en primer lugar porque, de la misma manera que los del Capítulo XI, los laudos arbitrales del Capítulo XIX del TLCAN no tienen valor de precedente y el hecho de que los litigios deben ser resueltos al caso-por-caso limita la posible emergencia de una jurisprudencia consistente; en segundo lugar porque la ausencia de una lista definitiva de árbitros que podrían ser designados para la resolución de los casos pendientes hace que éstos son decididos por árbitros cada vez distintos.

No obstante estas dificultades, los laudos de los Tribunales ad hoc del Capítulo XIX lograron establecer un nuevo principio jurisprudencial que no era expresamente previsto en la legislación regional. A través del establecimiento de la “doctrina de consistencia” los órganos arbitrales crearon una obligación jurídica a cargo de la Secretaría del Comercio de los Estados Unidos. Es importante notar que la jurisprudencia de los Tribunales arbitrales ad hoc del Capítulo XIX del TLCAN relativa a las medidas tomadas por la Secretaría del Comercio de los Estados Unidos difiere sustancialmente de la forma en la que esta última autoridad es tratada por la Corte del Comercio internacional estadounidense (*U.S. Court of International Trade*). En efecto, a diferencia de dicha jurisdicción, el mecanismo de solución de controversias del TLCAN parece ser más dispuesto a poner en duda las medidas tomadas por esta autoridad, en particular en materia de antidumping.

La obligación de consistencia impuesta a la Secretaría del comercio de los Estados Unidos demuestra sin duda el activismo de un órgano judicial internacional que interpreta y aplica las normas antidumping del TLCAN en favor del buen funcionamiento de su zona de libre comercio, y si necesario en contra de los intereses nacionales de sus Estados miembros. La paulatina construcción del principio jurisprudencial de

---

TLCAN, USA-95-1904-05; *Live Swine from Canada, Leather Wearing Apparel from Mexico*, decisión final del Panel Binacional del Capítulo XIX del TLCAN, USA-94-1904-01.

<sup>641</sup> Pan, Eric, *op. cit.*, nota 639, p. 431

consistencia<sup>642</sup> produjo una clara limitación de la autonomía regulatoria y normativa de un órgano estatal: la Secretaría del Comercio de los Estados Unidos, en nombre de la promoción de los objetivos económicos defendidos por el TLCAN. El Derecho antidumping del TLCAN fue interpretado y aplicado de forma extensiva por su mecanismo de solución de controversias. Las soluciones alcanzadas son susceptibles de influenciar el desarrollo de las normas regionales en esta materia particular y por ende, la consolidación del bloque en su conjunto.

La emergencia de una jurisprudencia consistente y activista en el sistema de resolución de controversias en el TLCAN no se limita a los casos anteriormente analizados. En varios litigios posteriores, los Tribunales ad hoc del acuerdo establecieron principios jurisprudenciales que no estaban previstos en las normas regionales. En primer lugar dos paneles consideraron que el Departamento de Comercio de los Estados Unidos podía determinar libremente qué es la “Mejor información disponible” tratándose del cálculo del precio “normal” de los productos importados.<sup>643</sup> En segundo lugar, dos Tribunales arbitrales ad hoc desarrollaron una doctrina jurisprudencial en virtud de la cual el Departamento de Comercio de los Estados Unidos debía utilizar una metodología fiscalmente neutral en el ajuste de los precios de las exportaciones.<sup>644</sup> En tercer lugar, en relación con su propio papel jurisdiccional, dos paneles estimaron que los Tribunales ad hoc constituidos bajo el Capítulo XIX del TLCAN deben conformarse con los “principios jurídicos generales” aplicables ante las Cortes nacionales de los Estados miembros.<sup>645</sup> Finalmente, cinco

---

<sup>642</sup> En este sentido, cabe señalar que el establecimiento del principio de consistencia fue el resultado de las afirmaciones reiteradas en las tres sentencias previamente citadas. Así, en el laudo respecto a *Live Swine from Canada* el panel ad hoc estimó que la Secretaría de Comercio de los Estados Unidos puede cambiar sus políticas en materia de anti-dumping sólo si este cambio puede justificarse a través de un análisis razonable, lo que no fue el caso en la especie. Posteriormente en el caso relativo a *Fresh Cut Flowers from Mexico* el panel ad hoc reiteró que la Secretaría del Comercio de los Estados Unidos debía aplicar sus medidas antidumping de forma consistente, y, en el caso de cambiar alguno de sus criterios, este cambio debía ser anunciado públicamente. En la especie, el Tribunal consideró que dicha autoridad había contradicho sus políticas preestablecidas. Finalmente, en el litigio de los *Oil Country Tubular Goods from Mexico*, el Tribunal ad hoc se pronunció en los mismos términos acerca de la obligación de consistencia por parte de la Secretaría del Comercio de los Estados Unidos, estimando que en la especie dicha obligación había sido respetada.

<sup>643</sup> *Certain Cut-to-Length Carbon Steel Plate from Canada* (Canada vs. US); *Gray Portland Cement and Clinker from Mexico* (Mexico vs. US).

<sup>644</sup> *Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Products from Canada* (Canada vs. US), *Certain Cut-to-Length Carbon Steel Plate from Canada* (Canada vs. US).

<sup>645</sup> *Oil Tubular Goods from Mexico* (Mexico vs. US); *Certain Softwood Lumber Products from Canada* (Canada vs. US).

paneles consecutivos consideraron que el Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación es el estándar de examen que México debe aplicar a los productos provenientes de los otros dos miembros del TLCAN en materia de control antidumping.<sup>646</sup>

A través de estos laudos los Tribunales arbitrales ad hoc del TLCAN crean Derecho que se materializa en los principios jurisprudenciales resultantes de la aplicación e interpretación de las normas establecidas en el acuerdo. Estos principios jurisprudenciales sin duda favorecen el desarrollo del sistema jurídico del TLCAN. Pero ¿es suficiente ésto para poder afirmar que los Tribunales arbitrales instituidos en el marco del TLCAN contribuyen a la profundización de la integración en esta zona regional?

Podemos estimar que los principios desarrollados por la jurisprudencia de los Tribunales arbitrales ad hoc constituidos en el marco de los Capítulos XI y XIX del TLCAN confirman la capacidad de estos mecanismo de solución de controversias para extender el campo de aplicación de las normas regionales. Las condiciones jurídicas e institucionales desfavorables para el establecimiento de una jurisprudencia consistente y activista no parecen suficientes para explicar el actuar de los mecanismos de resolución de conflictos del TLCAN. A pesar de la ausencia de una verdadera integración regional entre los tres países del TLCAN, a la imagen de la que existe en la UE o de la que se proyecta en la CAN y el Mercosur, el alto nivel de desarrollo económico de dicha zona de libre comercio promueve el activismo judicial de su órgano de solución de controversias.

No obstante, existen varias limitaciones que afectan la capacidad de los órganos de solución de controversias del TLCAN de jugar un papel director en la profundización de la integración en esta región.

