Pontificia Universidad Católica de Chile

Facultad de Derecho

Programa Doctorado

LAS DECISIONES JUDICIALES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA COMO FUENTES FORMALES DE DERECHO INTERNACIONAL

Tesis para optar al grado académico

Doctor en Derecho

por José Erick Chávez Marín

dirigido por la profesora

Dra. Thana de Campos

Santiago de Chile 2020

Contenido

GLOSARIO 5
INTRODUCCIÓN 7
CAPÍTULO I Las decisiones judiciales en el sistema de fuentes de derecho internacional 11
A. Introducción 11
B. Historia de la doctrina de las fuentes del derecho internacional 13
a. La inspiración de la doctrina de las fuentes del derecho internacional 14
b. La influencia europea en la doctrina de las fuentes del derecho internacional 17
c. La codificación del derecho internacional 18
C. El artículo 38 del Estatuto de la CIJ como piedra angular de las fuentes y las criticas doctrinarias 20
a. Los debates acerca del artículo 38-1 del Estatuto de la CIJ 20
b. *Hard law y soft law* 26
c. Otras concepciones sobre las fuentes del derecho internacional 28
D. La posición de las decisiones judiciales en el sistema actual de fuentes del derecho internacional 31
a. Las decisiones judiciales como un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho 31
b. Las decisiones judiciales de los tribunales internacionales ¿posible fuente formal de derecho? 38
c. El precedente judicial y la creación jurídica judicial 45
E. Conclusiones 58
CAPÍTULO II La Comunidad Andina 60
A. Introducción 60
B. El Sistema Andino de Integración 63
a. Historia 63
b. La composición del Sistema Andino de Integración 69
c. Naturaleza del proceso de integración andino 71
C. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su trasplante institucional 71
a. Historia 72
b. Funciones 73
c. ¿Un trasplante institucional ineficaz? 74
D. Aproximación histórica del ordenamiento jurídico comunitario europeo y su trasplante andino 83
a. El derecho comunitario europeo 83
b. El trasplante europeo de la Eficacia Directa 92
c. El trasplante europeo de la primacía 95

d. Evolución del principio de efecto directo andino 97
e. Evolución del principio de primacía andino 100
E. Conclusiones 102
CAPÍTULO III El Sistema de la Integración Centroamericana 105
A. Introducción 105
B. El sistema de la Integración Centroamericana 106
a. Historia 106
b. La composición del Sistema de Integración Centroamericana 111
c. Naturaleza del proceso de integración centroamericano 116
C. La Corte Centroamericana de Justicia 117
a. Historia 117
b. Funciones 120
c. ¿Es la CCJ un trasplante europeo o producto de la historia centroamericana? 122
D. La Doctrina Comunitaria Europea y Andina en la Jurisprudencia Centroamericana 125
a. El derecho comunitario europeo 125
b. El trasplante europeo y andino de la Eficacia Directa 127
c. El trasplante europeo y andino de la primacía 131
d. Evolución del principio de efecto directo centroamericano 133
e. Evolución del principio de primacía centroamericano 137
E. Conclusiones 140
CAPÍTULO IV Las Decisiones Judiciales con Efectos *Erga Omnes* 143
A. Introducción 143
B. La llamada doctrina vinculante de la jurisprudencia comunitaria 144
a. Las normas comunitarias andinas y centroamericanas con respecto a los efectos vinculantes de las decisiones judiciales 145
b. La influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la consolidación de la doctrina vinculante 148
c. Legitimidad y activismo judicial de los tribunales de integración 151
C. Las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 154
a. El fin de las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 155
b. Los principios que fundamentan la unidad interpretativa de la comunidad de derecho de la región andina 168
D. Las interpretaciones prejudiciales, Sentencias y Consultas obligatorias e ilustrativas de la Corte Centroamericana de Justicia 183
a. El fin de las consultas prejudiciales, Sentencias y Consultas obligatorias e ilustrativas de la Corte Centroamericana de Justicia 183

i. La consulta prejudicial centroamericana 183
ii. Las Sentencias 186
iii. Consultas obligatorias e ilustrativas 188
b. Los principios que fundamentan la unidad interpretativa de la comunidad de derecho de la región centroamericana 189
E. Conclusiones 192
CONCLUSIÓN 194
Bibliografía 201

GLOSARIO

TJCA: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

CCJ: Corte Centroamericana de Justicia

CIJ: Corte Internacional de Justicia

ONU: Organización de las Naciones Unidas

CPJI: Corte Permanente de Justicia Internacional

O.I: Organizaciones Internacionales

U.E: Unión Europea

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CECA: Comunidad Europea del Carbón y del Acero

Tratado CECA: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero

CEE: Comunidad Económica Europea

Tratado CEE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea

EURATOM: Comunidad Europea de la Energía Atómica

Tratado EURATOM: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe

CAN: Comunidad Andina

ALADI: Asociación Latinoamericana de Integración

ODECA: Organización de Estados Centroamericanos

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

SAI: Sistema Andino de Integración

ALALC: Asociación Latinoamericana del Libre Comercio

UNASUR: Unión de Naciones Suramericanas

DPA: Declaración de los Presidentes de América

MCCA: Mercado Común Centroamericano

CPA: Consejo Presidencial Andino

CAMRE: Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

CCAN: Comisión de la Comunidad Andina

SGCAN: Secretaría General de la Comunidad Andina

INTAL: Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe

ENEL: Ente Nazionale Energía Elettrica

IP: Interpretación Prejudicial

SICA: Sistema de la Integración Centroamericana

CJC: Corte de Justicia Centroamericana

RFCA: República Federal de Centro América

PT: Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos

SGSICA: Secretaria General del Sistema de la Integración Centroamericana

CSJCR: Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

SIECA: Secretaria Permanente del Tratado General de Integración Económica

CRAAC: Convenio Centroamericano para la Protección Industrial

SEITA: Societe Nationale Service d'Exploitation Industrielle des Tabacs et Des Allumettes

PARLACEN: Parlamento Centroamericano

CP: Consulta Prejudicial

INTRODUCCIÓN

En este trabajo de tesis doctoral se analizará la doctrina de las fuentes del derecho internacional, en específico, la posición de la jurisprudencia en las fuentes formales de este orden jurídico. Este aporte académico prevé que la jurisprudencia pueda ser considerada como fuente formal de derecho internacional y no solamente como un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho. Por ello, se eligieron dos tribunales que cumplen dos condiciones para que sus decisiones sean consideradas como tal, estas son: la primera se basa en que estos órganos judiciales son permanentes y, la segunda, es que estos poseen la facultad de uniformar la interpretación y aplicación de las normas comunitarias respectivas. Esta última condición genera efectos vinculantes *erga omnes*.

Entonces, la hipótesis que se pretenderá comprobar en este trabajo es: las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y las sentencias, consultas prejudiciales, consultas obligatorias e ilustrativas de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) son fuentes formales de derecho internacional con efectos vinculantes *erga omnes* para los Estados miembros de sus respectivos sistemas de integración. Y el objetivo general de esta tesis es analizar si las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y las sentencias, consultas prejudiciales, consultas obligatorias e ilustrativas de la Corte Centroamericana de Justicia, son fuente formal de derecho internacional para los sistemas de integración en estudio. Para dar una respuesta a este planteamiento se analizarán los aspectos históricos y normativos que permitan comprender por qué estos tribunales poseen la facultad comentada. Ante esto, se emplearán los siguientes métodos de investigación jurídica: a) el método histórico, b) el método dogmático y c) el método inductivo/deductivo.

El método histórico se empleará a través del análisis de fuentes primarias que, en este caso, comprenden los tratados internacionales y las decisiones judiciales del TJCA y la CCJ, y de fuentes secundarias, como la doctrina que se ha referido a dichos tratados y jurisprudencia, particularmente en lo relativo al desarrollo de la función uniformadora realizada por dichos tribunales. Esto permitirá determinar el grado de evolución o de retroceso de esta función jurídica por el TJCA y la CCJ. Además, se comprenderá la relevancia de la mencionada función en los efectos vinculantes erga omnes de las decisiones judiciales de estos tribunales internacionales.

El método dogmático servirá para examinar la función en estudio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de la Corte Centroamericana de Justicia, a partir de sus normas jurídicas constituyentes. Se analizará si dichas normas permiten la creación del derecho a través de sus decisiones judiciales. El resultado de este análisis permitirá comprender y evaluar las tensiones que se generan a partir de la concreción de la jurisprudencia como fuente de derecho.

El método inductivo, en primer lugar, se utilizará para analizar las decisiones judiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Corte Centroamericana de Justicia. Los casos seleccionados serán aquellos en los que se visualice la función de ambas cortes en la uniformización de la aplicación e interpretación de las normas comunitarias. El análisis de dichos casos permitirá comprender cómo se configura dicha función, sus efectos vinculantes y la constitución de una fuente de derecho a partir de las decisiones judiciales. El resultado de ello será identificar los beneficios que devienen de esta función en comento y si estas efectivamente son capaces de crear derechos y obligaciones vinculantes con efectos *erga omnes*. Por otra parte, también se analizarán los límites de esta función interpretativa de ambos tribunales.

El método deductivo, en tanto, será utilizado para determinar cómo la configuración jurídica de ambos tribunales, en sus respectivos tratados constituyentes, incide en las funciones de uniformización de las normas jurídicas comunitarias, con efectos vinculantes.

Teniendo en cuenta estos métodos y la hipótesis a comprobar, se ha decidido dividir este trabajo en cuatro capítulos.

El primer capítulo se encargará de analizar el desarrollo histórico de la doctrina de las fuentes del derecho internacional. Este capítulo analizará y comprenderá las discusiones doctrinarias con respecto al artículo 38 literal d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pues esta disposición ha sido establecida en la doctrina como la piedra angular de las fuentes de este ordenamiento jurídico. También estudiará la inspiración de esta doctrina, su influencia europea, su proceso de codificación y los debates que surgieron en este proceso. Luego se examinarán otras doctrinas que son contrarias a la clásica concepción de las fuentes del derecho internacional, lo cual permitirá comprender la posición actual de la jurisprudencia en este sistema de fuentes. Finalmente, este capítulo se encargará de establecer lo que se entenderá como una fuente formal y las condiciones que tendrían que cumplir los órganos judiciales para que sus decisiones sean consideradas como tal. Esto se tomará en cuenta a la hora de analizar a los tribunales en estudio en el capítulo segundo y tercero, y se consolidará en el capítulo

cuarto al examinar si la jurisprudencia cumple con el fin propuesto de uniformar e interpretar sus normas comunitarias, generando así fuente formal con efectos vinculantes *erga omnes* para los Estados miembros de sus respectivas comunidades. El objetivo específico que este capítulo pretende cumplir es el de analizar crítica e históricamente el actual sistema de fuentes del derecho internacional y, por otra parte, determinar la posición de las decisiones judiciales en dicho sistema de fuentes. Su relación con el objetivo general es clara, pues se pretende establecer un debate sobre la actual posición de las decisiones judiciales en el sistema de fuentes del derecho internacional. Esto desentrañará la posibilidad de que estas tengan mayor protagonismo de lo que pregona el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En el capítulo segundo se examinará, de manera básica y general, el Sistema Andino de la Integración. De esta manera se podrá comprender la historia de este sistema, sus funciones, objetivos y la naturaleza que permite llevar a cabo la integración en la Comunidad Andina. El verdadero enfoque de este capítulo es analizar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Esto permitirá comprender su historia y sus funciones, lo cual nos revelará la respuesta de si su trasplante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido eficaz o no. Además, este capítulo revelará si este tribunal cumple con las condiciones establecidas en el capítulo primero para que sus decisiones judiciales sean consideras como posible fuente formal de derecho internacional con efectos vinculantes *erga omnes* para su comunidad de derecho. Por otra parte, también se estudiarán los trasplantes de los principios europeos de primacía y efecto directo en la jurisprudencia andina. Estos principios refuerzan los efectos *erga omnes* de las decisiones judiciales de la jurisprudencia comunitaria. El esquema por emplearse en este capítulo será replicado en el capítulo tercero, pues se estudiará el Sistema de la Integración Centroamericana con enfoque especial en la Corte Centroamericana de Justicia y al trasplante de los principios anteriormente mencionados.

Ambos capítulos se relacionan con el primero, pues este último fijó las bases de la discusión de la actual posición de las decisiones judiciales en el sistema de fuentes del derecho internacional. En cambio, el capítulo segundo y tercero determinarán como los trasplantes legales de ambas instituciones judiciales y de los principios de eficacia directa y primacía que permiten consolidar el argumento de los efectos *erga omnes* de las decisiones judiciales de ambos tribunales de justicia. Este efecto sería el que permitiría considerar a estas decisiones judiciales como una fuente formal de derecho internacional para las comunidades respectivas. Por tanto, el objetivo específico de ambos capítulos será verificar si los tribunales en estudio

cumplen con las condiciones para que sus decisiones judiciales sean consideradas como posibles fuentes formales de derecho internacional.

En el cuarto y último capítulo se examinará si el fin normativo de interpretar y aplicar de manera uniforme las normas condice con la realidad de la jurisprudencia de estos tribunales; y, por tanto, si estas efectivamente poseen efectos *erga omnes*. Por ello, este capítulo parte con el análisis de la llamada doctrina vinculante, como es desarrollada en la norma, su influencia europea y la legitimidad detrás de ella. Luego, se demostrará que el fin de la interpretación prejudicial del TJCA sí condice con el efecto deseado, a pesar de que el criterio jurisprudencial limite dichos efectos. Por último, se verificará que el fin también se cumple en la jurisprudencia de la Corte Centroamericana de Justicia, pero por los criterios literalistas de la aplicación e interpretación de la norma que se concreta en la argumentación de sus decisiones judiciales. El objetivo de este capítulo es determinar si las decisiones judiciales del TJCA y de la CCJ cumplen con los fines establecidos para que estas posean efectos vinculantes *erga omnes*. En ello, se obtiene la respuesta de cómo la doctrina vinculante, que ha sido desarrollada por ambos tribunales, se convierte en una especie de fuente formal de derecho internacional para estas comunidades de derecho. Esto permite realzar la contribución de esta tesis para la doctrina general, esto es, dejar en entredicho la posición de fuente auxiliar de las decisiones judiciales en el sistema de fuentes del derecho internacional. Pues, como se advertirá, las decisiones judiciales pueden tener un mayor rol protagónico que sobrepasa a lo establecido en el artículo 38 literal d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

CAPÍTULO I Las decisiones judiciales en el sistema de fuentes de derecho internacional

A. INTRODUCCIÓN

Las fuentes del derecho, a pesar de no tener una conceptualización unánime, se consideran como el origen de las normas y de las obligaciones jurídicas vinculantes. Estas fuentes no existen por sí mismas, sino que se circunscriben dentro de un ordenamiento jurídico determinado. Así, por ejemplo, se habla de las fuentes de los derechos nacionales y del derecho internacional (Oppenheim, International Law. A Treatise, 1912, págs. 21-24) (Bisschop, 1940, págs. 236-238) (Hynning, 1956, págs. 117-118) (Kelsen, 1967, pág. 233) (Schachter, 1968, págs. 307-322) (Kennedy, 1987, págs. 37-39) (Menon, 1989, págs. 113-114) (Schiele Manzor, 2008, págs. 183-186) (Pérez Luño, 2011, págs. 17-21) (Yerima, 2014, págs. 41-42) (Thirlway, 2014, págs. 1-4) (Collins R. , 2014, págs. 37-39).

Según la doctrina del sistema de fuentes del derecho internacional, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es la piedra angular de la discusión de lo que debería entenderse o no como fuente de esta área del derecho (Kelsen, 1967) (Schachter, 1968, págs. 300-304) (Riedel, 1991, págs. 58-65) (Shahabuddeen, 1996, págs. 40-43) (Bernal, 2003, págs. 427-429) (Cohen, 2007, págs. 74-79) (Peil, 2012, págs. 136-139). Sin embargo, lo que esta disposición señala es la función que posee la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas. Para llevar a cabo dicha competencia, el órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) deberá aplicar los siguientes apartados de dicha disposición: a) los tratados, b) la costumbre internacional, c) los principios generales del derecho y, d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia, como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945). Este último apartado también se relaciona con lo establecido en el artículo 59 de la misma convención, que indica que la decisión de la CIJ no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto de ese caso (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945). Por último, el artículo 38-2

establece que no hay restricción a la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono* si así es convenido por las partes (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945).

Lo establecido en el apartado d) del artículo 38 en suma a lo establecido en el artículo 59 del mismo tratado, hacen entender que las decisiones judiciales son un medio auxiliar que esclarece las reglas del derecho internacional y que estas solo serán vinculantes para las partes en litigio de un caso concreto. Por tanto, los efectos de dichas sentencias son relativos, pues no obligan a los demás Estados. Es por ello por lo que las decisiones judiciales de la CIJ no son consideradas como fuente formal de derecho internacional, pues no son sentencias que establezcan derechos y obligaciones con efectos *erga omnes*.

En el caso de las fuentes del derecho internacional, la doctrina también ha asumido que existen dos tipos de categorías para las fuentes de este ordenamiento jurídico y que se pueden encontrar en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, estas son: las formales y las materiales. Las primeras son aquellas que se producen del proceso o métodos de la creación del derecho, como los tratados internacionales y la costumbre. Las segundas, en cambio, se refieren a los momentos históricos, ideológicos, culturales, etc. que determinan el contenido de las normas jurídicas, por ejemplo, las decisiones judiciales (Corbett, 1925, pág. 23) (Kammerhofer, 2004, pág. 541) (Monroy Cabra, 2005, págs. 77-79) (Schiele Manzor, 2008, pág. 183) (d´Aspremont, 2011, págs. 148-150) (Becerra Ramírez, 2017, págs. 8-10) (Besson, State Consent Disagreement in International Law-Making. Dissolving the Paradox, 2018, págs. 292-294). No obstante, este ordenamiento jurídico ha tenido una evolución dinámica durante la historia e incluso en la actualidad se han generado nuevos debates que señalan que las decisiones judiciales podrían ser fuente formal de derecho internacional (Weiler J. , The Community System: the Dual Character of Supranationalism, 1981, págs. 273-280) (Riedel, 1991, págs. 60-73) (Watson J. , 1992, págs. 108-112) (von Bogdandy & Venzke, Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers, 2011, págs. 979-984 y 986-993) (Caserta, 2017, págs. 580-591).

Por tanto, es necesario analizar si dicho artículo puede continuar siendo la piedra angular de la discusión en la doctrina de las fuentes del derecho internacional. Por ello, este capítulo se encargará primero de indagar históricamente, aunque de forma resumida, la doctrina de las fuentes del derecho internacional. Luego, analizará el concepto de las fuentes del derecho y su relación con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Tercero, identificará la posición de las decisiones judiciales en el sistema actual de fuentes de derecho

internacional. Cuarto y, por último, la relevancia de las decisiones judiciales en el discurso de la creación del derecho.

B. HISTORIA DE LA DOCTRINA DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

La historia de las fuentes del derecho internacional que precede a su "codificación" en el artículo 38 proviene del pensamiento legal preclásico, en el cual las fuentes del derecho empezaban a tomar relevancia entre los juristas de la ilustración. Años más tarde, esta discusión doctrinaria vuelve a retomarse con mayor interés en los discursos de la modernidad. Algunos señalan que la discusión legal sobre las fuentes del derecho internacional fue un eje central de la ilustración legal, donde se pretendía que dicho ordenamiento jurídico se distinguiera de la política y, por ende, que fuese independiente y vinculante. La concepción del derecho internacional se consolidó y fue puesta en práctica en los orígenes del derecho internacional moderno a fines del siglo XIX y a principios del siglo XX con la profesionalización de esta disciplina jurídica. Sin embargo, su carácter vinculante fue limitado o fundamentado en el voluntarismo Estatal. Es a partir de este voluntarismo que se busca asegurar la validez legal objetiva del derecho y por medio de la cual las fuentes del derecho son válidas y vinculantes (Besson & d'Aspremont, The Sources of International Law. An Introduction, 2017, págs. 1-14).

Entonces, el derecho será válido si está en conformidad a la doctrina de las fuentes y, en consecuencia, este se convertirá en material vinculante que podrá ser exigido en la argumentación jurídica. No obstante, persisten algunos problemas con la teoría de las fuentes del derecho internacional y cinco de ellas son señaladas por autores como Besson y d'Aspremont, estas son: primero, las fuentes pueden explicar la creación y el carácter vinculante de las normas identificadas como válidas, pero no determinan los mecanismos ni su naturaleza. Segundo, la teoría proveniente de la modernidad no indicó como debían ser interpretadas las fuentes, ni la forma en cómo debían ser interpretadas las normas validas según dicha doctrina. En tercer lugar, el problema conceptual que surge entre la distinción entre fuentes (como identificación de derecho) y la interpretación (determinación de contenido). El cuarto problema se refiere a la falta de aplicación interna de las normas vinculantes internacionales. El quinto y último, la incapacidad de las fuentes para tener en cuenta la

diversificación de los procesos de creación del derecho internacional y de la proliferación de los sujetos en dicho ordenamiento jurídico. A pesar de dichos problemas, la relevancia de dicha doctrina perdura y, de hecho, se han retomado ciertas discusiones acerca de su contenido. Algunas de estas discusiones han buscado librarse de la doctrina de las fuentes, otras persiguen su reforma. La última, por ejemplo, se fundamenta en la identificación de nuevas posibles fuentes, en otras palabras, su objetivo es separarse del listado de las fuentes clásicas o tradicionales del derecho internacional que ahora se ve "codificado" en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ (Besson & d'Aspremont, The Sources of International Law. An Introduction, 2017, págs. 2-16).

En los siguientes subapartados se estudiarán los datos históricos más relevantes sobre el origen de la doctrina de las fuentes del derecho internacional.

a. La inspiración de la doctrina de las fuentes del derecho internacional

Gaurier, históricamente y de forma más detallada, narra cómo se desarrolló la doctrina de las fuentes en la tradición más moderna del derecho, en la cual los primeros autores no tenían presente lo que nosotros ahora conocemos como derecho internacional. Dichos autores estaban más enfocados en el derecho de la guerra y de la paz u de otros temas como la diplomacia, los límites fronterizos, la neutralidad, etc. Cada uno de ellos provenía de diferentes culturas y tradiciones jurídicas, por lo que es necesario analizarlos desde sus perspectivas y tradiciones jurídicas. Esto permitirá comprender su inspiración jurídica sobre el derecho internacional en sus escritos clásicos. Para ello, el autor clasificó dichas fuentes en: derecho romano, derecho canónico, historia de la antigüedad o de la biblia y eventualmente la historia contemporánea (Gaurier, 2017, págs. 86-90).

El derecho romano fue una de las primeras fuentes de inspiración para los escritos del derecho internacional, especialmente sobre el derecho de la guerra y de la paz. Algunos autores que reflejaban dicha inspiración fueron: Pietrino Belli (1502-1575), Alberico Gentilli (1552-1608), Hugo Grocio (1583-1645), Richard Zouche (1590-1660), etc. Por otra parte, algunos autores que provenían de la tradición del derecho canónico eran principalmente miembros de la iglesia católica. Estos, por mencionar algunos, eran: Francisco de Vitoria (1480-1546) y Francisco Suárez (1548-1617) (Gaurier, 2017, págs. 86-90).

Todos estos autores se dedicaron a analizar el derecho de la guerra y la paz, y al referirse a la costumbre lo hacían circunscribiéndola a dicha área del derecho. De hecho, ninguno de ellos expresó directamente que, por ejemplo, la costumbre fuese una fuente del derecho internacional. Grocio consideraba que era imposible determinar los elementos constitutivos de la costumbre y expresó que esta, ahora fuente del derecho, no podía ser considerada como derecho de las naciones (Grotius, Chapter VIII. Of Such Properties as are Commonly Called Acquisitions by the Right of Nations., 2005, págs. 634-636). Un solo autor declaró a fines del siglo XVII que la costumbre era fuente del derecho internacional y fue en una pequeña contribución llamada "*De Jure Gentium"* de Samuel Rachel (1628-1691). Este autor podría ser considerado como uno de los primeros positivistas de la época, pues la mayoría de autores se avocaban al derecho natural para explicar las fuentes del derecho de las naciones (Rachelli, LXXVI). De la misma manera, los tratados tampoco fueron comprendidos por los autores clásicos como fuente de derecho de las naciones y su fuerza vinculante era debatida o contrariada constantemente.

Gaurier, por su parte, menciona que Grocio fue muy categórico acerca de los tratados y los calificó como parte de la voluntad del derecho de las naciones. Estos, según Grocio, eran contratos bilaterales entre dos naciones y por ello solo eran vinculantes para los Estados contratantes. Sin embargo, Grocio se refería a estos como una promesa, ya sea de interés público, en cuanto alianzas, etc. y por tanto no podían ser considerados como una fuente real de derecho internacional (Gaurier, 2017, pág. 91).

No fue hasta el siguiente siglo, justo a fines del XVII, que las conceptualizaciones del derecho internacional pasaron a ser menos teóricas y más prácticas. Con ello la discusión académica se enfocó en determinar cuáles eran las verdaderas fuentes del derecho de las naciones. Es en esta época en la que el derecho natural empieza a tener menos relevancia en el discurso jurídico y con ello se pasó a considerar aún más el argumento del derecho positivo de las naciones europeas. En esta época resaltaron los trabajos de Richard Zouche (1590-1660) y los de Samuel Rachel, pues estos dos autores habían reconocido en sus escritos a la costumbre y a los tratados como fuentes del derecho de las naciones.

Zouche, por ejemplo, reconoció a la costumbre como fuente de derecho en el entendido que esto era lo que de manera común había sido aceptado como derecho por la mayoría de las naciones. Lo mismo ocurre en el caso de los tratados, porque estos desarrollan el derecho de las naciones mediante acuerdos entre Estados. De la misma manera que Zouche, Rachel afirmó

que el derecho de las naciones surge del derecho romano *jus feciale*. También manifestó que este ordenamiento jurídico está fundamentado en el acuerdo de las naciones, pues ningún Estado tiene autoridad sobre otro, ni de su gente libre y en cuanto a derecho están vinculados a la sociedad y entre ellos. Para este autor existen dos fuentes: la costumbre y los tratados. La costumbre posee implícitamente el consentimiento de los Estados y los tratados vinculan a aquellos que han brindado su consentimiento creando así un derecho específico que podría ser desarrollado a un derecho más general (Gaurier, 2017, pág. 92).

Milos Vec, en cambio, nos brinda un enfoque más moderno sobre la teoría de las fuentes, pues él arguye que dicha doctrina tiene su punto de partida en el siglo XIX. Su argumento se fundamenta en que es en esa época en la cual se habla de la normatividad o reglas del derecho internacional en la tradición europea. El autor justifica su afirmación basado en que esta tradición o perspectiva fue la dominante, entre los años 1815 a 1914, en algunos autores de nacionalidades alemana, inglesa, americana, francesa, chilena, argentina, etc. En dicho momento, los académicos de relevancia tenían el interés común de institucionalizar el derecho internacional, pues su objetivo era dominar el discurso legal sobre la teoría de sus fuentes. Además, esta etapa se caracterizó por ser un periodo de juridificación, universalización y positivismo (Vec, 2017, págs. 121-123).

En dicho momento no había claridad entre los juristas de lo que se debía comprender como fuentes del derecho y así fue expresado por Lassa Oppenheim en 1905. Este autor utilizó una metáfora basada en el origen de un arroyo, separando así la fuente (origen) de cómo esta fluye en el camino (Oppenheim, Sources of the Law of Nations, 1905, págs. 20-25). Esta aproximación también fue compartida por Franz Von Holtzendorff, quién mencionó que la fuente por una parte es el origen visible del arroyo, y por otra también existe su producción que es invisible y, que, en el caso jurídico, las fuentes requieren de acciones preexistentes y continuas de una idea legal (Holtzendorff, 1885).

Este periodo jurídico demostró que no existía un consenso entre los autores para determinar qué debía ser considerado como fuente del derecho internacional, algunos de ellos establecían que existía una diversidad de fuentes (Henry Wheaton, estadounidense), otros mencionaron que la doctrina de los autores de renombre eran fuentes (Carlos Calvo, argentino; John Basset, Pasquale Fiore's). Von Holtzendorf tenía una idea contraría a estos últimos, ya que según él las decisiones judiciales y la doctrina no eran fuentes del derecho internacional. Según este autor, estas únicamente eran prueba de lo que ya estaba establecido en las demás fuentes. Milos

Vec, por su parte, menciona que probablemente dichos autores no consideraban que estaban todos en desacuerdo, porque ninguno definía con propiedad lo que eran las fuentes del derecho y tampoco existía algo parecido al artículo 38 del Estatuto de la CIJ que permitiera abrir el debate de lo que se debía considerar o no como fuente. Es por ello por lo que los autores tenían cierta libertad creativa a la hora de escribir sus ideas sobre lo que debía ser considerado como tal (Vec, 2017, págs. 123-126).

Para Vec, la construcción teórica de las fuentes se puede dividir en dos corrientes. La primera se le define y categoriza como una etapa de tradición continua premoderna del siglo XIX que se basaba en el derecho natural y de las naciones, y, la segunda, como la modernización a través de las fuentes históricas. La primera se caracterizaba por conceptualizar al derecho internacional como un derecho natural universal que a su vez era su fuente principal. Sus normas derivaban de la analogía domestica que también eran transferidas al Estado. La doctrina de esta corriente cayó en desuso, no obstante, algunos postulados perduraron, por ejemplo, el de los derechos fundamentales y los deberes de los Estados. La segunda hizo referencia a la modernización del derecho internacional lo cual estaba enfocado en las fuentes históricas, los tratados y la costumbre, dejando así al derecho natural sin relevancia doctrinaria. Esta fue mayoritariamente una influencia europea y algunos de sus expositores fueron: Pierre Neyron, Karl Günther y Georg Friedrich von Martens (Vec, 2017, págs. 126-129).

b. La influencia europea en la doctrina de las fuentes del derecho internacional

Autores como Pierre Neyron, Karl Günther y Georg Friedrich Von Martens, tuvieron su impacto en el entendimiento del derecho internacional, pues Europa se constituyó como el origen doctrinario de lo que debía ser considerado como fuente del derecho de las naciones, convirtiéndola así en una disciplina positivista. Esto fue criticado por el estadounidense Henry Wheaton bajo el argumento que para él no existía un derecho internacional uniforme para todas las naciones y Estados del mundo. También criticó el hecho de que el derecho público siempre había sido limitado para los pueblos civilizados y cristianos de Europa o de origen europeo (Wheaton, 1916, págs. 1-31). Esta disciplina, efectivamente, se constituyó por ser europea, práctica y moderna, y que prometía validez jurídica a sus lectores, rechazando así la especulación filosófica del derecho natural (Vec, 2017, págs. 131-132).

A partir de los escritos de estos autores se debatió sobre la normatividad del derecho internacional, de las fuentes, de su sistematización y de su interrelación. El punto teórico de partida fue que este orden jurídico era un sistema de normas. Muchos contradijeron esta perspectiva con la idea de que el derecho internacional no estaba basado en normas, sino en la moralidad existente entre los Estados. Otros autores señalaban que el contenido de dicho orden jurídico se encontraba dentro de las normas Estatales. Sin embargo, Rudolf von Jhering fue uno de los que zanjó esta discusión y manifestó que el carácter legal del derecho internacional era innegable para la época (von Jhering, 1913, pág. 243). Sin embargo, el derecho natural no fue del todo descartado en el derecho internacional, pues este se ve expresado en el cumulo de los principios que para ese momento servían como relleno de los vacíos legales positivos. Con ello se pretendía establecer la naturaleza internacional de las relaciones y la inclusión de los valores en el sistema jurídico internacional. Estos principios representaban la relación entre la política y el derecho (Vec, 2017, págs. 140-144). Por otra parte, y muy relevante, se debe tener en cuenta que dicha discusión doctrinaria se realizó sin la consideración de las organizaciones internacionales como sujetos de este ordenamiento jurídico. Por tanto, no existía un debate sobre el rol legislativo que estas organizaciones podían ejercer en las relaciones jurídicas dentro del derecho internacional (Mälksoo, 2017, págs. 146-153).

c. La codificación del derecho internacional

El carácter positivista del derecho internacional se reflejó de forma concreta en la "codificación" de las fuentes del derecho internacional en 1920. Esta codificación se concretó con el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). Este tribunal era exclusivo para las disputas de los Estados, por tanto, el listado de las fuentes de este ordenamiento jurídico se configuró de acuerdo con esta necesidad. Por otra parte, fue la academia quién reconoció al artículo 38 de dicho estatuto cómo el que establecía las fuentes primarias, secundarias y subsidiarias de este ordenamiento jurídico. Las primarias estaban conformadas por los tratados y la costumbre, las secundarias por los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas y las subsidiarias por las decisiones judiciales y la doctrina de los autores de renombre. Es en esta etapa donde se vislumbra la decadencia del derecho natural en consecuencia de la "certeza" provista por el derecho positivo. Esto se puede comprobar en la lectura de los trabajos preparatorios del Comité Asesor de Juristas quienes

redactaron en 1920 el Estatuto de la CPJI. Uno de ellos, Elihu Root, manifestó que las naciones únicamente se someterían al derecho positivo y no a principios que no estuvieran positivados en conformidad al consentimiento de los Estados (Mälksoo, 2017, págs. 153-161) (Permanent Court of International Justice. Advisory Committee of Jurists. , 1920, pág. 287).

En dichos trabajos preparatorios se da cuenta del intenso debate que hubo entre Elihu Root y el Barón Edouard Descamps, quién fue el presidente de dicho comité. Este último presentó la propuesta de que los jueces debían aplicar las siguientes reglas: tratados, costumbre, las reglas reconocidas por la consciencia de las naciones civilizadas y la jurisprudencia internacional como un medio para la aplicación y desarrollo del derecho (Permanent Court of International Justice. Advisory Committee of Jurists. , 1920, pág. 306). La tercera de ellas, las reglas reconocidas por la consciencia, fue objetada por Root pues según él era ambigua y no comprendía si esta no tenía el carácter de una regla definitiva. Root, a su vez, recalcó que el comité debía limitarse a las reglas contenidas en las convenciones y al derecho positivo. Ante esa postura, el presidente respondió que sería un grave error considerar que los Estados puedan ser únicamente vinculados a través de tratados por los cuales han consentido, pues el juez debe aplicar el principio de la justicia objetiva, la doctrina y la consciencia de las naciones civilizadas (Permanent Court of International Justice. Advisory Committee of Jurists. , 1920, págs. 293-294)[1].

Estas discusiones son el fundamento del porqué hoy en día se interpreta y se toma como punto de partida de la discusión doctrinaria de las fuentes del derecho internacional al artículo 38 del Estatuto de la CIJ, pues este artículo es el resultado de la influencia legal positivista de la época. Los trabajos preparatorios del comité de juristas de 1920 permiten visualizar la tendencia hacia lo concreto y verificable en la doctrina de las fuentes del derecho internacional, así como el respeto primordial y absoluto de la soberanía Estatal (Mälksoo, 2017, pág. 158).

[1] Esta terminología, la consciencia de las naciones, habría sido usada previamente por Martens y que también fue plasmada en el preámbulo de la Convención de la Haya de 1899 (Mälksoo, 2017, págs. 155-156).

C. El artículo 38 del Estatuto de la CIJ como piedra angular de las fuentes y las criticas doctrinarias

Definir qué son las fuentes del derecho internacional ha sido un reto práctico y académico que se ha sostenido a lo largo del tiempo. Esto se debe a que tanto los autores como los operadores del derecho no han convenido de forma unánime lo que se debe de comprender como fuente jurídica (Besson & d'Aspremont, The Sources of International Law. An Introduction, 2017, págs. 2-6). En la actualidad, una primera aproximación de las fuentes del derecho internacional se relaciona con el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Dicho tratado está vigente para aquellos Estados que hayan suscrito y ratificado la Carta de las Naciones Unidas, pues *ipso facto* serán parte de este estatuto. Actualmente, forman parte de dicho Estatuto 193 países miembros de las Naciones Unidas, y 73 de ellos han emitido una declaración que permite que dicha jurisdicción sea obligatoria en ciertos conflictos internacionales, el resto se acoge a lo establecido en los artículos 35, 36 y 38 del mismo convenio[2]. Sin embargo, la vigencia legal del artículo 38 no implica que este se encuentre acorde a las necesidades del derecho internacional actual. La falta de concordancia entre dicha disposición con las exigencias actuales de este ordenamiento jurídico se deben a diversos debates que se concentran en determinar qué es y no es fuente de derecho internacional (Bisschop, 1940, págs. 235-240) (Bos, 1977, págs. 10-14) (Bederman, Borgen, & Martin, 2003, pág. 17) (Pauwelyn, 2003, págs. 89-94) (Cohen, 2007, págs. 83-89) (d´Aspremont, 2011, págs. 151-161). En los siguientes subapartados se comentarán algunos debates actuales acerca de la doctrina de las fuentes del derecho internacional.

a. Los debates acerca del artículo 38-1 del Estatuto de la CIJ

La doctrina mayoritaria es partidaria de que el artículo 38-1 del Estatuto de la CIJ es la disposición que determina las fuentes formales del derecho internacional. En cambio, la doctrina disidente manifiesta que se debe de reanalizar la relevancia de dicho artículo en la discusión doctrinaria de las fuentes del derecho internacional. Esto último se debe a dos

[2] Dichos artículos establecen que estos Estados podrán acceder a la jurisdicción del tribunal cuando ellos así lo soliciten.

razones: primera, el artículo 38-1 carece de elementos formales, segunda, la creación del derecho no puede estar únicamente supeditada a la voluntad soberana de los Estados. Por tanto, analicemos dicho artículo que se determina de la siguiente manera:

> "1- La corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
>
> a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
> b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
> c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
> d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio a lo dispuesto en el artículo 59.
>
> 2- La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convienen" (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945).

Dicho artículo establece lo que la CIJ, como órgano judicial de la ONU, deberá aplicar para resolver los conflictos entre partes. Por esta razón, **dicha disposición no debería considerarse como una regla general que determine a todo el derecho internacional**, pues no todo el orden jurídico internacional está fundamentado en el consentimiento y voluntad para la creación del derecho (Cárdenas Castañeda, 2013, págs. 359-360). Si dicha noción fuera aceptada, se estaría consintiendo a favor de la mínima intervención del derecho internacional sobre la esfera interna de los Estados para priorizar su defensa absoluta de su soberanía, integridad y autonomía[3]. Esta perspectiva del derecho internacional ya no tiene cabida en la actualidad, pues este ordenamiento jurídico afecta de manera transversal a todo el derecho de la comunidad internacional. Además, este derecho se ha especializado aún más, ya que en la actualidad existen subsistemas como: el Derecho Internacional Ambiental, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional Criminal, el Derecho Internacional de la Inversión, etc. En todos estos sistemas, las fuentes del derecho internacional están siendo sometidas a distintos cambios y adiciones, por ejemplo, en algunas de ellas la jurisprudencia

[3] A esto se le denomina "*apology in international law"* (Cárdenas Castañeda, 2013, pág. 361).

es aceptada como fuente formal de derecho internacional (Thirlway, 2014, págs. 34-36) (Pérez Luño, 2011, págs. 85-94).

Esta última perspectiva, acerca de las decisiones judiciales, está en contra de lo que, de acuerdo con ciertos autores tradicionalistas, se aceptaría como fuente formal de derecho internacional. Esto se debe a que las sentencias, según el artículo 38-1, apartado d), son un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 59. Esta última disposición manifiesta que las sentencias del tribunal de justicia de la ONU únicamente poseen un efecto *inter partes* o efecto relativo (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945). Es decir, el resultado final del litigio solamente será vinculante para las partes en el mismo, lo que impide que se generen derechos y obligaciones para terceros. Este efecto es el que impide que las decisiones judiciales de la CIJ sean consideradas como fuentes formales de derecho internacional. Estos autores sostienen que las fuentes formales del derecho internacional son procesos o métodos de creación del derecho que se derivan del consentimiento estatal, tal como se da en los casos de los tratados y de la costumbre. Además, dichos académicos apuntan que los jueces no están legitimados para crear derecho, sino solo para aplicarlo, y por ello que sus sentencias solo poseen un efecto relativo (Bisschop, 1940, págs. 240-245) (Menon, 1989, pág. 128 y 129) (Pauwelyn, 2003, págs. 109-114) (d´Aspremont, 2011, págs. 186-190) (Hrestic, 2017, págs. 108-110) (Becerra Ramírez, 2017, págs. 84-88).

Este pensamiento tradicionalista de las fuentes del derecho internacional se fundamenta en que este ordenamiento jurídico se limita al Estado como sujeto y objeto. Por ello, para considerar a ciertos actos o instrumentos como fuente se requiere de: a) acuerdos entre los Estados, b) de costumbre, c) de consenso o de dominación. Son los Estados, a lo largo del tiempo, desde su perspectiva y voluntad, los que han configurado y limitado al derecho internacional a la soberanía Estatal. El problema actual de dicha configuración recae en el fenómeno de la globalización, el cual se refiere a la existencia de una mayor conexión entre los Estados; y este ordenamiento jurídico pareciera no estar cohesionado. Esta falta de cohesión surge gracias al desarrollo, interpretación y contextualización del derecho a través de diversos sujetos, esto tiene como resultado una mayor especialización del ordenamiento jurídico internacional. Por ello, no es posible limitar el derecho internacional a las fuentes de corte tradicional y así surge el debate de las nuevas posibles fuentes de este orden jurídico (Jessup, The Subjects of A Modern Law of Nations, 1974, págs. 383-393) (Nicolaïdis & Tong, 2004, pág. 1349 y ss.) (Pérez-León, 2008, págs. 600-602).

A raíz de este debate, también se cuestionan las dificultades que se generarían en la práctica a causa de las nuevas fuentes, puesto que podrían surgir conflictos inducidos por múltiples jurisdicciones donde el derecho es desarrollado y aplicado. Tres son los temores más arraigados entre los operadores y teóricos del derecho. El primero se refiere a los posibles conflictos entre ordenamientos jurídicos y que esto tenga como resultados el sobreesfuerzo y gasto innecesario de recursos. El segundo se determina por la diversidad de pronunciamientos entre órganos judiciales producto de sus competencias y por los deseos de destacar o ser más influyentes. El tercero es el resultado que se deriva de los primeros dos, y esto es el debilitamiento de la legitimidad del derecho en general. La diversidad de fuentes, además de ser un sinónimo de progreso, también representa un riesgo que profundiza la perdida de cohesión de las normas en el sistema jurídico internacional (Nicolaïdis & Tong, 2004, pág. 1352 y ss.). Sin embargo, la evolución de este ordenamiento jurídico se debe a su propia configuración histórica a partir de las ideas de Francisco de Vitoria. Vitoria fue el primer teólogo en discutir la idea medieval de la jurisdicción universal ejercida por el Papa en virtud de sus facultades divinas para promulgar el derecho cristiano mediante la guerra. Es en esta idea que el teólogo fundamentó la existencia de un nuevo sistema de derecho internacional con la premisa de la necesidad de promover la libertad para viajar, comerciar, y cumplir con los deberes de evangelización, sin que estas necesidades se vieran fundamentadas en un justo título cómo el del Papa para proclamar la guerra. Vitoria manifestó que la soberanía permitía declarar justa guerra y que esta nunca podría ser parte del pueblo indio, puesto que los indios debían ser disciplinados a través del derecho. En otras palabras, el conquistador, como justo soberano, sometía al conquistado y este último debía someterse al derecho del primero, siendo este el reflejo de Dios como la fuente de derecho sin fronteras. Por tanto, la soberanía se consolidó como el elemento esencial para crear derecho y ejercerlo (Vitoria, 1975, págs. 87-ss) (Nicolaïdis & Tong, 2004, págs. 1352-1354).

Esta configuración del derecho fue retomada por Hugo Grocio y se manifestó en su participación en la paz de Westfalia[4]. Esta conceptualización perduró por siglos y se consolido como la única idea occidental sobre los derechos y las obligaciones de los Estados colonizadores y los colonizados, además del orden como requisito implícito en las relaciones internacionales (Grotius, The Rights of War and Peace, Book I, 2005, págs. 17-30). Por ello se menciona que el derecho internacional moderno surge a partir del proyecto de sometimiento de Europa sobre los otros. En consecuencia, surge el cuestionamiento de lo que las nuevas

[4] Dicha paz se refiere a dos tratados de paz Osnabrück y Münster que fueron firmados el 15 de mayo y el 24 de octubre de 1648. Con ello se finalizó la guerra de los treinta años en Alemania y la guerra de los ochenta años entre España y los Países Bajos.

fuentes del derecho internacional requieren y cómo estas están siendo influenciadas por aquellos que en la antigüedad eran considerados como "sometidos" sin capacidad de negociación (Nicolaïdis & Tong, 2004, pág. 1370 y ss.). Una primera respuesta a estos cuestionamientos es que el derecho internacional debe configurarse a través de los sujetos Estatales y no Estatales. Un ejemplo de ello ocurre cuando la norma es internalizada y aplicada por un juez nacional sin la necesidad de un proceso previo de aprobación. Con ello, la soberanía como piedra angular del proceso de creación del derecho se ve mermada por los nuevos sujetos del derecho internacional, es decir, dicho orden jurídico no es modificado o aplicado únicamente por los Estados. La actual globalización implica que los Estados tienden a atribuir competencias soberanas a organizaciones intergubernamentales o supranacionales, ya sean regionales o transnacionales. Estas organizaciones internacionales permiten que la conceptualización de la soberanía pueda ser debatida, mas no reemplazada. Claramente, desde la configuración jurídica de Francisco de Vitoria, los autores renombrados del derecho internacional han intentado crear su propia versión de este ordenamiento jurídico. La perspectiva que ha imperado en estos es la de sostener la supremacía de su propia cultura, situación que en la actualidad no se puede sostener debido a la diversidad (Vitoria, 1975, pág. 53 y ss.) (Nicolaïdis & Tong, 2004, págs. 1352-1356).

Estos argumentos apuntan a que existe un crecimiento en la diversidad de las fuentes del derecho internacional, lo cual es un resultado de los desarrollos a nivel global y local de las políticas económicas, tecnológicas y políticas. Este resultado potencia la gobernanza supranacional que genera actores transnacionales o supranacionales, por lo que es natural que las fuentes tradicionales del derecho internacional se vean afectadas. Estos nuevos actores no estatales colaboran con el Estado en diferentes niveles del proceso de la creación del derecho, tales como: en su formación, interpretación, aplicación, e implementación en el orden jurídico interno de los Estados. Con ello emergen ciertas áreas en las que se identifican posibles conflictos en la formación del derecho: la primera se destaca por los conflictos entre las normas. La segunda sucede cuando existe un conflicto entre normas, pero una de ellas es ilegal y por lo tanto se nulifica. La tercera se fundamenta en la prevalencia de la norma a través de *lex specialis* o *lex posteriori*, y, por último, la cuarta se da en los casos que algunas secciones del tratado sean únicamente vinculantes para una de las partes, por lo tanto, las obligaciones del otro se verán afectadas. Por otra parte, al constituirse diversas organizaciones con jurisdicción para resolver los conflictos que surjan de los tratados de la comunidad, habrá diversidad de normas

aplicables, y la interpretación de estos tratados o normas jamás será algo estático, sino como una evolución constante del derecho (Nicolaïdis & Tong, 2004, pág. 1356).

La diversidad de las fuentes del derecho también se puede entender como producto de la delegación y la evolución constante del derecho. Esta evolución puede ser descrita a través de tres atributos: el primero, si el derecho está fundamentado en el consentimiento estatal; segundo, si este es preciso y claro; por último, si es vinculante para el Estado y otros actores. Estos tres atributos constituyen la base del derecho internacional. No obstante, el ordenamiento jurídico internacional actual se está apartando de dicha base. Otros teóricos modernos, en cambio, manifiestan que las fuentes formales generan derecho si cumplen ciertas características, como: a) la norma posee un contenido específico, b) esta es aceptada por las autoridades correspondientes, y c) existe la voluntad de su cumplimiento por parte de sus destinatarios (Nicolaïdis & Tong, 2004, pág. 1358).

Más allá del reconocimiento de las decisiones judiciales como fuente formal de derecho que será el tema por desarrollar en esta tesis, se manifiesta por parte de algunos teóricos que el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que genera la discusión a la cual se ha hecho mención, posee cierto contenido informal que evidencia diversas contradicciones y sus deficiencias en cuanto a la evolución de las fuentes del derecho internacional. Esto se debe a que, de acuerdo con d'Aspremont, las fuentes del derecho dependen de criterios informales de creación del derecho como sucede en los casos de las fuentes no escritas como la costumbre, los principios generales y los acuerdos verbales (d´Aspremont, 2011, pág. 18 y ss.). D' Aspremont continúa y afirma que el artículo 38 del Estatuto de la CIJ jamás tuvo la intención de constituirse como el parámetro de lo que se debe considerar o no como fuente de derecho. Más bien, dicha disposición únicamente apostó por establecer el derecho aplicable por parte de la CIJ, tampoco apuntaba a considerarse como una lista taxativa de las fuentes del derecho internacional. Sin embargo, la necesidad de los operadores del derecho internacional y la doctrina general, que ha proporcionado de autoridad a dicho artículo, ha permitido que esta disposición se posicione como la única herramienta a través de la cual se identifique lo que se comprende como derecho en esta área jurídica.

b. *Hard law y soft law*

De acuerdo con Fabián Cárdenas, las nuevas alternativas y formas de la determinación del derecho se deben a la especialización de este, por ejemplo, el derecho internacional ambiental que se adapta a los constantes cambios y riesgos ambientales. Además, este derecho es de interés global por lo que no está limitado a los conflictos bilaterales entre Estados. El derecho internacional, continúa Fabián, debería responder adaptándose a la realidad y no a la inversa, tal como lo manifiesta la doctrina. Para este autor, el ejemplo más claro de dicha afirmación es el derecho internacional ambiental, pues representa las dinámicas del derecho internacional. Por eso mismo, los teóricos dedicados a este orden jurídico incluyen como fuentes de derecho a las decisiones judiciales, doctrina y el "*soft law*", que son considerados como la antítesis del "*hard law*" representada por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ (Cárdenas Castañeda, 2013, págs. 357-362).