Una de estas limitaciones está directamente relacionada con la eficacia de los laudos adoptados por el mecanismo de solución de controversias del TLCAN. Como fue expuesto anteriormente, las normas del acuerdo carecen de efecto directo en los ordenes jurídicos nacionales de los Estados miembros. Por lo tanto, la única manera de

---

<sup>646</sup> Carbon Steel Tube- Dumping (Mexico vs. US); Flat Coated Steel Products from the US (Mexico vs. US); Rolled Steel Plate from Canada (Mexico vs. Canada); Polystrene and Impact Crystal from the USA (Mexico vs. US); Hot rolled Steel from Canada (Mexico vs. Canada).

determinar si los Estados actúan de conformidad con sus compromisos internacionales es a través de las sentencias de los paneles ad hoc. Si un panel considera que un Estado miembro ha violado los compromisos internacionales que éste asume en virtud del TLCAN, este último tiene un plazo de 30 días para poner fin a la violación y ejecutar el laudo arbitral. Si un Estado miembro no ejecuta la sentencia, la única manera de obligarlo es a través de sanciones comerciales. En efecto, el sistema del TLCAN, siguiendo en esto el modelo de la OMC, prevé la posibilidad por el Estado cuya demanda haya sido admitida por el panel de adoptar contramedidas (o sanciones comerciales) en contra del Estado que no ejecuta la sentencia en el plazo establecido.<sup>647</sup> No obstante este mecanismo coercitivo no siempre ha tenido el efecto esperado tanto en el caso de la OMC como en el del TLCAN. Como ya fue expuesto anteriormente, el mecanismo de solución de controversias interestatales previsto por el acuerdo ha sido utilizado menos de 5 veces en 10 años.<sup>648</sup> En estos tres casos la amenaza de sanciones comerciales no pudo lograr la ejecución de los laudos arbitrales en los casos considerados como políticamente sensibles. El ejemplo más significativo de las dificultades que encuentra la ejecución de las sentencias arbitrales adoptadas en el marco del TLCAN es el caso relativo a los Camiones de Carga (*cross-border tracking*) que en 2001 opuso México a los Estados Unidos. En esta sentencia, el panel del TLCAN estimó que en virtud de las disposiciones del acuerdo los Estados Unidos debían de autorizar la entrada y la prestación de servicios de los camiones mexicanos en su territorio. Más de 4 años después de la adopción del laudo los Estados Unidos no se habían conformado con esta sentencia. Después de este retraso considerable, la administración Bush finalmente adoptó las medidas necesarias para permitir la entrada de camiones mexicanos en el territorio de los Estados Unidos. No obstante una acción interpuesta ante una Corte federal nacional estimó que dichas medidas eran contrarias

---

<sup>647</sup> Artículos 2018-2019 del TLCAN.

<sup>648</sup> Los tres laudos adoptados por el mecanismo de solución de controversias interestatales son: Tariffs Applied by Canada to Certain US- Origin Agricultural Products (US vs Canada), Arbitral Panel Established Pursuant to Chapter 20 of the NAFTA, CDA-95-2008-01 (1996) in [www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA\\_Chapter\\_20/Canada/cb95010e.pdf](http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_20/Canada/cb95010e.pdf); US Safeguard Action Taken on Broom Corn Brooms from Mexico (Mexico vs. US), Arbitral Panel Established Pursuant to Chapter 20 of the NAFTA, USA-97-2008-1 (1998) in [www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA/Chapter\\_20/USA/ub97010e.pdf](http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA/Chapter_20/USA/ub97010e.pdf) ; Cross Border Tracking Services (US vs. Mexico), Arbitral Panel Established Pursuant to Chapter 20 of the NAFTA, USA-Mex-98-2008-01 (2001) in [www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA\\_Chapter\\_20/USA/ub98010e.pdf](http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_20/USA/ub98010e.pdf)

al Derecho federal y bloqueó su ejecución.<sup>649</sup> Una sentencia del 2004 de la Corte suprema de los Estados Unidos<sup>650</sup> anuló esta decisión y abrió el camino para la correcta ejecución del laudo internacional por parte de las autoridades internas. No obstante, hasta la fecha las nuevas medidas para lograrla no han sido implementadas.

La segunda limitación a los alcances reales de la jurisprudencia de los Tribunales arbitrales del TLCAN en cuanto el desarrollo de la integración regional se refiere a las relaciones entre éstos y los órganos jurisdiccionales internos de los Estados miembros.

Como ya fue expuesto anteriormente el Derecho del TLCAN no goza de efecto directo o de primacía en el orden jurídico interno de los Estados miembros. Las cortes nacionales no aplican directamente las normas del acuerdo y no son obligadas a declararlas superiores a las normas nacionales. Las jurisdicciones internas de los Estados miembros aplican el Derecho nacional que implementa los compromisos internacionales contráidos por los Estados en virtud del acuerdo. De la misma manera, los jueces nacionales toman en consideración el Derecho nacional (constitucional) para determinar la respectiva jerarquía de dichos compromisos en el orden interno. *A priori* parecería que los jueces nacionales de los países miembros y los mecanismos de solución de controversias instituidos por el TLCAN son completamente independientes e ignorantes de sus jurisprudencias respectivas. Esta afirmación parece corroborada por el hecho de que los mecanismos jurisdiccionales previstos por el acuerdo no prevén una colaboración entre los Tribunales arbitrales ad hoc y los jueces nacionales de los Estados parte.<sup>651</sup> No obstante, en un sistema regional caracterizado por un sistema de solución de controversias específico a nivel internacional la interacción entre los órganos jurisdiccionales internacionales y las jurisdicciones nacionales es inevitable.

En el caso del TLCAN esta interacción sucede a dos niveles distintos. En primer lugar, como fue mencionado antes, los mecanismos de solución de controversias instituidos por el acuerdo no prevén un sistema de apelación a nivel internacional. A diferencia del sistema de la OMC por ejemplo, en el ámbito del TLCAN no existe ningún Organismo de apelación de las sentencias arbitrales adoptadas por los paneles ad hoc. No

---

<sup>649</sup> Hansen, Patricia Isela, *op.cit.*, nota 615, p. 419

<sup>650</sup> Pub. Citizen v. Dep't of Transp., 134 S. Ct. 2204 (2004).

<sup>651</sup> En este sentido, cabe señalar que el sistema del TLCAN no prevé una figura parecida a la de las cuestiones prejudiciales existentes en el ámbito de la UE, de la CAN y recientemente instituida en el del Mercosur.

obstante, el Capítulo XI del acuerdo relativo a las controversias en materia de inversiones establece la posibilidad para las partes al litigio, en particular para los inversionistas privados, de interponer un recurso ante las Cortes nacionales del lugar del arbitraje con el objetivo de obtener la revisión de la sentencia arbitral internacional.<sup>652</sup> Esta forma original de apelación de la sentencia de un órgano arbitral internacional por parte de un órgano jurisdiccional interno demuestra la naturaleza de la relación entre estas dos instancias en el ámbito del TLCAN. Podemos estimar que los jueces nacionales no se consideran como sometidos a la autoridad de los árbitros internacionales del TLCAN. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la UE, por ejemplo, los mecanismos de solución de controversias del TLCAN no parecen gozar de una autoridad “superior” a la de los mecanismos internos de solución de controversias. Esta afirmación parece justificarse en virtud de algunas decisiones recientes de paneles ad hoc constituidos bajo el Capítulo XI del TLCAN.<sup>653</sup> En efecto en varios laudos en materia de inversiones los árbitros del TLCAN se estimaron incompetentes para resolver la controversia que les era sometida y consideraron que ésta debía ser llevada ante las Cortes nacionales del Estado demandado. Así, en el caso *Azinian vs. Mexico*<sup>654</sup> el panel decidió que la cuestión de la validez o no de un contrato de inversiones debía ser resuelta por los Tribunales mexicanos, a la excepción de la existencia caracterizada de una denegación de justicia. De la misma manera en el caso *Loewen vs. Estados Unidos*<sup>655</sup>, el panel no aceptó examinar la demanda de un inversionista canadiense antes de que éste agotara todos los procedimientos disponibles conforme con el Derecho interno de los Estados Unidos. El agotamiento de todos los recursos disponibles en el sistema judicial de los Estados Unidos incluía una petición de “certiorari” ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. El panel estableció este requerimiento, a pesar de que el costo de la introducción de esta petición, conforme con el Derecho interno de los Estados Unidos hubiera sido equivalente al valor entero de la inversión...

---

<sup>652</sup> El artículo 1136 prevé que los laudos arbitrales no son definitivos si pueden ser revisados, confirmados o anulados por una Corte en aplicación de las Reglas Adicionales del CIADI o de las Reglas Arbitrales de UNCITRAL (CNUDMI).

<sup>653</sup> Hansen, Patricia Isela, *op. cit.*, nota 613, p. 423

<sup>654</sup> *Azinian vs. Mexico*

<sup>655</sup> *The Loewen Group Inc. Vs. US, ARB(AF)/98/3, CIADI, June 26, 2003* in [www.state.gov/s/l/c3755.htm](http://www.state.gov/s/l/c3755.htm)

En segundo lugar, como fue mencionado anteriormente, el sistema del TLCAN no prevé ningún tipo de mecanismos que permitan la colaboración o el diálogo formal entre los paneles ad hoc instituidos en virtud del acuerdo y las Cortes nacionales de los Estados miembros. Este hecho crea un riesgo de adopción de jurisprudencias contrarias a nivel interno y a nivel internacional. Así por ejemplo en la sentencia “Metalclad vs. Mexico”<sup>656</sup>, el panel ad hoc constituido bajo el TLCAN tuvo que resolver una controversia que trataba de la separación de poderes entre los Gobiernos locales y el Gobierno Federal que establece la Constitución mexicana.<sup>657</sup> Cada parte a la controversia presentó la opinión de expertos sobre esta última problemática, pero no fue posible, para el Tribunal arbitral de solicitar la opinión de las Cortes internas mexicanas o adoptar los criterios jurisprudenciales internos aplicables a la materia.

Debido al carácter institucional del TLCAN (ausencia de efecto directo, primacía: y supranacionalidad de sus normas, bajo nivel institucionalidad, múltiples mecanismos solución de controversias, ausencia de un verdadero diálogo entre los jueces nacionales y los Tribunales ad hoc instituidos por el acuerdo) y sobre todo tomando en cuenta los factores políticos que explican su desarrollo (ausencia de una delegación de soberanía por parte de los Estados partes del acuerdo, en particular de los Estados Unidos<sup>658</sup>, ausencia de “intereses comunes” a sus miembros etc.) hacen poco probable la profundización de dicha integración. A pesar de que sus árbitros adopten sentencias que van más allá de lo formalmente dispuesto en sus normas, éstos no han mostrado una clara voluntad de volver el TLCAN algo más que un acuerdo de libre comercio.

Finalmente cabe señalar que según algunos autores el desarrollo de una integración regional en América del Norte no es algo completamente inconcebible. Así,

---

<sup>656</sup> Metalclad Corp. vs. Mexico, parr. 67-76

<sup>657</sup> Dicha apreciación fue muy compleja, en particular visto los cambios que sufría en aquel entonces el concepto de “federalismo” en México.

<sup>658</sup> Podemos estimar que en relación con el concepto mismo de integración regional los Estados Unidos son un país que promueve el modelo de los TLC, pero no es dispuesto a la constitución de comunidades entre los distintos pueblos. La noción de imperialismo o hegemonía de los Estados Unidos en su relación con el Derecho internacional excluye la posibilidad para este último de integrarse con otros países, en primer lugar porque los Estados Unidos no están dispuestos a delegar parte de su soberanía a instituciones supranacionales y en segundo lugar porque no se estiman “iguales” sino superiores a todos los demás países de la Comunidad internacional. Véase Petrova Georgieva, Virginia, “El imperialismo de los Estados Unidos en el Derecho internacional”, *El Extranjero, Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, septiembre 2010, p. 164, disponible en <http://elextranjero.com.mx/wordpress/?=164>



según Dominguez<sup>659</sup>, el establecimiento de una zona de libre comercio no es suficiente para la inserción de América del Norte en la era globalizada. Para el autor el continente Norteamericano necesita integrarse para hacer frente a los retos del siglo XXI. En este sentido para Dominguez, el cumplimiento y la implementación de varios objetivos del TLCAN puede interpretarse como un preludio hacia un fenómeno más complejo de “*North-americanization*”, término que el autor utiliza para referirse a la posible profundización de la integración regional en la zona. En efecto, en la opinión del autor, la regionalización del continente norteamericano puede ser impulsada por la implementación de las políticas de cooperación promovidas por el TLCAN. En este sentido la “*Nafta-ization*”<sup>660</sup> es analizada como la primera etapa de la regionalización de América del Norte.<sup>661</sup> Según Dominguez existen varias vías para lograr la regionalización del continente norteamericano.<sup>662</sup> Podemos mencionar otras propuestas acerca de las vías que podrían utilizarse para lograr una verdadera integración regional en el continente norteamericano.<sup>663</sup> Una de las más interesantes es tal vez la de Pastor<sup>664</sup> que preconiza la creación de una “*North American Community*”. El autor se inspira de la experiencia integracionista de la UE, pero considera que la Comunidad

---

<sup>659</sup> Dominguez, Roberto, NAFTA: Will it Ever Have a EU Profile, *Jean Monnet/Robert Shuman Paper Series*, Vol. 7, num. 3, abril de 2007, p. 3

<sup>660</sup> Spinwall, Marc, *NAFTA-ization: Regionalism and Domestic Political Adjustment in the North America Area*, Paper presented at the 48<sup>th</sup> Annual Convention of the International Studies Association, Chicago, February 28 march 3, 2007, p. 6

<sup>661</sup> En esta etapa se busca lograr una mayor cooperación económica y comercial entre los Estados. Pero, visto que el TLCAN no es un acuerdo estático sino una realidad jurídica dinámica y en pleno desarrollo dicho acuerdo ha afectado varias otras esferas de las relaciones, no únicamente comerciales, sino también políticas.

<sup>662</sup> El autor las resume en cuatro puntos fundamentales sobre los que podría basarse una futura integración regional en esta zona: 1) una interdependencia económica de mayor alcance; 2) reformas políticas internas para lograrla; 3) una mejor información de la Sociedad civil acerca de procesos regionales con el fin de lograr una mayor asociación de ésta al proyecto común; 4) la coordinación de las políticas nacionales de los Estados miembros más allá del ámbito económico y comercial.

<sup>663</sup> Así para Barnett y Williams, estas vías consisten en : protección común de las fronteras, mayor cooperación en el área de la seguridad común, la adopción de un arancel externo común, la identificación de intereses comunes en las negociaciones comerciales internacionales. (Barnett, Charles y Hugh Williams, *Renewing the Relationship, Canada and the US in the 21st Century*, Conference Board Briefing, Febrero de 2003, citado en Dominguez, Roberto, op. cit., nota 661, p. 6). De la misma manera según Hufbauer y Schott las bases par la regionalización de América del Norte podrían ser: la adopción de un arancel externo común, una mayor cooperación energética, políticas comunes de protección del medioambiente, una profundización de la integración económica entre México y Canadá. (Hufbauer, Garry and Schott, Jeffrey, *The Prospects for Deeper North American Economic Integration: A US Perspective*, *Commentary. The Border Papers 195*, enero de 2004, p. 20).

<sup>664</sup> Pastor, Robert, *Toward a North American Community: Lessons from the Old World to the New*, Institute for International Economics, 2001, p. 12

norteamericana debe crear instituciones propias y necesariamente distintas de las existentes en el ámbito europeo.<sup>665</sup>

Sin entrar en más detalles sobre el posible desarrollo de una integración supranacional norteamericana podemos estimar que la opinión de todos los autores coincide sobre un punto: la necesidad de repensar el TLCAN. Estas opiniones coinciden con las expresadas durante la Cumbre de Estados latinoamericanos de Cancún 2010 en la que el Presidente mexicano Felipe Calderón expresó sus deseos de una asociación regional sin la participación de los Estados Unidos y Canadá. En este debate existen a la vez opiniones escepticas que no aceptan la posibilidad de integración en América del Norte, más allá de la cooperación estrictamente económica y comercial ya lograda a través del TLCAN. Las otras opiniones preconizan una evolución integracionista del continente americano a la imagen de lo que ocurrió en el ámbito de la UE.<sup>666</sup> Las experiencias regionales que han utilizado la integración como método de enfrentar los retos en un mundo cada vez más interdependiente han mostrado su éxito. A lo mejor en 2015 la realidad del continente norteamericano apuntará hacia una perspectiva más integrada.