El "*soft law*" es una especie de materia gris dentro del derecho internacional, pues establece preceptos que parecieran ser no obligatorios para los contratantes. Esto es una paradoja para las fuentes escritas que muchos teóricos manifiestan como las fuentes formales del derecho internacional y que son comúnmente reconocidas como "*hard law*". La comparación y distinción entre ambas categorías podría hacer entender que hay distintas maneras de hacer derecho más allá de las que la doctrina señala al fundamentarse bajo el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Estos instrumentos generalmente son determinados como políticos y no legales, no obstante, los teóricos como Fitzmaurice, Cárdenas, Kiss y Shelton, entre otros, manifiestan que estos instrumentos no carecen de autoridad legal, a pesar de que no se conciban como derecho. Su autoridad legal deviene de su proceso de creación que se fundamenta en ciertos elementos como: la negociación, cierto elemento de buena fe, la expectativa de cumplimiento, el desarrollo de políticas públicas dentro de los Estados y una intención de crear derecho y de desarrollo progresivo. Cárdenas argumenta que, en el caso del derecho internacional ambiental, el derecho es mucho más controversial, pues los Estados anteponen sus intereses económicos. Por ello, el "*soft law*" se convierte en la herramienta ideal, pues es en estos instrumentos donde existe un deseo por parte de la comunidad internacional de actuar en conjunto sin perder su libertad de acción individual. En sí, dicha comunidad es dinámica, tal como lo deberían de ser las fuentes del derecho internacional. Además, el "*soft law*" al igual que el "*hard law*" requiere

de un instrumento en el que se haga constar la voluntad política de los Estados, por tanto, la voluntad de los Estados siempre estará presente (Cárdenas Castañeda, 2013, págs. 369-370).

Algunos autores han desarrollado la idea de que no debería de existir una diferenciación entre el "*hard law*" y el "*soft law*", puesto que esto solo debilita el orden jurídico internacional. Por ejemplo, Prosper Weil es uno de los académicos que señalan que el derecho internacional sufre de ciertos trastornos que lo debilitan, lo cual se denota en su estructura y en la definición de lo que es y no es norma (Weil, 1983, págs. 413-423). En cuanto su estructura, Weil manifiesta que su debilidad se fundamenta en dos situaciones: la primera, en la inexistencia o inadecuados mecanismos de sanción y, la segunda, en la mediocridad de algunas de sus normas. El autor se concentra en explicar la segunda situación y manifiesta que en ciertos aspectos del derecho internacional solo existen lagunas normativas, en otras el contenido de la norma es controversial y esto conlleva a que los Estados no cumplan con sus efectos.

También, ocurre que la norma es muy abstracta o general y que, por tanto, solo mediante el desarrollo progresivo del derecho se permitirá que esta se constituya como una norma con contenido concreto y preciso, sin embargo, este desarrollo es lento. A su vez, Weil reconoce que la doctrina también señala otra debilidad que se manifiesta en la diferenciación entre "*hard law*" y "*soft law*". No obstante, de acuerdo con su punto de vista, no importa si una norma es "*hard*" o "*soft*", pues esto no debe de afectar su carácter normativo, aunque, también señala que la proliferación de las "*soft law*" no fortalece el orden jurídico internacional. Por otra parte, la debilidad conceptual señalada por Weil se determina por dos circunstancias, la primera se circunscribe a la distinción entre las normas y las que no lo son, y la segunda se refiere a un fenómeno más reciente denominado "*conception of variable normativity*" (Weil, 1983, págs. 413-415). Con respecto a la primera, esta surge por la diversidad de actos realizados por los sujetos de derecho internacional y que ocasiona la dificultad para los juristas de determinar qué es y no es derecho; por ejemplo, la transición de un hecho a costumbre, de una promesa a un acto unilateral, de un acuerdo no vinculante a un acuerdo internacional, etc. Esto ocurre con mayor grado en las resoluciones de las organizaciones internacionales, en concreto en la distinción entre aquellas que crean derechos y obligaciones y las que son únicamente recomendaciones. También reconoce que las organizaciones internacionales no poseen un verdadero poder legislativo y por lo tanto los Estados no reconocen dichas resoluciones como vinculantes (Weil, 1983, págs. 413-415).

En cuanto al segundo fenómeno denominado "*conception of variable normativity*", este se refiere a la función que el derecho internacional debe cumplir. Weil explica que la función del orden jurídico internacional surgió a partir de ciertas necesidades como permitir que los Estados pudieran coexistir mediante relaciones ordenadas y pacíficas, además de concatenar los intereses comunes. Y es a partir de dichas necesidades que se enmarcaron las funciones del derecho internacional: normar las relaciones entre los Estados y servir como base para el alcance de metas comunes. Para ello, al formarse un tratado internacional, siempre operará el requisito *sine qua non* de la voluntad estatal como base del acuerdo entre Estados, sin esta voluntad la función del derecho internacional no tendría sentido (Weil, 1983, pág. 415 y ss.).

c. Otras concepciones sobre las fuentes del derecho internacional

Por otra parte, Harold Koh, jurista y académico estadounidense, apoya una idea contraria a la formalidad que Weil respalda, pues dicho autor señala que para que una norma sea interiorizada en los ordenamientos jurídicos nacionales estas deben ser aceptadas en su diversidad. Esto se refiere a que las normas internacionales son diversas y poseen distintas fuentes, con ello surge su cuestionamiento de ¿por qué los Estados obedecen dichas normas? La respuesta preliminar que nos brinda este autor se fundamenta en la existencia de un proceso legal transnacional. Este proceso se refiere a que una norma internacional es interpretada mediante la interacción entre los diversos actores transnacionales en una diversidad de foros donde se crean las normas y luego se transforman en leyes internas de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por tanto, si los Estados desean formar parte de este proceso transnacional, tendrán que aceptar lo que en dicho foro se interpreta de dichas normas. Esta participación le permite a los Estados reestructurar sus intereses nacionales en conformidad a los intereses del foro (Hongju Koh, 1998, págs. 623-642). También señala que existen tres formas en las que las normas internacionales se interiorizan en los ordenamientos jurídicos nacionales, estas son: social, político y legal. La primera se refiere a que la norma adquiere una gran aceptación legítima por el foro y hay una generalizada adherencia a la misma. La segunda se determina por la aceptación de las elites políticas y se adopta la norma como política de gobierno. La tercera y última ocurre cuando la norma internacional es incorporada al derecho interno mediante ciertos mecanismos como una acción del órgano ejecutivo, acción legislativa o mediante la interpretación judicial, o incluso en la combinación de las tres. No obstante, siempre se requiere

de agentes que permitan internalizar las normas internacionales, pues son estos quienes brindan la "legitimidad" a las normas internacionales (Hongju Koh, 1998, págs. 627-642). Según Koh, existen 6 tipos de agentes: 1) los emprendedores de las normas transnacionales, 2) los patrocinadores gubernamentales, 3) las redes transnacionales, 4) las comunidades interpretativas y el foro que crea el derecho, 5) procesos burocráticos de cumplimiento y 6) los problemas comunes (Hongju Koh, 1998, pág. 646 y ss.). Para el caso de esta tesis, interesa comprender el cuarto agente.

El actor definido por el cuarto agente es aquel que requiere interactuar en espacios públicos y privados caracterizados por ser gubernamentales y no gubernamentales. Ambos espacios se caracterizan por tener la capacidad de crear normas internacionales e interpretarlas, tal como sucede en la Corte Internacional de Justicia. Este foro creador del derecho se comprende por tribunales nacionales, regionales e internacionales, ordenamientos jurídicos nacionales y regionales, entidades ejecutivas, organizaciones no gubernamentales, etc. El conjunto de todos estos elementos conforman una comunidad interpretativa que es capaz de contrarrestar una conducta vulneradora del derecho internacional, interpretarla, y aplicar la interpretación correspondiente de las normas. Para concluir, Koh menciona que la participación de los Estados o actores internacionales en el proceso legal transnacional permite que las normas sean dinámicas y se interioricen, lo cual sirve como un medio para integrar el orden jurídico internacional y el nacional (Hongju Koh, 1998, págs. 649-651). Por tanto, este autor renuncia, de cierta manera, a la formalidad de la doctrina tradicional que se fundamenta en el consenso o voluntad estatal para la creación de las normas vinculantes.

La contribución de Oscar Schachter, jurista estadounidense, complementa la teoría de Koh desde la perspectiva del fundamento de las obligaciones que se constituyen en el derecho internacional. Él manifiesta que en la actualidad dicho ordenamiento jurídico ha sido rebajado al simple discurso de determinar cuáles son las fuentes formales y materiales del derecho. Según Schachter, se debería de discutir qué elementos se requieren para determinar cuáles son las normas con carácter obligatorio, los cuales, según el autor, son cinco: a) establecer y designar un requisito de acción de comportamiento ante ciertas situaciones, b) que dicha designación indique que ha sido establecida para ser llevada a cabo por actores con la competencia para realizar dicha función y que esté acorde con los procedimientos aceptados para dicho propósito, c) establecer una indicación de la capacidad y voluntad de aquellos quienes deben aceptar la efectividad de dicha acción, d) determinar sus destinatarios, e) señalar que dicha acción se cumplirá en un futuro. Cada uno de estos elementos valida o refuta la

caracterización de una disposición obligatoria y, por tanto, una vez que exista una decisión con esas características, debería ser considerada como fuente del derecho (Schachter, 1968, págs. 307-309).

Este autor continúa y señala que dicho proceso se puede poner en práctica con un pequeño ejercicio de identificar la legitimidad y la efectividad de la norma. La legitimidad se refiere a la autoridad que posee cierto actor en dar una orden o crear una norma, en general, esta es percibida desde un punto psicológico y político. Desde la perspectiva psicológica, se visualizan ciertos elementos, que serán válidos mientras estén en conformidad con la experiencia y la práctica, como: el consentimiento, la expectativa de comportamiento, y la voluntad de la comunidad internacional. Con respecto al consentimiento, este se puede entender como un reconocimiento, por ejemplo, cuando un Estado reconoce que cierta práctica estatal se convierte en derecho y que también requiere que los demás la reconozcan como autoritativa y efectiva. El segundo elemento, permite definir o comprender el derecho eficaz, sin embargo, el autor manifiesta que siempre es necesario ciertos indicios psicológicos para tener certeza de cuándo se crea un derecho. Y el tercero, hace referencia al consenso de la comunidad en aceptar la efectividad de la norma y la competencia de la autoridad que la emite (Schachter, 1968, pág. 311 y ss.).

Como se ha podido evidenciar a través de los argumentos teóricos de ciertos autores del derecho internacional, concebir al artículo 38 del Estatuto de la CIJ como el parámetro de las fuentes del derecho internacional es vincular dicho concepto con las formalidades que deben de existir para que una norma internacional sea considerada como obligatoria. Estas formalidades, generalmente, se circunscriben en el consentimiento entre los Estados que son los gestores y creadores del derecho. En cambio, aceptar la existencia de una pluralidad de fuentes del derecho internacional, más allá de la disposición en comento, conlleva a prescindir de ciertos elementos formales como el consentimiento concebido como un requisito indispensable para la creación de derecho. El consentimiento es un aspecto fundamental en la creación del derecho, no obstante, las actuales exigencias de la comunidad interpretativa del derecho vuelven inviable la sola dependencia del consentimiento para la creación de este. Por tanto, el derecho también puede ser creado través de procesos de interpretación.

D. La posición de las decisiones judiciales en el sistema actual de fuentes del derecho internacional

Hasta este momento se ha argumentado que existen dos posturas, una establece al artículo 38 del Estatuto de la CIJ como parámetro de las fuentes del derecho internacional y la otra señala que esta disposición no fue creada con la intención de ser un parámetro de las fuentes de dicho ordenamiento jurídico. Si aceptásemos la primera postura, las decisiones judiciales se entenderían excluidas de las fuentes del derecho internacional, pues dicho artículo en su apartado d) establece que estas son únicamente vinculantes para las partes en litigio. En cambio, al aceptar la segunda postura, se comprende que existe la posibilidad de que las decisiones judiciales y otras fuentes que no forman parte de esta investigación sean consideradas como fuentes formales del derecho. A continuación, se analizarán ambas posturas.

a. Las decisiones judiciales como un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho

El artículo 38 apartado d) en relación con el artículo 59 del Estatuto de la CIJ es claro y este determina que las decisiones judiciales son un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho, con efecto relativo, es decir, solo vinculan a las partes en litigio. Los autores que establecen que el artículo 38 del Estatuto de la CIJ es el parámetro de las fuentes sostienen que la creación del derecho debe realizarse mediante un proceso formal. Por ejemplo, Bisschop, en una conferencia frente a la Grotius Society en 1940, manifestó que el derecho internacional se fundamenta en la suma de todas las reglas que determinan las relaciones entre los Estados civilizados y estas se vuelven normas internas con su ratificación. El autor, desde un primer acercamiento, demuestra dos elementos esenciales: primero, los sujetos son los Estados y, segundo, el consentimiento es el medio para crear derecho (Bisschop, 1940, pág. 238 y ss.).

Por otra parte, este autor señaló la relevancia que posee el derecho escrito y así lo manifestó en el caso del reconocimiento de la costumbre como fuente de derecho, en la que, si la autoridad judicial declara que cierta práctica es costumbre, esta obtendrá el carácter de un derecho escrito para las partes en litigio. Bisschop apuntó que una de las causas por las cuales el derecho

internacional no ha superado ciertas etapas de desarrollo se debe a que los Estados no están dispuestos a ceder su soberanía por el bien común. Por tanto, si no existe una autoridad capaz de forzar a los Estados a cumplir el derecho creado por los tratados internacionales, dicho derecho será inexistente. También, mencionó que los Estados realizan una interpretación de los derechos a los cuales ellos han suscrito lo que implica una diversidad de interpretaciones sobre un tratado (Bisschop, 1940, pág. 238).

Por otra parte, este autor manifestó que, al no existir una autoridad legislativa internacional, lo único que podrá hacer la autoridad judicial internacional es determinar cómo ciertas reglas serán vinculantes para los Estados, pues sus decisiones brindan de precisión y claridad al ordenamiento jurídico. Además, señala que las decisiones judiciales no pueden ser fuente del derecho, pues el juez no tiene la competencia para crear derecho. El juez es un intérprete imparcial y su función es encontrar una verdadera solución al conflicto que se le presenta, y el precedente que llega a conformar tampoco es derecho, sino que simplemente lo descubre (Bisschop, 1940, pág. 239). Este argumento fue contraargumentado por Friedmann en dicha ponencia manifestando que cuando el juez reconoce un derecho "preexistente", no lo está descubriendo, sino que lo está creando o modificando y que el derecho internacional como tal ha evolucionado y no debería comprenderse como antiguamente se había concebido. Y uno de los elementos en el que Friedmann señala esa evolución fue la posibilidad de la existencia de otros sujetos con la capacidad de poseer autoridad dentro del ordenamiento jurídico internacional, como la Unión Postal Internacional. En otras palabras, este autor consideró como sujetos de autoridad a las organizaciones internacionales (Bisschop, 1940, págs. 250-254).

P.K. Menon es otro autor que apoya las ideas de Bisschop, la postura de este teórico se fundamenta en la falta de competencia de los jueces para crear derecho. Esta postura se debe a la perspectiva de Menon con respecto a la literalidad del artículo 38-1, literal d) del Estatuto de la CIJ. Este autor se encarga de definir qué se debe entender como una medida "subsidiaria", y lo hace a través del diccionario; el cuál define a este término como algo que sirve de suplemento; auxilia, apoya, sirve, etc.; auxilia como un subordinado (Menon, 1989, pág. 128).

Entonces, a partir de dicha definición, Menon comprende que las decisiones judiciales están subordinadas a los demás apartados de dicho artículo (tratados, costumbre y principios generales) y que tienen sentido cuando no existe claridad suficiente en los mismos. Para Menon, las decisiones judiciales son, definitivamente, distintas a las fuentes primarias (formales) por dos razones: primero, porque el artículo 59 del Estatuto establece el efecto

relativo de las sentencias. Segundo, los tribunales internacionales no crean derecho para los que pertenecen al *common law*. Los precedentes no son considerados como autoridad vinculante, pues no existe una regla de *stare decisis* y esto se confirma con el artículo 59. No obstante, el autor reconoce dos posibles fuentes, una es la equidad y la otra los actos de las organizaciones internacionales. La última será relevante para esta tesis (Menon, 1989, pág. 129).

Según Menon, en el derecho internacional clásico no hay mención acerca de las organizaciones internacionales, pues se entendía que la cooperación económica y de otros intereses se llevaba a cabo mediante los tratados bilaterales. Ahora, debido al crecimiento exponencial del sistema multi-estatal y de las relaciones económicas, sociales, técnicas y culturales entre las personas, surgió la necesidad de crear las organizaciones internacionales. Este autor analiza si los actos que los Estados realizan dentro de dichas organizaciones crean derecho internacional vinculante, para ello toma como ejemplo los actos que realizan dentro de la ONU. De acuerdo con Menon, estos actos se constituyen como costumbre de derecho internacional y el fundamento de ello es que en la Asamblea General de la ONU participan jefes de Estado, ministros, representantes del gobierno con la capacidad de vincular a sus respectivos Estados. En dicho foro se espera que todos actúen de buena fe y cuando estos aprueban una resolución sin objeción alguna, se espera que la cumplan (Menon, 1989, pág. 133 y ss.). No obstante, Menon no va más allá en su análisis, no desarrolla si existe la posibilidad de que los actos de las organizaciones internacionales puedan constituirse como una nueva fuente de derecho. Dicho autor concluye que el artículo 38 del Estatuto de la CIJ se establece por la doctrina como parámetro de lo que se debe considerar como fuente de derecho internacional, pero que dichas fuentes se encuentran bajo un dinámico desarrollo durante el tiempo (Menon, 1989, pág. 137 y ss.).

Pauwelyn, en cambio, manifiesta que son 5 las principales fuentes del derecho internacional que han sido reconocidas por la doctrina, estas son: los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, los actos unilaterales de los Estados y los actos de las organizaciones internacionales. Luego hace una distinción entre los primeros tres y menciona que estas fuentes están explícitamente reconocidas por los apartados a, b y c del artículo 38 del Estatuto de la CIJ como derecho aplicable. En cambio, para este autor, las decisiones judiciales no son consideradas como fuente creadora de derecho internacional, sin embargo, también considera que este artículo no define al derecho internacional. Además, hace hincapié de que este ordenamiento jurídico ha evolucionado en cuanto a la doctrina de las fuentes del derecho, pues

ahora se consideran como tales los actos unilaterales de los Estados y los actos de las organizaciones internacionales. Con ello, se sobreentiende que dichas organizaciones son reconocidas como sujetos del derecho internacional con capacidad de crear derecho (Pauwelyn, 2003, pág. 155 y ss.).

Según Pauwelyn, el artículo 38 reconoce el potencial dinámico de dicho ordenamiento y así se entiende cuando establece que la función de la CIJ es decidir conforme al derecho internacional. Por tanto, dicho artículo no puede ser considerado como exhaustivo para la CIJ, tampoco para el derecho en general. De hecho, este autor también manifestó su preocupación debido al carácter abierto de las fuentes del derecho internacional, pues esto es conducente a la incerteza y a la diversidad de conflictos que pueden existir entre las fuentes. Además, Pauwelyn señaló que nuestra perspectiva sobre las fuentes de este ordenamiento jurídico dependerá de nuestra postura acerca de la naturaleza del derecho internacional, de su carácter normativo y de la razón de por qué es vinculante. El autor, en este caso, asume la perspectiva de los consumidores y del derecho de la Organización Mundial del Comercio, en el cual es requerido por los comerciantes y consumidores tener claro cuáles son las normas y las obligaciones a las cuales ellos puedan exigir (Pauwelyn, 2003, pág. 109 y ss.).

La incerteza, como segundo elemento de la diversidad de las fuentes, deriva de la dificultad de identificar qué fuentes han sido reconocidas como creadoras de derecho vinculante. La difícil tarea de reconocer cómo es creado en el derecho internacional y qué formalidades requiere es a lo que, generalmente, se conoce o asocia con las fuentes formales. Y las fuentes materiales se refieren a donde se encuentra el derecho en sentido material o a los instrumentos o actos donde dicho ordenamiento jurídico se encuentra expresado. Todo esto se vuelve difícil, en comparación al derecho local, por la inexistencia de un legislador general y por la falta de la separación de poderes de sus órganos o de sus instituciones. Dada esta inexistencia, son los Estados los creadores del derecho y a su vez son su sujeto. Estos son iguales entre sí, pues tratan de cooperar entre sí, no de subordinar uno al otro. Esta creación depende de manera totalitaria en el consentimiento y, por tanto, se presume que tiene el mismo valor vinculante (Pauwelyn, 2003, págs. 91-93).

Otro problema que causa incerteza en las normas de este ordenamiento jurídico es la falta de exactitud de su contenido, por lo que existen tratados muy vagos y ambiguos. Es en esta ambigüedad donde las decisiones judiciales ejercen un rol fundamental para esclarecer el contenido de dichas normas. No obstante, para ciertos autores, según comenta Pauwelyn, **este**

ejercicio iluminador de la ambigüedad de las normas es donde el juez crea derecho. Cada decisión define el contenido normativo de los tratados, teniendo como resultado un efecto general en la interpretación, a pesar de su limitada fuerza vinculante o efecto relativo (Pauwelyn, 2003, pág. 93 y 94).

Hrestic, por su parte, apoya la idea de que el derecho del ordenamiento jurídico internacional es el resultado de un proceso dinámico y complejo donde la voluntad de los Estados es fundamental para la creación de este. Además, señala que las fuentes materiales son los factores que crean y determinan al derecho, mientras sus fuentes formales son aquellas que las expresan. También menciona algunas características de las fuentes del derecho internacional, por ejemplo: surge de la voluntad entre dos Estados miembros, dicha voluntad se expresa mediante tratados, costumbre, etc.; existencia de un tratado que regula el buen desarrollo entre las relaciones de los Estados, y el acuerdo de voluntades entre Estados que se establece en los tratados. La autora fundamenta su perspectiva a partir del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, y establece que esta disposición posee una función indicativa o de guía al mencionar cuáles son las fuentes que se utilizan al resolver litigios internacionales. Dicho artículo desarrolla como primera fuente de derecho a los tratados internacionales, donde el consentimiento de los Estados se encuentra expreso, luego, desarrolla las fuentes donde el consentimiento es tácito, como en el caso de la costumbre y los principios generales del derecho. Por último, dicho artículo establece las fuentes que se consideran auxiliares, es decir, las decisiones judiciales y la doctrina de los autores de renombre. Sin embargo, la autora reconoce las críticas contemporáneas a dicho artículo, tales como que no es exhaustivo y, dada la evolución de dicho ordenamiento jurídico, este se ha vuelto obsoleto (Hrestic, 2017, pág. 103 y ss.).

Por otra parte, Hrestic manifiesta que en la actualidad se observa la constitución de legislación internacional, pues ahora las normas están adquiriendo una naturaleza legislativa y no consensuada. Esto se logra visualizar en los sistemas regionales de integración, en los cuales sus instituciones poseen la competencia para adoptar decisiones vinculantes para los Estados miembros. La autora concluye que el juez internacional no posee la competencia para crear derecho, sino para aplicarlo y descubrir la existencia o ausencia de las normas invocadas por las partes en litigio e interpretarlas (Hrestic, 2017, págs. 108-110).

Para Becerra, el derecho internacional tiene su origen y fin en el sistema de relaciones internacionales, y, por ello, se debe considerar como un ordenamiento jurídico específico. Dicho autor sigue las ideas de Hugh Thirlway y manifiesta que existen dos tipos de fuentes:

las materiales y las formales. La primera está comprendida por todas aquellas donde se manifiestan las reglas jurídicas, por ejemplo: los tratados, las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, las decisiones judiciales, etc. Luego menciona que las formales están definidas por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ y que de ellas se deriva la fuerza y validez de las reglas del derecho, aunque también opina que dicho artículo limita e impide el crecimiento de este ordenamiento jurídico. En cambio, las materiales derivan el contenido, pero no su validez. Dicho de otra manera, las fuentes materiales determinan la sustancia de la regla y la fuente formal su fuerza y naturaleza de ley (Becerra Ramírez, 2017, págs. 8-10).

Este autor manifiesta que el consenso es un elemento fundamental para diferenciar entre las fuentes formales y materiales. También señala que el origen histórico del artículo 38 y la configuración de su apartado "d", es el resultado de la oposición de dos corrientes jurídicas como la anglosajona y la romano-germánica. Su redacción limita los efectos de la regla del *stare decisis* del *common law* en la aplicación de los precedentes judiciales. Lo cual limita a los jueces en posibles funciones legislativas, pues sus decisiones se circunscriben al caso concreto, tal cual lo establece el artículo 59 (Becerra Ramírez, 2017, págs. 83-88).

Becerra profundiza aún más sobre la labor de los jueces y destaca que los jueces no crean derecho, y, desde su perspectiva, es un error considerar un efecto legislativo a las decisiones judiciales. Además, menciona que el artículo 38-1-d) del Estatuto de la CIJ, rige a toda la gama de tribunales existentes, desde los ad hoc, cortes regionales de derechos humanos, tribunales arbitrales, entre otros. No obstante, la CIJ, a pesar de lo establecido en el artículo 59, trata de mantener la coherencia entre sus decisiones, esto permite que su jurisprudencia cobre relevancia. Por otra parte, el autor también reconoce y analiza las posibles nuevas fuentes del ordenamiento jurídico internacional, algunas de estas son: los acuerdos de los órganos internos (*gentlemeens agreements*), las resoluciones de los organismos especializados, los actos unilaterales, las resoluciones de los organismos internacionales, el *soft law*, las decisiones de los órganos supranacionales, etc. (Becerra Ramírez, 2017, págs. 96-98).

En el caso de las resoluciones de los organismos internacionales, Becerra comenta que este es uno de los ejemplos en los cuales se visualiza el desfase del artículo 38-1 del Estatuto de la CIJ de acuerdo con el estado actual del derecho internacional. Ahora en día existen diversas organizaciones internacionales (O.I) de carácter universal y regional. Y este desfase se debe a que, al momento de la concepción de dicho artículo, no eran conocidas las O.I y mucho menos se les consideraba sujetos de este ordenamiento jurídico. Dichas organizaciones emiten

diversas resoluciones que son vinculantes para los Estados y, además, establecen obligaciones concretas. La legitimidad de estas para vincular a los Estados, según el autor, deviene del tratado constituyente de las mismas, pues son ellos quienes aceptaron someterse a dichas instituciones (Becerra Ramírez, 2017, pág. 98 y ss.). Más relevante aun, es su opinión acerca las decisiones de los órganos supranacionales que se derivan de los distintos procesos de integración, por ejemplo, la Unión Europea (UE). La UE presenta una estructura cuasi estatal, incluso posee un órgano legislativo que dicta directivas obligatorias para sus miembros. En este tipo de organizaciones se busca homogenizar las legislaturas de los Estados miembros para alcanzar objetivos o metas comunes. Las decisiones, resoluciones, etc. serán obligatorias para sus miembros y se hacen efectivas mediante principios como el de efecto directo, aplicabilidad directa y primacía. Por ello, en dichos sistemas, **las fuentes se ven distorsionadas por la capacidad creadora de sus estructuras institucionales** (Becerra Ramírez, 2017, pág. 132 y ss.).

Hasta este momento, se ha logrado identificar ciertos argumentos que se destacan por otorgar formalidad al proceso de creación jurídica en el derecho internacional. Dichos argumentos también establecen que las decisiones judiciales, en conformidad a lo establecido en el artículo 38-1-d) del Estatuto de la CIJ, son fuente auxiliar que determinan o esclarecen el contenido de las fuentes formales. Por tanto, los jueces no crean derecho, únicamente lo aplican, interpretan o descubren. Aunque también han destacado que existe doctrina contraria a lo que ellos argumentan, es decir, existe doctrina que apoya la idea de que los jueces crean derecho mediante la clarificación del derecho. Por último, estos autores conceden que el derecho internacional es un proceso dinámico y complejo, en el cual, además de los Estados como sujetos de dicho ordenamiento, también se deben considerar a las organizaciones internacionales como nuevos sujetos con capacidad creadora de derecho. Por tanto, existe una posibilidad de que las decisiones judiciales de ciertos tribunales internacionales puedan considerarse como fuente formal de derecho internacional y no únicamente como una fuente auxiliar para la determinación de las reglas del derecho.

b. Las decisiones judiciales de los tribunales internacionales ¿posible fuente formal de derecho?

A pesar de que existe la idea de que las sentencias judiciales están excluidas de las fuentes formales del derecho internacional, esta no es la opinión generalizada en la doctrina. Algunos autores como Fenwick y Alí, señalan que las sentencias provenientes de los tribunales ayudan a desarrollar el derecho por medio de la aplicación cotidiana de las normas jurídicas que se originan a partir de los conflictos entre partes (Fenwick, 1918, pág. 400) (Alí, 2013, págs. 881-883). Otros señalan que además de permitir su desarrollo, estas tienen la posibilidad de ser vinculantes con efectos *erga omnes,* siempre y cuando se cumplan dos requisitos: el primero es que los tribunales emisores de estas decisiones judiciales posean jurisdicción en toda la comunidad respectiva, y, el segundo, que su naturaleza sea supranacional. Si ambas características se cumplen, dichos tribunales internacionales podrán rectificar el derecho que no esté conforme con las normas de la comunidad de Estados. Es por ello por lo que el cuestionamiento sobre la vigencia del artículo del Estatuto de la CIJ es válido, pues parecería que ha sido sobrepasado gracias a la evolución constante del derecho internacional (Riedel, 1991, pág. 63 y 64) (Watson J. , 1992, pág. 109) (von Bogdandy & Venzke, Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers, 2011, págs. 979-976) (Weiler J. , 2014, págs. 94-98) (Caserta, 2017, págs. 580-585).

Riedel menciona que, generalmente, las fuentes tradicionales del derecho internacional son criticadas por no adaptarse a las necesidades actuales de las relaciones internacionales. Y esto se debe a que hoy en día existen diversas organizaciones internacionales y un mundo más globalizado. A raíz de esto, han surgido nuevos candidatos, al menos en la doctrina, para ser considerados como fuentes de este ordenamiento jurídico. Más aún, cuando en las relaciones entre los Estados han evolucionado de ser de coexistencia a cooperar entre sí e inclusive algunas regiones han decidido iniciar ciertos procesos de integración regional. Es por ello por lo que los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, no son suficientes para esclarecer los procesos de creación de este ordenamiento jurídico (Riedel, 1991, pág. 58 y ss.).

Dicho autor también señala que el artículo 38 del Estatuto de la CIJ fue diseñado con la intención de modificar las normas o fuentes que eran generalmente aceptadas en su momento y, por tanto, estos asumieron que dicho artículo representaba la totalidad de las categorías jurídicas aplicables. No obstante, esto fue sobrepasado por la proliferación de las

organizaciones internacionales, lo que ha implicado un cambio de las relaciones en el derecho internacional. Este cambio se debe a que únicamente los Estados eran considerados como sujetos y destinatarios de este ordenamiento jurídico, pero al diversificarse la gama de organizaciones internacionales, estos dejaron de ser los únicos sujetos del derecho internacional, sino también dichas organizaciones accedieron a ser consideradas como tales. Esto implicó que el proceso de creación de derecho se complejizara aún más (Riedel, 1991, pág. 61).

Este autor también señala que el derecho internacional no es como el derecho interno que posee normas con listas taxativas, en cambio, debería pensarse que el orden jurídico internacional no debe restringirse a una limitada forma de creación del derecho. Y esto se denota en la práctica de los Estados que en vez de ceñirse totalmente al artículo 38 del Estatuto de la CIJ, utilizan formas más directas para crear derecho como: el reconocimiento, la tolerancia, aceptación, de disputas y situaciones, en un proceso continuo de interacción, de demanda y respuesta (Riedel, 1991, págs. 62-64).

Por su parte, Watson, hace una distinción entre el derecho internacional clásico y el derecho internacional moderno, la cual radica en el rol que cumple el consentimiento de los Estados en la creación del derecho. Esta diferencia se fundamenta en que en el caso del derecho internacional clásico este se ve determinado por el consentimiento Estatal como *requisito sine qua non* para crear obligaciones internacionales, en cambio, las corrientes modernas están en desacuerdo con sostener al consentimiento como elemento fundamental de la creación del derecho, basándose en una corriente más autónoma para su creación. La razón detrás de prescindir del consentimiento para crear derecho es permitir una mayor creatividad a los sujetos en el momento de la creación jurídica. Este autor prefiere mantener la línea clásica de este ordenamiento jurídico, a pesar de que dicho consentimiento no sea considerado en la práctica o que se presuma. Uno de los casos en los que se presume la existencia de consentimiento previo, con efectos *erga omnes*, es cuando se realiza una **interpretación teleológica de la norma**. Este modo de interpretar la norma **posee efectos legislativos** cuando esta no es clara y la interpretación es distinta a lo alegado por el Estado. Dicho efecto se incrementa aún más cuando el órgano intérprete no posee la autoridad para hacerlo (Watson J. , 1992, pág. 108 y 109).

Otros autores como Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, en una colaboración teórica, argumentan que en la actualidad existe una proliferación de tribunales internacionales y que

este fenómeno permite recapacitar sobre la actual función de dichos órganos. Una de las reflexiones se traduce en que su función actual no se circunscribe únicamente a resolver disputas, sino también ejercen otro rol denominado gobernanza global. Esto se traduce en que sus decisiones poseen efectos vinculantes para más allá de las partes en litigio, presentando así estructuras legales generales. Esta práctica crea y modifica expectativas en los sujetos normativos, desarrollando así el derecho. También señala que algunos actores consideran dichas decisiones como una fuente formal de derecho internacional, y que, desde su punto de vista, esto es una realidad innegable, pero que la doctrina no se ha referido con propiedad a dicha tendencia. Este fenómeno es más de la creación del derecho a través de las decisiones judiciales es más visible en los casos en que las cortes poseen jurisdicción obligatoria. Esto se debe a la frecuencia con la que deben resolver disputas y, con ello, se permite el desarrollo constante de su jurisprudencia (von Bogdandy & Venzke, Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers, 2011, págs. 979-982).

Estos autores también señalan que dicha jurisprudencia, al menos en la doctrina clásica, se comprende como la clarificación de lo que es el derecho constatado por los tratados o del reconocimiento de lo ya existente. No obstante, la realidad indica que la fundamentación de una decisión judicial conlleva un proceso creativo que podría tener alguna afectación en el derecho interno de los Estados. Dicho proceso creativo se fundamenta, por ejemplo, en el razonamiento deductivo utilizado para desarrollar el contenido de la sentencia. Este razonamiento es la herramienta mediante el cual el juez controla y legitima su poder judicial, mediante ella justifica su decisión y no el proceso de su reconocimiento o descubrimiento. Esto, al ser aplicado e interpretado en un caso en concreto, genera expectativas en los actores que solicitan la intervención del tribunal. Estas expectativas consisten en cómo deben actuar e interpretar el derecho, pues se espera que cuando un caso similar surja el tribunal resolverá de forma similar al existente. Es decir, estos construyen sus expectativas normativas futuras en conformidad a lo resuelto previamente. Es por ello por lo que muchas de estas sentencias no parecieran estar limitadas al caso en concreto, sino que también influyen con sus argumentos abstractos y categóricos como una autoridad referencial en la estructura legal general. Es por ello por lo que ambos autores deciden denominarle a este fenómeno "*judicial lawmaking*", que se comprende como la creación, desarrollo o modificación de las expectativas normativas. Esto no quiere decir que se constituya como una herramienta política legislativa para la creación del derecho (von Bogdandy & Venzke, Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers, 2011, pág. 984 y ss.).

El contenido de las decisiones judiciales se fundamenta bajo el principio de democracia, y por tanto dichos tribunales ejercen autoridad. Generalmente, según estos autores, se resta de autoridad a dichos órganos por su falta de poder coercitivo, no obstante, la figura de autoridad no necesariamente debe de tener herramientas coercitivas. Además, que los órganos judiciales internacionales no posean medidas coercitivas no implica que sus decisiones no condicionen a las partes en su libertad para hacer. Las decisiones judiciales presentan lo que es el derecho y para ello los jueces deben fundamentarse en precedentes para desarrollar sus decisiones. Las partes en litigio, habitualmente, basan sus pretensiones bajo el argumento de las decisiones judiciales anteriores a su caso, utilizando dicho precedente como una fuente formal de derecho. Sin embargo, el artículo 38-1-d del Estatuto de la CIJ, enclaustra el efecto de dichas decisiones a uno cognitivo interpretativo, es decir, es mediante ellas que se descubre el derecho y no son consideradas como fuente de derecho (von Bogdandy & Venzke, Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers, 2011, pág. 992 y 993).

La idea de que la jurisprudencia cumple un rol más allá de lo establecido en el artículo 38-1-d del Estatuto de la CIJ, también es apoyada por López. Según este autor, la doctrina ha empezado a notar que existe un sistema de precedente de facto. Esto se refiere a que las decisiones judiciales de estos jueces se constituyen como argumentos de autoridad que no podrán ser desestimados con facilidad. Por ello, sus decisiones influyen de manera decisiva al ordenamiento jurídico internacional. Para ilustrar este argumento, López analiza la jurisprudencia interamericana desde el año 2001, en la cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) viene desarrollando obligaciones y principios a partir del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas obligaciones y principios serán el fundamento mediante el cual la Corte IDH resolverá los casos en controversia de los que lleguen a conocer. Uno de los derechos reconocidos jurisprudencialmente por la Corte IDH fue el de la propiedad colectiva y que está a favor de las tierras que pertenecieron o pertenecen a los indígenas. Otros derechos creados jurisprudencialmente han sido los de consulta colectiva y la identidad cultural. Todos estos han sido desarrollados mediante una interpretación evolutiva y en favor del hombre derivada del artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica con relación a otros tratados y a jurisprudencia de otros tribunales internacionales (López Escarcena, 2017, pág. 133 y ss.).

Estos argumentos son una respuesta a lo señalado por la doctrina con respecto al rol que cumplen las decisiones judiciales de los tribunales internacionales en conformidad al artículo 38-1-d). Pues los autores tradicionalistas limitan a las decisiones judiciales de la CIJ a la

función de interpretación cognitiva, es decir, un medio auxiliar para la determinación o reconocimiento del derecho "existente". Además, manifiestan que el artículo 38-1-d) es la base para todo el derecho internacional y para todos los tribunales internacionales (Zammit Borda, 2013, pág. 650 y ss.). No obstante, algunos autores han demostrado que esto, al menos en la práctica, no es del todo cierto, así es ejemplificado y argumentado, hasta este momento, por López, von Bogdandy, Watson, entre otros.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en Zammit Borda que analiza dicho artículo y apartado desde la perspectiva de la Corte Penal Internacional. Según Zammit, el artículo 38-1 establece lo que la CIJ deberá aplicar para resolver el litigio en conformidad al derecho internacional, no obstante, la doctrina ha señalado que esta disposición es la piedra angular para discutir seriamente sobre las fuentes de este ordenamiento jurídico. Y, por tanto, cualquier intento para proponer nuevas alternativas debe partir de dicho artículo (Zammit Borda, 2013, pág. 651).

Si hacemos, nuevamente, un repaso histórico del artículo 38-1-d), podemos observar que este se empezó a redactar desde 1920 por el Comité de Juristas. Su presidente, Descamps, propuso la siguiente redacción: "4. La jurisprudencia internacional como un medio de aplicación y de desarrollo del derecho". Desde entonces dicha disposición se configuró con ambigüedad en cuanto sus términos "aplicación" y "desarrollo", pues "desarrollo", al menos implícitamente, se comprendía como novedoso y que por tanto las decisiones judiciales podrían considerarse como posible fuente de derecho. Sin embargo, dicha comisión no consideraba que esta redacción entendiese a la jurisprudencia como una fuente del derecho, sino como un medio para determinar el contenido del derecho. Por ello, el presidente de esta comisión fue disuadido a modificar la redacción de dicho apartado a la redacción actual, es decir, las decisiones judiciales son un medio auxiliar para la determinación del derecho (Permanent Court of International Justice. Advisory Committee of Jurists. , 1920, pág. 344 y ss.) (Zammit Borda, 2013, pág. 651 y 652).

La composición de este artículo ha generado largo debate en la doctrina, pues, para algunos autores, y como ya se ha hecho mención antes, dicha disposición establece una lista global de las fuentes del derecho internacional y que la jurisprudencia forma parte de ellas. Para otros, este artículo manifiesta dos listas distintas, una de ellas está comprendida por los apartados (a) al (c) y la segunda únicamente se determina por su último apartado el (d). La primera lista, según dichos autores, desarrolla de manera exhaustiva lo que se debe de entender como fuentes formales del derecho, de las cuales emanan las normas legalmente válidas. En cambio, la

segunda lista establece los medios por los cuales se determinan las normas. El problema es que la ambigüedad del término no se resuelve, pues algunos teóricos apuntan que las decisiones judiciales verifican la existencia del derecho. ¿Pero que es verificar? Hay dos corrientes que definen dicho término. Una de ellas la define como el acto de verificación que recae sobre la existencia o estado de las normas del derecho en cierto tiempo. La otra señala que se refiere a una verificación propiamente tal de la interpretación de las reglas del derecho. El proceso de verificación se utiliza para tres situaciones: 1) para establecer si se ha formado costumbre, 2) para dilucidar si un principio general existe o 3) si una interpretación de una norma internacional previamente aplicada es convincente y, por tanto, aplicable. Zammit concluye que el debate sobre la ambigüedad y la verdadera posición de las decisiones judiciales dentro de las fuentes del derecho internacional sigue abierto (Zammit Borda, 2013, pág. 652 y ss.).

Buergenthal, por otra parte, presenta otra arista sobre la historia del artículo 38 del Estatuto de la CIJ y menciona que en el momento que fue redactado únicamente existía la Corte Permanente de Justicia Internacional. En la actualidad el mundo ha evolucionado y la CIJ no es el único tribunal internacional existente. Ahora en día encontramos diversos tribunales internacionales y regionales, como: la Corte Penal Internacional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dichos tribunales, en especial la CIJ, están siendo requeridos para resolver conflictos de diversa naturaleza, ya sea de derechos humanos o de responsabilidad Estatal, etc. A raíz de tanta demanda, la CIJ, en el proceso, ha clarificado el derecho existente y de la necesidad también crea derecho, no como lo haría un legislador, pero sí como una "*normative acreetion*" (Buergenthal, 2009, pág. 403). Por otra parte, los demás tribunales internacionales o regionales, entre ellos el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Corte Centroamericana de Justicia, siguen generando más jurisprudencia y con ello expanden el *corpus iuris* internacional. Este autor argumenta que si mantenemos la idea de que la jurisprudencia es un medio auxiliar para la determinación del derecho, estaríamos obviando la evolución misma de este ordenamiento jurídico. Además, se estaría negando la aceptación de su autoridad legítima para participar en el proceso de creación del derecho y también se estaría negando la creación de derecho por parte de los demás tribunales internacionales y regionales. Realmente, la CIJ, junto a los demás tribunales, permiten la evolución rápida de este ordenamiento jurídico y sus decisiones están cobrando una paulatina relevancia para los Estados. Son los Estados quienes han invocado con mayor frecuencia dicha jurisprudencia para resolver sus disputas. Este autor concluye con que el estado actual del derecho internacional no se ve reflejado en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, menos aun con el caso de las

decisiones judiciales, pues la práctica no sostiene el discurso de que únicamente sean consideradas como un medio auxiliar para la determinación del derecho (Buergenthal, 2009, págs. 403-406).

Marc explica lo que se debe entender como el precedente con el fin de vislumbrar el proceso de creación del derecho de los jueces. Para ello, el autor señala que hay tres perspectivas acerca del precedente, estas son: método legal, derecho sustantivo y teoría legal. Estas reglas del precedente se constituyen como guías que nos permiten comprender la operatividad del precedente en ciertos sistemas legales, teniendo en cuenta que todos estos sistemas poseen reglas del precedente ya sea que estén constituidas de forma implícita, ambigua o prohibidas. El precedente, entonces, se conforma por las decisiones judiciales anteriores y que son consideradas como bases para el comportamiento futuro. Por otra parte, el autor también desarrolla el concepto de las fuentes formales de dos maneras: como una traducción de lo que está bien materialmente o como el único origen del derecho. También menciona que algunos autores consideran que las decisiones judiciales, en conformidad al artículo 38 de la CIJ, no son fuente formal, no obstante, este teórico hace hincapié de que dicha disposición sirve únicamente para comprender lo que la CIJ deberá aplicar para resolver un litigio (Marc, 2011, pág. 1006 y ss.).

Existen dos teorías que determinan o pretenden determinar las funciones de los jueces y los legisladores para establecer los límites de cada uno de ellos. Por una parte, está el *common law* que se consolida por el sistema de precedentes, en el que la creatividad judicial es la base de su modelo jurídico. Por otra parte, y en contraposición al anterior, encontramos los sistemas civiles como el alemán, donde la solución se encuentra en las normas y, en consecuencia, el juez no crea derecho, sino que solo rellena los vacíos legales. En general, ambas teorías permiten comprender la discusión entre si los jueces crean o no derecho, pero ambas también poseen defectos que son denominados como "*theoretical short-sightedness and long-sightedness*" (Marc, 2011, págs. 1009-1010).

En cuanto a la primera, esta señala que el debate de las decisiones judiciales como fuente o no de derecho, excluyendo así las demás posibles fuentes, se vuelve incompleta y no logra visualizar el derecho en general. Las fuentes formales, que han sido consideradas hasta este momento, no son las únicas que sirven para resolver los litigios, sino que se utilizan muchas otras cosas como: mapas, diccionarios, argumentos lógicos, entre otras que son necesarias para crear un argumento legal. El razonamiento legal es, sin duda alguna, un proceso complejo de

identificación y de interpretación que conlleva a una conclusión. En todo este proceso, el precedente está presente para la fundamentación final de la resolución del conflicto. En cambio, la segunda denominada "*long-sightedness*" se refiere a que a pesar de que no se ignore la relevancia de las decisiones judiciales, se fija en la falta de legitimidad de los jueces para crear derecho (Marc, 2011, págs. 1010-1014).

Las teorías formalistas se encargan de desacreditar el desarrollo del derecho a través de la jurisprudencia bajo el argumento de que esta no posee fuerza normativa, por tanto, el precedente pierde autoridad. Por ejemplo, el artículo 59 del Estatuto de la CIJ se encarga de determinar que las decisiones judiciales de dicho tribunal poseen efecto relativo, pues únicamente vinculan a las partes en el litigio, en consecuencia, las decisiones judiciales se ven infravaloradas. Esto se refiere que no se les considera con autoridad real, sino práctica para convencer que la interpretación de las normas es la correcta. Sin embargo, Marc comenta que el efecto vinculante no es un requisito para la formación de un sistema configurado por la jurisprudencia. Esto, según él, se debe a que los precedentes, al menos en el derecho internacional, establecen argumentos que se constituirán como limitantes a lo que se puede llegar a resolver en el futuro. Los precedentes, sin duda alguna, poseen un potencial limitante que permite de alguna manera el desarrollo legal, y esto se logra en el marco de la validez legal mediante la imposición de cargas argumentativas. Esto también permite la comunicación entre los diversos sujetos que operan en el proceso legal, pero, sobre todo, permiten estabilizar las expectativas que se tienen del derecho (Marc, 2011, pág. 1014 y ss.).

c. El precedente judicial y la creación jurídica judicial

Se ha logrado observar que las sentencias de los tribunales internacionales de justicia tienen el potencial para ser consideradas como una fuente formal de derecho internacional, pues en la práctica estas generan ciertas expectativas en los comportamientos de los Estados que forman parte de la comunidad internacional, de hecho, para Marc, las decisiones judiciales, lejos de ser fuentes formales del derecho internacional, se constituyen como una carga argumentativa que limita la creación judicial.

El precedente, según este autor, se determina por el uso de las palabras con las que desarrolla su argumento legal, sin embargo, estas se encuentran en un cambio constante. Otra situación

que caracteriza a los precedentes es la similitud en cuanto a lo relevante entre los casos que los jueces internacionales deciden, generalmente, se busca comparar lo relevante y lo similar entre los casos para que esto sirva como fundamento para el argumento abstracto que permitirá resolver el caso. El lenguaje también es relevante para la categorización abstracta del precedente, que permitirá su uso en cuanto lo relevante y similar de los casos. Entre más influyente sea el argumento, más será considerado como una carga argumentativa y, por tanto, será más difícil evadirla. El precedente, normalmente, se constituye como un potencial legislativo en aquellos sistemas que brindan una autoridad especial a la jurisprudencia. El precedente, en el caso de la CIJ y de su predecesora la CPJI, se emplea realizando una distinción entre los casos y reafirmando jurisprudencia previa sobre ciertos contenidos específicos dictaminadas en ellas (Marc, 2011, pág. 1014 y ss.).

Petersen ahonda en las ideas que fueron esbozadas por Marc y establece que para determinar la existencia de la creación del derecho o "*lawmaking*" por parte de la CIJ se debe de definir qué es el "*lawmaking*". Para ello, el autor señala dos elementos que definen dicho concepto, el primero de ellos es el desarrollo del derecho y el segundo es que este desarrollo debe ser establecido por la CIJ, aunque este último criterio también puede ser criticado desde el punto de vista que no solo la CIJ aplica derecho internacional, también existen otros tribunales internacionales con dicha función. El primer elemento se determina por el desarrollo visible del derecho en una materia particular en la cual el estado actual o punto B es distinto al criterio desarrollado anteriormente o punto A. Según el autor, existen dos formas para identificar el desarrollo del derecho, estas son: la perspectiva interna y la externa. La primera hace referencia a la perspectiva de los jueces y los operadores del derecho que desean determinar el contenido actual del derecho, esta se concentra en las fuentes del derecho. En cambio, la segunda perspectiva desarrolla al derecho como un fenómeno social, describe ciertos hechos que desarrollan las relaciones, por tanto, el derecho es el cuerpo de la actual práctica legal (Petersen, 2011, págs. 1296-1297).

Para comprender el estado del derecho determinado por el discurso jurídico se debe tener en cuenta dos dimensiones que se entrelazan entre sí, pero con ciertas diferencias. La primera dimensión se constituye por el discurso jurídico formal que es desarrollado por las cortes, operadores del derecho y los autores de la doctrina de este ordenamiento jurídico. El punto de partida son las decisiones judiciales de los tribunales internacionales, pero esta no puede verse aisladamente, sino, también, debe de verse reflejada en la práctica Estatal internacional, particularmente en la opinión de los representantes de los Estados en A y B. Las normas

internacionales, por tanto, serán aquellas que son reconocidas por los Estados como parámetros que limitan su libertad conductual (Petersen, 2011, pág. 1298 y ss.).

Hasta este punto, no se ha establecido la pregunta que la mayoría de los autores se han hecho con respecto a las decisiones judiciales, esta es ¿cómo las decisiones judiciales son capaces de influir en el discurso jurídico sin tener un medio para ejecutar su cumplimiento?

Para responder esta pregunta, Petersen se basa en el modelo propuesto por Wayne Sandholtz para identificar los cambios normativos. Sandholtz menciona que su perspectiva es constructivista y que su modelo dinámico demuestra el cambio normativo basado en cuatro aspectos que son los siguientes: primero, las normas determinan la estructura mediante la cual los actores deciden hacer o no hacer, sin embargo, estas son, generalmente, ambiguas. Esto conlleva a la posibilidad que exista una disputa entre Estados y esto tenga como consecuencia un discurso que brinde de contenido al derecho. Esto permite que el desarrollo del derecho se consolide desde el argumento de una de las partes y pase a formar parte del discurso jurídico al respecto de dicho derecho. Por último, este derecho volverá a formar parte de la estructura que determina la conducta de los sujetos del derecho internacional y así el ciclo se cierra (Sandholtz, 2008, pág. 102 y ss.) (Petersen, 2011, pág. 1298 y ss.).

Sandholtz argumenta que las normas no pueden cubrir cada aspecto que surja de la contingencia fáctica que genere disputas entre los Estados. A ello, los sujetos tratarán de argumentar que es lo permitido o lo que la norma requiere y, como consecuencia, tratarán de modificar la norma para debilitarla o fortalecerla. Al final, el sujeto que ha sido parte de la disputa comprenderá que estas normas son interpretadas y aplicadas bajo los estándares de la comunidad. Esto conlleva a que las acciones del actor se vean determinadas por el razonamiento "persuasivo" que se determina en la sentencia (Sandholtz, 2008, pág. 106 y ss.). Entonces, para que una de las partes tenga la posibilidad de que sus argumentos sean exitosos en una disputa internacional, deberá identificar qué argumentos tienden a serlo y qué precedentes son persuasivos. Sin embargo, la efectividad de las decisiones judiciales se verá circunscrita en su capacidad de ser internalizada por los Estados.

Uno de los problemas a los cuales los jueces se ven comúnmente enfrentados es a la falta de legitimidad. Esta falta se ve traducida en que los sujetos deciden no acatar las decisiones judiciales por ser arbitrarias o inconsistentes. Por ello, la forma en que esto se ve resuelto es que los jueces apliquen precedentes, pues así se demuestra que los casos similares se resuelven de forma similar y que no depende de la arbitrariedad de sus criterios. Sin los precedentes no

se podría demostrar las conductas que en el pasado eran aceptadas o condenadas, por tanto, los jueces examinan dichos precedentes y crean analogías con los casos presentes. Esto permite a los sujetos tener una expectativa del cómo los demás sujetos actuarán y reaccionarán ante ciertas conductas en la comunidad de Estados (Sandholtz, 2008, págs. 105-107) (Petersen, 2011, pág. 1300 y ss.).

Según Sandholtz, las afirmaciones normativas por parte de los sujetos serán más persuasivas si cumplen con lo siguiente: a) si cuentan con el apoyo de los Estados con mayor influencia en la comunidad, b) si son compatibles con las normas existentes y c) si poseen más precedentes que respalden dicha postura. Dichas afirmaciones normativas podrán modificar las normas en ciertas dimensiones como: grado de coercibilidad, claridad, especificidad y en lo sustantivo (Sandholtz, 2008, pág. 109).

Una de las sentencias que generalmente se señala como, al menos desde cierto punto de vista, creadora de derecho por parte de la CIJ fue el caso *BARCELONA TRACTION, LIGHT AND POWER COMPANY LIMITED* (McWhinney, Judicial Law-Making as an Empirical-Scientific Process: Applied Studies, 1995) (Novak Talavera, 1997, pág. 77 y ss.) (Tams & Tzanakopoulos, 2010, pág. 781 y 782). Este caso se destaca por dos pronunciamientos realizados por esta corte.

El primero, denegó el derecho a Bélgica para incoar el proceso judicial en representación de la empresa con acreedores belgas. El segundo, y con mayor relevancia en este orden jurídico, que la protección diplomática era irrelevante cuando lo que se persigue es la aplicación de las obligaciones que se deben a la comunidad internacional en general, que pueden ser llamadas como obligaciones *erga omnes*. Esta sentencia es relevante porque, generalmente, se hacen dos presunciones al hablar de la jurisprudencia internacional, la primera es que la CIJ, en este caso, no posee facultades expresas para desarrollar ni crear derecho y, la segunda, a pesar de que la corte no posee facultades legislativas, sus decisiones judiciales influencian el derecho internacional. Estas obligaciones *erga omnes* implican cuatro aspectos. El primero, se hace una distinción entre las reglas generales que aplican para ciertos escenarios y reglas especiales que protegen los derechos fundamentales. La segunda, cualquier Estado puede reclamar ante la CIJ cuando se vulneran dichas obligaciones especiales. La tercera, a la comunidad internacional le incumbe proteger estas reglas especiales. La cuarta, estos derechos protegibles no han sido estipulados expresamente en los tratados, pero existen sin la necesidad de estar escritos y, por tanto, forman parte del derecho internacional en general (Case Concerning the Barcelona

Traction, Light and Power Company, Limited, 1970, págs. 32-33) (Tams & Tzanakopoulos, 2010, pág. 791 y ss.).

Estos criterios han permitido que el derecho internacional desarrolle otros principios como la responsabilidad estatal, pues cada Estado podrá exigirla con respecto de otro si existe un incumplimiento de los deberes que los Estados tienen con la comunidad internacional. Sin embargo, la CIJ está limitada formal y funcionalmente por su Estatuto. Por ello, es claro que dicho tribunal internacional no puede crear derecho, pero sí puede influenciar a los agentes creadores de derecho y así participar de manera indirecta en el proceso legal de creación jurídica en este ordenamiento jurídico (Tams & Tzanakopoulos, 2010, pág. 795 y ss.).

Otros casos en los que la CIJ ha demostrado la relevancia de sus decisiones judiciales en la creación del derecho son aquellos en los cuales se ha controvertido su facultad interpretativa de la Carta de las Naciones Unidas. Según algunos autores, dicha Carta es un convenio constitutivo de dicha organización internacional y no establece de manera expresa la facultad de ser interpretada. Algunos argumentos mediante los cuales fundamentaron su posición fueron: la Corte Internacional Permanente de Justicia no posee la facultad para interpretar la Carta, por ello la CIJ debía continuar con este antecedente; la CIJ solo está facultada explícitamente, según el artículo 36 de su Estatuto, para interpretar los tratados internacionales, en ningún momento se establece que esté capacitada para interpretar los tratados constitutivos como la Carta de las Naciones Unidas (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945) (Ahmed Mohamed, 1997, pág. 116 y ss.).

Uno de estos casos fue el de la opinión consultiva denominada *CONDITIONS OF ADMISSION OF A STATE TO MEMBERSHIP IN THE UNITED NATIONS* que se le realizó a dicho tribunal internacional, la cual versó sobre el artículo 4 de la Carta de las Naciones Unidas. Dicha consulta buscaba resolver una pregunta sobre las condiciones para admitir a un Estado a las Naciones Unidas. Para los Estados esta consulta era política, no jurídica, por ello la CIJ no tenía la competencia para pronunciarse al respecto. Sin embargo, la CIJ mencionó que la solicitud no era política, sino jurídica, pues se ha solicitado la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas. Por tanto, la CIJ resolvió que efectivamente podía interpretar este tratado constitutivo, calificándolo como un tratado multilateral, por ello estableció que era competente para interpretarlo (Conditions of Admission of a State to Membership in the United Natios (Article 4 of the Charter), 1948, págs. 8-12). Este mismo criterio se mantuvo y se aplicó en otras disputas: *COMPETENCE OF THE GENERAL ASSEMBLY FOR THE ADMISSION OF A STATE TO THE UNITED NATIONS*

(Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, 1950) e *INTERNATIONAL STATUS OF SOUTH-WEST AFRICA* (International Status of South-West Africa, 1950) (Ahmed Mohamed, 1997, pág. 283).

Según Sardar, la CIJ utiliza los precedentes para desarrollar el derecho internacional y para brindar coherencia al ordenamiento jurídico (Sardar MA, 2017, pág. 78 y 79). También, se nota que dicho tribunal no hace mención alguna de que las decisiones anteriores sean vinculantes para los casos futuros, sin embargo, la sentencias de la CIJ hacen referencia a los casos anteriores para brindar un seguimiento de los criterios ya establecidos y así generar expectativas en las conductas de los Estados miembros. Esto permite, sin lugar a duda, que el derecho internacional tenga un desarrollo acorde a las necesidades actuales de la comunidad internacional. Esta idea acerca del derecho internacional fue impulsada en la CIJ a través de una opinión separada y contraria a lo establecido en la segunda fase del caso *SOUTH WEST AFRICA (Liberia v. South Africa)* de 1966. Esta opinión es de uno de los jueces involucrados en este caso, el señor Philip Jessup. Jessup fue un académico y diplomático estadounidense que ejerció como juez en la CIJ en el periodo de 1960-1969. Justo en esa época (1962 y 1966) tuvo que dirimir el conflicto, junto a otros jueces, denominado *SOUTH WEST AFRICA* (Liberia v. South Africa) (McWhinney, Judicial Settlement of International Disputes Jurisdiction, Justiciability and Judicial Law-Making on the Contemporary International Court, 1991, pág. 21 y ss.).

Este conflicto surgió en 1948 por el resultado de las elecciones en el sudoeste de África, pues fue electo un gobierno de minorías blancas con políticas públicas discriminatorias y raciales. Este gobierno se rehusó constantemente a discutir sobre dichas políticas en el ámbito de las Naciones Unidas, por lo que dos Estados africanos, Etiopia y Liberia, decidieron alzar la demanda ante la CIJ. En 1962, 8 jueces de 15 dictaminaron que la CIJ poseía jurisdicción para aceptar este caso, sin embargo, en 1966 se dictaminó que por elementos sustantivos no se poseía competencia y, por ello, se rechazó la demanda. Uno de los opositores a esta decisión fue el juez Philip Jessup[5] (McWhinney, Judicial Settlement of International Disputes Jurisdiction, Justiciability and Judicial Law-Making on the Contemporary International Court, 1991, pág. 22).

Este juez se manifestó en contra de toda la sentencia y de la idea de que las palabras no cambian y que su significado perdura en el tiempo, inclusive con los cambios más radicales de la

[5] En este caso se vieron en disputa la opinión de las escuelas jurídicas de Estados Unidos en contra del positivismo legal y la llamada *"black letter traditional law*" (el derecho escrito).

sociedad. Para Jessup se debe aplicar un sentido más dinámico y evolucionario de los precedentes judiciales. Y, por ello, hizo uso de su derecho a opinar en contra de lo establecido en la sentencia (Dissenting Opinion of Judge Jessup, 1966, págs. 440-442). Además, Jessup se refirió a Lauterpacht cuando manifestó la relevancia de las opiniones disidentes. Lauterpacht, un juez de la CIJ que fungió como tal en los años de 1955 a 1960, en su libro titulado The Development of International Law by the International Court aprobó la afirmación realizada por Charles Evans Hughes, quien en su momento fue juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, y que reza de la siguiente manera: "A dissent in a court of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed" [6] (Lauterpacht, 1958, pág. 69).

Según los jueces, los demandantes no poseen el interés o el derecho para reclamar la vulneración jurídica. En cambio, Jessup manifiesta que esto ha quedado demostrado por las cinco veces en la que la CIJ ha tenido en consideración la administración de la República de Sur África de la demandada región del sudoeste de África. Tres de estas veces fueron en opiniones consultivas de los años 1950, 1955 y 1956 en las cuales concluyeron que el sudoeste de África aún estaba sometido bajo el mandato como una colonia alemana y en esta ocasión la Corte se rehúso incluso a volver a declarar el estatus de dicha región africana. La primera fase de este caso que se llevó a cabo de 1962, la Corte estableció que ambos Estados poseían *locus standi*, no obstante, en la segunda fase de 1966 esta sentencia los jueces decidieron eliminar todo este récord y declararon que los demandantes no demostraron su *locus standi* (Dissenting Opinion of Judge Jessup, 1966, págs. 327-328).

Jessup critica la postura de los jueces de la CIJ porque no se hicieron cargo de las alegaciones de las partes. Por ello, para él no se había decidido nada, dicha sentencia era, de cierta manera, inexistente. Además, explicó por qué todo lo decidido anteriormente, incluyendo las opiniones consultivas, formaban parte de una línea lógica de decisiones judiciales realizadas por la Corte. Por ejemplo, manifestó que era una falacia que las objeciones preliminares no formaran parte de la jurisprudencia de la CIJ. Esto lo fundamentó desde la perspectiva de su finalidad estableciendo que son equivalentes a una decisión y así se puede interpretar a partir de los artículos de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto de la CIJ en los que, indistintamente sea en inglés o en francés, se refiere a las objeciones preliminares como una sentencia o

[6] Traducción hecha por mí: Una opinión disidente en la última instancia judicial es una apelación inquietante para el espíritu de la ley, para que en un futuro se pueda corregir el error que el juez disidente señaló en su momento.

decisión judicial. Así se ve utilizado este término en todas las objeciones preliminares que se han resuelto desde el caso *CORFU CHANNEL* (1947) hasta el *BARCELONA TRACTION* (1964). Claro, menciona que el artículo 59 del Estatuto de la CIJ establece que dichas decisiones únicamente son vinculantes a las partes del caso en concreto, sin embargo, las anteriores decisiones judiciales, en las cuales el sudoeste de África se ha visto involucrada, han versado justamente sobre el tema del mandato que sufre a raíz de la colonización alemana. Por ello, Jessup manifestó que dichas decisiones judiciales debían mantener una continuidad lógica en su argumentación y decidir que efectivamente existe *locus standi* por parte de los demandantes (Dissenting Opinion of Judge Jessup, 1966, pág. 336 y ss.).

Entonces, los jueces en ámbito del derecho internacional desarrollan criterios mediante los cuales se generan expectativas de comportamiento. Los Estados se apegan a lo decidido previamente por los jueces, pues de ahí se deriva el sentido del derecho. Los jueces aplican y desarrollan el derecho a la luz del derecho vigente, sin embargo, lo hacen de una manera muy sutil. La opinión disidente del juez Philip Jessup así lo deja entrever, pues hay una idea de que las decisiones judiciales van conformando una jurisprudencia que no debe ser contradicha, a pesar de lo que el artículo 59 del Estatuto de la CIJ establece. Esta idea también es apoyada por Gowlland-Debbas manifestando que en la actualidad el rol de la CIJ ha aumentado mucho más a causa de la cantidad de casos que ha resuelto hasta la fecha. Esto ha permitido que la CIJ logre desarrollar el derecho mediante una jurisprudencia constante y coherente. Según este autor, la CIJ se ha basado en lo que sus jueces previos han establecido como el rol que debe cumplir este tribunal en el desarrollo del derecho internacional. Por ejemplo, Alejandro Álvarez en 1949 estableció que la CIJ debería, además de resolver los conflictos y desarrollar el derecho, lograr encontrar la cohesión armónica entre el derecho y las relaciones sociales en el derecho internacional y de la predominancia de un interés general. O como también se refirió en su momento el juez Lauterpacht, el derecho internacional concierne no solo a la institución del Estado, sino también a sus particulares. Estos jueces, en sus opiniones, buscaban realizar una interpretación teleológica del derecho, pues consideraban que su función no era únicamente aplicarlo (Gowlland-Debbas, 2013, pág. 29 y ss.).

Otra opinión consultiva en la que la CIJ tuvo un rol determinante sobre el desarrollo de este ordenamiento jurídico fue la llamada *REPARATION FOR INJURIES SUFFERED IN THE SERVICE OF THE UNITED NATIONS*. Esta opinión consultiva se derivó de la Asamblea General en 1948, en la cual se le preguntó a la CIJ si un agente de la ONU, en ejercicio de sus funciones en un Estado, sufría de alguna eventual lesión y que esto involucrase una posible responsabilidad estatal,

¿tendría dicha organización la capacidad de demandar al Estado infractor? La CIJ argumentó que la ONU fue creada para cumplir ciertas funciones y para gozar de ciertos derechos que efectivamente ha ejercido desde su constitución. Esto tiene su explicación en el goce de una personalidad internacional y de la capacidad de operar en el ámbito de las relaciones internacionales. Por tanto, son los mismos Estados quienes han provisto a la ONU de la competencia para ejercer las funciones y responsabilidades que se le han otorgado a la organización y por ello ésta se ha constituido como un sujeto internacional. Que sea un sujeto de derecho internacional implica que posee derechos y responsabilidades, por tanto, como sujeto puede proteger sus derechos mediante la denuncia y demanda ante la CIJ (Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, 1949, págs. 7-10).

Para Gowlland-Debbas, este caso fue relevante para el desarrollo del derecho de los tratados, pues la CIJ creó la posibilidad de constituir otras entidades internacionales, más allá de los Estados, que no necesariamente deben de ser iguales en su naturaleza, pero que han sido creadas a partir de las necesidades de la comunidad. Esto implicó que años más tarde se aceptara la capacidad que tienen las organizaciones internacionales para crear tratados. Lo cual se fundamentó desde la perspectiva de que al ser sujetos de derecho internacional se encuentran vinculadas a los tratados a los cuales se han adherido (Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 Between the WHO and Egypt, 1980) (Gowlland-Debbas, 2013, pág. 31).

Lauterpacht menciona que la CIJ, más allá de ser un instrumento para conservar la paz en las relaciones internacionales, ha contribuido en el desarrollo y la clarificación de las normas y principios del derecho internacional. Esto, según la sociología, se le denomina multiplicidad de fines, pues a pesar de que a dicho tribunal se le han asignado funciones específicas, estas terminan por evolucionar en otras funciones que no son las que el constituyente tenía en mente para el órgano en particular. Sin embargo, luego de la primera guerra mundial, la función del desarrollo del derecho estaba contemplada preliminarmente en los constituyentes de la Corte de Arbitraje. La razón por la cual esta función no se definió en su constitución final fue porque sus decisiones tendían a confundir el derecho con la solución diplomática para que las partes en disputas tuviesen una solución neutra que les satisficiera (Lauterpacht, 1958).

Este autor continúa y menciona que el desarrollo del derecho internacional promovido por los tribunales internacionales es la función por la cual dichos órganos han tenido éxito. Según él, los gobiernos han tenido una mayor inclinación a hacer obligatoria su jurisdicción, pero esto depende en gran medida en el grado de la claridad de las normas de este ordenamiento jurídico.

El comité de juristas de 1920, quienes redactaron el tratado constitutivo de la Corte Permanente de Justicia, tenía presente este fenómeno y por ello era urgente codificar el derecho internacional. Sin embargo, esta codificación solo ha demostrado ser una limitante a su desarrollo, pues esta ha pasado a ser, en mayor parte, una función política y legislativa correspondiente a un interés colectivo de los gobiernos; pero este logro, en gran medida, también le corresponde al tribunal internacional (Lauterpacht, 1958).

La forma en que se asegura esta función es mediante la continuidad, lo cual se contradice con la redacción del artículo 59 del Estatuto de la CIJ, pues este declara que las decisiones judiciales solamente serán vinculantes entre las partes en litigio. Según Lauterpacht esto es una especie de remanente del artículo 5 del Código Civil francés que prohíbe a los jueces de establecer principios generales pues la creación jurídica de estos pertenecía al poder legislativo. Sin embargo, haciendo una relación entre el artículo 59 y el 63 del estatuto se puede pensar que las decisiones judiciales pueden tener efectos más amplios que el efecto relativo que se dicen tener las sentencias (Lauterpacht, 1958). Este último artículo tiene dos apartados, el primero hace mención de que al interpretarse una convención en la cual sean partes otros Estados distintos a los que están en litigo serán notificados por el Secretario de la CIJ. El segundo apartado establece que los Estados que hayan sido notificados tendrán el derecho a intervenir en el proceso, pero si intervienen en la interpretación establecida en el fallo será igualmente vinculante para ellos (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945). Según los trabajos preparatorios del comité de juristas de 1920, está última disposición tiene dos fines: la primera es evitar la injerencia política de los Estados ajenos al conflicto y la segunda es que se puede obtener una armonización interpretativa del tratado cuando este sea de interés colectivo (Permanent Court of International Justice. Advisory Committee of Jurists. , 1920, págs. 592-594) (Rosenne, 1993, págs. 19-24).

En la práctica, la CIJ se ha referido a sus decisiones u opiniones consultivas previas para ilustrar, diferenciar e inclusive para establecer un discurso de carácter autoritativo de la jurisprudencia. Por ejemplo, en la opinión consultiva *INTERPRETATION OF PEACE TREATIES WITH BULGARIA, HUNGARY AND ROMANIA* resuelta en 1950, la CIJ tuvo que hacer una distinción con un caso que era similar y que fue resuelto en 1923 que se denominó *STATUS OF EASTERN CARELIA*. La similitud entre ellos se fundamenta en que en ambas opiniones consultivas los Estados involucrados en la disputa se rehusaron a participar en dichos procesos. Sin embargo, la diferencia de ambos casos recaía en que en el caso de Carelia la CIJ declinó dar una respuesta a la opinión consultiva porque la pregunta a resolver en el caso Carelia estaba directamente

relacionada a una disputa entre Rusia y Finlandia. Por lo que responder dicha opinión consultiva hubiese implicado una resolución al entonces conflicto entre ambos Estados. Además, en dicha ocasión, se había alzado una pregunta fáctica que consistía en saber lo que ambas partes habían pactado. Por ello, la Corte Permanente de Justicia Internacional resolvió declarando que no era posible resolverla sin la comparecencia de ambas partes (B05. Status of Eastern Carelia, 1923, págs. 28-29) (Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, 1950, pág. 72).

En cambio, en el caso entre Bulgaria, Hungría y Rumania, sí era factible decidir, a pesar de la falta de comparecencia de estos, porque dicha consulta trató sobre la aplicación de los procesos de solución de conflictos establecidos en los tratados de paz y, por tanto, la consulta no está directamente relacionada con el conflicto entre dichos Estados. Además, la CIJ argumentó que el objetivo de dicha consulta solicitada por la Asamblea General era esclarecer y guiar a dicho órgano de la ONU sobre si los procesos establecidos en los tratados de paz podrían mitigar los problemas entre los tres Estados abstinentes a participar en dicha consulta (Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, 1950).

Por otra parte, la sentencia *INTERPRETATION OF PEACE TREATIES* también posee una de las decisiones disidentes que demuestra el fin de las decisiones judiciales de la CIJ. Uno de los jueces que conocieron este caso, el señor Read, manifestó lo siguiente: "There can be no doubt that the United Nations intended continuity in jurisprudence, as well as in less important matters. While this does not make the decisions of the Permanent Court binding, in the sense in which decisions may be binding in common law countries, it does make it necessary to treat them with the utmost respect, and to follow them unless there are compelling reasons for rejecting their authority"[7] Es claro que en la conciencia de los jueces, o al menos de algunos de ellos, existía desde entonces la idea de la continuidad y respeto de las decisiones judiciales (opiniones y sentencias) y que la autoridad de las mismas deberían ser rechazadas únicamente por razones contundentes (Dissenting Opinion by Judge Read, 1950, pág. 233). Esto no quiere decir que la CIJ se encuentre atada a sus precedentes judiciales, pues esta posee total discreción en la forma en que falla las disputas de las cuales llegue a conocer. Sin embargo, en la práctica, dicha corte ha adoptado la postura de respetar sus decisiones.

[7] Traducción hecha por mí: No puede haber duda de que las Naciones Unidas pretendían establecer una continuidad en la jurisprudencia. Esto no constituye a la jurisprudencia de la CIJ en vinculante, en el sentido de aquellos que su sistema jurídico es el *common law*, pero si es respetada y es necesario seguirla a menos que haya razones relevantes para rechazar su autoridad.

Según Lauterpacht, dicha postura se fundamenta en lo que ya se ha anunciado anteriormente en esta investigación, esto es: la estabilidad, certeza, expectativas que se han consolidado en las conductas de los Estados que conforman la comunidad internacional. La CIJ es constante con los criterios que expresa en sus decisiones porque son un cúmulo de experiencia y porque han determinado lo que en el pasado se ha establecido como derecho. También porque al respetar los criterios pasados se genera una perspectiva de estabilidad y certeza; además de cimentar la idea de una administración de justicia ordenada. Por otra parte, también lo hace porque no existe un código o un sistema legal que determine el derecho internacional. Por ello, se espera que exista la tendencia de considerar a las decisiones judiciales como una fuente del derecho internacional (Lauterpacht, 1958).

Para Hemraj, por ejemplo, el proceso creador del derecho conlleva dos fases. La primera se deriva del descubrimiento por parte del juez en su determinación de cómo resolver un litigio y la segunda, se fundamenta en la justificación de por qué la decisión es legalmente la más adecuada. En el *common law* esto es más visible pues es un sistema jerarquizado en el cual las cortes inferiores están obligadas a continuar el presente establecido por una corte superior. Esto tiene ventajas como: predictibilidad, igualdad, confianza y eficacia, por tanto, el juez se ve sujeto a estos criterios y no puede modificarlos sin razón aparente. Hemraj concluye que en un mundo globalizado con una sociedad multicultural que está en constantes cambios, se crea la necesidad de que exista creación jurídica a través de las decisiones judiciales. Esto no implica que los jueces tengan la potestad de modificar el derecho existente, sino de desarrollarlo en conformidad con el existente (Hemraj, 2002, pág. 450 y ss.).

Como ya se definió en la introducción general de este trabajo de investigación, se pretende comprobar que las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y las sentencias, consultas prejudiciales, consultas obligatorias e ilustrativas de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) son fuentes formales de derecho internacional con efectos vinculantes *erga omnes* para los Estados miembros de sus respectivos sistemas de integración. Por ello, la perspectiva base de esta tesis es que, según lo planteado por algunos autores anteriormente mencionados y analizados, existe la posibilidad de aceptar a la jurisprudencia como fuente formal de derecho internacional. Por tanto, esta tesis tendrá en cuenta que las fuentes formales son aquellas que crean derechos y obligaciones vinculantes con efectos *erga omnes*. En el caso de la jurisprudencia, esto se determinará por el desarrollo que esta emplea del derecho o de las normas comunitarias a través de la función que permite uniformar su interpretación y aplicación, generando así obligaciones vinculantes con efectos

erga omnes para todos los Estados miembros, particulares, organizaciones y órganos que se relacionen con las comunidades regionales de integración en estudio. Sin embargo, los tribunales en estudio deberán cumplir dos requisitos: el primero es que los tribunales emisores de estas decisiones judiciales posean jurisdicción permanente en toda la comunidad respectiva, y, el segundo, que su naturaleza sea supranacional con la facultad de uniformar la interpretación y aplicación de las normas comunitarias respectivas. Si ambas características se cumplen, dichos tribunales internacionales podrán rectificar el derecho de la comunidad mediante las Interpretaciones Prejudiciales del TJCA y las Sentencias, Consultas Prejudiciales, Consultas Obligatorias e Ilustrativas de la CCJ.

E. CONCLUSIONES

La historia del derecho internacional refleja la constante discusión con respecto a la doctrina de sus fuentes. Esta discusión, en un principio, se enfocó en argumentos morales, éticos y filosóficos que son propios del Derecho Natural. Luego, estos argumentos se vieron enfrentados con aquellos de carácter positivista, los cuales se caracterizaron por establecer al consentimiento de los Estados como como base del derecho. Por tanto, la doctrina de las fuentes del derecho internacional se fundó en conformidad a la voluntad de los Estados. Por ello, el derecho que esté de acuerdo con esta doctrina será vinculante y válido y, en consecuencia, exigible en la argumentación jurídica.

Como ya se ha analizado, a fines del siglo XIX se puede observar que este ordenamiento jurídico inició un periodo de juridificación, universalización y positivismo, en el cual los teóricos tenían el objetivo de imponer sus perspectivas acerca de la doctrina de las fuentes de este derecho. El fin de ello era dominar el discurso legal de la época en dicha materia, pues no existía siquiera un consenso de lo que se debía comprender como una fuente del derecho. En este caso, los autores europeos dominaron el discurso sobre las fuentes del derecho internacional y por ello se considera a Europa como el origen de la conceptualización de las fuentes del derecho de las naciones de corte positivista.

El fenómeno de la globalización hace evidente los problemas que acarrea la doctrina clásica de las fuentes del derecho internacional y es por ello por lo que se discute la posibilidad de nuevas fuentes. En efecto, la doctrina clásica ha sido únicamente fundamentada en la voluntad Estatal, sin embargo, actualmente este ordenamiento jurídico es desarrollado, interpretado y aplicado por diversos sujetos, es decir, el Estado deja de ser el único con dichas facultades. Esto permite que haya una mayor especialización del derecho internacional y por ello no es posible, debido a las exigencias actuales de la sociedad, limitarlo a la clásica doctrina de las fuentes. En consecuencia, surgen nuevamente los debates acerca de esta doctrina y las posibilidades de considerar a otros instrumentos internacionales como fuentes vinculantes.

Una de las nuevas posibles fuentes del derecho internacional son las decisiones judiciales de los tribunales internacionales de justicia. Sin embargo, la doctrina mayoritaria persiste en que estas únicamente poseen el rol que establece el artículo 38-1, d, del Estatuto de la CIJ, es decir, ser un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho.

Por otra parte, en la práctica, el precedente de la CIJ se ha constituido como un parámetro de expectativas conductuales para los Estados. Estos, a su vez, configuran sus conductas ante la comunidad internacional en conformidad a lo dictaminado por la CIJ. Incluso, la propia CIJ ha reconocido de manera tácita la relevancia y la necesidad de tener una continuidad progresiva de los criterios que han formulado en el pasado, también los Estados han asumido la práctica de fundamentar sus argumentos en sentencias anteriores, como si fuesen fuente de derecho. Por tanto, no sería improbable la existencia de tribunales internacionales que tengan dentro de sus competencias la uniformización de las normas jurídicas de una comunidad determinada y, con ello, que se constituyan sus decisiones judiciales como fuente formal de derecho internacional. Por todo lo anteriormente expresado, se ha cumplido el objetivo específico de este capítulo, en el que se ha demostrado que existe la posibilidad de que las decisiones judiciales tengan un rol protagónico en la creación del derecho. Se tendrá en cuenta que las fuentes formales son aquellas que crean derechos y obligaciones vinculantes con efectos *erga omnes*. Y, para el resto de esta tesis, los tribunales tendrán que cumplir dos requisitos para que su jurisprudencia sea considerada como tal, estos son: a) poseer jurisdicción permanente en toda la comunidad, y, b) ser de naturaleza supranacional con la facultad de uniformar la interpretación y aplicación de las normas comunitarias respectivas.

Esta discusión se complementará con el estudio general de las comunidades de derecho electas para esta tesis que se desarrollan en el capítulo segundo y tercero. Con estos capítulos se podrá comprender qué es una comunidad de derecho, cómo se trasplantaron las instituciones europeas en la comunidad andina y centroamericana, especialmente, sus tribunales. Además, se podrá determinar si el TJCA, en el capítulo segundo, y la CCJ, en el capítulo tercero, cumplen con requisitos anteriormente planteados. Además, se analizarán ciertos principios que también forman parte del fundamento por las cuales estas decisiones judiciales son fuente formal de derecho internacional y también se comprenderá la función de estos tribunales que permite generar derechos y obligaciones vinculantes con efectos *erga omnes*.

CAPÍTULO II La Comunidad Andina

A. INTRODUCCIÓN

El derecho comunitario tiene sus orígenes en las Comunidades Europeas. Estas comunidades se conformaron luego de la restauración de la paz en el mundo al término de la segunda guerra mundial (1939-1945). La primera comunidad que existió fue la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) en 1951 y que fue creada mediante el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Tratado CECA). Luego y simultáneamente, se constituyeron la Comunidad Económica Europea (CEE) en 1957 mediante el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) en 1957 y en vigor desde 1958 mediante el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Tratado EURATOM). Sin embargo, en estos tratados no se hizo mención alguna de la creación de un nuevo ordenamiento jurídico como lo es el derecho comunitario. Estos convenios se limitaron al establecimiento de una comunidad europea con instituciones propias y autónomas, algunas de ellas fueron: la Comisión, el Parlamento Europeo, el Consejo, el Tribunal de Justicia[8] y el Tribunal de Cuentas.

En Latinoamérica también han existido procesos de integración que datan de la emancipación de América. Estos procesos se caracterizan por lograr una amalgama de voluntades soberanas[9] de los países de la región. El objetivo de ello es trazar y lograr objetivos y propósitos comunes que beneficien a los pueblos (Pereira & Santos, 2015, págs. 227-232) (Miranda, 2017, pág. 46 y 47). En la actualidad, no se busca consolidar una federación de Estados regidos por un solo gobierno, como fue el caso de Centroamérica al lograr su emancipación de España con su República Federal del Centro de América[10], sino de conformar una cooperación entre Estados que deciden unirse para alcanzar objetivos y metas comunes (Andrade, 1989, págs. 1-5) (Miranda, 2017, pág. 47). Este tipo de alianzas busca obtener un mayor beneficio y desarrollo

[8] El Tribunal de Justicia fue renombrado como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), a partir de la constitución de la Comunidad Económica Europea (1957) y la Comunidad de Energía Atómica (1958). Su cambio de denominación se debió a la necesidad de una instancia jurisdiccional común para las tres comunidades.

[9] La voluntad soberana es el ejercicio legítimo del consentimiento de la mayoría o del pueblo que se expresa en el poder político para crear leyes. Véase (Cortés, Libertad, justicia y reconocimiento, 2018) (Cortés, La tensión entre constitucionalismo y democracia, 2012, pág. 21) y (Prado, 2006).

[10] Esta federación estaba conformada por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

común para sus integrantes, es decir, para los Estados y, por extensión, para sus órganos, para las personas naturales y para las personas jurídicas (Andrade, 1989, págs. 10-12; 34 y 35).

Estas ideas de cooperación latinoamericana a través de la integración se desarrollaron a partir de las ideas económicas de Raúl Prebisch entre los años 1950-1960 (Ocampo, 2001, pág. 1 y ss.) (Dosman, Sunkel, & Bárcena, 2011, pág. 36 y ss.) (Pérez, Sunkel, & Torres, 2012, pág. 14 y ss.) (Miranda, 2017, págs. 27-32). Prebisch fue un economista argentino que trabajó en la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)[11]. En la comisión, este trasandino fungió como secretario ejecutivo y desarrolló sus ideas económicas, las cuales pregonaban que en América Latina no se había consolidado un desarrollo estable por las asimetrías de sus economías y como resultado de esto la región se veía aquejada por la desigualdad en el crecimiento económico y en la producción. Es por ello por lo que debía existir un desarrollo desde adentro, que se llevaría a cabo con la industrialización de la producción.

Esta industrialización se lograría mediante nuevas formas de integración en la economía mundial (Ocampo, 2001, pág. 2). El camino para lograr dicho objetivo estaba determinado por la implementación de un modelo industrializador al interior de los Estados que consistía en sustituir las importaciones y consolidar las exportaciones (Alter & Helfer, 2017, pág. 10). En este sentido, los procesos de integración se visualizaron como el elemento clave para racionalizar los costos de la sustitución de importaciones. A partir de dichas ideas económicas, surgieron procesos de integración regional como la Comunidad Andina (CAN) en 1969[12], la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) en 1980[13], y otros que reformarían su visión de la integración como sucedió con la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) en 1951. Sin embargo, la conceptualización del derecho comunitario ocurrió en Europa y fue gracias al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), porque es a partir de sus resoluciones que se conceptualiza este ordenamiento jurídico como tal. Estas resoluciones serán relevantes para el derecho comunitario latinoamericano porque han sido la fuente para la configuración del derecho andino y centroamericano. Esta "inspiración" se haría efectiva mediante el trasplante legal de cuatro instituciones jurídicas que serán de vital importancia en la función judicial de interpretación y aplicación uniforme de las normas del

[11] La CEPAL nace a partir de la resolución 106 del Consejo Económico y Social (que forma parte de la Organización de las Naciones Unidas) en 1948 y su objetivo de la CEPAL es contribuir al desarrollo económico de Latinoamérica y promover las relaciones económicas entre los países latinoamericanos y con otros países del mundo. Su sede se encuentra en la ciudad de Santiago, Chile.

[12] Sitio oficial de la CAN: www.comunidadandina.org.

[13] Compuesto por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay, Perú y Venezuela, ver el TRATADO DE MONTEVIDEO (12 de agosto de 1980). Sitio oficial de la ALADI www.aladi.org.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ). Las instituciones que fueron trasplantadas, por mencionar algunas, son: la conceptualización del derecho comunitario, el principio de eficacia directa, el principio de primacía, la supranacionalidad, entre otras.

En el capítulo anterior se ha establecido la discusión de la posición actual de las decisiones judiciales en el sistema de fuentes de derecho internacional. Por ello, en este capítulo y el siguiente, se analizarán ordenamientos jurídicos de integración regional que, cada uno, posee un tribunal internacional facultado para uniformar la interpretación y aplicación de las normas comunitarias respectivas. Y como ya hemos hecho mención, esta función genera efectos *erga omnes* que será analizada en detalle en el capítulo cuarto. Estos ordenamientos parten desde la base del derecho internacional, entonces, este capítulo analizará, en primer lugar y de manera resumida, al Sistema Andino de Integración (SAI). Luego, examinará al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su trasplante institucional en el SAI para determinar si cumple con las condiciones manifestadas al final del capítulo primero para crear derechos y obligaciones vinculantes. Por último, se estudiará la conceptualización histórica del derecho comunitario proveniente de las Comunidades Europeas con el objetivo de examinar su trasplante andino y, por tanto, todo aquello que fue trasplantado a partir de dicho concepto. Con ello, se logrará determinar las diferencias conceptuales entre el derecho andino y el europeo. Esta misma base nos servirá para el capítulo tercero de esta tesis doctoral.

B. El Sistema Andino de Integración

Cómo se mencionó en un inicio, este apartado busca analizar, de forma general, al Sistema Andino de Integración (SAI). En primer lugar, se examinará desde una perspectiva histórica, es decir, su origen y desarrollo. Luego se estudiará su composición orgánica, por último, se desarrollará su naturaleza.

a. Historia

Simón Bolívar es la figura máxima del pensamiento integracionista en Latinoamérica. Las ideas integracionistas de Bolívar se basaron en dos aspectos fundamentales, el primero se cimentaba en la necesidad de la unión de los países latinoamericanos frente a los peligros externos, el segundo, buscaba consolidar un mecanismo propio de los países americanos para resolver las disputas entre sí para garantizar la paz entre los Estados (Grez Pérez, 1983, pág. 113 y ss.) (Andrade, 1989, pág. vi) (Bustos, 2010, pág. 2) (Comisión Presidencial para la Conmemoración del Bicentenario de la Carta de Jamaica, 2015, pág. 30 y ss.) (Odello, 2015, pág. 118). No obstante, en ese momento, dichos ideales no rindieron fruto, pues Bolívar no logró consolidar ninguno de sus esfuerzos unionistas. Pese a ello, tiempo más tarde, surgieron diversos procesos de integración en el sur de América inspirados en el ideal de Simón Bolívar.

Algunos de los procesos que han surgido a la fecha son: la Asociación Latinoamericana del Libre Comercio (ALALC, 1960-1980 paso a ser la ALADI), la Comunidad Andina (CAN, 1969), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI, 1980), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR, 1991), la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR, 2004), y la Alianza del Pacífico (2012). Cabe aclarar que estos procesos de integración no son solamente el fruto de las ideas de Bolívar, sino también lo ha sido gracias al pensamiento económico de Raúl Prébisch que se fundamentó en la implementación de la industrialización para sustituir la necesidad de importar bienes. Sin embargo, la atención recae en la CAN, pues es el único de los sistemas regionales de integración en el sur de América que posee un órgano judicial permanente con la competencia expresa de uniformar la aplicación e interpretación del su orden jurídico.

El Pacto Andino, que posteriormente transforma su denominación a Comunidad Andina (CAN)[14], inspirado en el modelo integracionista de las Comunidades Europeas (Odello, 2015, págs. 118-125) se originó a partir del Acuerdo de Cartagena que fue suscrito en 1969 por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú (Avery & Cochrane, 1973, págs. 181-186) (Ferris, 1982, págs. 249-251) (Soares Carneiro, 2016, pág. 27 y ss.) (Alter & Helfer, 2017, págs. 113-115). Venezuela se adhirió en 1973 y Chile se retiró en 1976 por ser incompatibles sus políticas económicas con el resto de los países sureños (Perotti A. , 1999, pág. 188 y 189) (Sasaki Otani, 2018, págs. 33-37) (Odello, 2015, pág. 118 y ss.). Sin embargo, esta comunidad tiene sus orígenes en múltiples negociaciones históricas acontecidas en el sur de América y su pilar fundamental fue el Tratado de Montevideo de 1960. Este tratado, a diferencia del Acuerdo de Cartagena, reunió a algunos de los Estados miembros del Pacto Andino (Chile y Perú) y otros Estados como Argentina, Brasil, México, Paraguay y Uruguay. La voluntad de estos Estados suramericanos era establecer una zona de libre comercio entre los países de América Latina. Para lograr dicho objetivo, los Estados latinoamericanos se comprometieron a eliminar gradualmente las barreras del comercio intrarregional. El fin de ello era acelerar el proceso del desarrollo económico para mejorar el nivel de vida de sus pueblos. Por ello, se instituyo a partir de la voluntad de dichos Estados la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC 1960-1980) (La Junta, 1973, pág. 136 y ss.) (Eastman, 1982, pág. 25) (Odello, 2015, pág. 119 y ss.). Por otra parte, este tratado desde un inicio fue compatible con las constituciones de los Estados contratantes, así se hizo constar en el informe de La Junta "es conveniente anotar que en ningún momento se acusó la incompatibilidad del Acuerdo de Cartagena con los textos constitucionales de los Estados Miembros, circunstancia que permite concluir que los compromisos asumidos en el Acuerdo no se oponen en manera alguna al derecho constitucional" (La Junta, 1973, pág. 137). Por tanto, una vez se han transcurrido las diferentes fases de negociación, suscripción, aprobación y vigencia, los Estados no podrán negarse a cumplir con lo pactado por presunta violación a su derecho interno. En este caso, el Acuerdo es compatible con las constituciones de los Estados miembros y ha sido incorporado a los ordenamientos nacionales de estos Estados. Por ello, ninguno de estos podrá eludir sus compromisos y obligaciones, pues si lo hacen caerán en responsabilidad internacional.

Años más tarde de la constitución de la ALALC, los presidentes de Colombia, Chile y Venezuela en suma con los representantes delegados de los Presidentes de Ecuador y Perú

[14] Obtiene la denominación de Comunidad Andina en 1996, a partir del Protocolo de Trujillo que modificó la estructura institucional de esta organización.

emitieron la declaración de Bogotá. Dicha declaración, suscrita en 1966, expresaba diversos puntos de conversaciones en el marco de la cooperación regional entre estos Estados latinoamericanos. A este subconjunto de Estados se le denominó el Grupo Andino. Este grupo decidió apostar por su integración porque según ellos la integración económica podría lograrse más fácilmente en base de que dichos Estados, en esa época, eran más homogéneos en cuanto su nivel de desarrollo (Eastman, 1982, págs. 25-27). Estos países, que en el futuro se convertirían en la CAN, buscaban aportar a la integración económica regional mediante los acuerdos contenidos en dicha declaración. Algunos de estos acuerdos contenían: bases de una política internacional común, integración económica latinoamericana, integración fronteriza, integración física, proyectos multinacionales, política monetaria, instituciones de la ALALC, la conferencia de presidentes del hemisferio para el fortalecimiento del sistema interamericano, la alianza para el progreso, cooperación para la reforma agraria fomento agrícola y pecuario, cooperación para la investigación y la enseñanza científica, cooperación para la integración económica, formas de cooperación comercial, inversiones extranjera y cooperación financiera internacional.

Un año más tarde, los jefes de los Estados americanos se reunieron en Punta del Este, Uruguay, para concretar la Declaración de los Presidentes de América (DPA). Los países que asistieron a dicha reunión fueron: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Venezuela y Uruguay. Entre estos se encuentran los centroamericanos que poseían su propio sistema de integración económico llamado Mercado Común Centroamericano (MCCA) y su aparición no fue sorpresiva, pues era un deseo de los países sur americanos estrechar lazos de cooperación con el MCCA para consolidar el esfuerzo integracionista a nivel latinoamericano. Por ello, estos Estados se reunieron para brindar un impulso a la Alianza para el Progreso y manifestar el deseo de constituir un Mercado Común Latinoamericano desde el año 1970.

Estas medidas comunes presentadas en la DPA permitieron la creación de la CAN en el marco de la ALALC. La mayoría de estas medidas eran económicas y su objetivo primordial era evitar establecer nuevas restricciones al comercio, y entablar una mesa de negociaciones con el MCCA para constituir el Mercado Común Latinoamericano. Más interesante aún resulta el apartado f del numeral 4 del capítulo 1 de la DPA, pues en ella se señala la posibilidad de crear acuerdos de complementación industrial y de convenios subregionales de integración económica de carácter transitorio entre el MCCA y países miembros de la ALALC (La Junta,

1973). Este último acuerdo derivó a la resolución 202 del Consejo de Ministro de ALALC. Esta resolución planteaba las normas de los acuerdos subregionales, pues así se solicitó en la DPA (La Junta, 1973). Para ello se dictaminó la resolución 202 en 1967 por el Consejo de Ministros de la ALALC, la cual estableció las condiciones de los acuerdos subregionales que se celebraban entre los países de la ALALC o entre los países de la ALALC con el MCCA.

El objetivo principal de esta resolución fue evitar la existencia de una contradicción entre los acuerdos subregionales con el Mercado Común Latinoamericano, pues dichos acuerdos deberían contribuir a su constitución no a obstruirla. Por ello, se designaba que dichos convenios subregionales deberían ser transitorios y conformes al Tratado de Montevideo, a la DPA y a las resoluciones de la ALALC (La Junta, 1973, pág. 137 y ss.). Simultáneamente a la resolución 202, se suscribió la resolución 203 que establecía las bases del acuerdo subregional entre Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela. Esta última resolución permitió la posterior constitución del Acuerdo de Cartagena en el marco de la ALALC. Algunas bases establecidas en dicha resolución fueron: el programa de liberación de gravámenes y de eliminación de restricciones no arancelarias (se estipuló un régimen especial para Ecuador), el proceso para estipular el arancel externo mínimo común sobre productos importados desde fuera de la subregión, requisitos de origen, cláusulas de salvaguardia (las mismas del Tratado de Montevideo), competencia comercial (para evitar el "*dumping"*), la coordinación de políticas económicas, la administración del acuerdo subregional y proposiciones finales (libertad de adhesión por otros países).