No obstante, por el momento, la importancia del potencial “supranacional” del sistema regional del TLCAN no puede ni debe ser exagerada. Como fue señalado anteriormente los desarrollos jurisprudenciales que promueven una profundización del proceso integracionistas son embryonarios, insuficientes e incipientes. El diseño del TLCAN hace depender todas las cuestiones relativas al futuro y al nivel de desarrollo del sistema de integración de la voluntad política de sus Estados miembros, en particular de los Estados Unidos. Por el momento tal voluntad no se hace palpable.

---

<sup>665</sup> El autor propone en particular la creación de 3 instituciones básicas: Un grupo parlamentario interamericano, una Comisión norteamericana y una Corte Permanente para el Comercio y las Inversiones.

<sup>666</sup> Cabe recordar que la integración en la UE también fue basada en sus orígenes en una cooperación meramente económica y comercial en ciertas áreas, que después evolucionó hacia una integración regional más avanzada.

## **CONCLUSIONES**

1. Los órganos de solución de controversias de las integraciones regionales regulan su funcionamiento jurídico. La interpretación y aplicación del Derecho regional por parte de estos Tribunales determina la seguridad jurídica de los sistemas de integración y garantiza la eficacia de los compromisos asumidos por sus Estados miembros.

2. En la UE rige el sistema de integración regional más avanzado del mundo. Su actual grado de desarrollo es resultado de una serie de factores complejos. Frecuentemente considerado como una “integración por el Derecho”, el sistema regional europeo se caracteriza por la importancia que adquiere el Derecho comunitario como factor de integración.

3. El Derecho comunitario se constituye por las normas comunmente adoptadas por los Estados miembros de la UE y por la jurisprudencia elaborada por el TJUE. Los principios jurisprudenciales establecidos por el juez comunitario dotaron al Derecho de la UE de una naturaleza específica y original. Como consecuencia de estos principios, el Derecho comunitario devino autónomo y se integró en los Derechos nacionales de los Estados miembros.

4. Por medio de su jurisprudencia el TJUE logró integrar los sistemas jurídicos de los Estados miembros en el orden jurídico comunitario. Desde sus primeras sentencias el juez europeo empezó a crear una doctrina jurisprudencial activista que tenía por objetivo establecer un orden (jurídico) en la construcción multi-niveles de la UE. Los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario, el de responsabilidad de los Estados miembros por violación de las normas comunes, así como los de proporcionalidad, de protección de los derechos humanos, de autonomía institucional y

procedimental etc., tuvieron por efecto (inesperado) la consolidación de la integración regional europea.

5. La importancia de los principios jurisprudenciales establecidos por el TJUE para el fortalecimiento de la integración regional europea fue fundamental. Sin esta contribución crucial del TJUE para el desarrollo del proceso integracionista europeo, este último no hubiese alcanzado el éxito que hoy tiene. Mediante su jurisprudencia el Tribunal europeo se volvió “constructor”, pero a la vez “piloto” y “guardián” de la integración en el orden jurídico de la UE.

6. La aportación del TJUE a la profundización de la integración regional europea es un proceso dinámico, propiciado por varios factores complejos. El contexto general de la integración europea y el lugar que el Tribunal ocupa en el diseño institucional de esta última, influenciaron su actuar. El nivel de desarrollo económico, institucional y político del sistema de integración europeo favoreció la aparición de un verdadero “poder judicial” en su interior. Las características de las que fue dotada la justicia comunitaria impartida por el TJUE, promovieron la legitimidad y eficacia de sus sentencias pro-integracionistas.

7. La eficacia de las doctrinas pro-integracionistas del TJUE implicó una colaboración estrecha entre el juez comunitario y los demás actores de la integración europea. La correcta ejecución de los principios jurisprudenciales contenidos en dichas doctrinas dependía de las demás instituciones de la UE, pero también de los órganos internos de los Estados miembros, de sus jueces nacionales y de sus ciudadanos. Sin la colaboración de todos estos participantes en la integración de la UE, los principios pro-integracionistas establecidos por el Tribunal hubiesen quedado relegados a letra (jurídica) muerta.

8. Las interacciones complejas entre el TJUE y los demás participantes de la integración europea influenciaron de manera importante la actuación del juez comunitario y determinaron el éxito fáctico de los principios pro-integracionistas

establecidos en su jurisprudencia. Debido a la colaboración estrecha del TJUE con los jueces nacionales de los Estados miembros, los litigantes privados, los órganos legislativos y ejecutivos internos, el Derecho comunitario forjado por la jurisprudencia de su juez, impulsó el desarrollo de la integración regional europea.

9. A diferencia de la UE, las integraciones regionales latinoamericanas no constituyen “integraciones por el Derecho”. Sus diseños institucionales y orgánicos complejos se inspiran de las organizaciones internacionales clásicas. La característica principal de los proyectos latinoamericanos de integración en su actual grado de desarrollo, es su intergubernamentalidad. Los esquemas regionales latinoamericanos están basados en la cooperación interestatal de nivel internacional, en la búsqueda de beneficios mutuos para sus países miembros y en la defensa de los intereses nacionales de estos últimos.

10. Los órganos de solución de controversias establecidos en el marco institucional de las integraciones latinoamericanas, reciben las influencias del contexto general de dichas integraciones. Los factores extra-jurídicos de su entorno político, económico, social y cultural influyen de manera significativa en el actuar de los jueces en las integraciones regionales latinoamericanas.

11. El sistema arbitral de solución de controversias creado en el Mercosur, presenta un claro carácter intergubernamental. Los árbitros son jueces privados, nombrados para resolver las controversias que surgen de la interpretación o aplicación del Derecho regional. El arbitraje en el Mercosur mantiene lazos muy estrechos con la defensa de los intereses nacionales de los Estados miembros de esta organización regional.

12. La jurisprudencia de los Tribunales arbitrales del Mercosur reconoce varios principios importantes para la consolidación del sistema de integración regional. No obstante, a pesar de inspirarse constantemente en la jurisprudencia pro-integracionista desarrollada por el TJUE en el ámbito europeo, el “juez” del Mercosur no ha logrado

establecer de manera expresa los principios jurídicos (primacía, efecto directo del Derecho regional, responsabilidad de los Estados miembros por violación de este último etc.) que podrían impulsar la integración regional en su conjunto.

13. Los principios presentes en los laudos arbitrales de los Tribunales del Mercosur no han logrado convertir al Derecho de esta organización en verdadero Derecho comunitario que se integre en el orden jurídico de los Estados miembros con rango de superioridad. Tal como ha sido interpretado y aplicado por sus órganos de solución de controversias, el Derecho del Mercosur no se distingue del Derecho internacional clásico y no logra desempeñar una función integradora para su sistema regional.

14. La ausencia de un orden jurídico comunitario en el Mercosur, la intergubernamentalidad presente en su funcionamiento, la ineficacia de algunas normas de su Derecho, su nivel relativo de desarrollo económico, los problemas políticos y democráticos internos de los pueblos que lo componen, así como la ausencia de una verdadera colaboración entre su “juez” y otros actores importantes del proceso de integración (jueces nacionales, litigantes privados, ciudadanos en general), entre otros, son factores que deben ser tomados en cuenta en el análisis de la contribución de los Tribunales arbitrales del Mercosur para el desarrollo de esta integración regional.

15. La creación de un Tribunal supranacional en el ámbito del Mercosur permitiría lograr un mayor grado de integración en esta zona regional. Una Corte supranacional en el Mercosur podría defender mejor el interés común, es decir el interés de la integración y de su consolidación.

16. La CAN constituye uno de los proyectos más antiguos de integración del continente latinoamericano. Su estructura y diseño institucional pretenden representar una legitimidad tanto intergubernamental como supranacional. El Derecho adoptado por sus órganos es dotado de las características de un Derecho comunitario directamente aplicable en el orden jurídico de los Estados miembros con rango de superioridad. No

obstante, en los hechos, el sistema de integración andino no ha logrado los resultados esperados y su actual estado de desarrollo no se adecua a sus ambiciones iniciales.

17. El TJCA es una reproducción fiel del TJUE en el ámbito de la integración andina. La clonación de los “genes” del TJUE se observa no sólo en el diseño institucional del TJCA sino también en sus competencias contenciosas. Además en su jurisprudencia, el juez andino pretendió retomar por completo algunos de los principios establecidos por el TJUE para impulsar la profundización de la integración en la UE.

18. Los principios jurisprudenciales establecidos por el TJCA pretenden contribuir al desarrollo de la integración regional en la CAN. No obstante, tanto el contenido normativo de dichos principios como su correcta aplicación, crean varios problemas para su eficacia fáctica. Los principios (de primacía, efecto directo, responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario etc.) no fueron desarrollados de forma activa por parte del TJCA y su elaboración no fue insertada en una verdadera “doctrina jurisprudencial”. Además los destinatarios reales de dichos principios (jueces nacionales, litigantes privados etc.) no los aplican de manera eficaz y peor aún, a veces los desconocen.

19. La falta de activismo del TJCA para contribuir en forma significativa a la consolidación de la integración regional en la CAN es resultado de varios factores complejos del “entorno” en el que éste actúa. El contexto general de la integración andina, la ausencia de efectiva colaboración entre el juez andino y los demás actores de dicha integración (instituciones comunitarias, Estados miembros, jurisdicciones nacionales, litigantes privados etc.) y la ineficacia crónica del Derecho andino, entre otros, obstaculizan la posibilidad del TJCA para impulsar y promover el desarrollo del sistema regional de la CAN.

20. El TJUE no puede ser visto como “modelo” para el TJCA. Las importantes diferencias entre los contextos de integración en los cuales las dos jurisdicciones internacionales operan, no permiten la imitación o reproducción de modelos.

21. El TJUE no puede servir de “modelo” para el mecanismo de solución de controversias vigente en el Mercosur. En el estado actual de desarrollo de la integración de este bloque regional no es posible implementar con éxito el modelo de funcionamiento o la jurisprudencia de una Corte supranacional e independiente de los intereses de los Estados miembros de dicha integración.

22. El Derecho, tal como ha sido interpretado y creado por el TJUE fue un factor de suma importancia para el desarrollo de la integración regional en la UE. Las integraciones regionales en América latina no reservan la misma función al Derecho y a los jueces encargados de interpretarlo y aplicarlo. El desarrollo actual y futuro de las integraciones latinoamericanas, depende de factores extra-jurídicos complejos. En la base de dichos proyectos encontramos muy presente la voluntad política de sus Estados miembros. ...



## **BIBLIOGRAFÍA**

ALONSO GARCÍA, Ricardo (coord.), *Hacia una Corte de justicia latinoamericana*, Valencia, ed. Pre-Textos, 2008

ALTER, Karen, *The European Court's Political Power*, Oxford, ed. Oxford University Press, 2009

ARBUET-VIGNALI, Herbert, *Claves jurídicas de la integración en los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004

BARNETT, Michael N., y Finnemore, Martha *Rules for the world: international organizations in global politics*, New York, ed. Cornell University Press, 2004

BERGERES, Marie-Christine., *Contentieux communautaire*, Paris, ed. PUF, Que sais-je ?, 1999

BERTONI, Liliana, *Laudos arbitrales en el Mercosur*, Buenos Aires, ed. Ciudad Argentina, 2006

BONIFAZ ALFONSO, Leticia, *El problema de la eficacia en Derecho*, Porrúa, México, 1993

BORCHARDT, Klaus-Dieter, *The ABC of European Union law*, Publications Office of the UE, Luxembourg, 2010, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/en/editorial/abc\\_toc\\_r1.htm](http://eur-lex.europa.eu/en/editorial/abc_toc_r1.htm)

BORCHARDT, Klaus-Dieter, *El ABC del Derecho comunitario*, serie Documentación europea, Luxemburgo, 2000, disponible en: [http://ec.europa.eu/publications/booklets/eu\\_documentation/02/txt\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/publications/booklets/eu_documentation/02/txt_es.pdf)

CARREAU, Dominique, *Droit international public*, Paris, ed. Dalloz, 6<sup>ème</sup> ed., 2005

CRAIG, Paul, *Report on the United Kingdom. The European Court and National Courts*, Oxford, ed. Hart Publications, 1998

DEHOUSSE, Renaud, *The European Court of Justice: The politics of Judicial Integration*, New York, ed. St. Martin's Press, 1999

DWORKIN, Ronald, *The Law's Empire*, ed. Harvard University Press, 1986

EMILOU, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law- A Comparative Study*, London, ed. Kluwer Law International, 1996

HEINICH, Nathalie, *La gloire de Van Gend en Loos, Essai d'interprétation de l'anthologie de l'admiration*, Paris, ed. De Minuit, 1991

ISAAC, Guy y Blanquet, Marc, *Droit général de l'Union européenne*, ed. Sirey Université, 9<sup>ème</sup> ed., 2006

JANSEN, Rosa H.M., *European Ambitions of the National Judiciary*, Boston, ed. Kluwer Law International, 1997

LACARTES, Julio y Granados, Jaime et al., *Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales: Enfoques multilaterales y regionales*, Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Integración y Programas Regionales, 1ra edición, 2004, disponible en <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/iadb-solucion-controversias.pdf>

LECOURT, Robert, *L'Europe des juges*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1976

MANIN, Philippe, *L'Union européenne: Institutions, Ordre juridique, Contentieux*, Paris, ed. Pedone, 6<sup>ème</sup> ed., 2005

MARTINEZ PUNAL, Antonio, *El sistema institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*, Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela 2005, disponible en versión digital <http://www.caei.com.ar/ebooks/ebook22.pdf>

MERRYMAN, John, *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, ed. Stanford University Press, 2007

MOUTON, J.D, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, ed. PUF, Que sais-je?, 2004

OLVERA, Alberto J., *Sociedad civil, gobernabilidad y democratización en América Latina*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2003

ORREGO VICUÑA, Francisco, *International Dispute Settlement in a Evolving Global Society, constitutionalization, accessibility, privatization*, ed. Cambridge University Press 2004

PASTOR, Robert, *Toward a North American Community: Lessons from the Old World to the New*, ed. *Institute for International Economics*, 2001

PICO MANTILLA, Galo, *Temas jurídicos de la Comunidad Andina*, 2009, edición electrónica gratuita, texto completo en [www.eudmed.net/libros/2009d/627](http://www.eudmed.net/libros/2009d/627)

RASMUSSEN, Hjalte, *The European Community Constitution: Summaries of Leading EC Court Cases*, Nyt [Copenhagen]: Handelshøjskolens Forlag, 1989

SCAGLIONE, Marcelo, *“L’intégration régionale comme stratégie du développement en Amérique du Sud : l’expérience du Mercosur »*, mémoire, ENA, 2003

SHAW, Jo, *Law of the EU*, London, ed. Macmillan Press Ltd., 2<sup>nd</sup> ed., 1996

SHAW, Jo, *New Legal Dynamics of the EU*, London, ed. Macmillan Press, 2003

SIMON, Denis, *Le système juridique communautaire*, Paris, ed. PUF, 3<sup>ème</sup> ed., 2001

SORIANO, Ramón, *Sociología del derecho*, Barcelona, ed. Ariel, 1997

STONE SWEET, Alec, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, ed. Oxford University Press, 2004

SUSANI, Nadine, *Règlement des différends dans le Mercosur: un système de droit international pour une organisation d’intégration*, Paris, ed. L’Harmattan, 2008

TALLBERG, Jonas, *European Governance and Supranational Institutions: Making States Comply*, London, ed. Routledge, 2003

TEUBNER, G., *Law as an Autopoietic System*, Oxford, ed. Blackwell, 1993

TRAKMAN, Leon E., *Dispute Settlement Under Nafta: Manual and Sourcebook*, New York, ed. Transnational Publishers, 1997

VANDERSANDEN, Georges y Dony, Marianne, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1997

VIRALLY, Michel, *El fenómeno jurídico. El devenir del derecho internacional*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1999

WEATHERILL, Stephen, *Law and Integration in the EU* (ed.) Cane, P., Honoré T. and Stapleton J., Oxford, ed. Clarendon Press, 1995

WEILER Joseph, *The Constitution of Europe : "Do the new clothes have an emperor?"*, New York, ed. Cambridge University Press, 1999.