Dos años más tarde a las resoluciones del Consejo de Ministros de la ALALC, los Estados de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú suscribieron el Acuerdo de Integración Subregional (Acuerdo de Cartagena) en 1969. Por medio de este convenio, se configuró el Grupo Andino, que tiempo después pasaría a ser la CAN. Años más tarde, Venezuela se adhirió al Pacto Andino tras lograr la incorporación de 450 ítems a la lista de excepciones de liberación arancelaria.

Estos países andinos se comprometieron a crear una unión aduanera para el año 1985, tal como lo estipularon en el artículo 55 de dicho convenio (Eastman, 1982, pág. 85). Los objetivos propuestos por este grupo, según el artículo 1, eran: promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Estados miembros del acuerdo, acelerar el crecimiento económico de los Estados mediante la integración, facilitar la participación en la integración propuesta por el Tratado de Montevideo y establecer las condiciones necesarias para instituir a la ALALC como

un mercado común. El fin trazado por los países andinos fue mejorar el nivel de vida de sus habitantes. La forma en que estos objetivos serían logrados se plasmó en el artículo 3 del Acuerdo de Cartagena en el que se estableció que se utilizarían las siguientes medidas: la armonización de políticas económicas y sociales, la industrialización conjunta, un programa de liberación acelerado, un arancel externo común, la aceleración del desarrollo agropecuario, el financiamiento de las inversiones necesarias en el proceso de integración, la integración física y tratamientos preferenciales a Bolivia y Ecuador (Eastman, 1982, págs. 27,28 y 113). Sin embargo, el Grupo Andino carecía de la institucionalidad que hoy posee, pues en ese entonces no existía un Sistema Andino de Integración (SAI) como un conjunto organizado.

En ese momento el Pacto Andino conformó estos órganos: la Comisión, la Junta, los Comités y la Corporación Andina de Fomento, los primero dos órganos son los principales de dicho acuerdo (Eastman, 1982, pág. 86). La Comisión era el órgano máximo del tratado subregional y estaba constituida por un representante plenipotenciario por cada país miembro. Este órgano expresaba su voluntad mediante Decisiones y formulaba la política general del Acuerdo. En cambio, la Junta era el órgano técnico del Acuerdo y se le encargó velar por la aplicación del acuerdo y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión, entre otras funciones; también se le solicitó formular propuestas a la Comisión destinadas a facilitar o acelerar el cumplimiento del Acuerdo.

A pesar de haberse consolidado la vigencia del Acuerdo de Cartagena, surgieron a partir del año 1973 diversas dificultades para el Grupo Andino. Dichas dificultades se debían a que la Comisión era incapaz para definir los mecanismos que servirían para cumplir los compromisos en las fechas pactadas y en el incumplimiento de aquellos compromisos ya adquiridos de parte de los Estados (Eastman, 1982, pág. 30). Algunas prácticas vejatorias de los Estados miembros que afectaban al proceso fueron: implementación de nuevas restricciones como la implementación de mecanismos administrativos dilatorios, cuotas de importación para los productos liberados, los países no eran diligentes para adoptar las Decisiones de la Comisión en su régimen interno o no las implementaban (Eastman, 1982, págs. 30-31). Colombia, mediante su representante Alberto Galeano, se manifestó al respecto de estos problemas en 1975 y señaló que el Grupo Andino decidió crear este tratado con la visión conjunta de ser más expeditos de lo que se lograría en la ALALC (Eastman, 1982, págs. 31-32).

Un año más tarde Chile decidió retirarse del Pacto Andino, esto provocó que los países restantes negociaran y flexibilizaran sus posturas de cumplimiento y negociación de acuerdos. Esto

causó que se renegociara un nuevo arancel externo mínimo y que se consolidaran acuerdos con respecto a la inversión extranjera, también se adoptaron mecanismos no fijados dentro de los plazos originales. Todas estas modificaciones se plasmaron en el Protocolo de Lima de 1976. Sin embargo, a pesar de que este último Protocolo permitió una serie de flexibilidades dentro del proceso de integración, los Estados miembros seguían constantemente incumpliendo los compromisos ya suscritos por ellos. Ante esto, la Junta informó a la Comisión que la cantidad de incumplimientos y su crecimiento exponencial podrían poner en peligro la seriedad del proceso de integración. Entonces, se decidió crear un mecanismo jurídico de orden supranacional que tuviera las atribuciones para ejercer el control de la legalidad dentro del Grupo Andino. Así, en 1979, se suscribió el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena con la convicción de que la estabilidad del Grupo Andino, en cuanto a sus derechos y sus obligaciones, debía ser salvaguardada por un órgano judicial del más alto nivel e independiente de los Estados.

Este órgano judicial se constituyó con la capacidad de declarar el derecho comunitario, de dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo de forma uniforme (Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1979). A pesar de los problemas institucionales del Grupo Andino, tendrían que pasar veintiocho años para que el Acuerdo de Cartagena fuese modificado. Las modificaciones fueron significantes, pues con el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Protocolo de Trujillo) suscrito en 1996, pero ratificado por todos los Estados en 1997, se creó la Comunidad Andina (CAN) y se estableció el Sistema Andino de Integración (SAI).

El Protocolo de Trujillo marcó el inicio de la evolución del Grupo Andino a un sistema de integración regional con objetivos y fines propios, pues ya no se buscaría cumplir con lo establecido en el marco del Tratado de Montevideo que instauró en su momento la ALALC. Unos meses más tarde de su ratificación, se incorporaron otras modificaciones al Acuerdo de Cartagena mediante el Protocolo de Sucre. Este convenio determinó que la CAN era un proyecto de integración subregional que tiene como objetivo cumplir con sus propios fines e intereses. Anteriormente, por ejemplo, se establecía que el Grupo Andino tenía como objetivo principal consolidar un arancel externo que fuese compatible con la ALALC, eso fue suprimido en dicho Protocolo. Por otra parte, se añadieron al Acuerdo de Cartagena otros capítulos como: las relaciones externas, el comercio intrasubregional de servicios, miembros asociados, y disposiciones transitorias.

La CAN, al modificarse mediante los Protocolos de Trujillo y de Sucre, estaba conformada por los Estados de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, este último decidió retirarse en el año 2006, además de los órganos e instituciones del SAI establecidos en dicho acuerdo. Los órganos del SAI, tal como lo estipulaba el Protocolo de Trujillo, son: el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaria General de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Parlamento Andino, el Consejo Consultivo Empresarial, el Consejo Consultivo Laboral, la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas, el Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al SAI y demás que se creen en su marco, la Universidad Andina Simón Bolívar, los Consejos Consultivos que establezca la Comisión, y los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración andina (Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1996). La Junta del Acuerdo de Cartagena deja de existir para transformarse en la Secretaria General del SAI y todas sus obligaciones, derechos y patrimonio pasan a formar parte de dicho órgano. La Comisión pasa a ser la Comisión de la CAN, sin embargo, esta deja de ser el órgano político de mayor jerarquía y de impulso de la integración, pues dicha función pasa a ser del Consejo Presidencial Andino. Esto supone un cambio de estrategia en la integración, pues ahora serán los Jefes de Estado los encargados de impulsar, orientar y definir la política de la integración.

b. La composición del Sistema Andino de Integración

El SAI tiene como fin permitir una coordinación que sea efectiva entre los órganos e instituciones que lo conforman para profundizar la integración de los Estados miembros de la Comunidad Andina. Además, debe de promover la proyección externa de la comunidad. Los órganos que componen la CAN son: el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Parlamento Andino, el Consejo Consultivo Laboral, la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas, el Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al SAI y los demás que se creen en su marco, la Universidad Andina Simón Bolívar, los Consejos Consultivos que establezca la Comisión y los demás órganos e

instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina (Acuerdo de Integración Subregional Andino, 1969).

Entre estos órganos, los más relevantes son: el Consejo Presidencial Andino (CPA), el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE), la Comisión de la Comunidad Andina (CCAN), la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN) y el TJCA. Estos órganos son relevantes porque sus decisiones influyen directamente en el proceso de la integración andina. En cambio, el resto de los órganos del SAI únicamente tienen un carácter consultivo como el Consejo Consultivo Empresarial y el Consejo Consultivo Laboral, y financiero como la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas.

El CPA es el órgano con mayor jerarquía dentro del SAI y este está conformado por los Jefes de Estado de los Estados miembros. Este órgano se encarga de emitir Directrices sobre los ámbitos que el proceso de integración requiera. Dichos instrumentos son orientaciones políticas que deberán ser ejecutadas por los órganos e instituciones del SAI. El CAMRE es un órgano de coordinación y ejecución, y se expresa mediante Declaraciones y Decisiones. En cuanto a sus funciones de coordinación, el CAMRE debe formular la política exterior de los Estados miembros en los asuntos de interés de la subregión, además debe orientar y coordinar la acción externa del SAI. También se encarga de coordinar la posición conjunta de los países miembros en foros y negociaciones internacionales, cuando sea de interés subregional, además de preparar las reuniones del CPA. En cuanto a sus competencias ejecutivas, el CAMRE formula, ejecuta y evalúa, en cooperación con la Comisión, la política general del proceso de integración y hace cumplir las Directrices que imparte el CPA y vela por su ejecución a nivel del SAI. El CAMRE aprueba o modifica su propio reglamento, además aprueba el reglamento de la Secretaría General y sus modificaciones propuestas por la Comisión. Por último, este órgano elige y remueve al Secretario General de la CAN (Acuerdo de Integración Subregional Andino, 1969).

La CCAN está encargada de la formulación, ejecución y evaluación de la política de la integración andina en materia de comercio e inversiones. Además, este órgano debe velar por la consecución de los objetivos del Acuerdo de Cartagena. También se encarga de representar a la CAN en asuntos o actos de interés común, siempre y cuando estén en consonancia con las normas y objetivos del Tratado de integración andino, y del presupuesto anual de la CAN. La SGCAN es el órgano ejecutivo de la CAN y funciona de acuerdo con los intereses exclusivos de la comunidad. Esta institución se encarga de velar por la aplicación y cumplimiento de las

normas andinas, además de realizar estudios técnicos sobre el funcionamiento del SAI (Acuerdo de Integración Subregional Andino, 1969). Por último, el TJCA es el órgano jurisdiccional del SAI con el cual se garantizará el cumplimiento de los tratados suscritos y ratificados por los Estados miembros de la CAN. Además, este tribunal resguardará los derechos y obligaciones que emanen del orden legal andino con la capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan de dicho orden jurídico e interpretarlo uniformemente. Este órgano y la función que ejerce en cuanto uniformar el derecho comunitario es la arista relevante para esta tesis.

c. Naturaleza del proceso de integración andino

La integración andina surge a partir de la voluntad soberana de los Estados miembros fundadores del proceso: Chile, Colombia, Bolivia, Perú y Ecuador. Esta voluntad se materializa en 1969 en el Acuerdo de Cartagena y en dicho tratado se establecen objetivos que deberán ser cumplidos por estos Estados. Con ello se materializa un nuevo ordenamiento jurídico que limita a su vez las competencias soberanas de los Estados que pertenecen a dicho sistema. Se debe recordar que este proceso vinculará tanto a los Estados como a sus particulares (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 2 y 3) (Perotti, Salazar Grande, & Ulate Chacón, 2017, pág. 45 y ss.).

C. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su trasplante institucional

El Tribunal de Justicia de la CAN es el órgano mediante el cual se respetará y garantizará la aplicación e interpretación del derecho andino. Se observará que efectivamente no fue creado al mismo tiempo en que la comunidad fue constituida, sino que tendrían que transcurrir diez años para que este empezara a ser concebido como un órgano necesario para llevar a cabo la integración de los países andinos. Este apartado busca desarrollar tres puntos: primero, y de forma general, la historia de dicho órgano judicial, segundo, las funciones que este ejerce dentro de la CAN y tercero, determinar si se ha constituido como un trasplante institucional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

a. Historia

El Acuerdo de Cartagena de 1969 no contemplaba la creación de un órgano judicial para resolver los problemas en la aplicación e interpretación de las normas andinas (Alter & Helfer, 2017, pág. 9). Sin embargo, el artículo 23 de este tratado utilizaba la técnica del reenvío para llenar el vacío de la solución de los conflictos que suscitaran de la aplicación de las normas de la comunidad. Dicho reenvío se determinaba en el Protocolo de Solución de Controversias del Tratado de Montevideo de 1967. Este protocolo estipulaba tres etapas para resolver los conflictos entre Estados, como: la negociación directa, la conciliación y el arbitraje. Sin embargo, los mandatarios de los Estados andinos se percataron de que este medio no era suficiente para asegurar el correcto cumplimiento de las normas de la comunidad. Por ello, en 1971, los integrantes de la Comisión Andina consintieron crear un órgano judicial para solucionar las controversias que surgiesen de la aplicación e interpretación del derecho comunitario. Entonces, se le ordenó a la Junta (órgano técnico del SAI) que analizara y creara una propuesta de órgano judicial para la CAN. Dicho análisis permitió a la Junta la creación de la propuesta 43 que sirvió como documento base de la elaboración del tratado que crearía el TJCA (La Junta, 1973, pág. 135 y 136).

En la Declaración de Bogotá de 1978 los presidentes de la región reafirmaron la necesidad de la creación de un órgano judicial que sea capaz de controlar la legalidad de las normas de la Comisión Andina y de la Junta, además de dirimir las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros. Así, en 1979, se crea el TJCA por medio del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia. Según este convenio, su constitución se debe a la necesidad de garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos que derivan, directa o indirectamente, del Acuerdo de Cartagena para lograr que la integración alcance lo que los pueblos de los Estados andinos esperan. Este tribunal inició sus actividades a partir de 1984 y su sede se encuentra en la ciudad de Quito, Ecuador. Hasta la fecha este tribunal es el tercer órgano judicial internacional más activo en el mundo con más de dos mil ochocientos casos vinculantes dictaminados (Alter & Helfer, 2017, pág. 3).

b. Funciones

El TJCA es el órgano jurisdiccional de la comunidad y está conformado por cinco magistrados que serán (en cada elección) nacionales de origen de los Estados miembros de la CAN. Estos requieren cumplir ciertos requisitos como: gozar de alta consideración moral, tener las condiciones para ejercer los cargos más altos en la función judicial o que sean de los jurisconsultos de competencia notoria. Por otra parte, también se les prohíbe desempeñar otras actividades profesionales, excepto aquellas que sean académicas (Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1996). Es mediante el Tratado de Creación del TJCA que los Estados miembros de la CAN han atribuido ciertas competencias a su órgano judicial, algunas de estas son: a) declarar la nulidad de las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la CAN, de las Resoluciones de la Secretaria General y de los Convenios de Complementación industrial entre los Estados y que estén comprendidos en el marco del proceso de integración subregional, siempre y cuando vulneren las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN; b) cuando exista un incumplimiento por parte de un Estado y así haya sido dictaminado por el TJCA, el Estado infractor deberá tomar las medidas necesarias para cumplir con la obligación en un plazo que no sea mayor a 90 días. Si a pesar de ello no cumple, el TJCA en conjunto con la Secretaría General, determinarán que limites, restricciones o suspensiones (parciales o totales) se le imponen al infractor. Dicha sentencia de incumplimiento constituirá título legal y suficiente para que un particular afectado pueda exigir al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondan; c) interpretar de forma prejudicial las normas del ordenamiento jurídico de la CAN y así asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembros. Para ello, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y el alcance concreto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la comunidad andina referida al caso concreto. Es decir, no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional, ni calificar los hechos controvertidos. El juez nacional deberá adoptar en su sentencia la interpretación del TJCA, además los Estados miembros velarán por dicho cumplimiento y por la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido a esta función. Según Alter y Helfer, las interpretaciones prejudiciales son las más acatadas, sin embargo, esto no quiere decir que sean efectivas (Alter & Helfer, 2017, pág. 54 y ss.); d) si los órganos faltaren a sus obligaciones, el TJCA podrá determinar cómo deberán cumplir sus obligaciones; e) función arbitral cuando las controversias recaigan sobre la aplicación o interpretación de

contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones de la SAI o entre estos y terceros, cuando las partes así lo hayan acordado; f) el TJCA puede conocer controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del SAI (Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1996).

Todas estas funciones se han desarrollado en un ámbito poco amigable para este tribunal, pues las asimetrías económicas, políticas e ideológicas entre los Estados miembros de la CAN son relevantes para su correcto funcionamiento. Esto ha sorprendido de alguna manera a autores como Alter y Helfer, por ello han manifestado que este tribunal es el ejemplo claro de cómo los jueces internacionales pueden influir en el derecho y la política a pesar de ser adversas a su existencia (Alter & Helfer, 2017, pág. 174 y 175; 215 y ss.).

La función que destaca del TJCA es su interpretación prejudicial, porque son las más acatadas y efectivas en los casos de Propiedad Intelectual. De hecho, los primeros jueces del TJCA se adhirieron a su tratado de creación de una manera inflexible y trataron de no asemejarse a la interpretación extensiva del tratado marco de la integración, como fue el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Esto le permitió al TJCA consolidar una confianza creciente entre dicho tribunal y los gobiernos locales para que utilizarán sus mecanismos de resolución de conflictos (Alter & Helfer, 2017, pág. 113 y ss.; 180 y ss.).

c. ¿Un trasplante institucional ineficaz?

Anteriormente se mencionó que el TJCA no fue constituido desde el origen de la Comunidad Andina, a diferencia de la Comunidad Europea que desde su inicio ya contemplaba su creación, sino que su existencia data de diez años después de la constitución de la CAN. Algunos consideran que otros sistemas de integración europeos, como el Benelux, no fueron exitosos por la falta de un cuerpo judicial supranacional, otros mencionan que no existían las condiciones económicas y políticas necesarias para que dichos sistemas se mantuvieran operacionales a lo largo del tiempo (Alter & Helfer, 2017, pág. 26 y 27).

Legalmente, comenta Saldías, la Corte de Justicia Europea aprovecho que en la época de 1960 a inicios de los 70s los tribunales internacionales no eran el centro de atención con respecto a los tribunales supranacionales, pues esto le permitió profundizar la integración mediante el derecho (Alter & Helfer, 2017, pág. 27). A finales de los 70s, los europeos percibieron que su

tribunal comenzó a desmantelar las barreras convencionales y políticas nacionales que impedían el libre movimiento de capital, bienes, fuerza trabajadora y de servicios. Los casos como *VAN GEND & LOOS* y *COSTA/ENEL* fueron cruciales para lograr tal cometido, pues en ellos cimentaron principios que son considerados como la base fundamental de la integración mediante el derecho, estos son el de la eficacia directa y primacía. Este tribunal se convirtió en el estandarte por el cual las Comunidades Europeas no se vieron desacreditadas por argumentos como la falta de legitimidad democrática o por temas relacionados con la rendición de cuentas, pues la Corte aseguró a los europeos que las instituciones administrativas de su comunidad enfrentarían un contrapeso legal.

Este tribunal inspiró a otros sistemas regionales para que crearan sus propios órganos judiciales. El sistema regional andino no contaba con un cuerpo judicial que interpretara y aplicara las normas andinas, hasta que en 1984 se creó el TJCA inspirado en el tribunal europeo. Esto implicó realizar un trasplante institucional del Tribunal europeo en la Comunidad Andina. Los trasplantes legales, según Alan Watson, se refieren a la adopción de normas de un sistema legal de un país a otro o de una persona a otras. Los trasplantes legales buscan, generalmente, emular las mejores prácticas foráneas en un contexto donde los actores importadores han perdido la confianza en el derecho y en las instituciones existentes (Collins H. , 1991) (Watson A. , 1993, pág. 21 y ss.) (Berkowitz & Pistor, 2003, pág. 168 y 171) (Graziadei, 2006, pág. 442 y 443) (Saldías, ¿Refugiándose en redes epistémicas? El Tribunal de la Comunidad Andina y la independencia judicial, 2012) (Alter & Helfer, 2017, pág. 26 y ss.). Algunas conclusiones que se obtienen a partir de los trasplantes legales, según Alter y Helfer, son: a) los trasplantes legales suelen tener éxito cuando el derecho es trasplantado dentro de la misma familia legal y de cómo esta se adapte a las prácticas y al derecho existente. Esta conclusión explica por qué en aquellos sistemas de integración regional que tienen como objetivo crear un mercado común, normalmente, emulan lo realizado en las comunidades europeas; b) los trasplantes que no se adaptan al contexto local están condenados a no ser exitosos, pues estos no responden a las necesidades y a las demandas locales. Los trasplantes legales no surtirán efecto si estos no cumplen con dichas condiciones, es más, estos se ven debilitados e ignorados (Berkowitz & Pistor, 2003, pág. 171); c) el propio trasplante puede no ser una copia fiel del derecho o las instituciones, sino un reflejo de lo que se desea que sea el derecho o las instituciones (Alter & Helfer, 2017, pág. 30 y 31).

Se debe tener en cuenta que el modelo europeo de integración regional tiene ciertas características que son emuladas por el TJCA y que son relevantes para su comunidad, estas

son: a) normas directamente aplicables en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros; b) un mecanismo de consulta prejudicial; c) un mecanismo para declarar la nulidad de los actos o decisiones de las instituciones supranacionales que vulneren las normas de la comunidad; d) acción de incumplimiento que permita a actores entablar demandas en contra de los Estados que no cumplan con lo pactado por la comunidad. Como se puede observar, el TJCA emula cuatro de las características del modelo europeo con ciertos matices del modelo de la Organización Mundial del Comercio. Sin embargo, y tal como la doctrina de los trasplantes legales sugiere, el derecho y las instituciones legales podrán tener éxito en la medida de que estas sean voluntariamente aceptadas y que se incorporen en conformidad del derecho existente. El trasplante legal de las instituciones y el derecho podrán adaptarse al orden jurídico nacional si y solo si estos realizan ciertas modificaciones para incrementar el éxito del trasplante (Alter & Helfer, 2017, págs. 44-47).

El proyecto andino se fundamentó sobre el modelo europeo, aunque sus objetivos iniciales fueron distintos (La Corte Centroamericana de Justicia, 1996) (Saldías, ¿Refugiándose en redes epistémicas? El Tribunal de la Comunidad Andina y la independencia judicial, 2012), por ejemplo, el objetivo de las comunidades europeas fue constituir un mercado común, cimentar la paz y controlar la producción del carbón y del acero. En cambio, los Estados miembros de la CAN, tal como fue mencionado en su historia, buscaban llevar a cabo el plan moldeado por Prebisch y establecer políticas de substitución de importaciones, industrialización y minimizar las asimetrías económicas entre los Estados andinos. El Pacto Andino de 1969 copió la institucionalidad de las Comunidades Europeas y lo hizo mediante un esquema supranacional que se manifestaba en la Comisión y con un ente administrativo llamado la Junta. Lo único que no se copió fue la existencia del tribunal, porque el enfoque era mayormente económico y no legal (Alter & Helfer, 2017, págs. 9-11).

Este trasplante realizado por vía presidencial no fue del todo bien recibido por la clase política, porque no pasó por consulta legislativa nacional, ni económica de los Estados andinos. El efecto que se derivó de ello fue el incumplimiento de las normas andinas, es por ello por lo que se decidió crear el Tribunal de Justicia Andino para frenar el incumplimiento constante de las mismas (Perotti A. , 1999, págs. 192-195). Colombia, según estos autores, fue uno de los países que más reticencia demostró en su elite económica, pues en los primeros años de la comunidad impugnaron las decisiones provenientes del sistema regional, pues, según los demandantes, estas debían ser interiorizadas previamente por el poder legislativo para poseer efectos a nivel nacional (Alter & Helfer, 2017, pág. 36).

Las decisiones judiciales nacionales que invalidaban el derecho andino eran un claro exponente del riesgo existente para la comunidad, ya que la integración se veía vulnerada por los resguardos legales domésticos. Ante estas complicaciones, los jefes de Estado decidieron implementar una modificación al Pacto Andino y una adición al sistema de integración (La Junta, 1973, pág. 135 y 136). El primero se refiere a que las normas andinas fueron elevadas a rangos supremos y directamente aplicables y la adición fue la creación del Tribunal de Justicia Andino. Este último, además de ser supranacional, sería el encargado de velar por la interpretación y aplicación correcta de las normas andinas (Alter & Helfer, 2017, pág. 37 y 38).

Según Alejandro Perotti, los procesos de integración requieren cumplir con cuatro necesidades básicas: a) el particular debe estar protegido contra los actos subregionales y de los Estados, b) los órganos regionales deben ejercer sus competencias en conformidad a las normas y deben estar sometidos a un control para evitar abusos de poder, c) debe existir un mecanismo por el cual la interpretación y la aplicación de las normas comunitarias sea asegurada como una garantía para todos los pertenecientes a la comunidad y d) la necesaria e indispensable uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho comunitario para todos los Estados miembros a cargo del órgano judicial del sistema de integración (Perotti A. , 1999, pág. 192). Este órgano judicial se consolidó en un informe redactado por la Junta del Acuerdo de Cartagena y fue también asistida económica y técnicamente por el Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL) (La Junta, 1973, pág. 135).

En 1972 la Junta solicitó informes a diversos juristas que eran expertos en materia de integración para que hicieran recomendaciones relacionadas a: a) la estructura jurídica del Acuerdo de Cartagena; b) la necesidad de un control de legalidad que pudiera surgir a partir de dicho Acuerdo; c) la incorporación del derecho comunitario en el derecho interno; d) la tradición jurídica de cada uno de los Estados miembros; e) los efectos de los fallos de los tribunales arbitrales internacionales en cada uno de los Estados y f) la estructura constitucional con respecto a dichos temas. Entre dichos expertos se encontraban Pierre Pescatore (juez de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas), Maurice Lagrange (Abogado general de la misma Corte), entre otros. Además, dos miembros de dicha Junta fueron invitados por la Comisión y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a estudiar los procedimientos para la solución de conflictos, para llevar a cabo el control de legalidad y comprender el funcionamiento del sistema judicial de la Comunidad Europea (La Junta, 1973, pág. 135).

La junta presentó el informe final en una reunión de expertos gubernamentales el 11 de diciembre de 1972 y en el mismo se detalla la necesidad de un mecanismo de control de legalidad que estuviera facultado para interpretar de manera uniforme las normas comunitarias, en vez de uno que solamente resolviera las disputas entre los Estados miembros. Para lograr ambos objetivos se decidió emular el mecanismo de la interpretación prejudicial de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas que permitiría asegurar la interpretación uniforme de las normas andinas. Este mecanismo también reduciría el innecesario enfrentamiento político entre los jueces nacionales y los comunitarios (La Junta, 1973, pág. 147) (Alter & Helfer, 2017, pág. 38). Es visible que existió una influencia directa de jueces y miembros de las comunidades europeas en la configuración de dicho órgano judicial, sin embargo, cabe preguntarse si después de 34 años de existencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, su trasplante ha sido o no eficaz[15].

Existen tres estudios que relatan el nivel de aceptación de dicho trasplante institucional, aunque dos de ellos no demuestran un desarrollo con mayor profundidad. La manera de comprobar esto es mediante la aceptación de la jurisprudencia comunitaria en los procesos judiciales que trastoquen aspectos del derecho andino. Por otra parte, también se comprueba el apoyo de los jueces nacionales al solicitar las interpretaciones prejudiciales al tribunal andino, pues eso determina el grado de reconocimiento y de cooperación judicial entre los jueces. Al fin y al cabo, se traduce en una medición cuantitativa de interpretaciones prejudiciales solicitadas y cuantás de estas han sido efectivamente aceptadas. Para efectos de esta tesis no se desarrollará si la jurisprudencia andina ha sido aceptada a nivel nacional, ya que esto supondría un estudio de 34 años en jurisprudencia andina y nacional.

Los dos primeros estudios no desarrollan a cabalidad dicha cuestión, el primer estudio fue publicado en 1982 en la revista de la Universidad Estatal de Tennessee llamada: “The Journal of Developing Areas” por parte de Elizabeth G Ferris. El segundo estudio se remonta al año 2004 y fue publicado en la Texas International Journal por Carl Baudenbacher. El tercero, que es más reciente, es el realizado por una obra colectiva, dirigida por Karen Alter y Laurence Helfer en su libro “Transplanting International Courts. The Law and Politics of the Andean Tribunal Justice”. Con estos estudios puede hacerse a la idea de cómo ha evolucionado la Comunidad Andina y su órgano judicial en tres épocas determinadas.

[15] Según la RAE, eficaz es dicho de cosa “que produce el efecto propio o esperado”.

La primera puede ser denominada la crisis de incumplimiento normativo y retiro de Chile de la CAN. La segunda podría ser conocida como los tratados de libre comercio y el retiro de Venezuela de la CAN. La tercera y última, la predominancia de las interpretaciones prejudiciales en materia de propiedad intelectual.

Ferris se encarga de detallar la primera época y menciona que la integración regional depende del apoyo político que pueda obtener de los miembros integrantes del sistema, pues sin este respaldo el proceso no puede desarrollarse en los términos pactados en su tratado de constitución. Por otra parte, la autora también reconoce la relevancia de las dinámicas nacionales y su respaldo al proceso de integración regional, es decir, los factores económico-políticos que permiten o no el desarrollo del sistema de integración. Para esta autora, el tribunal y el parlamento andino fueron creados para brindar de mayor autoridad al proyecto integracionista, sin embargo, a mediados de los años 70s el dinamismo y optimismo por la integración comenzó a decaer. Esto se debe a que muchos objetivos tenían plazos para ser cumplidos, pero estos se empezaron a posponer; por otra parte, Chile se retiró del proyecto, lo que ocasionó que muchos acuerdos dejaran de ser cumplidos (Ferris, 1982, pág. 250).

Más tarde, en el 2006, la CAN pierde a Venezuela, Estado que es relevante para el proceso de integración, pues su presidente era uno de los mayores activistas que buscaban consolidar e impulsar la integración andina (Malamud, 2006, pág. 3 y 4). De igual manera, Venezuela ha sido un Estado que siempre ha demostrado estar interesado en el proceso de integración, pues en el estudio de 1975 desarrollado por Ferris se señala que Venezuela es uno de los que sus actividades, actitud de apoyo, reducción de tarifas y programas industriales son más elevados que los demás. Según esta autora, esto se debe a los distintos niveles de desarrollo económico existentes en la subregión y a la reducción de las asimetrías económicas entre dichos Estados, el cual era uno de los objetivos a alcanzar según la propuesta de Raúl Prebisch. Entonces, aquellos con más recursos tienen más facilidades para desarrollar la integración (Ferris, 1982, pág. 260 y ss.).

En el estudio de Carl Baudenbacher se señala que el modelo europeo es muy difícil de exportar debido a su base histórica-económica y, por ello, dicha institución no es fácilmente trasplantable a un contexto socioeconómico distinto al de la U.E. (Baudenbacher, 2004, pág. 392). Este, como ya se mencionó a partir del estudio de Ferris, es el caso de la CAN, pues dicho modelo de integración está condicionado a una economía asimétrica entre sus Estados miembros. Esto ha sido reconocido en el Acuerdo de Cartagena, específicamente, en sus

artículos 1, 2, 3 (b) (c), 54, 84, 91, 109, entre otros. En todas estas disposiciones se brinda un trato especial a Ecuador y a Bolivia por las diferencias económicas entre estos Estados con los demás pertenecientes a la CAN.

El último estudio sí detalla con mayor interés el trasplante institucional del tribunal de la CAN y este fue desarrollado por Alter y Helfer. Además, demuestra datos estadísticos de la predominancia de las interpretaciones prejudiciales desde 1987 (primeras decisiones) hasta fines del 2014. Estos autores señalan que el tratado marco original del TJCA replicó el diseño estructural del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pues establecía ciertos mecanismos como: la acción de nulidad, el proceso de incumplimiento en contra de otro Estado miembro, la interpretación prejudicial para que los jueces nacionales pudiesen elevar consultas concernientes a la interpretación y aplicación de las normas comunitarias y, por último, la acción de nulidad en contra de los actos de los Estados que vulnerasen las normas comunitarias. Además, el informe de los miembros de la INTAL reflejaba desde un principio ciertas características comunitarias que serían trasplantadas en el modelo andino y que se habían desarrollado vía jurisprudencia europea y no en el tratado de creación del tribunal de justicia de las comunidades europeas. Por ejemplo, en el tratado de creación del TJCA ya se reflejaba la existencia del principio de eficacia directa y la obligación del juez nacional de consultar con el tribunal regional cuando conociera de un caso en el que se disputase la norma comunitaria. Por otra parte, difería del europeo pues el andino buscaba proteger, en alguna medida, la soberanía estatal mediante ciertas restricciones como la de no poder interpretar los hechos de los casos, sino únicamente las normas comunitarias, pues en el caso europeo los jueces interpretaban los hechos y la norma comunitaria. El objetivo de dicha protección era tener como resultado una interpretación en pro a la integración de las normas internas de los Estados. Sin embargo, los problemas de este tribunal comenzaron a surgir desde el momento de su creación y operación, pues, a diferencia del tribunal europeo, este comenzó sus operaciones con problemas económicos. Los Estados miembros atrasaron los fondos que ellos mismos habían consignado aportar; también este tribunal carecía de un inmueble en el cual podría sesionar. En 1996 se suscribió el protocolo de Cochabamba y este modificó el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Algunas de estas modificaciones fueron: a) se incrementaron las instancias en las que los particulares podían tener acceso a la justicia comunitaria; b) los jueces andinos fueron facultados para dictaminar cómo las normas comunitarias debían ser aplicadas en conformidad a los hechos de los casos; y c) también se

habilitó al actor privado para presentar casos de incumplimiento directamente al tribunal andino (Alter & Helfer, 2017, pág. 51 y ss.).

Se debe de reconocer que el problema del trasplante supranacional del tribunal andino es el de consolidar las alianzas dentro de los Estados miembros para la propagación de las normas comunitarias y sus usos. No se ha logrado consolidar un dialogo judicial con los tribunales judiciales de los Estados miembros, pero sí ha logrado entablar una alianza con las agencias administrativas, sobre todo en materia de propiedad intelectual (Saldías, ¿Refugiándose en redes epistémicas? El Tribunal de la Comunidad Andina y la independencia judicial, 2012) (Alter & Helfer, 2017, págs. 44-47). De igual manera, esto tiene una afectación negativa en el desarrollo gradual del derecho comunitario, pues los jueces nacionales no muestran el apoyo requerido para profundizar la integración mediante el derecho, tal cual había sido planteado en las comunidades europeas y ahora en su trasplante andino.

Para ciertos autores cómo André Nollkaemper, la forma más efectiva de asegurar la ejecución de las normas internacionales en el ámbito interno (en el caso que no se reconozca la eficacia directa) es a través de la aplicación de estas normas por parte de los tribunales nacionales mediante la interpretación de sus funcionarios en conformidad a las normas internacionales que permiten que las obligaciones sean cumplidas por los pactantes (Nollkaemper, Consistent Interpretation, 2011, pág. 143 y ss.). Por ello, desde este punto de vista, podría concluirse que el error más significativo del tribunal de justicia andino es no haber logrado consolidar hasta el día de hoy el diálogo judicial con sus pares nacionales. Sin embargo, este tribunal ha sido reconocido por todos los Estados miembros de la CAN y forman parte de su jurisdicción. El escaso diálogo judicial es una de las principales diferencias entre el TJCA con su referente europeo, pues el propio juez nacional de los Estados europeos se convirtió en juez europeo y socio de la aplicación de las normas comunitarias europeas. El mecanismo ideal para lograr esta cooperación entre jueces es mediante la interpretación prejudicial (Alter & Helfer, 2017, pág. 84 y ss.) (Van Gend & Loos, 1963, pág. 341) (Costa/ENEL, 1964, págs. 105-107) (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 4 y 5).

La interpretación prejudicial le permite al juez nacional, previo a dictar sentencia, consultar la interpretación y aplicación de la norma comunitaria a su verdadero interprete, es decir, al juez comunitario. Es con este mecanismo que surgen los principios fundamentales de la consolidación de las comunidades europeas, algunos de estos ya han sido mencionados anteriormente y son: el principio de supremacía, eficacia directa, aplicabilidad directa, etc. Así,

el juez nacional europeo consolidó su rol de cooperante con el juez comunitario, pues se adaptó y tuvo la voluntad de realizar una interpretación de las normas nacionales en conformidad a las comunitarias.

En el caso andino, como ya se hizo mención, es la sede administrativa en materia de propiedad intelectual la que ha impulsado el derecho comunitario en esta área. Esto se debe a que las normas protectoras de la propiedad intelectual están codificadas en el derecho andino y es la que rige para los Estados miembros. Sin embargo, la iniciativa de las autoridades administrativas no fue bien recibida por el sector privado y por ello estos últimos decidieron incoar procesos en contra de las decisiones de estas autoridades; es mediante estos procesos que los jueces nacionales se vieron obligados a solicitar la interpretación prejudicial al TJCA (Alter & Helfer, 2017, pág. 55). Según el estudio realizado por Alter y Helfer, entre los años 1987 a fines del 2014 se han resuelto dos mil seiscientos setenta y nueve casos de interpretación prejudicial en 27 años de operación del TJCA. En 27 años (1953-1980) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se iniciaron dos mil seiscientos veintiún casos de interpretación prejudicial, sin embargo, la diferencia radica en que los temas concernientes a la interpretación prejudicial son de diversas áreas o materias, en cambio, en el caso del TJCA su mayoría son relativos a la propiedad intelectual, en específico, conflictos relacionados a las marcas (Saldías, ¿Refugiándose en redes epistémicas? El Tribunal de la Comunidad Andina y la independencia judicial, 2012) (Europea, 2015, pág. 119 y 120) (Alter & Helfer, 2017, pág. 56 y ss.). Es decir, en el caso de la comunidad europea sí ha habido un desarrollo gradual del derecho comunitario en diversas áreas del derecho, en cambio en la CAN únicamente se ha desarrollado el área de la propiedad intelectual. Pero como ya se ha dicho, esto ha sido producto de la falta de interés del juez nacional para convertirse en un promotor de las normas comunitarias y socio del tribunal regional. Osvaldo Saldías menciona que dicha falta de interés por parte del juez nacional se debe a que no existe una independencia real por parte del TJCA con respecto a la doctrina europea e internacional. En otras palabras, el TJCA desarrolla los lineamentos europeos sin otorgarle al derecho andino una identidad propia, a consecuencia de ello este ordenamiento se ha vuelto dependiente del europeo (Saldías, ¿Refugiándose en redes epistémicas? El Tribunal de la Comunidad Andina y la independencia judicial, 2012).

D. APROXIMACIÓN HISTÓRICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO EUROPEO Y SU TRASPLANTE ANDINO

Este apartado tiene dos enfoques principales, el primero desarrollará históricamente el origen del derecho comunitario, el cual se ve desarrollado progresivamente a través de la jurisprudencia europea debido a que este derecho no fue concebido en los tratados internacionales, sino que fue mediante la labor decisoria del TJCE que se conceptualizó como tal. El segundo enfoque está basado en el análisis del trasplante andino del derecho comunitario europeo, del principio de primacía y eficacia directa. Se procederá en dicho orden.

a. El derecho comunitario europeo

Europa vivió dos periodos históricos de guerra, la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) (Scocozza, 2015, pág. 164 y ss.) (Henig, The Origins of the Second World War 1933-1941, 2005) (Henig, The Origins of the First World War, 2002). Ambas guerras provocaron un quiebre de las relaciones pacíficas entre las naciones europeas y su finalización produjo la necesidad de su restauración. A causa de esta necesidad, los europeos se unieron para debatir la forma por la cual se podría restaurar y cimentar la paz en el viejo continente. Entre estos europeos resaltaron dos personas a quienes se les consideran como figuras emblemáticas para el proceso de la integración europea, estos fueron Robert Schuman y Jean Monnet. Schumann, alemán de nacimiento, era un estadista y fue Ministro de Asuntos Exteriores de Francia en los años 1948-1952. Por su parte, Monnet, era un francés de nacimiento y un comerciante exitoso. Ambos europeos son considerados como los padres fundadores de la unidad europea y elaboraron el plan Marshall que fue anunciado por Schumann el 9 de mayo de 1950. Este plan era una inspiración idílica de lo que podría ser Europa como un ente unido y establecía las bases de producción de dos materiales importantes para la guerra: el carbón y el acero. Estos materiales estarían bajo la tutela de una Alta Autoridad común, la cual era una organización abierta para los demás países europeos (Figueroa, 1998, págs. 389-391) (Schumann, 2011). El carbón y el acero garantizarían la creación de una base común para el desarrollo económico y esta sería la primera etapa de una federación europea (Figueroa, 1998, pág. 389 y ss.) (Schumann, 2011). El objetivo del plan era

evitar que Francia y Alemania tuviesen los medios de producción para rearmarse, así se evitaría definitivamente un nuevo conflicto entre los países del continente europeo. Dicho plan también contemplaba un sistema de contrapesos, tal como se ha de configurar en un sistema estatal, pues las decisiones del ente común (la Alta Autoridad) serían contrapesadas por el accionar del Tribunal de Justicia de la comunidad (Schumann, 2011).

En 1951 se suscribió el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) entre los Estados de Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos, constituyéndose así la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Dicha comunidad se basó en un modelo de mercado común con objetivos e instituciones comunes. El Tribunal de Justicia, como parte de dicha comunidad, sería el encargado de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del Tratado de la CECA y de sus reglamentos de ejecución. Luego, en 1957, se suscribieron dos tratados que harían surgir a las Comunidades Europeas. El primero de ellos se denominó Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) y el segundo se nombró Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM). Con la suscripción y creación de estas comunidades europeas, por parte de los mismos Estados, se modificó la denominación del Tribunal de Justicia y este pasó a ser el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). El fin de dicho tribunal se mantuvo, es decir, este mantuvo su facultad para garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados antes mencionados (Alter & Helfer, 2017, pág. 10 y ss.).

Los tres tratados no mencionaban la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, sino que únicamente anunciaban que se debía de respetar la aplicación e interpretación de estos. Sin embargo, el TJCE resolvió un conflicto judicial en el que se sentaron las bases del concepto del derecho comunitario, este proceso judicial es conocido por *VAN GEND & LOOS* y fue resuelto en 1963. El juicio *VAN GEND & LOOS* deriva del conflicto entre *N.V. Algemene Transport- en Expedite Onderneming Van Gend & Loos* (empresa de transporte) con la *Nederlandse Administratie der Belastingen* (la administración tributaria holandesa). El primero, como empresa de transporte, importó el 9 de septiembre de 1960 en Holanda un producto químico denominado urea formaldehido proveniente de Alemania. Dicho producto fue clasificado en la tarifa "39.01-a-1" de la decisión arancelaria (*Tariefbesluit*) que entró en vigor en dicho Estado a partir del 1 de marzo de 1960 (Van Gend & Loos, 1963, pág. 4)[16].

[16] Ver los hechos 1 y 2.

Esta tarifa se acordó en un protocolo entre el reino de Bélgica, Luxemburgo y el reino de Holanda en Bruselas el 25 de julio de 1958 y fue ratificado por Holanda mediante una ley el 16 de diciembre de 1959. A raíz de dicho acuerdo, se le aplicó al químico causante del conflicto una tasa arancelaria de importación del 8% *ad valorem* (Van Gend & Loos, 1963, pág. 4)[17]. Este impuesto era el reclamo principal de la empresa, por lo que decidió incoar una objeción con el Inspector de Aduanas e Impuestos en Zaandam (una provincia holandesa). Van Gend & Loos argumentó que el 1 de enero de 1958, día en que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) entró en vigor, el químico se encontraba clasificado en la tarifa "279-a-2" de la decisión arancelaria de 1947; la cual establecía un impuesto del 3% al químico en mención. Con la decisión "39.01-a-1" se aumentó el impuesto a un 8%, contraviniendo así lo estipulado en el artículo 12 del TCEE. Esta disposición estipulaba lo siguiente: "Los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas" (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 1957).

El Inspector de Aduanas e Impuestos, ante dichos argumentos, decidió inadmitir la objeción de la empresa de transporte, porque no estaba dirigida a la aplicación del tratado, sino al porcentaje del impuesto aplicado (Van Gend & Loos, 1963)[18]. La sociedad anónima decidió apelar la inadmisión de su objeción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Neerlandés (*Tariefcommissie,* Amsterdam) en 1961. En 1962, el Tribunal de lo Contencioso decidió pedir al TJCE la interpretación prejudicial del conflicto. Este tribunal neerlandés realizó dos preguntas: la primera, buscaba determinar si efectivamente los particulares podían invocar el artículo 12 del TCEE. De ser así, el juez nacional se vería obligado a aplicarlo. La segunda estaba cimentada en que, si al ser afirmativa la primera, implicaba que el incremento arancelario realizado por los Países Bajos era ilícito en conformidad al artículo 12 del TCEE (Van Gend & Loos, 1963, pág. 3).

Bélgica, Holanda y Luxemburgo argumentaron ante la TJCE que dicha petición prejudicial incoada por la *Tarifcommissie* era inadmisible. El fundamento de su afirmación se basó en que el conflicto no era un problema de interpretación, sino de aplicación del tratado a un caso específico. Por tanto, el juez nacional era el competente para resolver el conflicto de aplicación entre la norma nacional con la internacional, no el comunitario (Van Gend & Loos, 1963, pág.

[17] Ver el hecho 4.
[18] Ver el hecho 6 de la sentencia *VAN GEND & LOOS.*

5 y 6). El TJCE se pronunció ante los argumentos de estos tres Estados y manifestó que no se le estaba solicitando una adjudicación de aplicación del TCEE en conformidad a los principios del derecho nacional, sino que se le solicitó la interpretación del artículo 12 del mismo tratado en el contexto del Derecho Comunitario en referencia a sus efectos en los particulares. Por tanto, el TJCE declaró sin lugar el argumento de falta de competencia para conocer sobre este conflicto (Van Gend & Loos, 1963, pág. 10 y 11).

Con respecto a la primera pregunta, el TJCE dictaminó que el TCEE tenía como objetivo conformar un mercado común, por lo que su funcionamiento es de interés para sus particulares. El que sea de su interés implica que dicho tratado es más que un acuerdo vinculante entre los Estados parte, lo cual se reafirma en el preámbulo de este. Dicho preámbulo no solo invita a la participación de la comunidad, a los gobiernos, sino también a sus particulares. Según el TJCE, esto se evidencia en la creación de instituciones con competencias soberanas que en su ejercicio no solo afectan a los Estados, sino también a sus particulares (Van Gend & Loos, 1963, pág. 11). El TJCE concluyó que la Comunidad constituye un nuevo orden legal de derecho internacional a la cual los Estados han limitado sus derechos soberanos y sus sujetos no solo son los Estados, sino también sus particulares. Por lo tanto, independientemente de las leyes nacionales, el Derecho Comunitario impone derechos y obligaciones a los nacionales de los Estados miembros. Estos derechos no solo surgen expresamente del tratado, sino que a su vez parten de las obligaciones impuestas a los Estados, a los particulares y a las instituciones de la comunidad (Van Gend & Loos, 1963, pág. 12).

Con respecto al artículo 12 del TCEE, el TJCE determinó que su esencia contenía una prohibición clara e incondicional que se constituía en una obligación de no hacer y al no tener reserva alguna no requiere que el derecho interno la vuelva aplicable mediante una ley nacional. Por tanto, las características que permitían que dicha disposición gozara de efectos directos y que por ellas las relaciones entre los Estados miembros y sus particulares se vieran afectadas eran: que se constituyera una obligación de no hacer, que fuese clara e incondicional y que su internalización no dependiera de una ley nacional. Estas características permitieron que dicho artículo tuviera efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y sus particulares (Van Gend & Loos, 1963, pág. 12 y 13). El TJCE también dictaminó que los particulares son vigilantes activos de la aplicación de las normas comunitarias, pues estos gozan de derechos y obligaciones. Entonces, el artículo 12 del TCEE deberá ser interpretado a la luz del principio de efecto directo que genera derechos y obligaciones para los individuos y, en consecuencia, los tribunales nacionales deberán protegerlos (Van Gend & Loos, 1963, pág. 13). Con respecto

a la segunda pregunta, el TJCE manifestó que la aplicación interna del artículo 12 del TCEE no era su competencia, sino la del tribunal nacional. Por tanto, la *Tariefcommissie* tendría que determinar su ilicitud (Van Gend & Loos, 1963, pág. 14 y 15).

Como se anunció en un principio, la importancia de esta resolución recae en dos aspectos específicos: el primero, se constituye una conceptualización del derecho comunitario y, el segundo, dicho ordenamiento jurídico puede ser aplicado por los tribunales nacionales y ser exigido por los particulares. Este segundo aspecto es conocido como el principio de **efecto directo**. Un año más tarde, estas características serían reafirmadas en la sentencia *COSTA/ENEL*, pero, además de dicha reafirmación, se constituyó un nuevo principio denominado **primacía**. Este principio permitió la preeminencia de las normas comunitarias sobre las nacionales.

El caso *COSTA/ENEL* surge del conflicto entre el señor Flaminio Costa y el *Ente Nazionale Energia Elettrica* (ENEL). La disputa surgió por la promulgación de la ley N° 1643 junto a otros decretos por el Gobierno italiano en 1962. Esta ley nacionalizó la producción y distribución de la energía eléctrica y creó la organización ENEL para dicho fin. Ante esta nacionalización, el señor Flaminio Costa decidió acudir ante el *Giudice Conciliatore* de Milán para demandar a ENEL. Su comparecencia ante el juez mediador fue como ciudadano y como accionista de una empresa de distribución y producción de energía llamada Edison Volta. Con dichos antecedentes, el señor Costa exigió al tribunal la aplicación del artículo 177 del TCEE para así obtener la interpretación del TJCE sobre los artículos 102, 93, 53 y 37 del TCEE. Según Costa, estos artículos habrían sido infringidos por el Gobierno italiano con la ley N° 1643. Ante dicho argumento, el *Giudice Conciliatore* decidió solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Costa/ENEL, 1964).