WIKLUND, Ola (ed.), *Judicial Discretion in European Perspective*, Boston, ed. Kluwer Law International, 2003

WIND, Marlene, *Sovereignty and European Integration*, London, Palgrave, 2001

## **HEMEROGRAFÍA**

ABBOTT, Frederick M., Integration Without Institutions: The NAFTA Mutation of the EC Model and the Future of the GATT Regime, *American Journal of Comparative Law*, Num. 40, 1992, p. 917

ABBOTT Frederick M., Foundation-Building for Western Hemispheric Integration, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Num. 17, 1997, p. 900

ALTER, Karen, Who are the 'Masters of the Treaty?': European Governments and the European Court of Justice, *International Organization* 1998, num. 52, vol. 1, pp. 121-147

ALVAREZ, Elsa, *Derecho comunitario y Derecho de la integración*, disponible en [www.espaciosjuridicos.com.ar/.../integracion-comunitario.htm](http://www.espaciosjuridicos.com.ar/.../integracion-comunitario.htm)

ALVAREZ, Guillermo A. y Park, William W., The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11, *Yale Journal of International Law*, num. 28, 2003, pp. 365-379

ARAGAO, José Maria, "Mercosul: Tarifa Externa Común e interesse nacional", *Boletim de Integração Latino-Americana*, num. 9, abril-junho, 1993, disponible en <http://www2.mre.gov.br/unir/webunir/bila/09/artigos/1artigo.htm>

ARMSTRONG, Kenneth A., Theorizing the Legal Dimension of European Integration, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 36, n. 2, June 1998, pp. 155-174

ARROYAVE QUINTERO, Mario Andrés, El derecho andino: un instrumento necesario para el establecimiento del mercado común, *Aluna Revista de Investigaciones*, 2004, pp. 85-110

ARROYAVE QUINTERO, Mario Andrés, Ineficacia crónica del Derecho andino: uno de los factores importantes para el ocaso de la Comunidad andina de naciones (CAN), *Papel político*, vol.13 num.1, Bogotá, Enero/Junio 2008, pp. 32-50

BARNETT, Charles y Hugh Williams, *Renewing the Relationship, Canada and the US in the 21st Century*, Conference Board Briefing, Febrero de 2003, disponible en:[www.policy.ca/policy-directory/Detailed/Renewing-the-U.S.--Canada-Relationship-425.html](http://www.policy.ca/policy-directory/Detailed/Renewing-the-U.S.--Canada-Relationship-425.html)

BASOMBRIIO, Ignacio, *Integración andina: instituciones y derecho comunitario*, documento presentado en el Taller Internacional “Integración Regional – Lecciones de la Experiencia de la Unión Europea y la Comunidad Andina”, Sao Paulo, 20 y 21 de octubre de 2004, 35 p.

BERGAMASCHINE, Jamile, El sistema de internalización de las normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea, *Revista Ius et Praxis*, vol. 11 (2), 2005, pp. 227-260

BERLIN, Dominique, Interaction between the lawmaker and the judiciary within the EC, *Legal Issues of European Integration*, 1992, núm. 2, pp. 17-35

BESSION, Samantha. “From European Integration to European Integrity: Should European Law Speak with Just One Voice?” *European Law Journal*, vol. 10, num. 3, mayo 2004, pp. 257-281

BOUZAS, Roberto, MERCOSUR: Instituciones, Asimetrías e Integración Profunda, disponible en [www.redmercosur.com.uy](http://www.redmercosur.com.uy), 23 p.

CALIGIURI, Eugenio R. y Figueroa, Alejandro, Los principios de primacía y operatividad en el Derecho comunitario como fundamentos para la integración de Latinoamérica, *Commentary on Current Issues, American Diplomacy*, disponible en [http://www.unc.edu/depts/diplomat/AD\\_Issues/caligiuri\\_merc.html](http://www.unc.edu/depts/diplomat/AD_Issues/caligiuri_merc.html), 17 p.

CARDENAS, J., y Tempesta, G., Arbitral Awards under Mercosur's Dispute Settlement Mechanism, *Journal of International Economic Law*, June 2001, num. 4, pp. 337-366

CASAS, Andrés y Correa, María Elvira, ¿Qué pasa con la Comunidad Andina de Naciones - CAN?, *Papel político*, vol.12, num. 2, Bogotá, Julio/Dic. 2007, pp. 6-32

DE VITE, Bruno, Retour a Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international, *Revue Trimestrielle de droit européen*, num. 3, 1984, pp. 425-454

DOMINGUEZ, Roberto, NAFTA: Will it Ever Have a EU Profile, *Jean Monnet/Robert Shuman Paper Series*, Vol. 7, num. 3, abril de 2007, pp. 3-18

DRAHOZAL, Christopher, New Experiences of International Arbitration in the United States, *American Journal of Comparative Law*, num. 54, 2006, pp. 233-249

DUINA, Francesco, Constructing Common Cultures. The Ontological and Normative Dimensions of Law in the EU and Mercosur, *European Law Journal*, num. 4, dic. 2002, pp. 574-595

DUPRAT, D., "La creación de un Tribunal de Justicia Supranacional como medio de fomento, desarrollo y consolidación del Mercosur", *Mercosul no cenário internacional, Direito e sociedade*, Vol. II, pp. 77-80.



ESPINDOLA SCARPETTA, Alberto et al., El sistema jurídico andino, ¿utopía o realidad jurídica?, *Criterio jurídico*, vol. 8, 2008-1, pp. 54-70

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Droit international économique et mondialisation, in *Les grandes questions du droit économique*, Paris, ed. Quedrige/PUF, 2005, p. 69

GARETT, Geoffrey et al., The European Court of Justice, National Governments and Legal Integration in the European Union, *International Organization* 1998, vol. 52, núm. 1, pp. 149-177

GARRETT Geoffrey, The Politics of Legal Integration in the European Union, *International Organization*, vol. 49, num. 1, 1995, pp. 171-181

GARRON BOZO, Rodrigo Javier, Sistema jurisdiccional andino y europeo, *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, 2005, pp. 740-758

GATTINONI DE MUJIA, María et al., El efecto directo de las normas MERCOSUR y el asunto Van Gend en Loos, *Revista Derecho del Mercosur*, 2004, año 6, num. 4, pp. 69-87.

GROS ESPIELL, M., "El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea", *El Derecho*, Buenos Aires, 25-IX-1991, pp. 47-62

GUEDES DE OLIVEIRA, Marcos Aurelio, Mercosur: Political Developpement and Comparative Issues with the European Union, *Jean Monnet/Robert Shuman Paper Series*, vol. 5, num. 19, July 2005, 12 p.

GUERRA PEREZ, Walter D., Tribunal supranacional para el Mercosur, *Revista Uruguay de Derecho procesal*, vol. 1, 2000, pp. 136-142

HANSEN, Patricia I., Dispute Settlement in the NAFTA and Beyond, *Texas Journal of International Law* 2005, vol. 40, pp. 420-442

HELPER, Laurence and Alter, Karen, *The Andean Tribunal of Justice and its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community*, 2009, Duke Law Scholarship Community, disponible en [www.scholarship.law.duke.edu](http://www.scholarship.law.duke.edu), 28 p..

HELPER, Laurence and Alter, Karen, Nature or Nurture? Judicial Law-Making in the European Court of Justice and Andean Tribunal of Justice, (2010). *Duke Law Working Papers*. Paper 3, disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/working\\_papers/3](http://scholarship.law.duke.edu/working_papers/3), 35 p.

HELPER, Laurence and Alter, Karen, *Building an International Rule of Law in Andean Countries: The Andean Court of Justice and Disputes Over Intellectual Property Protection*, paper presented in the annual meeting of the ISA's 49<sup>th</sup> Annual Convention "Bridging multiple divides, San Francisco, 2008, in [www.allacademic.com/.../p251567\\_index.html](http://www.allacademic.com/.../p251567_index.html), 43 p.

HOYOS VASQUEZ, Bismarck Giuseppe, Los principios básicos del Derecho comunitario, *Boletín Jurídico Essentia Iuris*, Num.3, agosto 2006, pp. 4-12

HUFBAUER, Garry and Schott, Jeffrey, The Prospects for Deeper North American Economic Integration: A US Perspective, *Commentary. The Border Papers 195*, enero de 2004, disponible en [http://www.policy.ca/policy-directory/Detailed/The-Prospects-for-Deeper-North-American-Integration\\_-A-U.S.-Perspective-1001.html](http://www.policy.ca/policy-directory/Detailed/The-Prospects-for-Deeper-North-American-Integration_-A-U.S.-Perspective-1001.html), 45 p.

JOUANNET, Emmanuelle, Conclusions de Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis, Emmanuelle Jouannet et Hélène Ruiz Fabri (dir.), *Société de Législation comparée*, 2007, pp. 318 – 334.

JOVTIS, Ignacio, *La proporcionalidad de las medidas compensatorias en el Mercosur: algunas reflexiones en torno al laudo 1/2007 del TPR*, in “*Mercosur y Unión europea*”, Zlata Drmas de Clement (coord.), 2008, Edición electrónica gratuita. Texto completo en [www.eumed.net/libros/2008b/393/](http://www.eumed.net/libros/2008b/393/) pp. 45-65

KEGEL Patricia y Amal, Mohamed, *Instituições, Direito e Soberania: a efectividade juridica nos processos de integraçao regional nos exemplos da UE e do Mercosul*, *Revista Brasileira de Política Internacional*, julio 2008, vol. 52, num. 1, pp. 53-70

KOVAR, Robert., “*L’effectivité interne du droit communautaire*”, in colloque de Liège, 10-12 janvier 1973, *La Communauté et ses Etats membres*

KRAPOHL, Sebastian et al., *Judicial Integration in the Americas?, A comparison of Dispute Settlement in NAFTA and MERCOSUR*, Research Paper, university of Bamberg, Germany, disponible en [www.uni-bamberg.de/fileadmin/...Integration/BOPIR4-2009.pdf](http://www.uni-bamberg.de/fileadmin/...Integration/BOPIR4-2009.pdf), 30 p.

LAVAPA, Jorge Horacio, *La dimensión jurídica de la integración*, disponible en [www.cai1.org.ar/publicaciones](http://www.cai1.org.ar/publicaciones)

LARA RAMOS, Luis Roberto, *Proposal for an Arbitration Convention in Matters of Taxation of Member Countries of the NAFTA*, disponible en <http://www.tax-arbitration.com/Lara%20Ramos%20-%20NAFTA.pdf> , 50 p.

LECOURT, Robert, *Le rôle du droit dans l’unification de l’Europe*, 17-18 *Bulletin de l’Association des juristes européens*, pp. 5-23

LECOURT, Robert, *Qu`eût-été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ?*, in *Mélanges Jean Boulouis : L`Europe et le droit*, Paris, ed. Dalloz, pp. 349-361

LOPEZ BRAVO, Alfredo, *El reciente laudo del Tribunal permanente de justicia del Mercosur*, disponible en [www.mercosur.abc.com.ar/nota.asp?ldnota=1221&ldSecciond4](http://www.mercosur.abc.com.ar/nota.asp?ldnota=1221&ldSecciond4)

MALAMUD, Carlos, La salida venezolana de la Comunidad Andina y sus repercusiones sobre la integración regional. Primera Parte, *Real Instituto Elcano ARI*, 2006, disponible en <http://www.almendron.com/politica/pdf/2006/8709.pdf>, 10 p.

MALAMUD, Andrés, Mercosur Turns 15: Between Rising Rhetoric and Declining Achievement, *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 18, Num. 3, Oct. 2005, pp. 430-445

MANCINI, Federico, The Making of a Constitution for Europe, 26 *Common Market Law Review*, num. 24, 1989, pp. 70-89

MARTIN MARCHESINI, Gualtiero, La supranacionalidad en la integración latinoamericana, *Rev. La Ley*, Tomo A, Argentina, 1998, pp. 932-948

MARTÍNENEZ COLL, Juan Carlos, Grados de integración económica, en *La economía del mercado, virtudes e inconvenientes*, 2001 disponible en [www.eudmed.net/cursecon/17/17-1.htm](http://www.eudmed.net/cursecon/17/17-1.htm)

MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, J.L.: "Mercosur: balance actual y perspectivas a la luz de la experiencia de la Comunidad Europea. Posibilidades de un Tribunal Supranacional para asegurar el cumplimiento e interpretación uniforme del Derecho del

MERCOSUR”, *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Num. 4, agosto de 1999, pp. 64-83

MATTLI, Walter and Slaughter, Anne-Marie, “Law and Politics in the European Union: A Reply to Garrett.” *International Organization*, vol. 49, num. 2, 1995, pp. 1831-1890.

MEDEIROS KLAES, María-Isabel.: “Mercosul e Tribunal supranacional: um dos pressupostos essenciais à efetiva integração”, *Mercosul no cenário internacional. Direito e Sociedade*, Vol. I, 2005, pp. 368-384

MEHDI, Rostane, Le locus standi des personnes privées en droit international et communautaire, in *Mélanges en l’honneur de G. Issaac*, Toulouse 2004

MORAVCSIK, Andrew, Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach, *Journal of Common Market Studies* 1993, num. 56, pp. 473-476

O’KEEFE, Thomas A., Potential Conflict in Areas in any Future Negotiations Between MERCOSUR and the NAFTA to Create a Free Trade Area in the Americas, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, num. 14, 1997, pp. 305-328

OLIVEIRA, María Angela, Judicial Diplomacy: The Role of the Supreme Courts in Mercosur Legal Integration, *Harvard International Law Journal Online*, vol. 48, May 16, 2007, pp. 93-120.

OROPEZA GARCIA, Antonio, *Régimen de incorporación de los Tratados al Derecho Interno: el caso del MERCOSUR*, Congreso Internacional de Cultura y Sistemas jurídicos comparados, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, 22 p., disponible en

<http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa3/78s.pdf>

OVIEDO, Estela, *Arbitraje en el Mercosur*, disponible en [www.estudioton.com.ar/.../oviedo-arbitraje%20en%20el%20mercosur.doc](http://www.estudioton.com.ar/.../oviedo-arbitraje%20en%20el%20mercosur.doc)

PAN, Eric, Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: An Experiment in International Adjudication, *Harvard International Law Journal*, vol. 40, num. 2, 1999

PASTORI FILLOL, Alejandro, Comentarios al primer laudo del TPR del Mercosur sobre la aplicación de exceso de medidas compensatorias, in “*Mercosur y Unión europea*”, Zlata Drmas de Clement (coord.), 2008, Edición electrónica gratuita. Texto completo en [www.eumed.net/libros/2008b/393/](http://www.eumed.net/libros/2008b/393/) , pp.25-44

PEREZ TREMPES, Pablo, El aporte del Tribunal de justicia de la Comunidad Andina a la consolidación del bloque regional y la actitud al respecto de los Tribunales Supremos de los países miembros, in *Hacia una Corte de justicia latinoamericana*, Ricardo Alonso García (coord.), Pre-Textos, Valencia, España, 2008

PETROVA GEORGIEVA, Virginia, “El imperialismo de los Estados Unidos en el Derecho internacional”, *El Extranjero*, Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, septiembre 2010, p. 164, disponible en <http://elextranjero.com.mx/wordpress/?=164>

REY CARO, Ernesto, Doctrina jurisprudencial de los Laudos Arbitrales del Mercosur, *Cuadernos de Derecho internacional*, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Universidad de Córdoba, Argentina, Num. 1, 2004, pp. 11-19

DRNAS DE CLEMENT, Zlata (coord.), Doctrina jurisprudencial de los laudos arbitrales del Mercosur, *Cuadernos de Derecho Internacional*, num. 1, Cordoba 2004, pp. 25-43

REYES, C. M., Breve comentario al sistema de solución de controversias vigente en el Mercosur, *Revista del Mercosur*, Nº. 1, 1997, pp. 77-83

RIVAS, Eduardo, Adopción e internalización de la normativa comunitaria en el seno del Mercosur. Un repaso histórico, *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, núm. 62, junio 2006, 41 p.