Esta solicitud, por parte del *Giudice Conciliatore,* ocasionó que el Gobierno italiano y ENEL se manifestaran en contra de dicha petición, pues, según estos, esta no poseía fundamento alguno y por lo tanto era inadmisible. Dicha inadmisibilidad se debía a que el *Giudice* solicitó una interpretación conforme de las normas nacionales con el tratado. Según el gobierno, este tipo de solicitud únicamente podría haber sido dirimida por las cortes nacionales (Costa/ENEL, 1964, págs. 588-592). El TJCE respondió a estos argumentos de forma negativa, pues según el tribunal no tenían fundamento alguno por el simple hecho de que el juez nacional está obligado a aplicar el derecho comunitario; y que dicha obligación emana del TCEE, debido a que este constituyó un nuevo sistema legal denominado derecho comunitario. Este ordenamiento

jurídico forma parte integral del derecho interno de los Estados y que, por tanto, los jueces lo deben aplicar (Costa/ENEL, 1964, pág. 593). El TJCE continuó manifestando que la Comunidad posee: duración indefinida, instituciones propias, propia personalidad, capacidad legal y capacidad de representación y atribución de competencias que emanan de la soberanía de sus Estados miembros. Todas estas características de la comunidad han permitido la creación del derecho comunitario que vincula tanto a los Estados como a sus particulares (Costa/ENEL, 1964, pág. 593).

Estas particularidades son propias de este derecho y alzan una prohibición a los Estados que los imposibilita a crear normas contrarias a las del orden jurídico comunitario. Ello implica que las nuevas normas nacionales deberán ser creadas en conformidad con las comunitarias, esto en base a la reciprocidad entre los Estados miembros. También implica que su aplicación (la de las normas comunitarias) no debe variar de uno a otro Estado y por ello se requiere que exista una uniformidad en la comunidad. Si esta uniformidad no existiera, la comunidad no alcanzaría los objetivos propuestos, la comunidad no sería incondicional sino algo meramente eventual. Es por ello por lo que el derecho comunitario deberá prevalecer, pues este goza de **primacía** sobre todas las normas jurídicas (Costa/ENEL, 1964, pág. 593 y 594).

De estos casos, V*AN* G*END* & L*OOS* y *COSTA/ENEL*, se obtuvieron tres resultados: primero, el concepto de derecho comunitario; segundo, el principio de eficacia directa; y el tercero, el principio de primacía. Desde entonces, diversos autores como Liñán, Miranda, Palacio, Ferreyra y Castro se han dedicado al estudio y al desarrollo conceptual del derecho comunitario. Estos autores no difieren con lo ya establecido por el TJCE y afirman que este derecho se ha constituido como un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, en el que los Estados miembros de la Comunidad han limitado su soberanía y cuyos sujetos no son solamente los Estados, sino también sus particulares. Es por ello, que este marco jurídico es autónomo con respecto al orden legal interno de los países que lo conforman (Figueroa, 1998, pág. 390 y ss.) (Castro, 2002, pág. 84 y ss.) (Ferreyra, 2012, págs. 298-303) (Palacio, 2013, pág. 207 y ss.) (Liñán, 2014, pág. 353 y ss.) (Miranda, 2017, pág. 167 y ss.).

Por otra parte, otros autores se han dedicado a teorizar el principio de primacía, algunos de ellos son: Zamorano-Guzmán, Trstenjak, Roca y García, González, y Pernice, entre otros. Estos autores definen a la primacía como el principio jurídico que determina la prevalencia del derecho comunitario por sobre toda norma nacional, sin importar si este último es anterior o posterior a la vigencia del primero (Millan, 1984, pág. 449 y ss.) (Figueroa, 1998, pág. 390)

(Zamorano-Guzmán, 2008, pág. 479 y ss.) (Trstenjak, 2013, pág. 73) (Salazar & Ulate, 2014, págs. 96-98) (Pernice, Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe, 2015, pág. 553) (Roca & García, 2017, pág. 533 y ss.) (González C. , 2017, pág. 511 y ss.).

Los conceptos del derecho comunitario y de la primacía no han variado en la doctrina ni en la jurisprudencia, pues estos han sido reafirmados o reforzados en la jurisprudencia comunitaria europea. En cambio, el principio de eficacia directa sí ha tenido desarrollo jurisprudencial y doctrinal. Este desarrollo jurisprudencial se debe a que el principal protector de la comunidad es el particular, pues son ellos los que exigen la aplicación del derecho comunitario (Hinton, 1999, pág. 319 y ss.) (Pernice, Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe, 2015, págs. 544-546). Por ello, el TJCE ha procurado interpretar este derecho en forma beneficiosa para el particular y en beneficio del desarrollo de su orden jurídico. La necesidad de interpretar en favor del particular surgió a partir de la incorrecta implementación de las directivas europeas. Estas directivas son expedidas por el Consejo y la Comisión y, según el artículo 189 del TCEE, tienen por objeto obligar al Estado miembro destinatario a alcanzar un resultado. Sin embargo, permite a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para lograr el resultado (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 1957). En cuanto a su concepto, este no ha sido modificado, pues sigue reconociendo y sosteniendo que los particulares pueden exigir la aplicabilidad de las normas comunitarias (Easson, 1979, pág. 320 y ss.) (Brand, 1996, pág. 572 y ss.) (Spiermann, 1999, pág. 765 y ss.) (Appleton, 2000, pág. 64 y ss.) (Craig & de Burca, 2011, pág. 181 y ss.) (Vukadinovic, 2011, pág. 40 y ss.) (Mangas, 2014, pág. 393 y ss.) (Martines, 2014, págs. 144-147). No obstante, para que estos puedan exigirlas, las disposiciones deberán reunir ciertos requisitos o características. Originalmente, como fue dictaminado en 1963 en el proceso *VAN GEND & LOOS*, los requisitos eran: a) constituirse una obligación de no hacer a partir de una prohibición, b) dicha prohibición debía ser clara y precisa, y c) esta obligación debía consignarse sin reserva alguna o ser incondicional (no estar supeditada a un acto de derecho interno para tener validez).

Estos criterios se han visto reafirmados, por ejemplo, en la sentencia *LÜTTICKE* con *HAUPTZOLLAMT SAARLOUIS* 1966. En este proceso se le pidió al TJCE su opinión acerca de la interpretación de la disposición 95 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE). Dicha solicitud buscaba esclarecer si dicho artículo poseía efectos directos, a pesar de que el mismo tuviese una cláusula suspensiva (producirá efectos a partir de cierta fecha). El TJCE manifestó que dicha disposición cumplía los requisitos para gozar de efectos directos, pues la cláusula suspensiva incorporada en la misma tenía como objetivo conceder un

periodo de gracia a los Estados miembros para que modificaran sus normas nacionales con respecto a dicha disposición (Lütticke con Hauptzollamt Saarlouis, 1966, pág. 210). Al pasar el tiempo estipulado, esta disposición tendría efectos completos sin reserva alguna. Por tanto, el artículo 95 del TCEE cumplía con los 3 requisitos (obligación de no hacer, prohibición clara y precisa, obligación sin reserva o condición) anteriormente establecidos en *VAN GEND & LOOS*.

El requisito de la prohibición de no hacer para que una disposición comunitaria goce de efecto directo se empieza a modificar en el proceso *SALGOIL CON ITALIA* 1968. En dicho caso, Salgoil había comprado un material llamado "*fuller's earth"* de la empresa denominada Rohimpag, la cual estaba radicada en Basilea, pero al importarlo hacia Italia se le denegó la licencia de importación. Ante este hecho, Salgoil argumentó que en el momento que el contrato se realizó con Rohimpag el material era un producto sin restricción de importación, sin embargo, esto fue modificado posteriormente y como consecuencia de ello dicho material se convirtió en un producto bajo licencia de importación. Según Salgoil, las acciones cometidas por Italia eran vulneradoras del artículo 31 del TCEE, pues el material importado se encontraba dentro de las listas de productos libres para su importación. Por tanto, se consultó al TJCE si el artículo 31 poseía efectos directos y este resolvió que efectivamente gozaba de dicho principio, no obstante, lo novedoso en esta sentencia es la interpretación de los artículos 32 y 33 del TCEE. El TJCE argumentó que dichos artículos establecían una obligación positiva (de hacer) y no una prohibición (como en los casos *VAN GEND & LOOS* y *LÜTTICKE*). A pesar de ello, el TJCE consideró que era posible que se constituyera una disposición con efectos directos a partir de una obligación positiva, pero en este caso era imposible ya que no era suficientemente clara ni precisa (Salgoil con Italia, 1968, pág. 461).

En el caso el caso *VAN DUYN CON HOME OFFICE* de 1974 se le cuestionó a la TJCE si las directivas también podían gozar de efectos directos, a pesar de que estas sean dirigidas específicamente para alguno de los Estados miembros. En este caso, la señorita van Duyn era una holandesa a quien se le ofreció un trabajo de secretaria para una Universidad perteneciente a la Iglesia de la Cienciología. Las actividades de dicha iglesia, según el Gobierno británico, eran contrarias a las políticas públicas, por tanto, no se extenderían permisos de trabajo para extranjeros que desearán trabajar en ella. Por ello, van Duyn, al ingresar al Reino Unido, se le denegó el permiso de trabajo y no permitieron su ingreso al país. Por dicha denegatoria, van Duyn acudió ante la *"High Court"* británica para que esta prohibición fuese declarada ilegal por parte del Gobierno británico. No obstante, la *High Court* decidió solicitar la interpretación

del TJCE para que aclarase si el artículo 48 del TCEE y si el artículo 3 de la directiva 64/221 poseían efectos directos.

Por su parte, la TJCE determinó que el artículo 48 del TCEE generaba efectos directos, pues cumplía con los requisitos de la sentencia *VAN GEND & LOOS* (Van Duyn con Home Office, 1974, pág. 1346 y 1347). Además, falló a favor de que las directivas, en este caso gracias al artículo 3, cumplían con los requisitos para gozar de efectos directos (Van Duyn con Home Office, 1974, págs. 1346-1349). Sin embargo, esto planteaba una nueva forma de concebir el efecto directo, pues las directivas señalan que los Estados son los que poseen la discrecionalidad para determinar cómo implementarán las mismas, por ende, no son incondicionales como así lo exige el requisito para gozar de efecto directo. Como resultado de este caso, el TJCE distiende sus propios criterios y otorga efecto directo a las directivas en beneficio de los particulares, a pesar de que estas requieren cierta conducta por parte de los Estados (Easson, 1979, pág. 322).

En conclusión, el derecho comunitario europeo, según en su momento lo dictaminó el TJCE y así apoyado por la doctrina mayoritaria, es un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional que goza de ciertas prerrogativas. Algunas de estas son: a) los Estados miembros han limitado su soberanía a favor de la comunidad, b) los sujetos de dicho ordenamiento jurídico son los Estados y sus particulares, y c) es autónomo con respecto al orden legal interno de los países miembros. Además, este orden jurídico de la comunidad de Estados emplea ciertos principios que permiten que el mismo sea aplicable y exigido ante toda autoridad estatal. Los principios a los que nos referimos son: en primer lugar, el de primacía y, en segundo lugar, el de efecto directo. El primero permite la prevalencia en aplicación de las normas comunitarias sobre las normas internas e internacionales. El segundo concede derechos y obligaciones a todos los involucrados con la comunidad, si se cumplen ciertos requisitos como: a) la constitución de una obligación positiva o negativa, b) dicha obligación sea clara y precisa, y c) sea incondicional.

Estos principios y la conceptualización del derecho comunitario son trasplantados[19] por los tribunales regionales de la Comunidad Andina y la comunidad centroamericana (Collins H. , 1991) (Watson A. , 1993, pág. 21 y ss.) (Graziadei, 2006, pág. 442 y 443) (Horwitz, 2009, págs. 535-540). Por ello, la experiencia europea influirá, en cierto grado, en la comunidad andina y en la centroamericana. Además de un trasplante institucional, que podría ser

[19] El trasplante legal se refiere a la adopción de normas o de un sistema legal de un país a otro.

considerado como eficaz o no por no haber logrado una alianza con el juez nacional, también se trasplantaron los principios fundantes del derecho comunitario según la jurisprudencia europea[20]. Estos ya han sido mencionados, pero vale la pena repetirlos, pues son fundamentales en este estudio, estos son: el principio de eficacia directa[21] y el principio de primacía. Ambos principios se convertirán en la base mediante la cual exista una interpretación y aplicación uniforme de las normas comunitarias y, con ello, se logra que las obligaciones y los derechos que se generen a partir de las normas comunitarias sean cumplidos.

b. El trasplante europeo de la Eficacia Directa

Anteriormente se mencionó el origen de los principios de eficacia directa y primacía, también se ha estableció la necesidad por parte de la CAN de trasplantar el modelo europeo del tribunal de justicia para solventar la crisis de incumplimientos de las normas comunitarias andinas. Sin embargo, dicho tribunal no fue lo único en ser trasplantado en el derecho comunitario andino, sino que también fueron trasplantados los principios rectores de la comunidad europea que fueron desarrollados por su jurisprudencia. En el caso de la CAN, estos no fueron totalmente desarrollados por la jurisprudencia, pues estos ya figuraban en las recomendaciones de la INTAL en su reporte a la Junta.

En este reporte, la INTAL manifestó que la atribución de la competencia de control de la legalidad a dicho órgano era necesaria para proveer seguridad jurídica y con ello generar confianza entre las autoridades nacionales y los órganos de la CAN. Esto, según la INTAL, permitiría a la Comisión y a la Junta ejercer sus atribuciones en consonancia con sus objetivos y así lograr una integración en base a derecho (La Junta, 1973, pág. 141 y ss.). La junta tenía la idea de que una región comunitaria debía regirse plenamente por el derecho, pues esta era la experiencia europea que hasta ese momento había probado ser exitosa (La Junta, 1973); por lo tanto, esta debería de ser la regla general en esta comunidad latinoamericana. Esto, según la INTAL, deviene del principio de *pacta sunt servanda,* pues son los Estados quienes con su voluntad soberana han pactado regirse por las normas comunitarias y son ellos sus creadores y

[20] Como anteriormente se mencionó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cambia su denominación a Tribunal de Justicia de la Unión Europea y así se determinó en el Tratado de Lisboa que entró en vigor desde el 2009.
[21] También llamado efecto directo.

también sus destinatarios (Los Verdes/ Parlamento Europeo, 1986) (Díez-Picazo, 2008, pág. 4 y ss.) (Pernice, La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización., 2012, pág. 7) (Gordillo Pérez & Canedo Arrillaga, 2013, pág. 164 y 165) (Pizzolo, 2013, págs. 6-15).

A pesar de que el principio de eficacia directa fue establecido como una concepción teórica por parte de la INTAL, este no formó parte del tratado de creación del TJCA. De hecho, la primera interpretación prejudicial donde dicha Corte menciona el principio de efecto directo es la número *1-IP-88*. Dicha consulta prejudicial surge de una demanda de nulidad ante la Sala Plena del Consejo de Estado de Colombia. Dicha demanda fue incoada por la sociedad Stauffer Chemical Company en contra de la resolución del Consejo de Estado de Colombia que le denegó la nulidad de dos resoluciones expedidas por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Esta sentencia denegó a esta compañía la petición de otorgamiento de patente de invención titulada "composición que comprende un producto herbicida activo y un agente modificador de su efecto herbicida". Según esta sociedad, dichas sentencias aplicaron e interpretaron indebidamente el artículo 5 de la decisión 85 de la CAN, por lo que la Sala Plena del Consejo del Estado de Colombia, en virtud de los artículos 28 y 29 del Tratado de Creación del TJCA, solicitó que se aclarasen ciertas consultas que no fueron transcritas en la resolución (Stauffer Chemical Company, 1988)[22].

En este caso, únicamente se determina que "el reglamento es de aquellos actos que tienen efectos directos y primacía sobre el derecho interno de los Países Miembros…". El TJCA no se encarga de desarrollar teóricamente este principio, sin embargo, y como era de esperarse por su origen y modelo de referencia, la jurisprudencia de dicho órgano trasplantó el principio de eficacia directa de los casos *COSTA/ ENEL* y del caso *SIMMENTAL* o al menos obtuvo su inspiración a partir de ellos y así fue expresado por el TJCA en el caso *2-IP-88*. Dicha consulta prejudicial surge de una demanda de inconstitucionalidad incoada por ciudadanos colombianos llamados German y Ernesto ambos de apellido Cavelier. Dicha inconstitucionalidad era en contra del artículo 454 de la ley 9ª. de 1979, porque ellos consideraban que esta norma interna vulneraba ciertas disposiciones de la decisión 85 de la CAN. Por ello, la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, en virtud de los artículos 28 y 29 del Tratado de Creación del TJCA, solicitó que el tribunal andino se manifestara acerca de si el derecho interno puede

[22] Efectivamente no se transcribieron las consultas, ver página 3.

establecer requisitos extras a los establecidos en la decisión 85 para el registro y cancelación de una marca.

El TJCA señaló que de las normas comunitarias se desprenden ciertas características cómo: el efecto directo, la aplicación inmediata y la primacía. Al existir un conflicto entre las normas nacionales y las normas comunitarias, prevalecerán las comunitarias debido a la implementación de estos principios, no obstante, esto no significa que las normas nacionales sean derogadas. Por tanto, las normas internas continuarán siendo vigentes, pero se encontrarán en un estado de existencia latente hasta que la norma que las desplazó sea modificada o deje de existir (Germán y Ernesto Cavelier, 1988, págs. 2-5). Si no existiera la preferencia de las normas comunitarias sobre las nacionales, se pondría en peligro la uniformidad de la interpretación y de su aplicación. Por otra parte, es curioso que el TJCA utilice dichos principios como si fuesen absolutos, pues la jurisprudencia europea, que ha sido utilizada como referente, no los considera de esa manera. Esto se puede analizar desde la perspectiva de las condiciones que, por ejemplo, la eficacia directa, requiere para que las disposiciones de las normas comunitarias gocen de este principio.

Como ya ha sido mencionado, uno de los casos más implementados en la jurisprudencia andina es el caso europeo *COSTA/ENEL*, en el cual se determinó el criterio de la preferencia en aplicación de las normas comunitarias sobre las nacionales para asegurar su aplicación uniforme en los Estados miembros (Costa/ENEL, 1964). Este caso también reafirmó una decisión judicial previa llamada *VAN GEND & LOOS*, en el cual se utilizó el principio de efecto directo de las normas comunitarias. Según dicha doctrina, este principio no es absoluto, pues se deben cumplir ciertas condiciones que ya fueron señaladas anteriormente en esta tesis. Otro ejemplo utilizado por el tribunal andino es el caso *SIMMENTAL* que reafirma lo establecido en el caso *COSTA/ENEL* y que determina que la aplicabilidad inmediata busca generar un efecto uniforme de las normas comunitarias en los Estados miembros, pues dicho principio establece que estas normas deben surtir plenos efectos a partir de su entrada en vigor (Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA Simmenthal, 1978, pág. 229).

Tal cómo se puede observar, los principios de eficacia directa, primacía y aplicabilidad inmediata están relacionados con el tema en estudio. Es a partir de la preeminencia de las normas comunitarias sobre las nacionales y de la generación de derechos y obligaciones para los particulares y los Estados que se vuelve necesaria una interpretación y aplicación uniforme de las normas andinas para todos los Estados miembros. Si no existiera esta uniformidad los

fundamentos de la comunidad se verían reducidos a la mera voluntad política del cumplimiento del derecho que estos mismos han suscrito. Además, tal y como el TJCE lo mencionó en *SIMMENTAL*, el efecto útil se ve resquebrajado por la falta de conformidad de las normas internas con las comunitarias y por las decisiones judiciales nacionales que no estén en línea con los criterios del órgano judicial regional (Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA Simmenthal, 1978, pág. 229 y 230).

El TJCA vuelve a implementar este principio en la interpretación prejudicial *2-IP-88* y lo hace de la siguiente manera: "Se estableció así un régimen común y uniforme, de especial significación dentro del proyecto integracionista, cuyas características principales, en cuanto ordenamiento comunitario, son las de constituir una regulación autónoma, coercitiva, ***de efecto directo*** y que constituye un derecho único para toda la Subregión, que ha de aplicarse en toda ella de manera homogénea y que ha de prevalecer por lo tanto, en todo caso, sobre el derecho nacional" (Germán y Ernesto Cavelier, 1988, pág. 5)[23]. Claramente, el TJCA es del criterio de que el derecho comunitario es autónomo y goza de ciertas características como: ser uniforme y común, tiene capacidad coercitiva, goza de eficacia directa, se constituye una comunidad de derecho, y que esta debe prevalecer sobre toda norma nacional con una aplicación homogénea, es decir, las normas se integran en el ordenamiento nacional de manera uniforme en todos los Estados. Sabemos que el efecto directo, según la jurisprudencia europea, es la capacidad del derecho comunitario para generar derechos y obligaciones a partir de ciertas condiciones. Sin embargo, en esta ocasión, el TJCA no definió qué es el efecto directo del derecho comunitario, únicamente lo anunció como un hecho cierto. Ha de examinarse su evolución jurisprudencial para determinar si el TJCA define dicho principio y si este es trasplantado tal cual de la jurisprudencia europea; ya que, hasta este momento, dicho concepto depende del europeo. Esta evolución será desarrollada más adelante.

c. El trasplante europeo de la primacía

Ya se ha mencionado que tanto el trasplante legal del principio de primacía como el de efecto directo no son totalmente novedosos en la jurisprudencia andina, es más estos fueron discutidos en el informe de la INTAL para la creación de dicho órgano judicial (La Junta, 1973, pág. 141).

[23] Lo colocado en negritas y cursivas es hecho por mí.

Se puede concluir que, en el caso de la primacía, es a partir de dicho informe que los presidentes andinos toman la decisión de incluir dicho principio en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Así se ha determinado en los considerandos de dicho tratado, también se consigna en su artículo cinco, inciso segundo, el cual enuncia lo siguiente: "Se comprometen (los Estados), asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación"[24] (Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1979). Años más tarde, se modifica dicho tratado mediante el Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, sin embargo, dicha disposición se mantiene en el artículo 4 inciso segundo del mismo (Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1996).

La implementación de este principio también fue reafirmada por la jurisprudencia de esta comunidad en el caso *1-IP-87*, también conocido como *AKTIEBOLAGET VOLVO*. En dicho caso se establece que "…se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista" (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 2). Tal como se puede observar, el TJCA trasplantó el concepto de primacía que el TJCE estableció en el caso *COSTA/ ENEL* y que ya fue desarrollado en las primeras páginas de este apartado. Además, en este caso se desarrolla lo que se debe entender como derecho comunitario al ser un trasplante del caso *VAN GEND & LOOS*, que también fue desarrollado anteriormente. Según el TJCA, el derecho comunitario abarca una serie de conceptos como: "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 el medidas o actos unilaterales de los Países miembros…." (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 2 y 3)[25]. También reconoce y comprende que el artículo 5 determina que los Estados miembros no pueden hacer prevalecer medidas unilaterales en contra de las normas comunitarias. Por tanto, la primacía del derecho comunitario se determina por el tratado de creación de dicho tribunal y es reafirmado por su jurisprudencia.

[24] Lo colocado entre paréntesis es de mi autoría. Ver, también, caso *3-IP-94* (Slim-Fast Foods Company, 1994).
[25] También ver: el caso *5-IP-90* (Omar Ferreira y José Narváez c. Consejo Directivo de Comercio Exterior del INCOMEX, 1994).

d. Evolución del principio de efecto directo andino

Se debe determinar si la eficacia directa ha tenido una evolución jurisprudencial en el tribunal en estudio, por el momento se ha analizado que no se ha propiciado un concepto que este acorde a la jurisprudencia que ha generado su trasplante. Esto se debe a que el TJCA únicamente ha señalado que toda norma comunitaria posee efectos directos sin desarrollar un concepto de este, sino que este es una característica del derecho comunitario andino. No obstante, la jurisprudencia citada e inspiradora de la doctrina de este tribunal establece lo contrario, ya que se deben cumplir ciertas condiciones para que las disposiciones comunitarias gocen de dicho principio.

Por ejemplo, el caso *5-IP-89* permite dilucidar ciertas condiciones que son criterio básico para otorgar efecto directo a las disposiciones. Esto se debe a que el TJCA determina que a partir del artículo 5 del tratado de creación del tribunal se han impuesto dos obligaciones a los Estados: **una de hacer y la otra de no hacer**. La de hacer es que estos deben realizar todo tipo de acto que permita llevar a cabo las obligaciones pactadas y la de no hacer se determina por la abstención de realizar toda medida que obstaculice la aplicación de este (Manuel Pachón Muñoz, 1989, pág. 5 y 6). Sin embargo, aún persiste la falta de claridad conceptual del principio de eficacia directa, incluso se le llama "aplicación directa" que en la doctrina es considerada como aplicación inmediata, tal como lo habían mencionado en el caso *2-IP-88*, también conocido como: *GERMÁN Y ERNESTO CAVELIER*, que de hecho es un caso mencionado en esta sentencia[26] y que a su vez mencionan al efecto directo sin desarrollarlo. De igual manera se deberá entender que aplicación directa (o eficacia directa) es lo mismo que la aplicabilidad inmediata, que también es mencionada como aplicabilidad directa.

No es sino hasta el caso *6-IP-93*, también conocido por *CONSEJO DE ESTADO DE REPÚBLICA DE COLOMBIA*, cuando el TJCA empieza a dilucidar conceptualmente lo que se debe entender como aplicación directa. Para el tribunal, este principio consiste en "la capacidad jurídica de la norma comunitaria para generar derechos y obligaciones que los ciudadanos de cada país puedan exigir ante sus tribunales nacionales" (Consejo de Estado de Colombia, 1994, pág. 2) con este concepto que ha configurado el TJCA se puede presumir que se están refiriendo al principio de

[26] Ver página 7 del caso *2-IP-88*, *GERMÁN Y ERNESTO CAVELIER*. Ver otros casos similares: *2-IP-90* (Germán Cavelier y Alexandre Vernot, 1990), *2-IP-91* (León Kadoch, 1991).

efecto directo[27], pues como se dijo en *VAN GEND & LOOS*, a pesar de no ser mencionada en esta interpretación prejudicial, el efecto directo es la capacidad de las disposiciones comunitarias de generar derechos y obligaciones exigibles por parte de los particulares (Van Gend & Loos, 1963).

Este tribunal menciona que el principio de aplicación directa y el de primacía están consignados en el artículo 5 del tratado de creación del TJCA[28]. A pesar de que el TJCA ha esclarecido conceptualmente el principio de aplicación directa, aún no ha determinado si existen condiciones para que una disposición genere sus efectos. Simplemente se hace alusión a que una vez que estos reglamentos gozan de vigencia, estos pasan a formar parte del derecho interno y así se genera la primacía y efectos directos. En cierta medida, esta diferencia de sustanciación del principio puede deberse a que se cumplieron en el TJCA dos periodos de diferentes magistrados, entonces su conformación puede brindar una mayor evolución y entendimiento a los principios en estudio.

De hecho, esta confusión se evidencia aún más en otra sentencia prejudicial, en específico, en el caso *1-IP-96*, también conocido por *CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA*. En este caso, el TJCA manifiesta que la voluntad soberana de los Estados miembros se expresa en la creación de un nuevo ordenamiento jurídico básico y que, gracias a su efecto directo, dicho derecho es compartido por los Estados y sus nacionales. Por ello, "tanto los países como ciudadanos, los particulares o las personas jurídicas se transforman en sujetos del nuevo sistema, en destinatarios de obligaciones y al mismo tiempo en titulares de derechos, como consecuencia del 'efecto de aplicación directa' de la norma comunitaria" (Corte Constitucional de la República de Colombia, 1996, pág. 7). En este sentido se puede observar que efectivamente el tribunal ha continuado con la conceptualización del efecto directo, tal cual fue expresado en el caso *6-IP-93* y como así fue expresado en *VAN GEND & LOOS*. La diferencia sigue siendo que dicho principio, en la última sentencia, no fue detallado como una consecuencia directa de la "aplicación directa", sino de la naturaleza misma del derecho que ha sido creado por los Estados. Así se afirmó cuando se mencionó que "…la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no solo los Estados miembros, sino también sus nacionales, que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que

[27] El concepto de aplicabilidad directa también es reafirmado en el caso *DARIEN*, número *3-IP-96*.
[28] Ver, también, los casos *5-IP-89* (Manuel Pachón Muñoz, 1989); *1-IP-88* (Stauffer Chemical Company, 1988).

crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico…" (Van Gend & Loos, 1963, pág. 340).

Tal vez la diferencia en el trasplante de dicho principio radique en un fundamento que no ha sido expresado, esto es, los artículos analizados con respecto a la propiedad intelectual establecen derechos, obligaciones y procedimientos explícitos en dicha materia. Esto es lo que diferenciaría los casos andinos con las normas comunitarias que generaron los conflictos en las comunidades europeas, pues el caso *VAN GEND & LOOS* se generó a partir de una disposición que establecía una obligación para un Estado, pero implícitamente generaba un derecho exigible por parte del particular. Esta es la respuesta más asequible a una falta de fundamento por parte del juez andino. Entonces, desde este punto de vista, el juez andino solo debe explicar el alcance de la norma para determinar un factor común de aplicación para todos los Estados, además de fundamentar por qué dichas normas también generan derechos y obligaciones en favor de los particulares. Entonces, tendría sentido que, en el caso de esta comunidad del sur de América, el efecto directo sea una consecuencia del principio de la aplicación inmediata. Este último permite que las normas comunitarias sean vigentes y parte de manera uniforme de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros desde el momento en que estas sean aprobadas.

No es sino hasta el caso *110-IP-2017* que el TJCA desarrolla inequívoca e individualmente cada uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico andino, entre ellos, la eficacia directa, y menciona que "conjuntamente con el principio de aplicación inmediata, el principio de efecto directo asegura la vinculatoriedad y exigibilidad de la normativa comunitaria. Así, el principio de efecto directo se relaciona con las acciones que los ciudadanos pueden ejercer en defensa de sus derechos para la debida aplicación de la norma comunitaria" (Marco Antonio Soto, 2019, págs. 8-9). También desarrolla el origen de este principio y manifiesta que este se encuentra contemplado en el artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el cual menciona que "Las decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina" (Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1996). La diferencia entre este principio con el de aplicabilidad directa, también conocido como aplicación inmediata, es realmente nula pues "la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los Países Miembros tiene como efecto inmediato que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los

derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales." (Marco Antonio Soto, 2019, pág. 9).

Ante lo expresado, el TJCA concluye este caso manifestando que "por el principio de aplicación directa y de efecto directo, la normativa comunitaria andina es de obligatorio cumplimiento tanto para los países miembros como para sus ciudadanos, los cuales se encuentran autorizados para hacer valer sus derechos ante los tribunales que corresponda." (Marco Antonio Soto, 2019, pág. 9)

En conclusión, es difícil considerar que dicho trasplante legal sea ineficaz, pues, aparentemente, está adaptado a las necesidades específicas de los reglamentos de la CAN, al menos en el ámbito de la propiedad intelectual. Se debe recordar que esta área es la que posee mayor proliferación jurídica en dicha comunidad, pues son los órganos administrativos de los Estados quienes han hecho las solicitudes de interpretación prejudicial al TJCA. Por otra parte, el TJCA ha demostrado ser coherente y constante en sus criterios jurisprudenciales.

e. Evolución del principio de primacía andino

El principio de primacía es por primera vez utilizado por el TJCA en la sentencia de interpretación prejudicial *1-IP-87*, la cual fue mencionada anteriormente y que es conocida por *AKTIEBOLAGET VOLVO*. En este caso se establecieron las características del derecho comunitario andino, características que fueron trasplantadas a partir de *VAN GEND & LOOS* y *COSTA/ENEL*. En esta sentencia andina se determina que este ordenamiento andino prevalece en su aplicación sobre el ordenamiento interno de los Estados miembros "… se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista" (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 2). Además de señalar que estos preceptos se encuentran enunciados en el artículo 5 del tratado de creación del TJCA en donde se enuncia una obligación de hacer y no hacer.

La obligación de hacer consiste en que los Estados miembros se comprometen a implementar todo medida necesaria para asegurar el cumplimiento de este nuevo orden jurídico generado por el Acuerdo de Cartagena. Por otra parte, la obligación de no hacer se manifiesta en no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo

obstaculice la aplicación de este derecho (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 3). Esto mismo se verá replicado en diversas sentencias de interpretación prejudicial por parte de este tribunal, por mencionar algunas: *1-IP-88* (Stauffer Chemical Company, 1988), *2-IP-88* (Germán y Ernesto Cavelier, 1988), *5-IP-89* (Manuel Pachón Muñoz, 1989), *2-IP-90* (Germán Cavelier y Alexandre Vernot, 1990), *6-IP-93* (Consejo de Estado de Colombia, 1994), *3-IP-94* (Slim-Fast Foods Company, 1994), *1-IP-96* (Corte Constitucional de la República de Colombia, 1996). En jurisprudencia más reciente, nuevamente, el caso *110-IP-2017*, este principio mantiene su idea principal, es decir, "la normativa comunitaria prevalece sobre las normas internas o nacionales de cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina. Como consecuencia de ello, en los casos de incompatibilidad entre una norma comunitaria y una norma nacional, se deberá preferir la primera. Cabe indicar que ello no implica que la norma nacional deba ser derogada, sino que basta que sea inaplicada por el país miembro que corresponda" (Marco Antonio Soto, 2019, pág. 5). Este principio no debería sufrir de modificación alguna, pues es uno que detalla las razones del por qué las normas de la comunidad no pueden quedar sin efecto. Estas razones son: este ordenamiento jurídico deviene de la voluntad soberana de los Estados miembros y las normas comunitarias deben generar uniformidad en su vigencia en todos los Estados, si no, se pone en peligro los objetivos del proceso de la integración.

E. CONCLUSIONES

Este capítulo inició analizando el origen histórico del Pacto Andino que constituyó en 1969 al Grupo Andino. Este grupo estaba conformado inicialmente por Chile (que se retira en 1976), Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia; luego se añade a este grupo el Estado de Venezuela en 1973 (pero se retira en 2006). También se observó que en los inicios de este sistema hubo diversas dificultades y que muchas de estas se acrecentaron con el retiro de Chile de dicho proceso de integración. La mayor parte de estas dificultades se fundamentaron en los incumplimientos del ordenamiento jurídico impulsado por los Estados miembros. A esto se le suma el hecho de que dicho sistema no contó desde un inicio con un órgano que resolviera las disputas concernientes a la interpretación y aplicación de las normas comunitarias, es decir, de un tribunal de justicia que fuese supranacional, autónomo y con competencias determinadas.

Los miembros de la Junta fueron conscientes de estos problemas, por ello lo informaron a la Comisión y este órgano andino les solicitó la elaboración de un proyecto de norma creadora de dicho aparato jurisdiccional de la comunidad. La Junta y la INTAL lograron desarrollar un informe que demostraba la necesidad de ciertas características que debían reunir tanto el ordenamiento jurídico comunitario, como el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Dicho informe tomó como modelo al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, a partir de su experiencia, consideró que había que reconocer la primacía y efectos directos de las normas comunitarias. Con dicho informe la Comisión creó al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena para lograr resolver las disputas originadas del ordenamiento jurídico de la comunidad, dicho tribunal es un trasplante institucional del TJCE. Sin embargo, a pesar de ser un trasplante institucional, este ha sido modificado en conformidad a las necesidades de la región andina. Por otra parte, se logró constatar que este tribunal posee jurisdicción permanente sobre toda la comunidad, también es supranacional y posee la función de uniformar la interpretación y aplicación de sus normas comunitarias. Por tanto, este tribunal cumple con las condiciones planteadas al final del capítulo primero para que sus decisiones judiciales sean consideradas fuente formal de derecho internacional con efectos vinculantes *erga omnes* para los miembros de esta comunidad y para todos aquellos que se vinculen a ella. Además, se estableció que el fin de las interpretaciones prejudiciales era el de consolidar una interpretación y aplicación uniforme de las normas comunitarias. Es por ello por lo que la jurisprudencia que emana de las interpretaciones prejudiciales es vinculante para los Estados miembros, pues no

pueden ignorar lo fallado por el juez comunitario. Con ello, se cumple el objetivo establecido para este capítulo. Sin embargo, a pesar de haber verificado estas condiciones, el capítulo cuarto se encargará de determinar si efectivamente lo analizado concuerda con la realidad de su jurisprudencia.

Además, se realizó un análisis histórico del concepto de derecho comunitario, el cual tuvo su origen en el proceso de integración de las Comunidades Europeas, hoy conocida cómo la Unión Europea. Este concepto fue desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y establece que el derecho comunitario es un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional que goza de autonomía y es vinculante no solo para los Estados que han expresado su consentimiento, sino que también lo es para las instituciones y particulares de cada uno de ellos. Este concepto fue trasplantado por el TJCA y así adaptó el derecho comunitario europeo a la realidad andina.

Por último, se determinó que los principios de primacía y de eficacia directa también fueron trasplantados y reconocidos por el TJCA como parte del ordenamiento jurídico andino. La diferencia es que estos principios, según el TJCA, están plasmados en el tratado que creó a este órgano judicial, el cual se ve materializado en su artículo 5. Otra diferencia es que estos no han evolucionado con el tiempo, en especial el principio de primacía. En cambio, el de efecto directo fue correctamente diferenciado del principio de aplicación directa o inmediata. Entonces, la primacía deriva de dos obligaciones estipuladas en el artículo 5 del Tratado de Creación del TJCA, la primera es de hacer y la segunda de no hacer. La primera manda a los Estados miembros a realizar todo tipo de medida para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias en el ámbito interno. La segunda profesa que los Estados deben evitar todo tipo de medida unilateral que posibilite el incumplimiento de las normas comunitarias. Con ello se asegura que las normas comunitarias siempre prevalecerán en caso de conflicto con las normas nacionales sin que exista una derogatoria de la segunda. En cambio, el principio de efecto directo es la capacidad de este ordenamiento jurídico de generar derechos y obligaciones para los Estados miembros, particulares naturales o jurídicos, organizaciones y todo aquel que esté relacionado con la comunidad.

Estos principios, en el caso andino, son absolutos, pues no hay requisito o condición alguna que determine la aplicación de estos principios. Esta es una diferencia fundamental con los originalmente planteados por el TJCE, pues para que una disposición comunitaria goce de efecto directo deben cumplirse las siguientes condiciones: a) constituirse una obligación de

hacer o no hacer; b) ser clara y precisa; c) que no esté condicionada a un acto interno para surtir efectos. Luego, el principio de primacía establece que, si dicha norma posee efectos directos, deberá prevalecer en caso de un conflicto de norma interna con la comunitaria sin la necesidad de una derogación de la norma nacional.

En el siguiente capítulo se desarrollará, de igual manera que en este, el caso centroamericano.

CAPÍTULO III El Sistema de la Integración Centroamericana

A. INTRODUCCIÓN

Como ya se dijo en el capítulo anterior, el derecho comunitario tiene su origen en las Comunidades Europeas. Estas fueron creadas con un solo objetivo: restaurar y cimentar la paz en el viejo continente tras la segunda guerra mundial. También se explicó que en la región latinoamericana han existido diversos procesos de integración en diversas subregiones que se han formado a lo largo del tiempo, a través de las voluntades soberanas de los Estados miembros[29] (Prado, 2006, pág. 1) (Cortés, La tensión entre constitucionalismo y democracia, 2012, pág. 15 y ss.) (Pereira & Santos, 2015, pág. 227) (Miranda, 2017, pág. 23 y ss.). Dichos procesos no buscan formar un nuevo Estado o consolidar una Federación regida por un solo gobierno, estos buscan conformar una cooperación entre sus miembros. El fin máximo de estas alianzas es simple: obtener un beneficio y cimentar un desarrollo común para sus Estados y todos sus integrantes (órganos, personas naturales y jurídicas) (Andrade, 1989, págs. 1-12) (Aguilera Peralta, 2016, pág. 90 y 91) (Herrera Montenegro, 2017, págs. 168-170) (Miranda, 2017, págs. 45-47).

También se mencionó que las ideas económicas de Raúl Prebisch fueron las que impulsaron los sistemas de integración en Latinoamérica del siglo XX (1950-1960). Prebisch argumentaba que en América Latina no ha existido un desarrollo estable por las asimetrías económicas entre los Estados de la región. Esto causaba que esta región latinoamericana se encontrara estancada en su crecimiento económico y que su producción fuese desigual. Este problema, según Prebisch, podría ser solucionado mediante la implementación de un modelo industrializador al interior de los Estados, el cual permitiría sustituir las importaciones y consolidar las exportaciones 1960 (Ocampo, 2001, pág. 2 y ss.) (Pérez, Sunkel, & Torres, 2012, pág. 9 y ss.) (Dosman, Sunkel, & Bárcena, 2011, pág. 20) (Aguilera Peralta, 2016, pág. 92) (Herrera Montenegro, 2017, pág. 169) (Miranda, 2017, págs. 64-67) (Alter & Helfer, 2017, pág. 10). Entonces, la integración era la herramienta clave para disminuir los costos de la importación y maximizar las ganancias de la exportación. En consecuencia, surgieron procesos como la

[29] Son subregiones porque se constituyen bloques regionales que buscan resolver problemas comunes o perseguir fines comunes.

Comunidad Andina[30] (CAN) en 1969, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), entre otras. No obstante, el concepto del derecho comunitario proviene de la jurisprudencia europea, concepto que fue, como se desarrolló en el capítulo anterior, trasplantado en la jurisprudencia andina.

Como el capítulo anterior, este desarrollará históricamente el derecho comunitario centroamericano, sus trasplantes institucionales y los principios de primacía y efecto directo que fundamentan los efectos *erga omnes* de las decisiones judiciales de la Corte Centroamericana de Justicia. Entonces, este capítulo se centrará en el proceso centroamericano de integración, que posee un trayecto de esfuerzos unionistas e integracionistas con una historia de más de doscientos años. Por tanto, en primer lugar, se desarrollará, de forma resumida, el proceso de integración en Centroamérica. Luego se estudiará si órgano judicial cumple con los requisitos establecidos al final del capítulo primero, es decir, si este posee jurisdicción permanente sobre toda la comunidad y si es un tribunal supranacional con facultad de uniformar la interpretación y aplicación de sus normas comunitarias, tal como fue manifestado en el capítulo primero, y, por último, examinaremos el trasplante centroamericano del derecho comunitario europeo.

B. El sistema de la Integración Centroamericana

Este apartado se divide en tres momentos, el primero se encargará de examinar, de manera resumida, la historia de los esfuerzos integracionistas en Centroamérica con especial atención al Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). El segundo, analizará la actual composición del SICA. Y, por último, se examinará, sucintamente, la naturaleza de este proceso de integración.

a. Historia

Centroamérica logra su independencia el 15 de septiembre de 1821, desde ese momento los Estados de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica fueron independientes

[30] En ese momento se denominaba Grupo Andino.

del reino español. Los primeros tres fueron los principales gestores de esta independencia pues eran los que tenían mayor poder político y económico en la subregión y, por ello, impulsaron una nueva estructura social. En la Acta de Independencia de 1821 se hace constar que en ese momento los independentistas en Centroamérica no deseaban que se formara una independencia de facto proclamada por el pueblo, pues las consecuencias podrían ser temibles (Sanz y Tovar, 1951, pág. 119) (Herrarte, 1957, págs. 9-11) (Gutierrez, 1978) (Hernández, 1994, pág. 13 y ss.). Entre estas consecuencias se destaca la posible afectación a la iglesia católica, sin embargo, en esta acta se dejó en claro que los ministros seculares y regulares debían ser protegidos junto a sus pertenencias.

En 1822, Gavino Gainza, gobernante de los Estados centroamericanos, ordenó la anexión de estos Estados al imperio mexicano de Agustín Iturbide mediante el Acta de Unión de las Provincias de Centro América. Sin embargo, según los Estados centroamericanos, dicha anexión era ilegal y así lo establecieron en su Decreto de Independencia Absoluta de las Provincias del Centro de América. Este decreto permitió, nuevamente, su independencia en 1823 y, también, constituyó a las Provincias Unidas del Centro de América (Herrarte, 1957, págs. 13-20) (Walters, 1966, pág. 7 y ss.) (Nyman-Metcalf & Papageorgiou, 2005, pág. 14 y ss.; 28 y ss.) (Vázquez Vicente, 2011). Luego, en 1824, se conformó la Asamblea Constituyente que promulgó la Constitución Federal de la nueva Federación de Centro América.

En esta constitución se establecieron las bases de un gobierno federal y su forma de gobierno se caracterizó por ser republicana, representativa y federal. Además, se fijó la denominación de esta república como: Federación de Centro América. Para Vázquez Vicente, este tipo de gobierno era la forma con la cual la oligarquía centroamericana, en especial la guatemalteca, podría mantener el poder político en conformidad a sus intereses comerciales. Sin embargo, cada uno de los Estados eran libres e independientes en cuanto su gobierno, administración interna y contaban con su propia constitución, la cual debía estar en conformidad con la federal. Esta federación tuvo su fin en el año 1840 a raíz de diversos conflictos bélicos civiles en dichos Estados. Estos fueron, en gran parte, ocasionados por el choque entre las ideologías de los políticos conservadores y liberales. Los primeros eran partidarios de España y del poder de la iglesia católica, en cambio, los segundos se opusieron al poder de la Iglesia e impulsaban la reforma constitucional que tenía como objetivo reestablecer la autoridad del Gobierno Federal (Sanz y Tovar, 1951, págs. 121-124) (Walters, 1966, pág. 9 y ss.) (Gutierrez, 1978, págs. 17-19) (Hernández, 1994, pág. 23 y ss.) (Vázquez Vicente, 2011, pág. 262 y ss.) (Aguilera Peralta, 2016, pág. 91 y 92).

Entonces, la federación tuvo su fin en 1840 pero hubo más intentos por volver a retomarla, por ejemplo: La convención de Chinandega en 1842 por parte de El Salvador, Honduras y Nicaragua, luego también se unió a dicha iniciativa el Estado de Costa Rica. En esta convención dichos Estados establecieron la conformación de una Confederación Centroamericana, en la cual habría autonomía en la gestión y se evitaría todo tipo de intervención entre los Estados. Además, estos manifestaron que los conflictos no serían decididos a través de la solución bélica, pues la disolución de la federación fue a causa de estos problemas bélicos con los que dicha región tuvo que lidiar (Sanz y Tovar, 1951, págs. 123-125) (Herrarte, 1957, pág. 93 y 94) (Walters, 1966, pág. 12 y 13) (Nyman-Metcalf & Papageorgiou, 2005) (Lobo Lara F. D., 2016, pág. 24 y 25).

Luego, hubo otro intento de unión en 1847 y este se denominó pacto de Nacaome entre los Estados de El Salvador, Honduras y Nicaragua, más tarde se anexaron a esta iniciativa los Estados de Guatemala y Costa Rica, pues temían ser colonizados por los británicos que ejercían ciertas actividades en la región. De hecho, estos temores fueron expresados por Juan Lindo, presidente de Honduras en 1850, en una carta hacía todos los pueblos de Centro América. En ella aclamaba la unión del pueblo centroamericano para defender su región, pero, sobre todo, no permitir que dicha región fuera presa de ambiciones extranjeras (Sanz y Tovar, 1951, pág. 124 y 125) (Herrarte, 1957, págs. 109-111) (Walters, 1966, pág. 14 y ss.). Años más tarde, Nicaragua fue invadida por el ejército de un filibustero llamado William Walker, quien se convirtió presidente de ese Estado en 1856. En 1857 es forzosamente expulsado por la unión de las tropas centroamericanas, lo que permitió visualizar una cooperación centroamericana amistosa en contra de un enemigo común (Gutierrez, 1978, pág. 18). Sin embargo, como bien apuntan ciertos historiadores, en Centroamérica no existió por parte de Guatemala un líder político que impulsara las ideas de la unión. En este caso se esperaba que fuese Rafael Carrera el líder que impulsara estas ideas; este presidente guatemalteco ejerció como presidente de Guatemala por 26 años hasta su muerte (Walters, 1966, pág. 12 y 13).

En el transcurso de los años, la región se ha visto inmersa en distintos conflictos armados entre sí, especialmente entre El Salvador, Honduras y Nicaragua. Por ello, el presidente Roosevelt (Estados Unidos) y Díaz (México) se comunicaron con estos Estados para que cesaran los conflictos armados e invitaron a sus mandatarios a reunirse en Washington para solventar sus conflictos. A partir de ello, se consolidó la conferencia de paz de Centroamérica en el año 1907 en Washington. En dicha conferencia, Honduras y Guatemala propusieron consolidar un nuevo intento de unión, sin embargo, esta propuesta fue contrarrestada con otro tipo de soluciones

como: mejorar las comunicaciones, expandir el comercio, uniformar la legislación, aduanas y tarifas, entre otras. Esto podría ser considerado como los cimientos de una especie de mercado común entre dichos Estados. De esta conferencia surgieron ciertos acuerdos, algunos de estos fueron: la firma de un Tratado de Paz y Amistad y el establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana (CJC), la cual sería fundamental para asegurar que los acuerdos se llevasen a cabo (Sanz y Tovar, 1951, pág. 128 y 129) (Gutierrez, 1978, págs. 19-26) (Perotti, Salazar Grande, & Ulate Chacón, 2017, pág. 11). De hecho, a raíz de la firma de este tratado hubo muchos beneficios, algunos de ellos fueron: respeto por el sistema monetario, servicios consulares, uniformización de los estándares de peso y de cálculo (Walters, 1966, pág. 21 y ss.) (Gutierrez, 1978, pág. 20 y ss.) (Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992)[31] (Gutiérrez G, 2009).