RUSSO, Carla, *Normas del Mercosur: adopción e incorporación al Derecho interno*, disponible en [www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS/20TEMATICAS/PUBLICO/mercosur-normas.htm](http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS/20TEMATICAS/PUBLICO/mercosur-normas.htm)

SALDIAS, Osvaldo, "Supranational Courts as Engines of Disintegration. The Case of the Andean Community", *Berliner Arbeitspapiere zur Europäischen Integration*, October 2007, núm. 5, pp. 5-47

SALDIAS, Osvaldo, *Do Norms Travell Unchanged? The Andean Community, Its Court of Justice and the Challenge of Regional Integration*, Paper presented at the Annual Meeting of the American Political Science Association, Toronto, Canada, September 3-6, 2009, 19 p.

SANCHEZ CHACON, Francisco Javier, El Tribunal de justicia de la Comunidad Andina: estructura y competencias, *Aldea mundo* (Universidad de los Andes, Venezuela) , mayo/octubre 2000, vol. 5, núm. 9, pp. 39-52

SANGUINETTI, Ignacio, *Historia del Mercosur desde una perspectiva comparada con la UE*, Curso, Universidad de la Plata, Argentina, disponible en [http://perio.unlp.edu.ar/relaciones\\_internacionales/mercosur-ue6.pdf](http://perio.unlp.edu.ar/relaciones_internacionales/mercosur-ue6.pdf)

SEGRELLES, José Antonio, Integración regional y globalización, *Terra livre*, vol. 18, Sao Paulo 2002, pp. 63-74

SPINWALL, Marc, NAFTA-ization: Regionalism and Domestic Political Adjustment in the North America Area, *Journal of Common Market Studies*, vol. 47, num. 5, noviembre 2009, pp. 1-25

STONE SWEET, Alec, and Brunell, Thomas, Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community. *American Political Science Review*, vol. 92, num. 1, 1998, pp. 63-80.

TALLBERG, Jonas, Supranational Influence in EU Enforcement : The ECJ and the Principle of State Liability, *Journal of European Public Policy*, vol. 7, num. 1, marzo 2000, pp. 104-121

TALLBERG, Jonas, "Supranational Influence in EU Enforcement : The ECJ and the Principle of State Liability." *Journal of European Public Policy*, vol. 7, num. 1, marzo de 2000, pp. 104-121

TERZ, P. y PASTRANA, E., El derecho internacional al despuntar el siglo xxi, un punto de vista sociológico del derecho internacional. Ad defensionem iuris inter gentes. *Revista Papel Político*, vol. 12, num. 2, 2007, pp. 537-562

TSEBELIS, George and GARETT, Geoffrey "The Institutional Foundations of Intergovernmentalism and Supranationalism in the European Union." *International Organization*, vol. 55, num. 2, 2001, pp. 357-390.



TUSSIE, Diana, Latin America: Contrasting Motivations for Regional Projects, *Review of International Studies*, vol. 35, 2009, pp. 169-188

VAN KLAVEREN, Alberto, Regionalismo y multilateralismo: una convergencia necesaria, en *El futuro del Libre Comercio en el Continente Americano. Análisis y Perspectiva*, López Ayllón, Sergio (coord.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 56

VARGAS-HIDALGO, Rafael, The Crisis of the Andean Pact: Lessons for Integration Among Developing Countries, *Journal of Common Market Studies*, vol. 27, num. 3, 1979, pp. 224-237

VAUCHEZ, Antoine, "Integration through Law, Contribution to a Socio-History of the European Political Commonsense", EUI Working Papers, RSCAS, 2008/10, disponible en [www.eui.eu/RSCAS/Publications](http://www.eui.eu/RSCAS/Publications) 40 p.

VENTURA, Deisy, First Arbitration Award in Mercosur: A Community Law in Evolution?, *Leiden Journal of International Law*, June 2000, vol. 13, Issue 2, pp. 447-558

VERA-FLUIXA, Ramiro Javier, *Principios de integración regional en América Latina y su análisis comparativo con la Unión Europea*, Center for European Studies, University of Bonn, Discussion Paper C 73, 2000, pp. 35-47, disponible en [www.zei.de/download/zei\\_dp/dp\\_c73\\_vera.span.pdf](http://www.zei.de/download/zei_dp/dp_c73_vera.span.pdf)

VIGNOLES, Cristopher, *The MERCOSUR Dispute Settlement System: A Possible Model for NAFTA*", university of San Diego 2000, pp. 1-16

WEILER, Joseph. "The Transformation of Europe." *Yale Law Journal*, vol. 100, 2001, pp. 83-112

WEILER, Joseph, A Quiet Revolution- The European Court of Justice and its Interlocutors, *Comparative Political Studies*, vol. 26, num. 4, 1994, pp. 510-534

WHITELAW, James, *Régimen de Solución de Controversias en el Mercosur*, y OPPERTI, Didier, *El nuevo Mecanismo de solución de controversias del Mercosur*, en “*Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales: Enfoques multilaterales y regionales*”, Julio Lacartes, Jaime Granados et al., Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Integración y Programas Regionales, 1ra edición 2004, pp. 141- 157, disponible en <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/iadb-solucion-controversias.pdf>

## **SITIOS WEB**

<http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm>

[http://europa.eu/index\\_fr.htm](http://europa.eu/index_fr.htm)

<http://curia.europa.eu/index.htm>

<http://www.mercosur.org.uy>

<http://www.tprmercosur.org>

<http://www.comunidadandina.org>

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

<http://www.nafta-sec-alena.org>

<http://www.imf.org/external/french/index.htm>

[http://www.oecd.org/home/0,3675,fr\\_2649\\_201185\\_1\\_1\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/home/0,3675,fr_2649_201185_1_1_1_1_1_1,00.html)

[www.wto.org](http://www.wto.org)

[www.diplomatie.gouv.fr](http://www.diplomatie.gouv.fr)

<http://www.congreso.gob.pe>

[www.eudmed.net](http://www.eudmed.net)

<http://cbrayton.wordpress.com>

<http://news.bbc.co.uk>

[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

[www.cris.unu.edu](http://www.cris.unu.edu)

[www.state.gov.us](http://www.state.gov.us)

[www.economia-snci.gob.mx](http://www.economia-snci.gob.mx)

## **BASES DE DATOS:**

*Ressources électroniques, Bibliothèque Cujas, Université Paris I, Panthéon - Sorbonne, web-site :*

<http://biu-cujas.univ-paris1.fr/repons/portal/bookmark;jsessionid=7CC930FFBACED16BAF38F732B34E5B8F.WM?Global=0>

*American Search Premier*, disponible en <http://cujas-front.univ-paris1.fr:2094/ehost/search/advanced?hid=105&sid=ba3e8137-76d4-4284-af63-6f3cfe6b5a7e%40sessionmgr112&vid=2>

*Cambridge Journals Online*, disponible en <http://cujas-front.univ-paris1.fr:2094/ehost/search/advanced?hid=105&sid=ba3e8137-76d4-4284-af63-6f3cfe6b5a7e%40sessionmgr112&vid=2>

*Lextenso*, disponible en <http://cujas-front.univ-paris1.fr:2063/weblextenso/article>

*vLex Doctrinal*, disponible en <http://cujas-front.univ-paris1.fr:2125>

*Revue en ligne de l'Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne*, disponible en <http://cujas-front.univ-paris1.fr:2090/titles.asp?id=sorbonne&sid=198363776&TabID=2>