Como se dijo anteriormente, la CJC era la base fundamental de dicho tratado, por ello, en 1907 se suscribió y ratificó la Convención para el Establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana (en adelante la Convención). En este tratado se determinaron dos competencias que fueron la base del funcionamiento de la CJC. La primera se circunscribió en el artículo 1, el cuál determinó que su competencia general era la de conocer y resolver sobre todo conflicto que surgiera entre los mismos Estados que formaron parte de la República Federal de Centro América. En su artículo 2 se estableció que los particulares de dicha región tenían derecho para acceder a la justicia centroamericana y así demandar a otros Estados, gobiernos o particulares del istmo. Este derecho de acceso a la justicia internacional por parte de los particulares era algo insólito en dicha época, y aún en la actual es poco común, por ejemplo: el artículo 34 del Estatuto de la CIJ, solo permite el acceso a la justicia a los Estados (26 de junio de 1945); la Corte Interamericana de Derechos Humanos permite la participación de la víctima en el proceso de acuerdo al artículo 25 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre de 2009), pero los únicos que pueden iniciar el proceso son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (artículos 35 y 36 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre de 2009)).

Luis Pasos Argüello, en su libro sobre la Corte de Justicia Centroamericana, realiza una comparación entre los tribunales internacionales que existieron en dicha época y los existentes hasta 1986, por ejemplo: El Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya (1907), la Corte

[31] Véase la parte histórica establecida en el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

Permanente de Justicia Internacional de la Haya (1920), la CIJ (1945), la Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea, la CIDH, etc. Dicho estudio reveló que la CJC era la única corte internacional que permitía el acceso directo a la justicia a los particulares (Pasos Argüello, 1986, págs. 35-37).

La CJC terminó sus funciones en 1918 tras la denuncia del tratado realizado por Nicaragua en 1917, ya que, según este país, esta corte afectó sus intereses con las dos resoluciones que dictaminó en su contra. Dichas resoluciones establecieron que Nicaragua, mediante el tratado internacional "Bryan Chamorro" suscrito con Estados Unidos, afectó los derechos mancomunados de territorio con Costa Rica, El Salvador y Honduras (Sanz y Tovar, 1951, pág. 128) (Gutierrez, 1978, págs. 84-143) (Gutiérrez G, 2009, págs. 115-134) (Lobo Lara F. D., 2016, págs. 29-32)[32].

Luego del fracaso del Tratado de Paz y Amistad, hubo diversos intentos más para consolidar la integración en Centroamérica, pero no es el objeto de esta tesis examinar cada una de ellas. Sin embargo, sí se debe de comentar la materialización de un esfuerzo exitoso de unión que ha permitido la existencia del actual modelo de integración en Centroamérica. Dicho esfuerzo se consolidó con la creación de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) en 1951. Esta organización presenta especial atención para el continente porque la historia de Centroamérica, como fue mencionada anteriormente, está marcada por los procesos de integración. De hecho, a ciento once años después de la disolución de la República Federal de Centro América (RFCA), esta organización se constituyó. Esta organización fue la primera en la región con fines de integración (Aguilera Peralta, 2016, pág. 92 y ss.) (Solano Muñoz, 2017, pág. 146 y ss.) y estaba compuesta por los mismos Estados que formaron parte de la República Federal de Centroamérica, es decir, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

El tratado que dio vida a dicha organización estipulaba el siguiente fin: alcanzar la integración económica y social para eliminar las barreras que dividen a los centroamericanos y así mejorar sus condiciones de vida. El modelo que se instauró para lograr dicho fin fue el de Raúl Prebisch[33] y con ello se constituyó el Mercado Común Centroamericano (MCCA). El MCCA desarrolló la producción industrial y el comercio intra centroamericano (López Cervantes, 2012, pág. 261 y ss.) (Miranda, 2017, págs. 27-32) (Herrera Montenegro, 2017, pág. 172 y

[32] Sobre el conflicto "Bryan-Chamorro", ver: (Salazar Grande, 2017, págs. 105-110); (Jenks, 1953, pág. 421).
[33] Tal cual fue explicado en el capítulo anterior, este modelo buscaba reemplazar las importaciones por exportaciones y fomentar una economía basada en la industria.

173); también fue una respuesta al panorama sociopolítico y militar en el cual se encontraba la región, pues esta se vio afectada por diversas dictaduras militares (Aguilera Peralta, 2016, pág. 90 y ss.) (Arancibia, 2016, pág. 135 y ss.) (Solano Muñoz, 2017, pág. 146 y ss.). Con los años, la ODECA dejaría de existir como tal para convertirse en el SICA[34] en 1991. Su constitución se llevó a cabo mediante la suscripción del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (PT). Esto, para la integración de estos Estados de Centroamérica[35], significaría un nuevo impulso a los objetivos de la integración regional. Además, esta se destacaría como una nueva respuesta para los conflictos regionales[36] e internos de cada uno de los países centroamericanos a causa de las dictaduras militares (Arieh Gerstein, 1971, pág. 552 y ss.) (Arancibia, 2016, pág. 135 y ss.).

El PT es el marco jurídico político de la integración centroamericana, en el cual se establece el objetivo y los propósitos de la comunidad[37]. Su objetivo se encuentra establecido en el artículo 3 del PT, el cual se define por realizar la integración de Centroamérica para que esta se constituya como una región de paz, libertad, democracia y desarrollo (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991) (CC-SICA I, 2008). Esta colectividad estaba originalmente compuesta por Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, luego se anexaron a este proceso los Estados de Belice (en el año 2000) y de República Dominicana (en el año 2004). Este último inició como Estado asociado[38], más tarde como Estado miembro (a partir de 2013).

b. La composición del Sistema de Integración Centroamericana

Los Estados centroamericanos son "una comunidad económica-política que aspira a la integración de Centroamérica" (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de

[34] El SICA es el sistema institucional de la comunidad centroamericana que busca la integración en aspectos económicos, sociales, culturales, políticos y ecológicos. Sitio web oficial: www.sica.int.

[35] Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

[36] El último conflicto bélico entre Estados centroamericanos fue el de El Salvador contra Honduras en 1969.

[37] Tanto el objetivo como los propósitos del SICA se encuentran en el artículo 3 del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (13 de diciembre de 1991).

[38] En el caso del SICA los Estados asociados son aquellos estados que no son centroamericanos que se les faculta para participar con voz y voto dentro de las reuniones de los Jefes de Estado y de Gobierno, consejos de ministros de relaciones exteriores y las de aquellos Órganos e instituciones del SICA de los cuales se haya convenido formar parte, de común acuerdo. Ver artículo 1 del Reglamento para la Admisión y Participación de Estados Asociados Sistema de la Integración Centroamericana (1 de diciembre de 2005).

Estados Centroamericanos (ODECA), 1991)[39]. Actualmente, dicha comunidad está conformada por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Bélice y República Dominicana. Estos Estados decidieron constituir el SICA para lograr el propósito acordado entre ellos y que fue expresado así en el PT. Este sistema es el marco institucional de este proceso regional de integración[40]. En sí, esta comunidad económica-política es una comunidad de derecho, conformada por Estados que han trazado como objetivo común impulsar el desarrollo, gradual y progresivo, de la integración en Centroamérica (Ulate Chacón, 2006). Teniendo en cuenta dicho objetivo, se trazaron ciertos propósitos que deberían ser suficientes para cumplirlos. Estos también se encuentran en el artículo 3 del PT y en total son diez propósitos (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991). No es relevante para este estudio transcribir cada uno de ellos, pero sí vale la pena mencionar que el conjunto de estos se puede traducir en un esfuerzo común para lograr fines comunes como el desarrollo simétrico de los pueblos centroamericanos y la consolidación de un respeto mutuo entre los Estados. Podría decirse que dichos propósitos son la condensación de la vasta experiencia integracionista de esta región, pues desde la disolución de la federación hasta la fecha de la suscripción del PT, habían transcurrido ciento cincuenta y un años de intentos de unión entre los Estados que conformaron en su momento la Federación de la República de Centro América.

En cuanto su estructura, el artículo 8 del PT establece que ésta está basada en la ODECA con diversas modificaciones; además, determina que al sistema se vincularán los órganos e instituciones de la integración. Estos órganos e instituciones gozan de autonomía funcional en lo que respecta a la coordinación intersectorial para asegurar la ejecución eficiente y brindar de seguimiento a las decisiones emanadas de la Reunión de Presidentes. Por último, el sistema en general deberá velar por la "eficiencia y eficacia del funcionamiento de sus órganos e instituciones asegurando la unidad y la coherencia de su acción intrarregional y ante terceros Estados, grupos de Estados u organizaciones internacionales" (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991)[41].

Entonces, el SICA está compuesto por órganos e instituciones encargados de impulsar y velar por la integración de la comunidad. Por ello, de manera general, se debe conocer cuáles son estos órganos que forman parte del SICA, según el artículo 12 del PT son: a) la Reunión de

[39] Ver artículo 1 del PT.
[40] Ver artículos 1 y 2 del PT.
[41] Ver artículo 11 del PT.

Presidentes, b) el Consejo de Ministros, c) el Comité Ejecutivo, d) la Secretaría General (SG SICA). Aparentemente estos son los órganos principales del sistema, pues dicho artículo hace mención en otro apartado que también forman parte del sistema los siguientes: a) Reunión de Vicepresidentes y designados a la presidencia, b) el Parlamento Centroamericano, c) la Corte Centroamericana de Justicia, y d) el Comité Consultivo (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991).

La reunión de presidentes es el órgano de mayor jerarquía en el sistema y está integrado por los jefes de Estado y de Gobierno de los miembros del SICA. Las decisiones que tome este órgano son llevadas a cabo mediante consenso. Por otra parte, a este órgano le corresponden ciertas competencias como: a) definir y dirigir la política centroamericana, b) armonizar las políticas exteriores de los Estados, c) fortalecer la identidad regional, d) aprobar las reformas del PT, e) asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico de la comunidad y f) decidir sobre la admisión de nuevos miembros (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991)[42].

El Consejo de Ministros está integrado por los ministros de cada ministerio de los Estados. A este órgano le corresponde brindar seguimiento y asegurar la ejecución de las decisiones tomadas por la Reunión de Presidentes y preparar los temas para dichas reuniones. El órgano principal de coordinación es el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores. Este último tiene más funciones, tales como: a) llevar adelante el proceso de democratización, pacificación, seguridad regional, coordinación y seguimiento de las decisiones y medidas políticas de carácter económico, social y cultural; b) aprobar el presupuesto, elaborar la agenda, preparar las reuniones de presidentes, representar en forma conjunta a estos Estados ante la comunidad internacional, ejecutar las decisiones en materia de política regional, recomendar nuevos miembros y c) conocer de las propuestas de los distintos foros de ministros. Además, se debe mencionar que las decisiones que emanen de este consejo serán vinculantes y obligatorias para todos los Estados miembros y solo será posible oponerse a su aplicación por disposiciones de carácter legal (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991)[43].

Ambos órganos anteriormente mencionados no son de carácter permanente, la Reunión de Presidentes se reúne ordinariamente una vez cada semestre y el Consejo de Ministros se reunirá

[42] Ver artículo 15.
[43] Ver artículo 17.

con la frecuencia que sea requerida por solicitud por uno de los miembros, o por la Reunión de Presidentes (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991). También existen órganos de carácter permanente como el Comité Ejecutivo y SGSICA.

El comité está integrado por un representante electo por el presidente de cada uno de los Estados miembros, el procedimiento del nombramiento de los representantes se llevará a cabo por medio de los Ministros de Relaciones Exteriores. Este comité se reunirá ordinariamente una vez por semana y de forma extraordinaria cuando así lo convoque su presidente. Este órgano será presidido por el representante del Estado sede de la última reunión ordinaria de presidentes (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991)[44].

Las competencias de este órgano son: a) asegurar la ejecución eficiente de las decisiones de la Reunión de Presidentes, b) velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, c) establecer las políticas sectoriales, d) someter el proyecto de presupuesto de la organización central del SICA, e) proponer al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores la constitución de secretarias y órganos subsidiarios para el cumplimiento de los objetivos del SICA, además de posibilitar la participación de todos los sectores vinculados por la integración y el proceso global de la misma, f) aprobar los reglamentos e instrumentos adoptados por las secretarias u órganos del SICA, entre otras (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991)[45].

La SG SICA es el órgano administrativo de mayor jerarquía en el sistema y está representada por un Secretario General. Este funcionario es nombrado por la Reunión de presidentes, funge como representante legal de dicho órgano y su cargo tiene una duración de cuatro años. La secretaría tiene algunas competencias cómo: a) representar al SICA en el ámbito internacional, b) ejecutar o coordinar la ejecución de los mandatos, c) gestionar la cooperación financiera y técnica para el buen funcionamiento del SICA, d) velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario.

El último órgano permanente, y de mayor relevancia para esta tesis, es la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), que también se encuentra en el artículo 12 del PT. Resulta extraño que dicho órgano no se haya consignado bajo el inciso primero del artículo 12, que

[44] Ver artículo 24.
[45] Ver artículo 24.

menciona lo siguiente: “para la realización de los fines del SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA se establecen los siguientes órganos:” (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991), sino que se consignó bajo el inciso tercero “Forman parte de este Sistema:” (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991).

La única posible respuesta a dicha diferenciación podría ser la de que este órgano judicial no fue totalmente desarrollado en el PT. En este tratado solo se mencionó su existencia y que sus funciones, atribuciones y forma de ser integrado sería establecida en el futuro Estatuto que sería negociado y suscrito por los Estados miembros una vez que el PT haya entrado en vigor (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991). Sin embargo, el artículo 12 y el 35 ya establecían la competencia base de dicho órgano. El artículo 12, inciso sexto, establece que la CCJ es el órgano encargado de garantizar el respeto del derecho mediante la interpretación y ejecución del ordenamiento jurídico comunitario (derecho originario, complementario y derivado). El artículo 35 reafirma que la CCJ deberá dirimir toda controversia que surja de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico comunitario (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991) (Perotti, Salazar Grande, & Ulate Chacón, 2017, pág. 303).

El Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia fue suscrito en 1992 por Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Honduras y Panamá. Sin embargo, hasta la fecha, dicho tratado únicamente ha sido ratificado internamente por Guatemala, Nicaragua, El Salvador y Honduras (Corte Centroamericana de Justicia, 2019). Por otra parte, dicha corte está únicamente integrada por magistrados de los Estados de El Salvador, Honduras y Nicaragua, pues Guatemala ratificó dicho Estatuto en el año 2007 sin elegir magistrado alguno hasta el día de hoy (Corte Centroamericana de Justicia, 2019). El hecho que no todos los Estados centroamericanos hayan ratificado dicho Estatuto afecta a este tribunal en cuanto a la ejecución de sus funciones de manera apropiada, lo que será abordado más adelante. Este convenio determina las funciones y competencias de la CCJ. Según Francisco Darío Lobo, ex presidente de este tribunal, la competencia de la Corte se establece de mejor manera en su exposición de motivos (Lobo Lara F. D., 2016, pág. 41). Dicha exposición establece lo siguiente: “La Corte tendrá una jurisdicción y competencia, amplia y completa. En lo Contencioso, con carácter obligatorio para todos los Estados. Voluntaria, actuando como árbitro de derecho o de hecho…” (Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992). Como se dijo

anteriormente, este es el órgano relevante para este estudio, por ello se seguirá analizando en el próximo apartado.

En el SICA también está conformado por órganos consultivos temporales, estos son: la Reunión de vicepresidentes y designados a la presidencia y el Comité Consultivo. Estos órganos no son relevantes para esta tesis, por lo que no se describirán sus funciones.

c. Naturaleza del proceso de integración centroamericano

Este proceso de integración es un esfuerzo común por lograr la integración de la comunidad centroamericana y alcanzar ciertos objetivos en beneficio de los pueblos que se ven representados por la misma. Es la voluntad soberana de los Estados miembros la que ha determinado constituir un sistema que garantizará la integración, su desarrollo y la seguridad en el respeto y desarrollo del nuevo ordenamiento jurídico creado. Además, se ha asegurado, mediante el sistema, la solución pacífica de los conflictos que puedan surgir entre los miembros y que será resuelta por parte de órganos supranacionales con su debida competencia. El propio accionar de dichos órganos se constituye como una fuente de este ordenamiento jurídico, por lo que es de obligatorio cumplimiento para los Estados, personas naturales, jurídicas y todo aquel que esté involucrado en este proceso de integración (Opinión Consultiva de la SIECA, 2002)[46] (Perotti, Salazar Grande, & Ulate Chacón, 2017, pág. 349) (Moraga Mejías, 2018, pág. 263 y ss.).

Por otra parte, la voluntad soberana de estos Estados ha creado un ordenamiento jurídico nuevo y que se integra en el ordenamiento jurídico de los mismos, el cual se denomina Derecho Comunitario Centroamericano y es vinculante para todos los involucrados en el proceso de integración. Además, este ordenamiento goza de ciertas características como el principio de primacía (Consulta Prejudicial, Rodríguez Asencio, 2009, págs. 2-3) (Perotti, Salazar Grande, & Ulate Chacón, 2017, pág. 349).

[46] Ver el Considerando I

C. La Corte Centroamericana de Justicia

Como anteriormente se mencionó, el órgano judicial del SICA, al igual que del SAI, es la piedra angular de esta tesis por las funciones que ejerce en el proceso de integración, especialmente, por su capacidad de uniformar la interpretación y aplicación de las normas comunitarias. Dicha capacidad se hace realidad por las características de sus decisiones, pues estas gozan de efectos vinculantes para toda la comunidad. Esto último será desarrollado, con detenimiento, en el próximo capítulo. Este apartado se estructura de la siguiente manera: primero se desarrollará la historia de este tribunal, segundo se analizarán sus funciones y tercero se determinará si efectivamente es un trasplante institucional de las Comunidades Europeas.

a. Historia

Al principio de este capítulo se mencionó que Centroamérica, al lograr su independencia del reino español, se convirtió en una federación compuesta por El Salvador, Honduras, Guatemala, Costa Rica y Nicaragua, pero que se disolvió por diversos conflictos al interior de cada uno de estos Estados y entre ellos. Luego de su disolución se hicieron intentos para unir a la región centroamericana, sin embargo, ninguno de estos tuvo éxito a excepción de dos intentos. El primer intento se consolidó con el Tratado de Paz y Amistad de 1907 que permitió formar una Corte de Justicia Centroamericana, no obstante, este fue de corta duración gracias a que las decisiones de este tribunal fueron contrarias a los intereses de Nicaragua, por ello este intento tuvo fin en 1918.

El segundo intento surgió en 1950 a partir de la constitución de la ODECA. Esta carecía de un tribunal de justicia, por lo que se podría afirmar que el antecedente inmediato de la CCJ es la Corte de Justicia Centroamericana (CJC) (Giammattei Avilés, 2003, pág. 513 y ss.). Sin embargo, es pertinente revisar, de manera general, la evolución histórica de los tribunales centroamericanos productos de los intentos de unión. Estos intentos podrían aclararnos la persistencia de algunas funciones en la CCJ. Por tanto, se iniciará con la Suprema Corte de Justicia de la República Federal de Centro América, luego se analizará la CJC y, por último, la CCJ.

La Suprema Corte de Justicia de la federación se instauró en 1824 mediante la Constitución de la República Federal de Centro América. Dicha constitución establecía que ésta estaría

compuesta de cinco o siete individuos electos por el pueblo y que podrían ser renovados por tercios cada dos años con posibilidad a reelección. Para ser juez era necesario cumplir con ciertos requisitos cómo: a) ser americano de origen, b) cumplir con siete años de residencia ininterrumpida, c) ciudadano en ejercicio de los derechos y de estado seglar y d) mayor de treinta años. Este tribunal debía conocer en última instancia de los casos emanados de la Constitución, de las leyes generales, de los tratados de la república, incluso tenía jurisdicción marítima. También estaba facultado para conocer de las controversias de ciudadanos o habitantes de diferentes Estados. Este tribunal tuvo su fin en 1840 junto a la federación. Luego, 67 años después, se volvió a instaurar otro tribunal, el cual se denominó CJC (Herrarte, 1957, pág. 29 y ss.).

La CJC es el resultado de la intervención estadounidense y mexicana en la región, pues sus mandatarios, Roosevelt y Porfirio Díaz, decidieron invitar a los centroamericanos a consolidar la paz en la región. Este tribunal se constituyó el 25 de mayo de 1908 y formaron parte de los mismos Estados de la federación centroamericana. Según estos Estados, esta corte tenía como propósito principal garantizar eficazmente los derechos, la paz y armonía en las relaciones entre sí (Herrarte, 1957) (Corte Centroamericana de Justicia, 1997) (Nyman-Metcalf & Papageorgiou, 2005) (Lobo Lara F. D., 2012) (Conway, 2016, págs. 5-9).

Esta se constituyó como un órgano permanente, encargado de resolver todas las controversias que entre dichos miembros pudiesen surgir y como la conciencia nacional de Centro América. Las controversias de las que dicho tribunal podía conocer son de cualquier naturaleza u origen, siempre y cuando las cancillerías no hayan podido encontrar una solución. Por tanto, la intervención de la Corte era la *última ratio.* Así como su predecesora federal, también tenía la facultad de resolver las disputas entre los particulares centroamericanos, incluso la competencia de incoar procesos en contra de los gobiernos parte por la violación de los tratados y demás casos de carácter internacional. En el caso de demandar a otros gobiernos parte no era necesario contar con el apoyo del gobierno de origen, bastaba que se hubieran agotado los recursos establecidos en las leyes o que se demostrara la denegación de justicia. Otros casos que la CJC podía conocer eran aquellos en los que Gobiernos así lo decidieran por común acuerdo entre gobiernos o por acuerdo entre los Gobiernos y particulares; también podía conocer sobre conflictos internacionales cuando esto se acordara entre los gobiernos centroamericanos y el extranjero. Esta corte se estableció en Cartago, Costa Rica y dejó de existir en 1918 a consecuencia de falta de consentimiento para renovar el tratado por parte de Nicaragua (Herrarte, 1957, pág. 193 y 194) (Corte Centroamericana de Justicia, 1997) (Nyman-

Metcalf & Papageorgiou, 2005) (Lobo Lara F. D., 2012) (González, Moreira, & Sánchez, 2012, pág. 265 y 266) (Conway, 2016, págs. 5-9).

La CCJ es parte del último intento de integración gestado en Centroamérica, hasta este momento es el que mayor duración ha tenido, incluso más que la misma federación, pues la comunidad económica y política centroamericana como tal existe desde 1991, cumpliendo así alrededor de 30 años. Formalmente, la CCJ se constituyó a partir del artículo 12 del Protocolo de Tegucigalpa, sin embargo, las atribuciones y funciones se detallan en su Estatuto. Tal artículo establece que la CCJ forma parte del SICA y que este es el órgano encargado de garantizar la interpretación y la ejecución del ordenamiento jurídico de la comunidad. Por otra parte, el artículo 35 establece que toda controversia que surja de la aplicación e interpretación de este derecho le corresponderá a la CCJ conocerla (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991) (Nyman-Metcalf & Papageorgiou, 2005) (Lobo Lara F. D., 2012) (González, Moreira, & Sánchez, 2012, pág. 266).

El Estatuto de la CCJ reconoce la historia de la integración de Centroamérica y así es plasmada en su exposición de motivos en la cual los suscriptores manifiestan que "Ha sido un anhelo permanente de los Estados del Istmo Centroamericano que se les reconozca como una sola nación, que permita a sus pobladores la plena realización de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común" (Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992). También reconocen la relevancia de la CJC para la época en la que se constituyó "… se han realizado diferentes esfuerzos, que han permitido evidenciar esa actitud permanente de paz de sus moradores, que se tradujeron en la Corte Centroamericana de Justicia [cometieron un error, pues se llamó Corte de Justicia Centroamericana][47] o de Cartago, creada mediante el Protocolo suscrito en Washington, D.C., en el año de 1907, que sentó precedentes universales sobre el establecimiento de un Tribunal de Justicia de carácter internacional vinculatorio y al cual tuvieron acceso como parte activa los particulares frente al Estado" (Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992). Según dicha exposición de motivos, la CJC posibilitó la solución de diferencias entre los Estados a través de sus resoluciones judiciales, logrando así el mantenimiento de la paz en la región.

La CCJ fue propuesta por los órganos judiciales de los Estados centroamericanos, que en su primera reunión celebrada en 1989 acordaron analizar cómo podían revitalizar la CJC. Por ello, la delegación de Guatemala presentó un Proyecto de Convenio para la creación de la CCJ.

[47] Lo establecido entre corchetes ha sido escrito por mí.

Estos volvieron a reunirse en 1990 y acordaron ratificar el acuerdo anterior y solicitaron que la junta de presidentes de las cortes continuara analizando el proyecto. En 1991 se reafirmó el acuerdo anterior y se solicitó a Roberto Ramírez, un abogado hondureño, que realizara estudios preliminares sobre la factibilidad de este tribunal. En el mismo año se le encomendó elaborar el proyecto de Convenio de la Creación de la Corte y de su Estatuto, en conformidad a los lineamientos aprobados. El Estatuto de la CCJ es el resultado final de dichos estudios. Por otra parte, en dicha exposición de motivos se establece que "… en su artículo 12, crea como órgano del Sistema a la Corte Centroamericana de Justicia…" (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991). Se debe recordar que el artículo 38 del PT establece que dicho tratado no admite reserva alguna (Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 1991), por tanto, podría decirse que la Corte nace desde el momento que fue mencionada por dicho instrumento y, por tanto, forma parte del SICA y por ello es vinculante para todos los Estados miembros. Ante esto, debe entenderse que este órgano judicial también cumple con el requisito de jurisdicción sobre toda la comunidad centroamericana y, además, es supranacional (Giammattei Avilés, 2003, pág. 514 y ss.).

b. Funciones

En este punto, y dada la historia misma de la CCJ, sería interesante evaluar las funciones del tribunal federal, de la CJC y de la CCJ para determinar su evolución. Por ello, el próximo subapartado se encargará de determinar si la CCJ es o no un trasplante institucional europeo.

La Suprema Corte de Justicia de la federación tuvo como principal función conocer en *última ratio* sobre las controversias que surgían a partir de la Constitución Federal, de las leyes generales, de los tratados de jurisdicción marítima y sobre las controversias entre ciudadanos de los Estados. Claramente este tribunal tenía una función más general, pues era de carácter federal. La CJC sería un tanto similar en ese sentido, pues, a pesar de que se haya constituido para asegurar la paz entre los centroamericanos, se tenía la idea de consolidar una unión centroamericana (Herrarte, 1957, pág. 23).

Por otra parte, la Corte de Justicia Centroamericana tenía como función principal resolver todas las controversias que pudiesen surgir entre los Estados, aunque de igual manera era la *última ratio,* pues dependía de si no existía un avenimiento entre las cancillerías de los Estados en

pugna. Se puede observar que este tribunal funcionaba, en cierto sentido, como una corte federal, y probablemente haya sido así por la existencia previa de una corte de esas características en la federación centroamericana. Otra característica interesante de la CJC es que los particulares podían iniciar procesos en contra de los otros gobiernos por violación de tratados, a pesar de no tener el respaldo de su gobierno, pero, habiéndose agotado los recursos que las leyes del respectivo Estado hayan concedido contra tal violación o en el caso de una denegación de justicia. También, ejercía una función internacional, pues dicha corte podía conocer de casos internacionales cuando así hayan sido acordados por alguno de los Estados miembros con uno extranjero. Además, este tribunal, según el artículo 13 de la Convención para el Establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana, representa la conciencia nacional de Centroamérica, por lo que sus magistrados no podían ser inhibidos de sus funciones (Herrarte, 1957, pág. 193). Por otra parte, esta corte tenía la competencia para ejercer presión interna y así ejecutar sus diligencias, por ello, los gobiernos se encontraban obligados a hacer lo posible para brindar el auxilio necesario a la CJC. Este tribunal también estaba facultado para determinar su competencia a partir de la interpretación de los tratados relacionados a la disputa y con la aplicación de los principios del derecho internacional. Además, se encargó de conocer y resolver los conflictos que surgieran entre los poderes del Estado, es decir, entre el ejecutivo, legislativo y judicial (Herrarte, 1957, pág. 194).

En el caso de la CCJ, su propia historia, plasmada en su Estatuto marco, menciona que dicho tribunal es un deseo de los países centroamericanos y que este se convierte en un órgano con la capacidad de dictaminar sentencias con carácter jurídico-vinculatorio para la solución de los conflictos que puedan surgir en los Estados miembros del SICA y sus competencias se originan a partir de su atribución, la cual es excluyente de otros tribunales. Por otra parte, es notorio el resabio directo de la CJC en la CCJ, pues se establece en su historia que además de conocer los conflictos entre los Estados, podrá conocer de los litigios entre personas naturales o jurídicas residentes en la región y de los gobiernos u otros organismos del SICA. Claro, no conocerá directamente de las disputas, pero se puede solicitar al juez nacional que consulte a la CCJ cuando exista un conflicto que involucre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico de la comunidad. Por tanto, este derecho **influirá en todo aquel que forme parte de la comunidad o que haga negocios en ella.**

c. ¿Es la CCJ un trasplante europeo o producto de la historia centroamericana?

Primero se debe tener en cuenta que la CCJ fue concebida conceptualmente en el Protocolo de Tegucigalpa en 1991. Luego, su estatuto fue suscrito en 1992 por El Salvador, Honduras, Costa Rica, Nicaragua y Guatemala, pero en ese momento lo ratificaron únicamente los Estados de El Salvador, Honduras y Nicaragua, entrando en vigor en 1994 y en octubre del mismo año empieza a ejercer sus funciones (Corte Centroamericana de Justicia, 2019). Esta corte se encarga de garantizar el respeto al derecho en la interpretación y ejecución del ordenamiento jurídico comunitario. En esto difiere de la CJC pues en este caso se ha constituido un nuevo orden jurídico que regula las relaciones comunitarias entre los Estados miembros de la comunidad económica y política de Centroamérica por lo que solo conocerá de las disputas que surjan de dicho ordenamiento jurídico. Por otra parte, también se pueden observar ciertas similitudes entre la CCJ y la CJC, por ejemplo, el artículo 3 del Estatuto de la CCJ establece que dicha corte posee competencia y jurisdicción propia con potestad de juzgar a petición de parte, además, su doctrina posee efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que participen del SICA y para sujetos de derecho privado. En esto es similar a la CJC, porque las resoluciones de esta involucraban a los particulares de los Estados miembros, no solo a sus gobiernos (Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992).

Otra característica que fue rescatada de la CJC se establece en el artículo 6 del Estatuto de la CCJ, en dicho artículo se menciona que este tribunal representa la conciencia nacional de Centroamérica y también resguarda los valores que fundamentan a la nacionalidad de la región. Por esta razón, los magistrados no podrán ser inhibidos del ejercicio de sus funciones. En el artículo 22 del mismo Estatuto se establecen las competencias de la Corte, algunas de estas han sido propias de la Suprema Corte de Justicia de la federación y de la CJC, como: a) conocer a solicitud de cualquiera de los Estados las controversias que surjan entre ellos, excepto aquellas que sean relativas a disputas fronterizas, territoriales y marítimas, cuando exista consentimiento previo (en esta ocasión también se agrega una consideración propia del tribunal federal y de la CJC, esto es, que la CCJ es la última ratio, esto se debe a que previamente debe intentarse un avenimiento entre las Cancillerías), b) conocer y resolver a solicitud de cualquier agraviado de conflictos que hayan surgido entre los poderes u órganos de los Estados o al no respetarse sus fallos judiciales, c) conocer de las controversias o cuestiones que surjan entre un Estado Centroamericano y otro que no lo sea, cuando de común acuerdo le sean sometidos. De once

competencias, tres de ellas provienen de la Suprema Corte de Justicia de la antigua federación y de la CJC (Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992).

De entre las otras competencias, algunas son propias del nuevo tribunal regional, en cambio otras provienen de una inspiración de la comunidad europea y andina. En el capítulo anterior, se advirtió que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se creó a partir del modelo europeo y que así se estableció en los trabajos preparatorios de su creación. Entonces, ¿qué competencias tienen en común estos tres tribunales? a) asegurar la interpretación y aplicación de las normas de este ordenamiento jurídico, b) conocer de las acciones de nulidad e incumplimientos del derecho de la comunidad, c) las interpretaciones prejudiciales, y d) conocer de los litigios entre los agentes de la comunidad y la comunidad en sí misma (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 1958) (Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992) (Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1996).

Los propios magistrados de la CCJ han manifestado que "… la legislación de la Corte de Justicia Centroamericana (refiriéndose a la CCJ y no a la CJC)[48], se inspira también en la Europea y principalmente en la Andina" (La Corte Centroamericana de Justicia, 1996). También sostuvieron que "la legislación Andina se inspira en la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que como dice el Dr. Pico Mantilla, 'apoyada en conceptos procedentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya institucionalidad y funciones tienen semejanza- no igualdad- con las correspondientes al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena' " (La Corte Centroamericana de Justicia, 1996). En ese sentido, la CCJ tiene diversos modelos: a) la Suprema Corte de Justicia de la Federación de Centro América, b) la Corte de Justicia Centroamericana, c) el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), y d) el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). De estas, la que más se denota en dicho tribunal es la CJC, en cuanto su composición y objetivos, pero en cuanto a sus funciones es una inspiración mixta de la CJC, TJCE y TJCA. Cabe destacar que se echa de menos la información de los trabajos preparatorios de la CCJ, pues hasta el momento no han sido publicados, y podrían esclarecer las fuentes inspiradoras de la creación de este tribunal. Es claro que dicha institución no es, al menos no completamente, el producto de un trasplante institucional europeo, pues su inspiración deviene desde la historia federal de Centro América

[48] Lo puesto entre paréntesis fue hecho por mí.

y de sus diversos intentos de unión e integración. Sin embargo, algunas de sus competencias, como ya se ha hecho ver, son un trasplante de las europeas y andinas.

Tal como se dijo en el capítulo anterior, los trasplantes legales se constituyen al adoptar normas del sistema legal de un Estado a otro. Estos buscan emular las mejores prácticas de distintos sistemas legales por la desconfianza de las practicas locales (Collins H. , 1991) (Watson A. , 1993, pág. 21 y ss.) (Berkowitz & Pistor, 2003, pág. 168 y ss.) (Graziadei, 2006, pág. 442 y 443) (Saldías, ¿Refugiándose en redes epistémicas? El Tribunal de la Comunidad Andina y la independencia judicial, 2012) (Alter & Helfer, 2017). Asimismo, se concluyó que estos suelen tener éxito si: a) lo trasplantado se adapta a las prácticas y al derecho existente en el ordenamiento jurídico existente; y b) no se constituye como una copia fiel del derecho o la institución trasplantada, sino un reflejo de lo que se desea que el derecho o la institución logre ser (Alter & Helfer, 2017, pág. 29 y ss.). El modelo europeo de integración regional que ha sido trasplantado en la comunidad andina y centroamericana, tal como se mencionó anteriormente, tiene las siguientes características: a) normas directamente aplicables en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, b) un mecanismo de consulta prejudicial, c) mecanismo para declarar la nulidad de actos o decisiones que vulneren las normas comunitarias, d) acción de incumplimiento en contra de los Estados que no cumplan con lo pactado en el ordenamiento jurídico de la comunidad.

Cómo ya se mencionó en el apartado anterior, la CCJ, el TJUE y el TJCA tienen en común los mecanismos de interpretación prejudicial, acción de nulidad e incumplimiento. En el caso de la CCJ, el TJUE (antiguamente TJCE) y el TJCA han sido los modelos inspiradores para su constitución, aunque como ya se ha desarrollado, históricamente la CCJ tiene sus propias raíces inspiradoras desde los tiempos de la federación centroamericana. La federación tuvo su fin en 1840, sin embargo, las ideas unionistas en Centroamérica persistieron hasta la fecha. Estas evolucionaron con el solo objetivo de promover la paz y el desarrollo de los pueblos de dicha región, la cual se ha visto convulsa por diversos conflictos internos y externos entre sus Estados. A pesar de que se ha desarrollado la idea de que institucionalmente la CCJ no es un trasplante tal cual, su doctrina sí se ha desarrollado en conformidad a lo establecido en la jurisprudencia andina y europea.

D. La Doctrina Comunitaria Europea y Andina en la Jurisprudencia Centroamericana

Este apartado puede prescindir del origen histórico del derecho comunitario que tiene sus inicios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea), pues fue desarrollado en el capítulo anterior. Sin embargo, se utilizará de forma general y breve lo anteriormente escrito en esta tesis. Entonces, el enfoque principal de este será el trasplante de la doctrina comunitaria y de los principios de primacía y eficacia directa que son los relevantes en el estudio de esta tesis.

a. El derecho comunitario europeo

Anteriormente se manifestó que las Comunidades Europeas surgieron a partir de las ideas de Robert Schuman y Jean Monnet para establecer las bases de producción del carbón y del acero. Estos materiales, en la historia europea, eran esenciales para las guerras que se gestaron en dicho continente (Figueroa, 1998, pág. 389 y ss.) (Schumann, 2011). Estos materiales pasaron a ser la base común para el desarrollo económico de Europa, lo cual permitiría evitar el rearmamento de Francia y Alemania. A partir de dichas ideas, se suscribieron los tres primeros tratados que permitieron la constitución de las comunidades europeas: a) el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) entre los Estados de Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos en 1951; b) el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) y c) el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) ambos de 1957. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sería el encargado de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de dichos tratados (Alter & Helfer, 2017).

En 1963, el TJCE resolvió uno de los casos más relevantes para la determinación del derecho comunitario, este caso se denominó *Van Gend & Loos*. En este caso se alegó por parte de Van Gend la transgresión al artículo 12, el cual establecía lo siguiente: "Los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas" (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 1957). La Administración Tributaria holandesa vulneró, según la demandante, dicho artículo pues

realizaron una modificación posterior al impuesto sobre un químico que estaba siendo importado desde Alemania. El Tribunal de lo Contencioso holandés, que estaba conociendo en última instancia, decidió acudir al TJCE para consultarle lo siguiente: a) ¿podían los particulares invocar la aplicación del TCEE, en particular, el artículo 12? y b) ¿es ilícito el incremento arancelario? (Van Gend & Loos, 1963, pág. 3). En este caso únicamente es relevante la primera pregunta.

La respuesta del TJCE a la primera pregunta fue las siguiente: a) el objetivo del TCEE es conformar un mercado común, por lo tanto, su funcionamiento es de interés para los particulares que participan en el mismo. Esto implica que dicho tratado es más que un acuerdo vinculante entre los Estados suscriptores, lo cual se ha reafirmado en el preámbulo de este; el cual invita a la participación a los Estados de la comunidad, a sus gobiernos y a sus particulares. Esto se evidencia aún más con la constitución de instituciones con competencias soberanas que en su ejercicio no solamente afectarán a los Estados sino también a los particulares (Van Gend & Loos, 1963). El TJCE concluyó que la comunidad constituida por los tratados europeos es un nuevo orden legal de derecho internacional y que sus Estados han limitado sus derechos soberanos. Por otra parte, los sujetos no serán únicamente los Estados, también lo serán sus particulares. Por ello, el Derecho Comunitario impone derechos y obligaciones sobre los que participan en la comunidad, los cuales no surgen únicamente de los expresamente regulados por el tratado, sino que también surgen de las obligaciones impuestas a los Estados, a los particulares y a las instituciones de la comunidad (Van Gend & Loos, 1963).

En dicha ocasión, el TJCE determinó que el artículo 12 del TCEE en su esencia contenía una prohibición clara e incondicional que se manifestaba en una obligación de no hacer y al no tener reserva alguna no requería que el derecho interno la volviera aplicable. A esto se le denominó principio de **efecto directo**, pues permitió que se establecieran derechos y obligaciones que los individuos pudiesen alegar ante los tribunales nacionales y estos últimos debían asegurar su protección. Entonces, en este caso surgieron dos conceptos de este nuevo ordenamiento jurídico que son relevantes, pues serán trasplantados en la jurisprudencia centroamericana, tal como lo fue en la Andina. El primer concepto es el de derecho comunitario y el segundo es el principio de efecto directo de este ordenamiento jurídico y que se refiere a que este puede ser exigido por los particulares y aplicado por los tribunales nacionales (Van Gend & Loos, 1963).

Estos conceptos serían reafirmados en el caso *COSTA/ENEL* y, a su vez, se constituyó el segundo principio que es de relevancia para este estudio, es decir, la primacía del derecho comunitario. Sin entrar en mayor detalle, en dicha ocasión el TJCE manifestó que el juez nacional está obligado a aplicar el derecho comunitario y que dicha obligación emana del TCEE, pues este constituyó un nuevo sistema legal denominado derecho comunitario. La comunidad que surge entre los Estados posee ciertas características cómo: duración indefinida, posee instituciones y personalidad propia, tiene capacidad legal y de representación, además goza de atribuciones de competencias soberanas que devienen de la voluntad de los Estados que la han constituido. Estas características han permitido la creación del nuevo ordenamiento jurídico que vincula tanto a los particulares como a los Estados (Costa/ENEL, 1964). Por tanto, estas particularidades de este ordenamiento jurídico se determinan como una prohibición a los Estados que les imposibilita crear normas contrarias al derecho común. Esto implica que las normas nacionales deberán ser creadas en conformidad a las comunitarias en base a la reciprocidad que debe existir entre los Estados de la comunidad. Por otra parte, su aplicación e interpretación no debe variar de uno a otro Estado, lo cual hace necesario que exista uniformidad en la comunidad. Sin dicha uniformidad los objetivos de la comunidad no podrían alcanzarse y esta se transformaría en algo meramente eventual. Por ello, el derecho comunitario deberá prevalecer y a esto se le denomina principio de primacía (Costa/ENEL, 1964).

Tanto el principio de eficacia directa como el de primacía serán trasplantados en la jurisprudencia centroamericana, tal como sucedió en la andina. Ambos principios también, así como en el caso andino, se convertirán en la base mediante la cual la CCJ logre la interpretación y aplicación uniforme del ordenamiento jurídico centroamericano. Analicemos entonces los trasplantes de dichos principios en la comunidad centroamericana. Se iniciará con el análisis del trasplante de la eficacia directa y luego del principio de primacía.

b. El trasplante europeo y andino de la Eficacia Directa

Hemos conocido hasta este momento el origen conceptual de derecho comunitario y de algunos de sus principios como el de eficacia directa y primacía. En el capítulo anterior se manifestó que el TJCA trasplantó estos conceptos desde el anteproyecto de su constitución y su desarrollo jurisprudencial se ha vuelto dependiente de los criterios establecidos por el tribunal europeo. Sin embargo, en la jurisprudencia andina más reciente, a pesar de continuar con criterios

europeos, se han clarificado algunas confusiones conceptuales de estos principios. Ahora toca dilucidar si esto mismo ocurre en la jurisprudencia centroamericana.

Tomando en cuenta lo establecido por la INTAL en el caso andino, el control de la legalidad es necesaria para brindar seguridad jurídica y con ello generar la confianza entre los órganos que se encargarán de ejecutar las normas andinas y así consolidar una integración fundamentada en derecho (La Junta, 1973). Esta idea, según ellos, se origina en el principio *pacta sunt servanda* pues son los Estados quienes con su voluntad soberana han decidido regirse por las normas comunitarias y sus instituciones. El propósito de la INTAL era justificar por qué el modelo europeo era la mejor opción para trasplantar en el esquema de la integración andina con el objetivo de asegurar los objetivos de la comunidad. En el caso centroamericano, la exposición histórica del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia señala que este tribunal es uno de control de la legalidad de la comunidad y que su objetivo es la realización de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, lo cual está en consonancia con lo establecido en el artículo 2 del mismo tratado (Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992). Por tanto, los tres tribunales parten de la misma idea, sin embargo, en el caso andino, el trasplante conceptual no ha permitido consolidar una fuente de confianza con el juez nacional y ello se observa en los pocos casos de interpretación prejudicial solicitados por los jueces de sus Estados miembros.

Una de las primeras observaciones que resaltan a simple vista del caso centroamericano será la poca actividad judicial que su corte ha tenido desde 1992. Según las estadísticas de la página web de la CCJ, se han resuelto 11 casos de consulta prejudicial, 122 casos de índole contencioso y 57 consultivos (ilustrativos o vinculantes). El TJCA tiene, en ese sentido, más experiencia que la CCJ, pues tan solo en el año 2017 ha resuelto 545 interpretaciones prejudiciales, 3 acciones de nulidad, 7 acciones de incumplimiento, 1 demanda laboral (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2017). Por otra parte, también observaremos que los conceptos esbozados en la jurisprudencia europea se han trasplantado en la jurisprudencia y doctrina centroamericana, por ejemplo: el efecto directo, tal como fue establecido en el caso *VAN GEND & LOOS*, es "…la capacidad que tiene dicho ordenamiento para generar derechos y obligaciones en cabeza de los particulares (personas físicas y jurídicas). Los derechos y obligaciones así concedidos por el derecho comunitario pueden ser invocados por dichos sujetos directamente ante las autoridades nacionales, incluyendo los jueces internos" (Perotti, Salazar Grande, & Ulate Chacón, 2017, pág. 158).

En la jurisprudencia, la CCJ menciona indirectamente, por primera vez, al principio de la eficacia directa a través de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (CSJCR), en el voto *N°4638-96* que corresponde a una consulta preceptiva de constitucionalidad sobre la aprobación del Tratado de Integración Social de 1996. En esa consulta, la CSJCR estableció que las características del derecho comunitario se define "como un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas, que posee sus propias fuentes, está dotado de órganos y procedimientos adecuados para emitirlas, interpretarlas, aplicarlas y hacerlas saber… el Derecho Comunitario promueve la integración de los países involucrados, y por ello se ha dicho que conforma un nuevo orden jurídico internacional, caracterizado por su independencia y primacía, características consubstanciales de su existencia… posee una gran penetración en el orden jurídico interno de los Estados miembros, que se manifiesta en la aplicabilidad inmediata, su efecto directo y su primacía… constituye un nuevo orden jurídico internacional, en cuyo beneficio los Estados parte han limitado, aunque de manera restringida sus derechos soberanos… surgen derechos y obligaciones no solo para los Estados miembros, sino también para sus ciudadanos…" (PARLACEN, 1996, pág. 2)[49]. Dicho extracto de la sentencia nos permite conocer tres enfoques doctrinarios de la CCJ con respecto al derecho comunitario, estos son: a) el derecho comunitario es un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional en el cual se generan derechos y obligaciones para todos los involucrados en el sistema, b) este orden jurídico posee ciertas características que lo vuelven aplicable y exigible como la primacía, el efecto directo y la aplicabilidad inmediata, c) también posee sus propias fuentes y órganos que emiten sus normas, lo aplican y lo publicitan.

Además, en la misma opinión consultiva, se menciona la influencia europea y andina en la conceptualización del derecho comunitario como tal. Por ejemplo, la CCJ menciona que de acuerdo con el caso *FRONTINI*, decidido por la Corte Constitucional italiana, el derecho comunitario "debe entrar en vigor en todas partes al mismo tiempo y conseguir aplicación igual y uniforme en las confrontaciones de todos los destinatarios" (PARLACEN CC, 1996, pág. 2)[50]. También se refiere al TJCE, en específico, al caso *COSTA/ENEL*, anteriormente desarrollado, en el cual se reafirman, por una parte, las características del derecho comunitario y por otra "indica la obligatoriedad de las jurisdicciones nacionales de asegurar dichos principios y ha establecido que cualquier pretensión de los Estados parte de hacer que sus criterios constitucionales prevalezcan sobre las normas del derecho comunitario, es un

[49] Estos criterios se verán reafirmados también en el caso (Alemán Lacayo con Nicaragua, 2003), véase los votos disidentes de Giammatei Avilés y Hercules pineda, específicamente, los considerandos VII, XI y XX.
[50] Ver considerando I.

fermento de dislocación, contrario al principio de adhesión al que los Estados se han sometido libre y soberanamente" (PARLACEN CC, 1996, pág. 2)[51].

Los casos del tribunal andino también se hacen presente en dicha opinión consultiva, en específico, los casos *1-IP-87, 2-IP-88* y *2-IP-90* del TJCA. Claramente la influencia de la conceptualización del derecho comunitario deviene de Europa y de la CAN, sin embargo, también utiliza criterios del derecho internacional público para fundamentar sus decisiones, lo cual hace que sus decisiones se vuelvan amplias y confusas (Ulate Chacón, 2006, pág. 9). Entonces, ¿qué es lo que significan, realmente, estos casos europeos y andinos para la jurisprudencia de la CCJ? Significa que la doctrina de la CCJ es un cúmulo de la experiencia europea, andina y en términos generales del derecho internacional público, es con estos criterios con los que se determina el derecho comunitario centroamericano. Y esto se puede observar desde sus inicios con el primer caso de opinión consultiva llamado *PARLACEN* de 1996. En este caso se utilizan seis sentencias para determinar el concepto del derecho comunitario, sus características y principios fundamentales para que dicho ordenamiento pueda ser aplicable. La primera de ellas fue el voto de la CSJCR en el que se determinó el concepto de Derecho comunitario y algunas de sus características. El segundo fue el caso *FRONTINI*, que establece el principio de aplicabilidad inmediata que permite que este ordenamiento jurídico entre en vigor en todos los Estados miembros de manera simultánea y así lograr una aplicación uniforme en todos ellos. El tercero fue el caso *COSTA/ENEL* que reafirmó el concepto de derecho comunitario establecido en *VAN GEND & LOOS*[52] y que aplicó por primera vez el principio de eficacia directa que se define como la capacidad de este orden jurídico de generar derechos y obligaciones que pueden ser exigibles por todos los pertenecientes a la comunidad, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones[53] (Van Gend & Loos, 1963). Este caso también aplicó por primera vez el principio de primacía del derecho comunitario, el cual establece una prohibición a los Estados miembros de legislar en contra de este ordenamiento jurídico (Costa/ENEL, 1964).

La jurisprudencia andina utilizada en *PARLACEN 1996* fueron tres: primero, la *1-IP-87(AKTIBOLAGET VOLVO)*, segundo la *2-IP-88 (GERMAN Y ERNESTO CAVELIER)* y tercero *2-IP-90 (GERMAN CAVELIER Y ALEXANDRE VERNOT)*. En la primera se reafirma que el derecho

[51] Ver considerando I.
[52] Nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional que vincula tanto a los Estados como a sus particulares. Por tanto, se generan derechos y obligaciones exigibles.
[53] Las condiciones son: a) que se constituya una obligación de hacer, b) que sea clara e incondicional, c) que sea sin condición nacional.

comunitario debe prevalecer en cuanto a su aplicación sobre las normas nacionales, pues esta es una característica esencial de este ordenamiento y para la construcción integracionista. Además, se establece que el derecho andino tiene identidad y autonomía propia, es un derecho común y forma parte del derecho nacional (Aktiebolaget Volvo, 1987) (Germán Cavelier y Alexandre Vernot, 1990). En el segundo caso, se reafirma el hecho de que el derecho andino es un régimen común, uniforme y con características principales como: constituir una regulación autónoma, coercitiva, de efecto directo, y que constituye un derecho único para los Estados miembros, el cual debe aplicarse en toda la comunidad de manera homogénea y que debe prevalecer sobre el derecho nacional (Germán y Ernesto Cavelier, 1988). El último de los casos andinos reafirma lo ya establecido por el primero. Entonces, como se puede observar, la jurisprudencia europea determina el contenido del derecho comunitario centroamericano y andino, pues ambos tribunales adoptarán sus criterios. Sin embargo, tanto en la comunidad andina como la centroamericana, fallan en definir el principio de eficacia directa, al menos en su primera implementación. Más adelante advertiremos si ha existido una evolución del criterio de la eficacia directa, a pesar de la escasa jurisprudencia centroamericana.

c. El trasplante europeo y andino de la primacía

El desarrollo del capítulo anterior, como el presente, han permitido constatar que ha existido un trasplante conceptual del derecho comunitario europeo y andino en Centroamérica, además, de sus principales características y principios. En el caso de la eficacia directa, esta tiene diversas inspiraciones y está conceptualizada como la capacidad de este orden jurídico de generar derechos y obligaciones. La primacía también es trasplantada, pues es parte de las características del propio derecho comunitario, tal como se observó en el caso del efecto directo. Esto se puede analizar en el mismo caso de *PARLACEN*, que tiene su inspiración en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[54] y del TJCA[55], donde se establece que "… el derecho comunitario promueve la integración de los países involucrados, y por ello se ha dicho que conforma un nuevo orden jurídico internacional, caracterizado por su independencia y primacía, características consubstanciales de su existencia." (PARLACEN

[54] En específico en el caso *COSTA/ENEL*.
[55] En los casos *1-IP-87, 2-IP-88* y *2-IP-90.*

CC, 1996, pág. 2)[56]. Todo esto se fundamenta en el hecho de que es a partir de la voluntad soberana que los mismos Estados han decidido limitar su soberanía a favor de la comunidad que han creado, comunidad que requiere de uniformidad en la aplicación del derecho para que todos sus participantes puedan gozar de los mismos derechos y obligaciones. Dicho principio ha sido reafirmado constantemente por la CCJ y ha sido establecido como el principio que permite que el derecho comunitario prevalezca sobre el derecho nacional y el derecho internacional (Perotti, Salazar Grande, & Ulate Chacón, 2017, pág. 309 y ss.) (Moraga Mejías, 2018, págs. 265-267).

Este principio establece ciertos límites o prohibiciones al poder legislativo de los Estados miembros, pues estos no pueden crear normas jurídicas que permeen el carácter obligatorio del derecho comunitario. Estas normas comunitarias devienen de los órganos del sistema de integración en el ejercicio de sus facultades que han sido conferidas por medio de los tratados, es decir, tienen su fundamento en la voluntad de los Estados contratantes. Por ello no tendría sentido pactar competencias a favor de la comunidad, si luego se deshacen internamente (SIECA, 1997, pág. 1 y 2)[57] (Perotti, Salazar Grande, & Ulate Chacón, 2017). Además, "… las leyes nacionales, no pueden tergiversar, modificar, ni sustituir las disposiciones de los Tratados vigentes, Reglamentos y Resoluciones adoptadas conforme Derecho por los Órganos Regionales competentes, por las siguientes razones: las leyes nacionales no pueden de manera unilateral dejar sin efecto disposiciones de los Tratados regionales, salvo los casos exceptuados especialmente, puesto que los Estados miembros en el ejercicio de sus soberanía ya han decidido ejercerla conjuntamente en propósitos de bien común de una comunidad y le han delegado determinadas funciones a los Órganos y organismos de la integración y en esos tratados está expresado el libre consentimiento de dichos Estados como elemento esencial para la validez de los mismos…" (SIECA, 1997, pág. 7)[58].

Esta jurisprudencia se fundamenta en la doctrina que la misma CCJ ha establecido anteriormente y así lo deja de manifiesto: "ha sentado la jurisprudencia misma de la CCJ y así lo manifiesta 'Por tanto: La Corte Centroamericana de Justicia… con fundamento en las

[56] Ver considerando I. Además, estos criterios son reafirmados en el caso (Alemán Lacayo con Nicaragua, 2003), específicamente en el considerando VII del voto disidente de los jueces Giammatei Avilés y Hércules Pineda. También, ver, (Reyes Wyld contra Guatemala, 2005) considerando VII, XI, XVI.
[57] Ver el punto sexto.
[58] Ver el punto décimo tercero.

doctrinas citadas sustentadas por esta Corte en la jurisprudencia establecida en anteriores resoluciones de consulta ya relacionadas. Resuelve:' …" (SIECA, 1997, pág. 3)[59].

Hasta este momento, se ha logrado determinar que el principio de primacía del derecho comunitario también fue trasplantado de la jurisprudencia europea, la cual es la fuente originaria de su conceptualización. Dicho concepto es reafirmado por las decisiones judiciales del TJCA, las cuales también serán fuente de inspiración para la CCJ. Por tanto, queda por descubrir si ha existido una evolución centroamericana de dicho principio.

d. Evolución del principio de efecto directo centroamericano

Es pertinente desarrollar si ha existido una evolución "centroamericana" de este principio o si la CCJ se apegó en su totalidad a los criterios esbozados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Para ello revisaremos, obviamente, su jurisprudencia.

La opinión consultiva promovida por el Secretario General de la Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica (SIECA) de 1997, se generó a raíz de las modificaciones que dicha secretaría estaba realizando a ciertas disposiciones de un anteproyecto de Convenio Centroamericano para la Protección Industrial (CRAAC). Por lo que dicho órgano del sistema quería corroborar con la CCJ si era suficiente que la competencia de un órgano regional dejase excluida la competencia de un órgano nacional y si dicha facultad no necesitaba ser aprobada o ratificada en los Estados miembros. En el considerando III de este caso se establece que el Derecho comunitario es tal como fue "… consignado en anteriores resoluciones, debe tener características su independencia, primacía y gran penetración en el régimen jurídico interno de los Estados que le dan origen, lo cual se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y efecto directo" (SIECA, 1997, pág. 3)[60].

En este extracto se logra observar que la CCJ mantiene lo establecido en su propia doctrina jurisprudencial, sin embargo, en el considerando IV ofrece un elemento esclarecedor sobre el principio de efecto directo, que sí se vincula con la doctrina europea, pero con cierta diferencia: "…es de trascendental importancia para el proceso de integración centroamericana que el

[59] Véase la parte resolutiva de esta decisión judicial.
[60] Véase el considerando III.

convenio a suscribirse no se considere únicamente como un tratado marco para la unificación de la legislación sobre la protección de la Propiedad Industrial, sino debe tenérsele como un instrumento del derecho comunitario centroamericano, de aplicación directa e inmediata, del cual surgen derechos y obligaciones, no solo para los Estados miembros, sino para sus ciudadanos, por lo cual deben utilizarse **términos precisos**[61], dejar claras las transferencias de competencias y los órganos que las ejercerán; y establecer reglas que permitan el ajuste oportuno a las realidades cambiantes, especialmente acordes con la materia que regulan." (SIECA, 1997, pág. 3)[62].

En este caso, habría que separar los criterios presentados en esta decisión judicial, pues en dicho extracto encontramos dos principios: el principio de eficacia directa y de atribución de competencias. Sin embargo, lo relevante es lo que se establece sobre la eficacia directa y esto es que las normas deben emplear términos precisos. Es de esta manera que este derecho común permitiría que se generen derechos y obligaciones. Este criterio también se determinó en el caso *VAN GEND & LOOS*, donde se estableció que las disposiciones tendrían efectos directos si se cumplían ciertas condiciones como: a) se constituye una obligación de no hacer, b) es clara y precisa y c) incondicional.

En el caso centroamericano se ha optado únicamente por la precisión, en ese sentido, la jurisprudencia tomó un camino que, en cierta manera, le brinda independencia en su doctrina, a pesar de siempre estar influenciada por las decisiones judiciales europeas. Por otra parte, cabe preguntarse ¿a qué se refieren con la "precisión"? pues en esta sentencia no se ha hecho una explicación al respecto. Si nos atenemos a lo determinado por el diccionario de la Real Academia Española, la precisión se refiere a: "perceptible de manera clara y nítida", "concisa y rigurosa", "conocida con certeza o sin vaguedad". Esto se condice con las condiciones que fueron expresadas en la jurisprudencia europea. Luego, en una sentencia posterior, como la de Alemán Lacayo contra el Estado de Nicaragua, la CCJ no establece ningún criterio para determinar el efecto directo, es más, vuelve en sí misma al primer caso donde se trasplantó el derecho comunitario europeo y sus características (Alemán Lacayo con Nicaragua, 2003)[63].

También reafirma el criterio de la relevancia de la doctrina vinculante de sus decisiones judiciales, pero la consulta de la SIECA, donde se establece la necesidad de la precisión, no es tomada en cuenta. En otra sentencia que surgió de la misma manera que la de *ALEMÁN LACAYO*

[61] Las negritas han sido colocadas por mí.
[62] Véase el considerando IV.
[63] Ver considerandos VII, XI y XX, votos disidentes de Giammatei y Hércules.

CONTRA NICARAGUA[64], se reafirma nuevamente la doctrina que la CCJ ha sostenido desde 1996. Esta corte, en su voto mayoritario, vuelve a PARLACEN y reafirma la jurisprudencia de Costa Rica, Europa y la andina (Bendeck Ramírez con Honduras, 2003). En esta sentencia llama la atención un voto explicativo perteneciente a el Magistrado Orlando Somarriba. Este magistrado explica que el juez nacional se encuentra facultado para interpretar y aplicar el derecho comunitario, pues también es juez comunitario, por tanto, él controla la sumisión del derecho interno al comunitario. Sin embargo, el juez comunitario no debe conocer de la normativa comunitaria que por la eficacia directa o indirecta ha pasado a integrarse al derecho nacional (Bendeck Ramírez con Honduras, 2003)[65].

Esto, en conformidad a la atribución de competencias, es parcialmente erróneo y contrario a lo establecido, pues es la CCJ la encargada de interpretar y aplicar las normas comunitarias en general (Bendeck Ramírez con Honduras, 2003). Sí, se requiere del juez nacional como un aliado comunitario, pero no dependerá de él la determinación de la interpretación y aplicación general de este ordenamiento jurídico. La razón de esto es que no se lograría el objetivo de la consecución de una interpretación y aplicación uniforme de las normas de la comunidad por la disparidad de criterios entre los jueces nacionales de los Estados. Por otra parte, llama la atención que, según este magistrado, la eficacia directa sea el principio de aplicación inmediata, es decir, que las normas comunitarias no necesiten normas internas para formar parte del derecho nacional. Se debe recordar que la eficacia directa es la capacidad de estas normas de generar derechos y obligaciones para los involucrados en este proceso de integración, tal cual se ha reiterado en la jurisprudencia de la misma corte (Reyes Wyld contra Guatemala, 2005)[66].

En otra sentencia que fue resuelta en 1998 y que se denominó *COTO UGARTE CONTRA EL SALVADOR*, se reafirmó lo que la CCJ ha sostenido doctrinariamente como derecho comunitario, concepto extraído directamente de la jurisprudencia europea y andina. Sin embargo, lo interesante de este caso es que la CCJ utiliza la doctrina de autores europeos para desarrollar el concepto del derecho y sus principios comunitarios. Por ejemplo, establece que la eficacia o aplicabilidad directa "en cuanto las normas comunitarias pueden crear por sí mismas derechos y obligaciones para los particulares, o imponer a los Estados miembros su concreción y

[64] Ambas surgen por el desafuero de dos diputados del PARLACEN por parte de los tribunales nacionales. Los afectados alegaron la vulneración de las normas comunitarias por la aplicación de las normas nacionales.
[65] Véase el voto explicativo del Magistrado Orlando Somarriba.
[66] Véase considerando XVI.

desarrollo para que sean plenamente eficaces" (Coto Ugarte contra El Salvador, 1998, pág. 4)[67].

Por otra parte, también desarrolla el principio de aplicabilidad inmediata "en cuanto se convierte automáticamente en forma clara, precisa e incondicional, en normas de derecho interno de los Estados miembros, sin necesitar que estos realicen acto alguno para incorporar las normas comunitarias a su derecho, sin que se confundan con este último y que las autoridades nacionales tienen que aplicarlo obligatoriamente" (Coto Ugarte contra El Salvador, 1998, pág. 4)[68]. Este caso es relevante porque ha sido el primero en el que esta corte centroamericana ha definido con claridad y precisión los principios trasplantados de la jurisprudencia europea, en cambio, en las otras opiniones se enfocaban en definir el derecho comunitario y sus características.

Es interesante observar que existe una confusión conceptual de los principios, pues si nos atenemos a lo dispuesto en *VAN GEND & LOOS*, las condiciones manifestadas en la aplicación inmediata son los requisitos por cumplir para que una disposición goce de efectos directos. Para que surta el efecto directo, tal como se determinó en el caso *SIECA* (SIECA, 1997), se empleará la precisión como condición para que las disposiciones gocen de dicho principio. Puede que esta falta de precisión conceptual se deba a lo que menciona Carlos Molina del Pozo "…la doctrina no es pacífica al diferenciar entre el efecto directo y la aplicabilidad directa. De hecho, el vocabulario del Tribunal tampoco está estabilizado. Así, en el citado asunto *VAN GEND & LOOS*, se expresa estableciendo que el art. 12 del TCEE 'se presta perfectamente, por su propia naturaleza, a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables', para afirmar más tarde que este artículo 'debe ser interpretado en el sentido de que produce efectos inmediatos y engendra derechos individuales que las jurisdicciones internas deben salvaguardar'. Esta diferencia terminológica, que es también la de ciertos autores, no es compartida por todos, entre otros la Comisión Europea que diferencia claramente entre ambos conceptos" (Molina del Pozo, 2011). Por tanto, esta confusión conceptual se debe al trasplante jurisprudencial de estos principios y que se produce por la falta de conocimiento de esta materia jurídica (Ulate Chacón, 2006, pág. 2).

Hasta este momento se ha identificado que la jurisprudencia de la CCJ ha trasplantado el concepto, características y principios del derecho europeo y andino. Ambos tribunales

[67] Véase considerando I.
[68] Véase considerando I.

latinoamericanos, el andino y el centroamericano, carecen de un concepto evolutivo de la eficacia directa o, inclusive, independiente del europeo. El problema de ello, al menos en el caso centroamericano, es que surgen diversas confusiones en la conceptualización de los principios fundamentales para el derecho comunitario. Esto se ha analizado a partir de la eficacia directa que se confunde con la aplicabilidad inmediata o, por otra parte, no se emplea con las condiciones que han sido fijadas en la jurisprudencia europea. Esto, en cierta medida, no permite cumplir con el objetivo de otorgar seguridad jurídica a los que activan el aparato judicial de la comunidad, pues no existe un criterio propio de la eficacia directa y tampoco es aplicado como lo establece su fuente europea.

e. Evolución del principio de primacía centroamericano

Según Perotti, Salazar y Ulate, la CCJ ha reafirmado numerosas veces la primacía del derecho comunitario. Sin ningún asombro, la primera sentencia donde se ve utilizado dicho principio fue la de *PARLACEN*, pues es en esta donde se establece el concepto de este ordenamiento jurídico y las características inherentes al mismo. Entre estas se destacó su primacía, la cual es un producto de la propia voluntad soberana de los Estados miembros de limitar sus poderes soberanos a favor de la comunidad (PARLACEN, 1996)[69]. Además, se señaló que las normas comunitarias debían prevalecer sobre todas las normas nacionales, incluso aquellas con rango constitucional, pues si no se produce un "fermento de dislocación" que es contrario a la adhesión de los Estados a dichos tratados. Estas ideas fueron trasplantadas a partir de la jurisprudencia europea y andina, aunque como ya se sabe, la andina es una reafirmación de la europea (PARLACEN, 1996, pág. 2)[70].

Este principio impone una prohibición al aparato legislativo del Estado, pues estos no pueden crear nuevas normas que desconozcan, unilateralmente, el ordenamiento de la comunidad. Este hecho sería contrario al acto ratificado por ellos mismos, pues frustrarían la finalidad del nuevo orden común que han fijado en beneficio de estos como Estado y de sus particulares (SIECA, 1997)[71]. Se configura una excepción a dicho principio y este se establece cuando existan casos

[69] Este principio se verá reafirmado en otras sentencias como: (Alemán Lacayo con Nicaragua, 2003) (Bendeck Ramírez con Honduras, 2003) (Reyes Wyld contra Guatemala, 2005).
[70] Véase el considerando I y otros casos: (Costa/ENEL, 1964) (Aktiebolaget Volvo, 1987) (Germán y Ernesto Cavelier, 1988) (Germán Cavelier y Alexandre Vernot, 1990) (Alemán Lacayo con Nicaragua, 2003) (Coto Ugarte contra El Salvador, 1998) (Reyes Wyld contra Guatemala, 2005) (SG SICA, 2012).
[71] También ver: (Coto Ugarte contra El Salvador, 1998).

especialmente considerados por la misma voluntad de los Estados miembros. En otras palabras, este principio convierte al derecho comunitario centroamericano en uno absoluto, el cual no podrá ser modificado por la constitución ni por las normas internas. También impone una carga al juez nacional, pues este se ve imposibilitado de realizar un control de constitucionalidad sobre las normas comunitarias. Esto fue expresado por la CCJ en otra opinión consultiva iniciada por el *PARLACEN* con fecha de 9 de enero del 2012 y manifestó que "…no pueden ya que, por el principio de Buena fe, Pacta Sunt Servanda, un Estado a través de sus órganos no puede evadir el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, escudándose en su Derecho Interno. Además, de conformidad con lo establecido por el artículo 4 literal h) y 5 del Protocolo de Tegucigalpa, un Estado miembro del SICA, no puede adoptar medidas unilaterales que pongan en peligro la consecución de los propósitos y el cumplimiento de los principios fundamentales del…. (SICA) realizando un control constitucional ex post, cuando el Tratado Regional entró al ordenamiento jurídico interno con plena eficacia y vigencia" (PARLACEN, 2012, pág. 1)[72].

A diferencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en específico el caso *COSTA/ENEL*, donde la primacía se fundamenta en la voluntad soberana de las partes, la CCJ fundamenta el principio de primacía en criterios o principios del derecho internacional público, como: la buena fe y el *pacta sunt servanda*. Así, por ejemplo, lo determinó en el caso *SIECA-CRAAC* "… los Estados que conforman el SICA, han reconocido que para realizar su aspiración integracionista deben cumplir sus obligaciones de buena fe, absteniéndose de adoptar cualquier medida que sea contraria u obstaculice el cumplimiento de los principios fundamentales o la consecución de sus objetivos (…) por otra parte, estos Convenios son comunitarios, multilaterales y solamente se pueden reformar o derogar utilizando el mismo procedimiento con el cual fueron aprobados, con el consentimiento de todos los Estados miembros y de ninguna manera con resoluciones unilaterales no previstas" (SIECA, 1997, pág. 5)[73]. La idea es, entonces, evitar el incumplimiento de las normas comunitarias a partir de la emisión de nuevas normas nacionales, ya sean anteriores o posteriores a estas. Si la norma interna llegase a ser contraria, total o parcialmente, a la comunitaria "…aquella no se aplica si no que queda en suspenso, aplicándose en su lugar, con preferencia, la comunitaria. De esto se deriva una consecuencia importante que constituye otro principio, que es el de inaplicabilidad de las normas internas cuando se oponen a las

[72] Véase respuesta II.
[73] Ver la respuesta al noveno punto.

comunitarias. La norma interna no se deroga, ni se anula internamente, simplemente no se aplica. En esta consecuencia se basa el principio de legalidad del ordenamiento integracionista, que a su vez garantiza el Estado de Derecho Comunitario y la seguridad del tráfico jurídico en la región" (Juez Carlos Alberto Piche Benavides, 2015, pág. 3)[74].

A diferencia del caso *VAN GEND & LOOS*, donde se dictaminó que gracias a la eficacia directa los particulares poseen derechos y obligaciones a partir de las normas comunitarias y que por ello los jueces nacionales deben proteger a los mismos, la CCJ ha determinado que a partir de la primacía, la aplicabilidad inmediata y la eficacia directa es que los jueces nacionales tienen la obligación de resguardar los derechos generados (Coto Ugarte contra El Salvador, 1998)[75]. Esto fue determinado por la TJCE en el caso *COSTA/ENEL* y la CCJ lo reafirmó manifestando que "El respeto al Principio de Primacía debe ser garantizado tanto por la Corte Centroamericana de Justicia, como máximo tribunal regional y por los mismos jueces nacionales quienes al aplicar el Derecho Comunitario en sus respectivas jurisdicciones son a la vez jueces comunitarios" (Consulta Prejudicial, Rodríguez Asencio, 2009, pág. 2)[76].

En conclusión, el derecho comunitario centroamericano desarrollado por la CCJ ha tenido una jurisprudencia parcialmente dependiente de las decisiones judiciales del antiguamente denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. La CCJ también ha utilizado criterios de derecho internacional para resolver conflictos atingentes al derecho comunitario, pues ha requerido fundamentar los principios, como el de primacía, en principios pertenecientes al primero, por ejemplo, la buena fe y el *pacta sunt servanda.* Los principios de eficacia directa y primacía fueron trasplantados hacía la jurisprudencia de la CCJ, sin embargo, hay incoherencias conceptuales que son visibles en el primero de ellos. Dicha confusión también ocurrió en el TJCA, pues se dictaminó que el derecho comunitario, gracias a su aplicabilidad inmediata, generaba derechos y obligaciones a sus particulares, cuando, en conformidad de la jurisprudencia europea, es el efecto directo que hace surgir estos beneficios para los particulares, los cuales deben ser protegidos por los jueces nacionales. El principio de primacía está más acorde a la jurisprudencia europea, a pesar de que se realice una mixtura de la eficacia directa, primacía y aplicabilidad inmediata para desarrollarlo.

[74] Ver la respuesta de la cuarta pregunta. Véase también, la cuarta respuesta del caso *BOLAÑOS GEYER CON PODER LEGISLATIVO DE NICARAGUA*: (Bolaños Geyer con Poder Legislativo de Nicaragua, 2005) .
[75] Véase considerando I.
[76] Véase la respuesta a la primera pregunta.

E. CONCLUSIONES

El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) ha tenido una larga historia que fundamenta su constitución y desarrollo en la región de América Central. Centroamérica, desde su independencia del imperio español, buscó unirse como una federación; esta fracasó por diversos conflictos internos de corte político. Sin embargo, a pesar de su fracaso, los centroamericanos mantuvieron la idea de que la unión era el camino para desarrollar a sus pueblos y, por ello, existieron diversos intentos para consolidar dicha unión. Ninguno de estos intentos tuvo éxito, hasta que Estados Unidos de Norte América y México decidieron apoyar políticamente la unión de los Estados centroamericanos para establecerla como una región de paz. Es así como en 1907 se firmó el Tratado de Paz y Amistad que permitió la creación del primer tribunal internacional en América, el cual se denominó Corte de Justicia Centroamericana (CJC).

Este tribunal se constituyó como un órgano permanente, encargado de resolver todas las controversias que entre dichos miembros puedan surgir y como la conciencia nacional de Centro América. Además, tenía la peculiaridad de permitir que el particular pudiese entablar una acción en contra de otro Estado miembro sin el apoyo de su propio Estado. Este tribunal deja de existir en 1918, debido a que Nicaragua no rindió su consentimiento para la renovación del tratado. Nicaragua negó su consentimiento porque la CJC falló en dos oportunidades en contra de sus intereses. Sin embargo, los intentos de unión de los centroamericanos continuaron hasta en 1950, año en el que se constituyó la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA). Esta organización carecía de un tribunal de justicia. Luego, en 1991, se reforma la ODECA y esta pasa a ser el SICA. Este sistema cuenta, desde su tratado marco, con un tribunal de justicia encargado de velar por la aplicación e interpretación de las normas del sistema y se denominó Corte Centroamericana de Justicia (CCJ).

La CCJ heredó algunas funciones de sus predecesoras, por ejemplo, se ha constituido como un tribunal que posee competencia y jurisdicción propia con doctrina vinculante para todo aquel que forme parte del SICA (particulares, órganos del Estado, etc); también es el tribunal que representa la conciencia nacional centroamericana y resguarda sus valores, entre otras funciones que fueron manifestadas anteriormente. Por otra parte, también, posee funciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como la interpretación prejudicial y la acción de nulidad e incumplimiento. En ese sentido, la CCJ posee elementos propios de su

historia y otras que han sido un trasplante del modelo europeo. Por otra parte, se logró constatar que este tribunal cumple con los requisitos planteados al final del capítulo primero, es decir, es un órgano con jurisdicción permanente sobre todos los Estados de la comunidad y es supranacional con la facultad de uniformar la interpretación y aplicación de las normas comunitarias centroamericanas. Por tanto, sus decisiones judiciales podrían ser consideradas como fuentes formales de derecho internacional con efectos *erga omnes* para los miembros de esta comunidad y para aquellos que se vinculen con ella. Así como sucedió en el capítulo segundo, se cumple el objetivo establecido para este capítulo. Sin embargo, el capítulo cuarto determinará si efectivamente su jurisprudencia condice con lo analizado para que sea considerada como tal.

La CCJ también ha trasplantado la doctrina del derecho comunitario europeo, pues ha tomado su concepto jurídico y sus características. Los casos modelos de donde la CCJ trasplantará estos elementos europeos son: *VAN GEND & LOOS, COSTA/ENEL* y *FRONTINI*; también se inspirará en la doctrina de la jurisprudencia andina.

Entonces, el derecho comunitario para la CCJ es a) un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional en el cual se generan derechos y obligaciones para todos los involucrados en el sistema, b) posee ciertas características que lo vuelven aplicable y exigible, como la primacía, el efecto directo y la aplicabilidad inmediata, c) también posee sus propias fuentes y órganos que emiten sus normas, lo aplican y lo publicitan.

En el caso de la eficacia directa, la CCJ utiliza el caso *VAN GEND & LOOS* para determinar que el derecho comunitario centroamericano goza de este principio, sin embargo, no se conceptualiza y se confunde posteriormente con la aplicabilidad inmediata. Por último, el principio de primacía se retoma a partir del caso *COSTA/ENEL* y se desarrolla bajo el fundamento del derecho internacional de la buena fe y el *pacta sunt servanda*. Este principio explica que el derecho comunitario prevalecerá sobre el ordenamiento nacional sin importar su jerarquía interna y con ello se genera una obligación para el juez nacional de hacer prevalecer su aplicación, pues este también se convierte en juez comunitario. Por otra parte, se determinó que no ha existido una evolución tan visible de ambos principios, se ha clarificado en parte su concepto, pero no sus condiciones como ocurre con la eficacia directa. A pesar de las posibles contradicciones conceptuales o poca evolución, ambos principios son fundamentales para comprender los efectos *erga omnes* que se producen con las interpretaciones prejudiciales (en el caso del TJCA) y las consultas prejudiciales, sentencias, consultas ilustrativas u obligatorias

de la CCJ. Por ello, en el siguiente capítulo se analizará, finalmente, la denominada doctrina vinculante de la jurisprudencia andina y centroamericana que posee efectos vinculantes *erga omnes*.

CAPÍTULO IV Las Decisiones Judiciales con Efectos *Erga Omnes*

A. INTRODUCCIÓN

En el primer capítulo se apertura la discusión acerca de considerar a las decisiones judiciales como fuente formal de derecho internacional y se hicieron ciertas acotaciones al respecto. Algunas de estas son de carácter volitivo pues dependerá de las competencias otorgadas por los propios Estados hacia el órgano judicial, por ejemplo: el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). El artículo 38 de este estatuto se deja muy claro que las decisiones judiciales son una fuente auxiliar para la determinación de las reglas del derecho y que la sentencia únicamente les incumbe a las partes en disputa (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945). Sin embargo, dicho capítulo concluyó que esta tesis pretende comprobar que las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y las sentencias, consultas prejudiciales, consultas obligatorias e ilustrativas de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) son fuentes formales de derecho internacional con efectos vinculantes *erga omnes* para los Estados miembros de sus respectivos sistemas de integración. En conformidad a lo analizado hasta este momento, se reafirma la posibilidad de aceptar a la jurisprudencia como fuente formal de derecho internacional. Para demostrar esto, se ha tenido en cuenta que las fuentes formales son aquellas que crean derechos y obligaciones vinculantes con efectos vinculantes *erga omnes*. En este caso se determina por el desarrollo que estos tribunales emplean del derecho o de las normas comunitarias a través de la función que permite uniformar su interpretación y aplicación, generando así obligaciones vinculantes con efectos *erga omnes* para todos los Estados miembros, particulares, organizaciones y órganos que se relacionen con las comunidades regionales de integración en estudio. También se estableció que estos tribunales deberían cumplir dos requisitos: el primero es que los tribunales emisores de estas decisiones judiciales posean jurisdicción permanente en toda la comunidad respectiva, y, el segundo, que su naturaleza sea supranacional con la facultad de uniformar la interpretación y aplicación de las normas comunitarias respectivas. En el capítulo segundo y tercero se logró verificar que estos tribunales cumplen con ambos requisitos y que también poseen la facultad de rectificar el derecho de la comunidad por medio de la función de interpretación y aplicación

uniforme de las normas comunitarias. Esta función se logra a través de las interpretaciones prejudiciales del TJCA y en las sentencias, consultas prejudiciales, consultas obligatorias e ilustrativas de la CCJ. Por otra parte, también se consideró los aspectos históricos de la creación de ambos tribunales y su modelo de referencia europeo que han condicionado sus criterios jurisprudenciales de uniformización y de desarrollo.

Este último capítulo se enfocará en determinar, dadas las circunstancias de los órganos judiciales en estudio, si efectivamente las decisiones judiciales del TJCA y de la CCJ son fuente formal de derecho internacional con efectos vinculantes *erga omnes* para los Estados miembros de sus respectivas comunidades. El objetivo específico planteado para este capítulo es determinar si las decisiones judiciales del TJCA y de la CCJ cumplen con los fines establecidos para que estas posean efectos vinculantes *erga omnes.* Para ello, se iniciará analizando la llamada doctrina vinculante de la jurisprudencia comunitaria, luego se estudiarán las herramientas con las cuales se uniforman o armonizan los criterios comunitarios.

Entonces, este capítulo se caracteriza por ser analítico y crítico, pues se configura como la respuesta a la hipótesis planteada y en definitiva como el aporte académico de esta tesis a la escasa doctrina jurisprudencial andina y centroamericana.

B. LA LLAMADA DOCTRINA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Se le denomina doctrina vinculante al contenido de las decisiones judiciales que permiten uniformar criterios de la comunidad de derecho y que posee efectos *erga omnes*. En este apartado determinaremos cómo las normas comunitarias andinas y centroamericanas permiten los efectos vinculantes de las sentencias. Estudiaremos cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE) influyó en la función uniformadora de las sentencias y si efectivamente existe una legitimidad para desarrollar criterios vinculantes y armonizadores.

a. Las normas comunitarias andinas y centroamericanas con respecto a los efectos vinculantes de las decisiones judiciales

Los efectos vinculantes en las decisiones judiciales de la CCJ se detallan en el artículo 3 de su Estatuto constitutivo: "La Corte tendrá competencia y jurisdicción propias, con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el 'Sistema de la Integración Centroamericana', y para sujetos de derecho privado" (Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992). El fin u objetivo de dicha disposición es permitirle a la CCJ consolidar una interpretación y aplicación uniforme de las normas comunitarias para todos los partícipes de la comunidad.

En cambio, el Estatuto del TJCA no determina con claridad que sus decisiones judiciales sean una doctrina vinculante para todos sus Estados miembros y participantes de la comunidad, pero sí su naturaleza y fin. Esto se consigna en el artículo 4 y manifiesta lo siguiente: "El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros. El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino" (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2001). Eso está en consonancia con los propósitos señalados en el propio Tratado de Creación del Tribunal de Justicia en los cuales se señala que los Estados miembros están "seguros de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente" (Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1996).

La interpretación y aplicación uniforme se lleva a cabo mediante la interpretación prejudicial (artículo 32) y/o con las relaciones que deben ser promovidas por el Presidente del TJCA con los jueces nacionales (artículo 45) (Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1996). El artículo 121 del Estatuto del TJCA reafirma el objeto y finalidad de la interpretación prejudicial: "Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman

el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros" (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2001) (Manrique, 1996). Además, el Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina también reafirma la misión del tribunal y las herramientas que servirán para lograr la interpretación y aplicación uniforme de las normas andinas. Por ejemplo, el artículo 2 de este reglamento señala: "La misión jurisdiccional del Tribunal, en los límites de la competencia que le atribuye su Tratado de Creación, es la de declarar el derecho de la Comunidad Andina y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en los Estados Miembros…" (Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004), y el artículo 7 determina las atribuciones y funciones del Presidente del TJCA, entre ellas está: "Coordinar acciones a fin de promover la difusión y el perfeccionamiento del derecho comunitario, así como su aplicación uniforme." (Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004). Se debe realizar una acotación, el 29 de junio del presente año se aprobó y publicó un nuevo Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Este reglamento modificó el artículo 2 y estableció que la misión de este tribunal es asegurar la aplicación e interpretación **coherente** y uniforme del derecho de la Comunidad Andina en los Países miembros[77] (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2020). Esta nueva palabra no es fortuita, pues en la jurisprudencia se desarrollará que las decisiones judiciales de este tribunal deben ser coherentes, esto será analizado en su oportunidad.

Hasta este momento la diferencia es clara, el TJCA asegura la interpretación y aplicación uniforme mediante la interpretación prejudicial y las relaciones que se puedan entablar entre este tribunal y los jueces nacionales. En cambio, la CCJ establece un ámbito más amplio de los efectos vinculantes de sus decisiones judiciales y lo denomina como "**doctrina vinculante**", aunque, en el artículo 22, literal K, establece que una de las competencias de esta corte es "Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo Juez o Tribunal judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del 'Sistema de la Integración Centroamericana', creado por el 'Protocolo de Tegucigalpa', sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo" (Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992).

[77] "Artículo 2.- La misión jurisdiccional del Tribunal, en los límites de la competencia que le atribuye su Tratado de Creación, es la de declarar el derecho de la Comunidad Andina y asegurar su aplicación e interpretación coherente y uniforme en los Países Miembros" (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2020).

Por otra parte, la Ordenanza de Procedimientos de la Corte Centroamericana de Justicia reafirma el objetivo de las consultas en su artículo 71, en el que se menciona que "Corresponde a La Corte interpretar para su aplicación correcta, las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Sistema creado por el Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Miembros" (Ordenanza de Procedimientos de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992). Todavía más interesante resulta lo que dicha ordenanza en su artículo 3 considera como Principios y fuentes para la CCJ: "Para la aplicación y ejecución de esta Ordenanza se tendrá en cuenta: las normas y principios del Derecho Internacional Público y Privado, los de las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA); los del Derecho Comunitario y sus Instrumentos Complementarios y Derivados, incluidas las Declaraciones y Resoluciones emitidas en las Reuniones Presidenciales Centroamericanas desde mayo de mil novecientos ochenta y seis; la Jurisprudencia y la Costumbre Internacional y Comunitaria y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando esté relacionado con el Derecho Comunitario; y los principios generales del Derecho y la doctrina de los juristas de mayor competencia de las distintas naciones." (Ordenanza de Procedimientos de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992). Estos principios y fuentes se reafirman en el Reglamento General de la Corte Centroamericana de Justicia donde se establece que el personal de este tribunal realizará "…estudios e investigaciones que les encomiende La Corte en relación con la legislación del área centroamericana; sobre la normativa aplicable en el Sistema de la Integración Centroamericana, SICA; y sobre la doctrina del Derecho Internacional y la Jurisprudencia de los tribunales internacionales o regionales de justicia" (Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004). Es claro que para este órgano judicial el espectro de las fuentes inspiradoras de su derecho es más amplio y contrario a lo que se establece en la doctrina mayoritaria, pues las decisiones judiciales, en materia comunitaria e internacional, es una fuente inspiradora para el desarrollo de su ordenamiento jurídico.

b. La influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la consolidación de la doctrina vinculante

En el capítulo segundo y tercero se discutió la influencia que ha tenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la constitución del TJCA y de la CCJ. Se determinó que en el caso del TJCA ha habido una mayor influencia en los trabajos preparativos de su creación, pues se encomendó a la INTAL realizar un informe basado en dicho tribunal europeo. En cambio, la CCJ sí fue influenciada por dicha corte, pero, también ha mantenido ciertas características propias de la historia de unión e integración de Centroamérica. En el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como órgano judicial de la unión, tiene la responsabilidad de velar por la legalidad de las acciones legislativas y administrativas del sistema y asegurar, en cooperación con los jueces nacionales, la interpretación y aplicación uniforme de las normas de la Unión Europea. Este tribunal se divide en 3 cortes: La Corte de Justicia, la Corte General y el Tribunal de Servicio Civil, en general es uno de los tribunales más antiguos a nivel internacional y supranacional (Björnsson & Shany, 2014, pág. 277).

Esta corte fue concebida para tener un carácter auxiliar, pues la función de la creación y aplicación de las normas pertenecían al Consejo de las Comunidades Europeas y a su Comisión. El tribunal estaba diseñado para ser una corte administrativa encargada de asegurar la legalidad de los actos y decisiones de la Comisión, además de promover la aplicación de las normas comunitarias en los Estados miembros, mediante la resolución de conflictos causados por el incumplimiento de los tratados. Esta corte, mediante sus decisiones judiciales, desarrolló sus funciones y pasó más allá de la aplicación normativa, ahora tiene funciones de desarrollo de las normas. Las doctrinas constitucionales más relevantes de las normas de la unión han sido desarrolladas por este Tribunal y no a través del método convencional de la creación de las normas comunitarias. Estas doctrinas se constituyeron a través de las decisiones judiciales de incumplimiento de tratados por parte de los Estados miembros; de esta manera se relacionó la aplicación de las normas y la creación o desarrollo de estas (de Burca & Weiler, 2001, págs. 28-41) (Björnsson & Shany, 2014, pág. 279 y ss.).

Esta función progresiva del derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es reconocida y aceptada por los Estados miembros de su comunidad, incluso así fue manifestado en la Declaración Solemne sobre la Unión Europea de Stuttgart de 1983 y que fue

suscrita por todos los Estados miembros. En ella se manifestó lo siguiente: "En el marco del desarrollo hacia la Unión europea le corresponde una función esencial al Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas que garantiza el respeto y el desarrollo del derecho comunitario" (Declaración Solemne Sobre la Unión Europea, 1983, pág. 734). Este tribunal informa sobre el contenido de la norma comunitaria, identifica sus violaciones y adapta las normas existentes a nuevas condiciones. El objetivo que entrelaza todo esto es conservar la paz entre los Estados europeos, mediante la resolución de disputas pacificas en su órgano judicial. Además, el particular ha permitido que no haya necesidad que los Estados se demanden entre sí, pues este se ha configurado como el guardián de sus derechos. Esto lo ha logrado incoando diversas interpretaciones prejudiciales que han permitido desarrollar la materia sin tener que enfrentar directamente a sus Estados (Björnsson & Shany, 2014, pág. 280 y ss.) (Robin-Olivier, 2014, pág. 165 y ss.) (Vukadinovic, 2011, págs. 35-37) (Nollkaemper, The Duality of Direct Effect of International Law, 2014, págs. 105-109).

Las funciones actuales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han sufrido modificaciones en el tiempo. Ahora, claramente, se divide en la resolución de disputas, la aplicación de las normas comunitarias y el desarrollo de estas (Björnsson & Shany, 2014, pág. 283). El fundamento en el que se basa dicha corte para llevar a cabo dichas funciones se estableció en el Tratado de Roma de 1957 que constituyó la Comunidad Económica Europea. Su preámbulo mencionaba lo siguiente: "Determinados a fundar una mayor unión entre las personas de Europa" (Treaty of Rome, 1957)[78]. La evolución de este Tribunal ha sido aceptada por los Estados miembros porque es consistente con la perspectiva de un órgano de confianza que asegurará el interés común de los Estados. Esta aceptación se hace notar en la falta de modificación de sus competencias en las revisiones de los tratados (Björnsson & Shany, 2014, pág. 283).

Por otra parte, el "*rule of law*" o Estado de Derecho ha sido relevante en el desarrollo de la Unión Europea y es por ello por lo que se le ha denominado como una integración a través del derecho (Björnsson & Shany, 2014, pág. 284). Algunos han manifestado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha actuado desde su origen como un actor político que ha decidido conforme a sus intereses, estos argumentos buscan desvirtuar su legitimidad en la construcción de una comunidad de derecho como parte esencial a la integración de dicha región (Grimmel, 2012, pág. 520 y ss.). Esto se ve contrapuesto por la expansión progresiva de su jurisdicción a

[78] La traducción es mía. Texto original: "DETERMINED to lay foundations of an ever-closer union among the peoples of Europe".

temas no económicos que fueron añadidos por los Estados sin restricción alguna hacia esta Corte, lo que señala que implícitamente le confieren legitimidad a dicho órgano judicial (Björnsson & Shany, 2014, pág. 284). Ser legítimo y ejercer legitimidad es una de las metas que los tribunales internacionales persiguen, en el caso del TJUE, los Estados buscaban proteger las normas comunitarias de los probables abusos de la autoridad judicial nacional. Esto facilitó la atribución de competencias nacionales y soberanas al plano supranacional, también permitió legitimar las políticas de la comunidad a través de la legitimidad de la corte. La legitimidad es realmente necesaria para asegurar el cumplimiento de sus decisiones, más cuando debe mantener un diálogo a nivel gubernamental y judicial (Weiler J. , The Transformation of Europe, 1991, pág. 2419 y ss.) (Slaughter, Stone Sweet, & Weiler, 1998, pág. 227 y ss.) (Björnsson & Shany, 2014, págs. 284-286) (Caserta, 2017, pág. 582 y ss.) (Alter & Helfer, 2017, pág. 27).

Según Alter y Helfer, los jueces internacionales, al conocer gran cantidad de controversias, se ven enfrentados a la inevitable clarificación de normas internacionales que son ambiguas y a aplicarlas a contextos que no han sido previstos. Algunos, utilizan un método de interpretación teleológico para ampliar los alcances de la norma, expandiendo los sujetos legitimados para incoar disputas o con el desarrollo de soluciones creativas para las disputas. Todo esto conlleva a una expansión de la autoridad de las cortes internacionales, a un aumento en la influencia nacional y disminución de la autonomía nacional (Helfer & Alter, 2013, pág. 481). Entre las cortes que utilizan esto último para el desarrollo de su doctrina se encuentra el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como producto de ello, este tribunal consolidó la doctrina de efecto directo, de la supremacía de las normas europeas y de los poderes implícitos de las instituciones de la comunidad. Estas han sido aceptadas como parte fundante de la autoridad legítima del tribunal europeo. Esto no quiere decir que exista una relación inherente entre la creación expansiva por parte de las decisiones judiciales y los concurrentes conflictos de legitimidad (Helfer & Alter, 2013, pág. 482). Este tribunal, entonces, configura su doctrina vinculante a partir de ciertos principios que permiten que las normas comunitarias sean aplicadas e interpretadas de manera uniforme en todos los Estados miembros de la comunidad. Además, ha obtenido una especie de autoridad apoyada por los gobiernos locales.

c. Legitimidad y activismo judicial de los tribunales de integración

El problema que representa la legitimidad y el activismo judicial no es tema de esta tesis, sin embargo, hay una conexión inevitable que debe ser abordada para comprender la dificultad que trae aparejado el reconocimiento de las decisiones judiciales como fuente formal de derecho internacional. Para Alter y Helfer, la legitimidad se refiere a la justificación para ejercer las funciones que han sido atribuidas a los órganos judiciales y, por ello, estos órganos gozan de autoridad. Por ejemplo, en el caso de los tribunales internacionales esta autoridad se encuentra en su tratado constitutivo. Esta autoridad atribuida a los tribunales internacionales les permite tomar decisiones imparciales a los intereses de los Estados miembros. Esta autoridad es esencial para que sus decisiones judiciales sean efectivas. Algunos elementos que conforman la legitimidad son: la justa y desinteresada naturaleza del órgano judicial, compromiso con el régimen jurídico que dicho órgano interpreta y aplica, la transparencia y la relación con valores democráticos (Helfer & Alter, 2013, pág. 483). Sin embargo, estos elementos no dicen nada respecto del activismo judicial, pero tampoco lo prohíben. Es sabido que las actividades del desarrollo, modificación, interpretación, el rellanar vacíos legales, son parte del ejercicio judicial (Grimmel, 2012, pág. 520 y ss.) (Helfer & Alter, 2013, págs. 486-489) (Moraga Mejías, 2018, pág. 310).

Andreas Grimmel, en el caso del tribunal europeo, manifiesta diversas preguntas que en el fondo desean responder ¿por qué los Estados miembros de la Unión Europea permitieron que su órgano judicial desarrollara el derecho de la comunidad? Y la respuesta propuesta es que los Estados miembros y el órgano judicial de la comunidad son actores racionales, y el desarrollo del régimen comunitario a través de los casos judiciales ha sido en beneficio racional de los intereses de las partes. Mientras los resultados de dichas decisiones judiciales sean racionales, estas serán políticamente aceptables (Grimmel, 2012, pág. 521 y 522). Para Enrique Chacón, la instauración de un tribunal regional fortalece el proceso al cual los Estados miembros se han suscrito, además permite el desarrollo del derecho comunitario en dimensiones institucionales, sustanciales y procesales (Ulate Chacón, 2006, pág. 7). En el plano internacional existe diversidad de tratados incompletos y los jueces se ven obligados a clarificar ambigüedades o a llenar los vacíos legales en los textos, incluso la Corte Federal Constitucional de Alemania ha afirmado que la creación judicial es una función inherente de los tribunales internacionales, particularmente cuando implementa lo establecido en el tratado y cuando debe rellenar vacíos legales o resolver contradicciones. Sin embargo, los problemas surgen cuando efectivamente

están contradiciendo la literalidad del texto o cuando crean nuevos derechos y obligaciones sin una justificación apegada al derecho positivo (Helfer & Alter, 2013, pág. 485).

Según Moraga Mejías, la jurisprudencia expansiva sobre las competencias atribuidas a dichos órganos judiciales es una consecuencia directa de los poderes implícitos. Esta doctrina se refiere a que las organizaciones internacionales poseen competencias atribuidas por los constituyentes que son necesarias para alcanzar sus propios objetivos o para ejercer sus funciones. Este poder implícito de los órganos del sistema de integración "alcanza a toda institución u órgano permanente de la organización, entre los cuales se encuentran las cortes de integración" (Moraga Mejías, 2018, pág. 310). Esta doctrina, en el caso de estos tribunales, se hace evidente en su jurisprudencia y por ello se le denomina como expansiva. Este autor también explica que la necesidad de esto deviene de las normas jurídicas estrictas que no se apegan a la realidad jurídica, pues esta es dinámica y funciona en un mundo que ahora es globalizado. Esto, en los casos de los tribunales de integración es más visible pues las competencias consultivas que les son otorgadas se constituyen como un mecanismo preventivo de ajuste a la norma comunitaria que rige a dicha comunidad de derecho y así se evita una disociación de la norma en común (Moraga Mejías, 2018, pág. 310).

Para Armin Von Bogdandy aquellos tribunales que ejercen autoridad buscan desarrollar el derecho internacional. Para ello, deben justificar su acción que es realizada mediante el principio de democracia, sin embargo, esto es muy difícil de lograr. Según él, los artículos 9 al 12 del Tratado de la Unión Europea, proveen un verdadero camino para conceptualizar y desarrollar la legitimación democrática de los tribunales internacionales. Estos pueden servir de modelo comparativo para otros tribunales internacionales, no solo para el tribunal europeo, porque en general estos órganos judiciales buscan ejercer autoridad, lo que conlleva a justificarla mediante el principio democrático. Estos artículos establecen al ciudadano europeo como piedra angular de la democracia europea y, por tanto, todo aquello que sea en beneficio del pueblo europeo será aceptado como fortalecimiento a la democracia europea (von Bogdandy, The Democratic Legitimacy of International Courts: A Conceptual Framework, 2013, págs. 361-364).

En el caso de la Unión Europea "democratic legitimation is derived from direct elections by equal citizens (via the European Parliament) and indirectly through the peoples of the Member States (via the European Council and E.U. Council of Ministers), exemplifies that different bases for legitimation can not only coexist, but also be mutually supportive. The democratic

legitimation of supra- and international institutions needs to be conceived as composite and 'multilevel'" (von Bogdandy, The Democratic Legitimacy of International Courts: A Conceptual Framework, 2013, pág. 368). En el caso europeo la legitimidad democrática se configuró en los artículos 9, 10 y 12 de su tratado constitutivo, pero esta surge de la igualdad civil y su representación anclada a la participación, deliberación y control.

Entonces, las cortes internacionales serán igual de legítimas si son conformadas a través de instituciones representativas bajo la idea de representación democrática. En fin, von Bogdandy manifiesta que existen dos elementos claves para la legitimidad democrática de las decisiones judiciales: la primera se refiere a la justificación de las decisiones en conformidad a los argumentos de los participantes del proceso. La segunda se determina por la justificación de la decisión judicial dentro de un contexto general en el que se justifica la autoridad de la institución. En estas decisiones judiciales se consignan las diferencias de los intereses y posiciones que son parte de la vida social en democracia, y así es como estas generan potenciales democráticos si están conformadas por razonamientos legales (von Bogdandy, The Democratic Legitimacy of International Courts: A Conceptual Framework, 2013, pág. 376).

Para Alter y Helfer, la creación jurídica de los tribunales internacionales, a través de las decisiones judiciales, no es motivo suficiente para disputar su legitimidad. Sin embargo, en la práctica, la atribución de competencias de estos órganos judiciales, sean expresas o ambiguas, son excusa suficiente para disputar su legitimidad (Helfer & Alter, 2013, pág. 485). El apoyo que estas puedan recibir dependerá totalmente de la voluntad política de los gobiernos. El problema en sí es que la jurisprudencia expansiva o creadora de derechos y obligaciones, afecta directamente a la discrecionalidad Estatal y esta "restricción" de discrecionalidad ocurre cuando: a) las decisiones judiciales son constituidas a través del método teleológico de interpretación de las normas y b) los tribunales se autogeneran nuevas facultades que no están expresas en el tratado. La primera ocurre cuando se busca interpretar las normas en conformidad a los fines de esta, por ejemplo, en los casos de los sistemas de integración se espera que los tribunales presenten fundamentos a favor de la comunidad y, por tanto, interpretará de acuerdo con los fines de esta. La segunda, en cambio, sucede cuando se le solicita al tribunal que interprete o aplique normas que pueden tener como consecuencia rellenar de legislación secundaria en aspectos no reglamentados o transformar las declaraciones de intención no vinculantes en obligaciones ejecutables o, por último, conferir a ciertas disposiciones de los tratados un estatus cuasi constitucional (Helfer & Alter, 2013, págs. 486-489).

Un ejemplo claro de un tribunal que ha emitido jurisprudencia expansiva en ambos ámbitos ha sido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como hemos analizado en capítulos anteriores, este tribunal ha implementado ciertos principios que han permitido profundizar la integración de sus Estados miembros (Helfer & Alter, 2013, pág. 493) (Weiler J. , The Transformation of Europe, 1991, págs. 2420-2422). Por ejemplo, este utilizó el efecto directo para otorgar derechos y obligaciones a partir del Tratado de Roma en favor de los particulares; también manifestó que la comunidad que se había conformado no era únicamente del interés de los Estados, sino que también era del interés de los particulares y, por ello, se conformó un nuevo derecho que le compete a la comunidad (Van Gend & Loos, 1963) (Weiler J. , The Transformation of Europe, 1991, pág. 2413 y 2414). La diferencia radica en que este tribunal europeo siempre ha gozado del apoyo de los jueces nacionales y es mediante ellos que se evita un reclamo de falta de legitimidad, pues los reclamos se tendrían que disputar contra los jueces nacionales, quienes han sido los principales gestores del desarrollo del derecho comunitario europeo (Alter & Helfer, 2017, pág. 221 y ss.).

En ese sentido, una de las formas en que estos tribunales podrán ejercer sus funciones sin ser disputados en el ejercicio de ellas será a través de los jueces nacionales. En el caso de los sistemas de integración, esto se logra a través del dialogo judicial que se pueda entablar entre, por ejemplo, la CCJ o el TJCA con los jueces nacionales de sus respectivos Estados miembros, y la forma en que esta pueda llevarse a cabo es mediante la figura de interpretación prejudicial con la que ambos tribunales cuentan. Anteriormente ya se han manifestado los problemas con respecto a la falta de apoyo de los jueces nacionales con el TJCA y la CCJ, sin embargo, ahora se debe analizar con detenimiento las herramientas mediante las cuales el juez comunitario puede generar una especie de dialogo judicial y con las que puede generar una jurisprudencia expansiva.

C. Las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Como ya se ha advertido en capítulos anteriores, el TJCA y la CCJ cuentan con ciertas herramientas que han sido trasplantadas a partir de la experiencia europea, por ejemplo, dichas cortes cuentan con interpretaciones prejudiciales, acciones de incumplimiento o de nulidad. En

el caso del TJCA, la interpretación prejudicial es la forma en que dicho órgano judicial garantiza la interpretación y aplicación uniforme que tiene como objetivo armonizar las normas de la comunidad. En el caso de la CCJ, esta función opera en un espectro más amplio pues todas sus decisiones constituyen una doctrina que será vinculante para los Estados miembros. Este apartado iniciará con el análisis del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

a. El fin de las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El TJCA cuenta, como ya ha sido mencionado, con la interpretación prejudicial, la acción de nulidad y la acción de incumplimiento. Sin embargo, de acuerdo con su Estatuto, la interpretación prejudicial es la única de ellas que permite uniformar la aplicación y la interpretación del derecho de la Comunidad Andina. Por ello, se analizará el fin de las interpretaciones prejudiciales según el ordenamiento jurídico andino y la jurisprudencia de este tribunal para esclarecer sus criterios que permiten consolidar la uniformización del derecho andino.

El primer caso del TJCA, denominado *AKTIEBOLAGET VOLVO* de 1987 y con número de caso *1-IP-87*, establece que la función de dicho tribunal es tutelar la vigencia de la legalidad en el proceso de la integración de dicha subregión y adaptar eficazmente su funcionamiento. La interpretación de sus normas con el objetivo de asegurar su aplicación uniforme en los Estados miembros también forma parte de dicha función (Aktiebolaget Volvo, 1987). Sin embargo, la jurisdicción andina, en cuanto a la aplicación de las normas comunitarias se refiere, está constituida por el TJCA y por los tribunales nacionales en una especie de cooperación judicial. Esto se debe a que el encargado de solicitar la interpretación prejudicial es el juez nacional y se ve obligado a adoptar los criterios resolutivos del juez andino. Entonces, la sentencia interpretativa se constituye como "obligatoria para el juez nacional, quién no puede apartarse de los criterios que señale este Tribunal comunitario en cuanto a lo que debe ser el correcto entendimiento de las normas del derecho de la integración" (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 4)[79].

[79] Véase el considerando 3.3.

También se manifestó en este caso que "debe tenerse en cuenta que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan solo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos. Sin embargo, debe considerarse que la finalidad propia de la consulta prejudicial, de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en los Países Miembros, se completa, obviamente, con la de ir formando una jurisprudencia o doctrina uniforme en la Subregión. No en vano se manifiesta en el preámbulo del Tratado constitutivo de este Tribunal que 'algunas de las dificultades que se presentan en la ejecución del Acuerdo de Cartagena y de los actos que lo desarrollan obedecen, entre otras razones, a la complejidad de su ordenamiento jurídico'" (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 4 y 5)[80].

La necesidad de uniformar deviene no solo de otorgar certeza legal a los Estados miembros, sino a todos aquellos que estén involucrados en el proceso de integración andino. Sin embargo, desde mi punto de vista, el argumento del tribunal es en cierta forma confuso o contradictorio, pues por una parte establece que se busca consolidar una doctrina o jurisprudencia uniforme; y por otra, menciona que el juez nacional está obligado a consultar los casos similares o análogos al problema jurídico al cual se enfrenta y que, eventualmente, consultará[81]. El fundamento que entrega el TJCA para esta obligación de consultar casos análogos o similares se establece en el caso *CIBA-GEIGY AG.*, con número *7-IP-89*, en el que menciona que la interpretación prejudicial "… tiene la finalidad de asegurar la aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros… por lo que la jurisprudencia del Tribunal, como cuerpo de doctrina armónica y estable que debe servir al proceso de integración andina, es de aplicación general en los Países Miembros." (CIBA-GEIGY AG., 1989, pág. 2). A pesar de estas características, las decisiones judiciales por su naturaleza se refieren al caso en concreto, por tanto, el tribunal podría variar su criterio siempre y cuando existan razones justificadas para ello (CIBA-GEIGY AG., 1989, pág. 2).

En este último caso, el TJCA determina que se debe de adoptar una solución igual a la establecida en el caso *STAUFFER CHEMICAL COMPANY*, con número *1-IP-88*, pues sus elementos principales son similares, pero con razones adicionales (CIBA-GEIGY AG., 1989, pág. 4). El fin de la interpretación prejudicial señalado en estos casos es otorgar efectividad funcional al ordenamiento jurídico andino que es complejo por naturaleza. Por ello, el tribunal interpreta la

[80] Véase el considerando 3.3.

[81] Este criterio se repite en el caso Sociedad de Aluminio Nacional C. Ministerio de Hacienda de Colombia, con número de caso 3-IP-93 (Sociedad de Aluminio Nacional C. Ministerio de Hacienda de Colombia, 1993, págs. 5-6); también en el caso CIBA-GEIGY AG., con número de caso 7-IP-89 (CIBA-GEIGY AG., 1989).

norma con el objetivo de buscar su significado, precisar su alcance y sentido jurídico, no de aplicar la norma a los hechos, ya que esta era una función reservada al juez nacional. Sin embargo, el juez nacional sí debía informar, de manera sucinta, los hechos para que el juez andino, conociéndolos, pueda enfocar su doctrina en el sentido que su interpretación sea útil para el nacional, "de otro modo, la interpretación que adopte el Tribunal podría resultar demasiado general y abstracta, en el inagotable universo de la teoría jurídica e inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario" (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 5)[82].

El TJCA justifica la necesidad de uniformar el derecho andino por el grado de complejidad que este nuevo derecho presenta para las autoridades nacionales y por la consolidación de un derecho común para la región. Y esto se ve reafirmado en su modelo referencial de funcionamiento, es decir, en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). El TJCA manifestó en el caso Aktiebolaget que la realidad y las características del derecho de integración han sido aportadas mediante la jurisprudencia del TJCE que ha consolidado los fines de su ordenamiento jurídico. Este tribunal ha logrado esto mediante ciertos métodos de interpretación, estos métodos son funcionales y algunos de estos son: el método sistemático y el de interpretación teleológica. Esto no quiere decir que se descarten los otros tipos de interpretación, sin embargo, el método que más se adhiere a la especial connotación de este ordenamiento jurídico es el teleológico. La razón de ello es que "el derecho comunitario como normativa de un proceso de realizaciones conjuntas para el logro de un objetivo común, es el que mejor se adapta a la naturaleza propia de la decisión prejudicial en cuanto tiene en cuenta el 'objeto y fin' de la norma, o sea, en último término, el proceso de integración de la Subregión Andina que es el propósito que inspira la suscripción del Acuerdo de Cartagena" (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 5)[83]. Esto se reafirma con la relevancia que posee, según el TJCA, el derecho comercial para el nuevo ordenamiento jurídico de la comunidad, pues es complejo y requiere

[82] Véase el considerando 3.4

[83] Véase el considerando 3.5. Este criterio se ve reafirmado en la interpretación prejudicial *STAUFFER CHEMICAL COMPANY*, con número *1-IP-88*, de la siguiente manera: "En cuanto a la interpretación del derecho comunitario, ratifica el Tribunal en esta oportunidad los criterios establecidos en anterior sentencia, dictada en el Proceso N°. 1-IP-87. Se aplica los métodos de 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" (Stauffer Chemical Company, 1988, pág. 4); véase también su reafirmación en las interpretaciones prejudiciales: *MANUEL PACHÓN MUÑOZ* (5-IP-89) (Manuel Pachón Muñoz, 1989).

ser armonizado con las normas que protegen la libre competencia y con el principio de la libre circulación de mercancías, ya que el objetivo final es consolidar una integración económica.

El TJCA es consciente de las dificultades que se presentan en la armonización de las normas y para ello determina que es esencial "tener en cuenta sus amplias proyecciones y el aporte de la jurisprudencia para el futuro de la integración" (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 6)[84]. Esta sentencia, además de establecer la relevancia de la jurisprudencia para el derecho andino, justifica y desarrolla una doctrina sobre las marcas y como se deben entender estas a partir de la Decisión 85. La finalidad de la jurisprudencia de consolidar y armonizar el derecho de la comunidad es una realidad afirmada por la naturaleza misma de este orden jurídico, tal como es compartido también por el ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su informe anual del año 2018 de la siguiente manera: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es una de las siete instituciones europeas. Autoridad judicial de la Unión, tiene como cometido garantizar el respeto del Derecho europeo velando por la interpretación y la aplicación uniforme de los Tratados. La institución contribuye a preservar los valores de la Unión y a consolidar la construcción europea mediante su jurisprudencia" (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2019, pág. 2)

Los Magistrados son conscientes de la finalidad que debe cumplir la jurisprudencia andina, y así es mencionado por un ex magistrado del TJCA, el señor Ricardo Vigil Toledo. Este ex magistrado manifiesta que "La interpretación judicial también llamada consulta prejudicial es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina por cuanto mediante dicho mecanismo el tribunal asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino y convierte automáticamente a los jueces nacionales en jueces comunitarios de los cinco países miembros, estableciendo con ello una cooperación horizontal con los órganos jurisdiccionales nacionales" (Gómez Apac, Vergara Quintero, Romero Zambrano, Aguilar Feijoó, & Rodríguez Noblejas, 2019, pág. 145). Este magistrado, también cita a Ricardo Alfonso, un académico de la Universidad Autónoma de Madrid, manifestando que "la piedra angular de la comunidad no es sin más una misma norma común sino una norma interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros" (Gómez Apac, Vergara Quintero, Romero Zambrano, Aguilar Feijoó, & Rodríguez Noblejas, 2019, pág. 145).

[84] Véase el considerando 4.

La finalidad de la interpretación prejudicial del TJCA fue reafirmada en el caso *LEON KADOCH B.* donde este tribunal determina que "El Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, al otorgarle capacidad exclusiva para interpretar las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico del mismo… lo hizo con un propósito esencial para la construcción integracionista, es decir 'con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros'…el Tribunal tiene que limitarse a 'precisar el contenido y alcances' de las citadas normas andinas principales y derivadas" (León Kadoch, 1991, pág. 2)[85]. El TJCA continua desarrollando dicha idea de la siguiente forma "Esta precisión se hace necesaria porque la facultad interpretativa del Tribunal (art. 28 del Tratado), para asegurar uniformidad regulada por el Tratado es concordante con la atribución concedida a los jueces nacionales para aplicar, cuando corresponda, las normas del ordenamiento jurídico andino, produciéndose de este modo una clara e indispensable colaboración judicial a la que como 'Jurisdicción comunitaria andina' se ha referido el Tribunal en el Proceso 1-IP-87 en los siguientes términos…" (León Kadoch, 1991, págs. 2-3)[86].

En otras palabras, los Estados miembros han conformado una comunidad de derecho en la cual han otorgado ciertas competencias a su órgano judicial para asegurar, a través de la interpretación prejudicial, la aplicación e interpretación uniforme de las normas comunitarias en los Estados que conforman dicha comunidad. El juez nacional también está encargado de aplicar dichas normas en aquellos casos que las personas naturales o jurídicas de cualquiera de los Estados acudan a dicho juez para exigir el cumplimiento de las obligaciones que deben cumplir los Estados miembros en conformidad a lo establecido por el artículo 5 del Tratado del TJCA[87]. Esta disposición manifiesta: "Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena…" (Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1996).

Este caso es confuso, pues el TJCA manifiesta que "la 'aplicación' de las citadas normas de integración…es tarea que corresponde a los jueces nacionales. Es cierto que para ello requieren de la colaboración del Tribunal comunitario, el cual debe emitir una interpretación 'uniforme'

[85] Véase el considerando 1. Este criterio se empieza a denotar más en apartados como "La jurisprudencia andina" en casos como caso *OMAR FERREIRA Y JOSÉ NARVÁEZ C. CONSEJO DIRECTIVO DEL COMERCIO EXTERIOR DEL INCOMEX*, con número de caso 5-IP-90 (Omar Ferreira y José Narváez c. Consejo Directivo de Comercio Exterior del INCOMEX, 1994, págs. 8-9). Donde reafirma su doctrina anterior y mantiene los alcances de la interpretación de las normas controvertidas.
[86] Véase el considerando 1.
[87] Con las modificaciones que ha tenido el Tratado de creación, dicho artículo pasó a ser el 4.

de las normas comunes, pero ello no quiere decir que el Tribunal deba 'aplicar' dichas normas" (León Kadoch, 1991, pág. 4)[88]. Luego, se esfuerza en brindar una especie de interpretación de lo que debe entenderse como "aplicación" y lo hace de la siguiente manera: "…supone además, básicamente, como premisa de carácter normativo **sine qua non,** que se interprete el alcance y sentido exactos de la norma aplicable. Y es esta tarea hermenéutica la que es propia del juez comunitario, ante la imperiosa necesidad de que el derecho de la integración se aplique de manera uniforme en la Subregión" (León Kadoch, 1991, pág. 5)[89]. A pesar de que el juez nacional se haya manifestado en la necesidad de que el TJCA aplique dicha norma, el tribunal andino decidió no forzar sus límites normativos como si lo hizo en su momento el TJCE, esta es la crítica a la que generalmente apuntan ciertos autores como Osvaldo Saldías (Saldías, The Judicial Politics of Economic Integration. The Andean Court as an engine of development, 2014, págs. 116-117), Karen Alter y Laurence Helfer (Alter & Helfer, 2017, págs. 90-110), Gerard Conway (Conway, 2016, págs. 8-9).

Tal como sucedió en Europa, los jueces nacionales de los Estados miembros de la comunidad andina no son partícipes de la integración, al menos, eso es lo que se puede notar con la falta de solicitud de interpretaciones prejudiciales. La mayoría de estas decisiones judiciales del TJCA se originan a partir de procesos administrativos (Conway, 2016, págs. 16-18) (Helfer & Alter, 2013, pág. 492).

El TJCA asumía que en sus primeras interpretaciones prejudiciales debía explicar el fin u objetivo de dicha herramienta. No obstante, desde el caso *OMAR FERREIRA Y JOSÉ NARVÁEZ CON CONSEJO DIRECTIVO DEL COMERCIO EXTERIOR DEL INCOMEX*, con número de caso *5-IP-90* (Omar Ferreira y José Narváez c. Consejo Directivo de Comercio Exterior del INCOMEX, 1994, págs. 8-9)[90] el tribunal comienza a reafirmar su doctrina anterior y mantiene los alcances de la interpretación de las normas controvertidas. El TJCA decide, hasta ese momento, dejar de profundizar en el propósito de las interpretaciones prejudiciales y se dedica a ratificar y validar sus decisiones previas. Lo mismo ocurre en el caso *SOCIEDAD DE COMIDAS RÁPIDAS MC POLLO CON SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA*, con número de caso *1-IP-94*, donde menciona su doctrina con respecto a la cancelación de las marcas establecida en el caso *2-IP-94* y decide ratificarla (Sociedad de Comidas Rápidas Mc Pollo con

[88] Véase el considerando 3.
[89] Véase el considerando 3.
[90] Este fin también es reafirmado en: el caso *79-IP-2009* (Fábrica de Mermeladas y Caramelos Watts Casal, 2009, págs. 6.52-7.52); caso *7-IP-2009* (Schering Corporation y Pharmacopeia, 2009); caso *1-IP-2010* (Starbucks Coffee, 2010).

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 1994, pág. 15). Por otra parte, el caso *1-IP-94* continua desarrollando y ratificando la doctrina establecida en decisiones anteriores, empleando así los casos: *1-IP-91* y *4-IP-91* (Sociedad de Comidas Rápidas Mc Pollo con Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 1994, pág. 16 y 17)[91].

Cabe señalar que entre el caso *LEÓN KADOCH* y estos últimos mencionados, ha habido un cambio en la conformación de los magistrados del TJCA. Incluso, pareciera que esto ha afectado en cierta manera la visión sobre la finalidad de las Interpretaciones Prejudiciales. Esto se logra observar en el caso *INDUSTRIAS NOEL CON MINISTRO DE INDUSTRIA, COMERCIO, INTEGRACIÓN Y PESCA DEL ECUADOR* con número de caso *2-IP-94*, en el que el TJCA establece que "…la finalidad de la interpretación prejudicial ha de ser la de dar alcance al cuerpo legal en el conjunto de materias pertinentes al caso controvertido, adicionando o restringiendo, según el asunto de que se trate, el acervo de normas citadas por el juez nacional a fin de lograr una comprensión global del caso consultado" (Industrias Noel con Ministro de Industria, Comercio, Integración y Pesca del Ecuador, 1994, pág. 3). La intención del tribunal, desde mi perspectiva, se sostiene, esta es: el respeto a su doctrina establecida en su jurisprudencia, que será siempre reafirmada. Por ejemplo, en el caso Noel se discute la supervivencia de los efectos de la ley antigua y se expone cómo la doctrina del derecho internacional resuelve los conflictos de las leyes en el tiempo. Esto es, las leyes nuevas no surten efectos sobre hechos cumplidos o, según el propio TJCA, sobre situaciones jurídicas concretas (Industrias Noel con Ministro de Industria, Comercio, Integración y Pesca del Ecuador, 1994, pág. 4)[92]. El tribunal reconoce que este es un principio reconocido "expresa y uniformemente en la legislación comunitaria, particularmente en las decisiones sobre propiedad industrial citadas atrás, como…1-IP-88 y 6-IP-93…" (Industrias Noel con Ministro de Industria, Comercio, Integración y Pesca del Ecuador, 1994, pág. 4). Resulta un tanto curioso el uso de las palabras del TJCA, pues pareciera que su jurisprudencia es legislación comunitaria gracias a la uniformidad que esta provee al ordenamiento jurídico de la comunidad. También, en el mismo caso, reconoce que la propiedad industrial ampara con la protección del comercio a los consumidores y empresarios; esto es parte de la protección de los intereses de la colectividad. Esto permite que se ejerzan acciones colectivas sobre intereses individuales con el fin de asegurar la estabilidad del orden jurídico de la comunidad. Estos criterios, tal como lo señala el TJCA, han sido desarrollado en jurisprudencia previa, como: *1-IP-87, 4-IP-88, 2-IP-89, 6-IP-89, 3-IP-90, 4-IP-90, 3-IP-91* y *4-*

[91] El TJCA, años más tarde, mantendría dicha posición, véase el caso *ANTONIO CARBONELL*, 10-IP-94, (Antonio Carbonell, 1995, pág. 9).
[92] Fenómeno denominado como: ultra actividad de la ley.

IP-91 (Industrias Noel con Ministro de Industria, Comercio, Integración y Pesca del Ecuador, 1994, pág. 5 y 6) (Alter & Helfer, 2017, pág. 91).

En cierta forma, esta idea no estaría del todo alejada de su fuente referencial principal, es decir, de la jurisprudencia europea. El TJCA, al trasplantar los principios de efecto directo y supremacía establecidos en las decisiones europeas, está trasplantando los pilares fundacionales del constitucionalismo europeo (Alter & Helfer, 2017, pág. 92). No obstante, tal como es explicado y analizado por los autores Alter y Helfer, el TJCA no ha interpretado el tratado marco de la comunidad como uno de mayor jerarquía para desarrollar la integración de los Estados, a diferencia del TJCE que sí interpretó su tratado marco como un mandato a constitucionalizar el derecho comunitario europeo. Esto quiere decir que la intención de sus fundadores y de los informes de la INTAL de constituir un tribunal a la imagen y semejanza del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tal como se analizó en el apartado histórico del capítulo segundo, ha sido, en cierta manera, descartado por el propio tribunal andino. Por ejemplo, el TJCE estableció tres doctrinas con las que constitucionalizó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Primero, este tribunal decidió que las disposiciones de este tratado imponían prohibiciones para incrementar o crear nuevas barreras al comercio entre los Estados. En segundo lugar, determinó que este tratado y la legislación secundaria (que cumpliese ciertas condiciones) poseían efectos directos dentro de los ordenamientos jurídicos internos. Por último, estableció la supremacía de las normas comunitarias sobre las normas nacionales que fueran anteriores o posteriores a esta (Alter & Helfer, 2017, pág. 94). En cambio, los litigantes solicitaron numerosas veces al TJCA para que este se pronunciase con respecto al tratado marco como un medio para imponer restricciones a los Estados miembros. Este decidió otorgarle espacio de acción a los Estados, porque no consideraba que el Tratado de Cartagena fuese una constitución, sino un punto de partida para la integración. Esto les permitiría a los gobiernos estatales rectificar el proceso integracionista mediante la adopción de la legislación secundaria andina (Alter & Helfer, 2017, pág. 95).

Esta última afirmación de Alter y Helfer parece contradecir un tanto la jurisprudencia del TJCA, por ejemplo, en el caso *AUGUSTO MALDONADO*, con número *6-IP-94*, el tribunal establece que la norma comunitaria primaria (el Acuerdo de Cartagena) da origen a las normas comunitarias derivadas que son un conjunto de normas que devienen de la voluntad de los Estados. La finalidad de estas es establecer un régimen común de Propiedad Industrial de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros de la comunidad, por ello, los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para ponerlo en práctica (Augusto

Maldonado, 1994, pág. 9). En esta aseveración jurisprudencial se visibilizan ciertos elementos de la teoría de la supremacía constitucional. La Constitución desplaza a las normas secundarias como las leyes y se convierte en el parámetro de validez de las últimas. Por tanto, las leyes se verán subordinadas a la Constitución, y será esta la que establezca los órganos que las elaboran y aprueban. Las leyes, entonces, serán válidas si están conforme a los procedimientos que señala la Constitución y si su contenido es coherente con los principios y derechos establecidos en ella. Además, esta goza de eficacia directa que supone, como ya se ha manifestado anteriormente, que sus normas son vinculantes sin la necesidad de ser desarrolladas por otro poder. El Acuerdo de Cartagena cumple con estas características, las cuales han sido mencionadas por la jurisprudencia del TJCA. Por tanto, desde el punto de vista de este análisis, el TJCA sí ha reforzado la idea de considerar al Acuerdo de Cartagena como una constitución, aunque no lo haya manifestado de dicha manera.

En el mismo caso en comento, el TJCA nos manifiesta que su tratado de constitución también es una norma comunitaria primaria, por ello determina cuál es el alcance del artículo 5 de dicho acuerdo que reza: "Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación" (Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1996). Y concluye que esta norma es parte de las primarias, de la cual emergen las Decisiones que constituyen normas jurídicas derivadas del Acuerdo de Cartagena (Augusto Maldonado, 1994, pág. 10). Además, también determina que dicha disposición establece dos obligaciones, la primera es de hacer y la segunda de no hacer. La primera, "los Países Miembros… 'están obligados' a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento del ordenamiento jurídico. La segunda, "…los signatarios del Tratado se comprometen a no adoptar medidas contrarias al ordenamiento jurídico o medidas que 'de algún modo' obstaculicen su aplicación." (Augusto Maldonado, 1994, pág. 10).

Se debe reconocer que dicho tribunal, al menos en este caso, no hace mención alguna de si existe una jerarquía normativa dentro de las normas primarias, y en ello podría decirse que falta el componente constitucional de la misma. Sin embargo, hay indicios que debería de entenderse así, pues el TJCA repite que las decisiones de los órganos de la comunidad, como la 344, se encuentran "inscritas dentro del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena, pues la incorporación de normas nacionales debe ser complementaria al espíritu del 'Régimen Común'

y nunca contraria al mismo… compromiso este que se entiende, asumen los países para unificar las medidas de fortalecimiento al Régimen Común de Propiedad Industrial de la subregión, en una unidad de criterios que partiendo de los 5 países signatarios comulguen plenamente con el marco jurídico del Acuerdo de Cartagena necesariamente y no conspiren contra el…" (Augusto Maldonado, 1994, pág. 18). Por otra parte, en este caso el TJCA también se pronuncia respecto a la posición que poseen las normas internacionales en caso de conflicto con las normas de la comunidad. Para ello, el tribunal hace un símil con el caso de las normas nacionales, tal cual lo desarrolló en el caso *3-IP-94*. Las normas nacionales y los tratados internacionales deben tener un espíritu de concordancia con el Acuerdo de Cartagena, deben guardar complementariedad y armonía jurídica con este ordenamiento jurídico. Las normas nacionales e internacionales deben fortalecer el orden jurídico del Acuerdo de Cartagena, no debilitarlo. En caso contrario, el ordenamiento jurídico comunitario será de aplicación prevalente sobre los demás ordenamientos jurídicos, pues esa ha sido la voluntad del legislador andino expresada en el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 5 del Tratado de creación del TJCA (Augusto Maldonado, 1994, págs. 18-19)[93].

Finalmente, el TJCA se resguardó de determinar si la norma nacional era vulneradora del derecho andino, ya que su interpretación está fuera de sus competencias. Esto se debe a que el artículo 30 de su tratado de creación establece que dicha tarea le corresponde al juez nacional. Este artículo marca la diferencia entre el llamado activismo judicial del TJCE con el TJCA, pues a pesar de que el juez nacional le solicita una respuesta concreta al TJCA, este se abstiene de otorgarla por adscribirse a la literalidad de su tratado marco.

El TJCA en el caso *JABONERÍA NACIONAL S.A*, con número *17-IP-95*, vuelve a reafirmar lo establecido en el caso *LEÓN KADOCH* con respecto al término interpretación (Jabonería Nacional S.A., 1995, pág. 6). Este tribunal se ve limitado a que no puede calificar los hechos que se han desarrollado en el proceso nacional porque esto es competencia del juez interno y así ha sido establecido en el artículo 30 de su Tratado de creación. Sin embargo, al igual que en *LEÓN KADOCH*, el TJCA intenta ir más allá y ahora destaca que podría aplicar una teoría moderna de interpretación. A ello argumenta lo siguiente "… puede decirse que a este Tribunal le corresponde hacer el ejercicio de subsumir o de buscar el eslabón que debe existir entre la situación concreta que se desprende de la síntesis de los hechos, y la hipótesis o previsión abstracta contenida en la normativa andina que ha de interpretarse por el juez comunitario y

[93] Reafirmado de la misma manera en el caso *ANTONIO CARBONELL*, 10-IP-94 (Antonio Carbonell, 1995, págs. 15-19).

adoptarse por el juez nacional" (Jabonería Nacional S.A., 1995, pág. 6). Según este tribunal, una interpretación general y abstracta podría ser contradictoria con la controversia e inútil para decidir el proceso. El resultado más grave de este tipo de interpretación sería que esta no sea útil el fin de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la CAN. El TJCA es claro en determinar que los fundamentos jurídicos de este caso no pueden servir para otros casos acumulados, no se puede anticipar a los mismos porque pueden ser contradictorios. En ese sentido, la jurisprudencia andina no posee efectos generales, a pesar de que ella uniforma la aplicación de sus normas (Jabonería Nacional S.A., 1995, pág. 6).

Sin embargo, esto resulta contradictorio con la finalidad de la interpretación prejudicial, pues si esta busca la aplicación uniforme de la norma andina, ¿por qué el criterio doctrinario que se encuentra en cada decisión no puede ser aplicable a casos similares o análogos? La primera respuesta a dicha interrogante es la propia limitación normativa que ahora tiene este tribunal, ya que en el artículo 34 se establece que "… el tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto" (Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1996). Una respuesta histórica, que tendría más sentido con la finalidad de esta herramienta, es la que ofrece el primer Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1979, el cual manifiesta en su artículo 30 que "…el tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena" (Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1979).

Otra respuesta se encuentra en las normas que regulaban las funciones del TJCE, por ejemplo, el artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica no establecía que la interpretación prejudicial se limitaba al caso en concreto, de hecho, tampoco se establecía que esta herramienta servía para asegurar la interpretación y aplicación uniforme de las normas europeas. Dicha característica surgió a partir de la interpretación que el TJCE realizó del artículo 177 y que fue manifestada en el caso *VAN GEND & LOOS*, que posteriormente, como ya fue mencionado, será tomado en cuenta así por la Junta y la INTAL al momento de elaborar el informe para la creación del TJCA. Esta característica se desarrolló de la siguiente manera: "…la función del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177, cuya finalidad es **garantizar la unidad** de interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, confirma que los Estados han reconocido al Derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos" (lo puesto en negritas es propio) (Van Gend

& Loos, 1963, pág. 339)[94]. Además, el TJCE hizo hincapié de que no era competente para desarrollar la aplicación de las normas con respecto a los hechos, sino sobre la interpretación de los alcances del derecho emanado del propio tratado. Por ello, la aplicación del derecho en conformidad a la interpretación de los alcances rendidos por el TJCE deberá ser efectuado por el juez nacional.

Los jueces andinos han trasplantado la jurisprudencia europea y por ello no es extraño que hayan reiterado la postura con respecto a la apreciación de los hechos del caso en concreto. Por ello, si se analiza nuevamente el caso *1-IP-87*, el TJCA desde entonces empezó a limitarse con respecto a esta materia, lo cual es reconocido implícitamente en el caso *CIBA GEIGY* con número *1-IP-99*. En este último caso, el TJCA reafirma su doctrina con respecto a la interpretación de los hechos, puesto que, si los excluyera de su interpretación, la resolución sería demasiado general y abstracta para los fines que las interpretaciones prejudiciales persiguen, es decir, uniformar la aplicación de las normas andinas. Sin embargo, en ese momento, aún no existía la disposición que limitaba la actuación de este tribunal, pero el TJCA interpretó su Estatuto de 1983 (Decisión 184) de tal manera que limitó su función. En el caso *1-IP-87* manifestó "…La exigencia del Estatuto, de que tales hechos se informen al Tribunal de manera sucinta, ha de entenderse entonces no en el sentido de que éste se ha de pronunciar sobre ellos –lo cual le está vedado- sino para que, conociéndolos, pueda el Tribunal enfocar u orientar la doctrina de suerte que su interpretación resulte útil para el juez que debe fallar" (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 5). Este órgano judicial asumió dos cosas que han sido reiteradas en su jurisprudencia: 1) la interpretación como un acto que determina los alcances de la norma y 2) la exclusión de la interpretación de los hechos por una especie de cooperación entre el juez nacional y el comunitario. Con respecto a la primera, ha sostenido que, a pesar de ser un intérprete exclusivo de las normas comunitarias, no tendría sentido no basarse en los hechos para concretizar y uniformar su doctrina. Con respecto a la segunda, ha manifestado reiteradamente que no puede aplicar las normas jurídicas, sino que debe desarrollar sus alcances para que el nacional la aplique. Como consecuencia, el legislador andino, con la suscripción del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1996, limitó en gran medida los efectos generales de las interpretaciones prejudiciales; aproximándose así a la postura del TJCA y, en cierta medida, a la de su referente europeo.

[94] El término unidad es establecido como uniformidad en su versión en inglés, así: "the object which is to secure uniform interpretation of the Treaty by national courts and tribunals".

Teniendo en cuenta estas limitantes normativas y la propia postura impuesta por sí mismo, el TJCA, en la interpretación prejudicial *PPG INDUSTRIES* con número *5-IP-96*, concluye que la finalidad de estas decisiones es asegurar "en el territorio de los Países Miembros la aplicación uniforme de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, por lo cual la jurisprudencia sentada es doctrina armónica y estable pero con la natural adaptación al caso concreto, y puesta en función de los avances del proceso de integración; lo que, por otra parte, hace siempre necesaria la consulta" (PPG Industries, 1997, pág. 10). El TJCA, desde mi análisis, es consciente del límite impuesto por su constituyente y por su doctrina pasada, pero busca formar una doctrina que sea armónica y estable para la subregión, a pesar de que todos los casos deban ser consultados para asegurar la uniformidad de la aplicación. La forma en como este tribunal reafirma su doctrina es por medio de la reafirmación de las interpretaciones prejudiciales anteriores. Por ello, el TJCA adopta un estilo más visible de dichas reafirmaciones a partir de las interpretaciones prejudiciales *2-IP-99*. Es a partir de este caso que los reenvíos y reafirmaciones de su doctrina anterior se manifiesta en las notas al pie de página. Con ello, en este caso denominado *LABORATORIOS FARMACOL*, confirma que "La jurisprudencia de este Tribunal ha sido pródiga en unificar, elaborar y señalar criterios orientadores de tipo general que sirvan tanto al administrador como al juez nacional, y por sobre todo a éste, en sus tareas de aplicación de la Ley Comunitaria…" (Laboratorios FARMACOL, 1999, pág. 8).

El TJCA hace más autoritativa la idea de que su jurisprudencia es vinculante en el caso *BACKUS & JOHNSTON* con número *1-IP-2000*. En esta IP manifestó lo siguiente: "El funcionario no goza de absoluta discrecionalidad en la adopción de su criterio, puesto que debe adoptar las reglas que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para el efecto" (Backus & Johnston, 1999, pág. 7). La doctrina ha sido destacada y reafirmada por la jurisprudencia andina, ellos han establecido cada aspecto de la propiedad intelectual que deberá regir en dicha área (Alter & Helfer, 2017, págs. 211-215). También ha demostrado su cautela con la no expansión de criterios en aquellos aspectos donde hay vacíos o lagunas en las normas andinas, pues el tribunal ha sido permisivo con la soberanía y ritmo integracionista de los Estados miembros (Alter & Helfer, 2017, págs. 226-227).

Efectivamente, podrá haber casos análogos que deberán forzosamente ser consultados ante el juez comunitario, pero la doctrina establecida en la jurisprudencia de este tribunal es vinculante y obligatoria para los aplicadores del derecho en esta comunidad y los particulares pueden exigir su aplicación. A esto se refiere en diversas ocasiones el TJCA con la obligación que

poseen los jueces nacionales "con competencia para actuar como juez comunitario-que en el caso lo es la alta jurisdicción requirente, en cuanto se encuentra obligada a formular la consulta, y a acatar la interpretación que de las normas supranacionales realiza este Tribunal Andino en la presente sentencia-" (Inversiones Agropecuarias del Risaralda Limitada-INVARI LTDA, 2000, pág. 3)[95]. Además, refuerza la idea de la constitución de una jurisprudencia que es constante "en esta ocasión se reiteran los criterios expuestos en constante jurisprudencia del Tribunal, en el sentido de no proceder a la interpretación de los mismos…estos 'constituyen compromisos que los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena adquirieron desde la entrada en vigencia de la Decisión 311. Tales compromisos, de carácter nacional, no pueden ser invocados ni aplicados a los casos en que los particulares participan con intereses individuales'" (Inversiones Agropecuarias del Risaralda Limitada-INVARI LTDA, 2000, pág. 4)[96].

b. Los principios que fundamentan la unidad interpretativa de la comunidad de derecho de la región andina

El primer caso donde se establece la preeminencia del ordenamiento jurídico andino fue el caso *AKTIBOLAGET VOLVO* con número de expediente *1-IP-87*. Este principio genera el efecto de prevalecer en caso de conflicto con las normas nacionales, ya sean anteriores o posteriores a su vigencia (Aktiebolaget Volvo, 1987, págs. 2-3) (Alter & Helfer, 2017, págs. 92-93). El TJCA refuerza la idea del cumplimiento obligatorio de las normas comunes a través del artículo 5 de su tratado constitutivo, en el que se ha previsto la obligación para los Estados miembros de cumplir todas las normas del ordenamiento andino, y para ello se cita así mismo con una sentencia de nulidad *2-N-86* de la *REPÚBLICA DE COLOMBIA CON LA JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA*, en la que manifiesta lo siguiente: "…que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y, que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de integración que se cumple en una comunidad de

[95] También véase los casos: *3-IP-2000* (T.V. Cable Limitada, 2000, pág. 8 y 15); *4-IP-2000* (Sociedad Dowelanco, 2000, pág. 10); *6-IP-2000* (Laboratorios Bussie Bustillo y CIA, 2000, pág. 5);*5-IP-2005* (Industrias Dormiluna, 2005) *133-IP-2007* (Rutas de América CIA, 2008, pág. 4).
[96] De igual manera véase: el caso *2-IP-2000* (Backus & Johnston, 2000, pág. 3).

derecho cual es la constituida en el Pacto Andino…" (República de Colombia con la Junta del Acuerdo de Cartagena, 1986, pág. 4).

Desde entonces, este tribunal ha reafirmado la noción de derecho común y de comunidad de derecho, por lo que este debe ser respetado por ser parte de un compromiso incondicional suscrito por los Estados, quienes constituyeron y constituyen la comunidad, por ello manifiesta y reafirma en la sentencia *MANUEL PACHÓN MUÑOZ*, con número *5-IP-89*, que estos tienen "… 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" (Manuel Pachón Muñoz, 1989, pág. 4).

Hasta este momento, la jurisprudencia ha sido enfática con que el tratado constitutivo de la comunidad andina posee características que son inherentes a la identidad y autonomía de su ordenamiento jurídico y que, por ser un derecho común, también forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, el primero prevalece sobre este último, especialmente, ante toda norma o acto unilateral que lo contradiga. Esta prevalencia corresponde propiamente al principio de primacía europeo, que en capítulos anteriores se ha discutido y determinado que ha sido trasplantado a la jurisprudencia andina. Además, en el caso *MANUEL PACHÓN*, el TJCA vuelve a reafirmar los métodos de interpretación de su jurisprudencia, pero también determina que para interpretar su propio tratado deberá emplear "los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma pacta sunt servanda, universalmente reconocidos, así como la regla general de interpretación prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados…" (Manuel Pachón Muñoz, 1989, pág. 5), y concluye que todo acto de los Estados partes que desconozcan el principio de *pacta sunt servanda* se encontrarían violando el derecho internacional y en el caso concreto, al derecho andino. No obstante, deja a discrecionalidad del Estado determinar cómo cumplirá dicho ordenamiento jurídico, ya sea a través de la jurisprudencia o actos administrativos o incluso a derogar expresamente las normas nacionales que sean contradictorias con las de la comunidad. A pesar de esto, persiste la obligación de los Estados de aclarar internamente el alcance y el valor de los principios de aplicación directa y preeminencia del orden jurídico andino.

El TJCA sigue desarrollando estas ideas y da un pequeño giro autoritativo en conformidad a lo que debería ser el derecho andino y lo hace en el caso *GERMAN Y ERNESTO CAVELIER* de 1988 con número *2-IP-88*. En dicha interpretación prejudicial el tribunal andino determinó que los

Estados miembros no pueden excusarse con medidas internas que alteren el efecto directo y uniforme de las normas andinas. Además, señaló que cuando estas normas entren en vigor, las internas automáticamente serán inaplicables, siempre y cuando sean contrarias a los objetivos de la comunitaria, pues estas gozan de primacía y, por lo tanto, deberá resolverse a favor de la comunidad (Germán y Ernesto Cavelier, 1988, pág. 4). Sin embargo, el tribunal es cauteloso con su criterio y menciona que "la norma comunitaria suele requerir de una adaptación al derecho interno, a fin de que se asegure su efectividad, e incluso puede demandar alguna forma de precisión o desarrollo en el plano nacional. Es normal, de otra parte, que en la misma norma comunitaria se indique expresamente cuales son las pormenorizaciones que su correcta aplicación requiere." (Germán y Ernesto Cavelier, 1988, pág. 4).

El TJCA no tiene la voluntad para desarrollar criterios tan invasivos para la soberanía nacional de los Estados, sin embargo, también ha demostrado, en ciertos casos, una postura que busca desarrollar el vínculo entre el derecho andino y el derecho nacional "… el reglamento sobre marca contenido en la decisión 85 corresponde a la categoría de las resoluciones que han sido llamadas 'self-executing' y que se caracterizan por ser aplicables directamente y en términos de absoluta igualdad en todos los Estados miembros. Estos, frente a la norma comunitaria, no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o en prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario" (Germán y Ernesto Cavelier, 1988, pág. 4). Por una parte, manifiesta que las normas son aplicables directamente y de forma igualitaria en todos los Estados, y por otra, que suelen requerir ser adaptadas en el ordenamiento interno para asegurar su efectividad. Este tribunal también cita la jurisprudencia europea en la que se manifiesta que "la aplicación uniforme de las normas comunitarias no permite que se expidan normas nacionales sobre el mismo asunto, a menos que estas sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas… las autoridades nacionales están en libertad para usar todos los métodos que resulten apropiados en la legislación interna para asegurar el cumplimiento del derecho comunitario… y para impedir fraudes… utilizando siempre criterios compatibles con los comunitarios" (Germán y Ernesto Cavelier, 1988, págs. 4-5). A partir de ello concluye este tribunal que "se estableció así un régimen común y uniforme, de especial significación dentro del proyecto integracionista, cuyas características especiales, en cuanto ordenamiento comunitario, son las de constituir una regulación autónoma, coercitiva, de efecto directo y que constituye un derecho único para toda la

Subregión, que ha de aplicarse en toda ella de manera homogénea y que ha de prevalecer por lo tanto, en todo caso, sobre el derecho nacional" (Germán y Ernesto Cavelier, 1988, pág. 5).

La uniformidad que busca establecer el tribunal andino en el caso *GERMÁN Y ERNESTO CAVELIER* de 1988 se fundamenta en que las normas comunitarias forman parte de un nuevo ordenamiento jurídico que debe ser aplicado de manera homogénea en los Estados miembros y, por ello, no está permitido que las autoridades nacionales legislen creando normas o modificando las normas comunitarias de forma unilateral. Existe una sola excepción a dicha regla y esta se da cuando la legislación interna regule cierta materia cuando la comunitaria no haga mención al respecto. Esto se reafirma en otro acápite de la sentencia, así: "pero si el asunto o materia se encuentra regulado en la Decisión, ha de entenderse, en sana lógica, que lo está integralmente, en su totalidad, de suerte que no resulta admisible la aplicación simultanea de normas nacionales por razonables y pertinentes que éstas puedan parecer. De otro modo no podría existir un régimen único y uniforme en la Subregión -objetivo esencial del derecho de la integración- al permitirse que éste resulte modificado, tergiversado o adicionado en alguna forma por la legislación nacional, la cual carece de competencia para ello… ello equivaldría a permitir la modificación unilateral y por tanto arbitraria del régimen común" (Germán y Ernesto Cavelier, 1988, pág. 6).

Así interpreta el TJCA que la decisión 85 es una norma jurídica completa, en cuanto a los asuntos que trata, expedida por una institución supranacional y que goza de primacía. Por tanto, aparecen como principales principios gestores de esta uniformidad los principios de primacía y efecto directo. Luis Vergara Quintero, magistrado del TJCA, manifestó en una reciente publicación de este tribunal en honor a los 40 años de existencia de esta institución que "el denominado derecho de la integración o derecho comunitario y con el diversos mecanismos jurídicos y organismos internacionales que tiene por objeto, no solo su aplicación efectiva, sino, su implementación en una forma ordenada y coherente" (Gómez Apac, Vergara Quintero, Romero Zambrano, Aguilar Feijoó, & Rodríguez Noblejas, 2019, pág. 135). El objetivo que persigue su función jurisdiccional es consolidar la seguridad jurídica por medio de una jurisprudencia "… única y permanente para que los Estados, los inversionistas, los comerciantes y los ciudadanos comunitarios, sepan de antemano a qué atenerse en sus actividades y actuaciones en el marco de la integración" (Gómez Apac, Vergara Quintero, Romero Zambrano, Aguilar Feijoó, & Rodríguez Noblejas, 2019, pág. 139). Sin embargo, la actitud adoptada por el TJCA es contradictoria con el espíritu mismo de la consolidación de un

derecho común que tiene como característica fundamental ser uno de aplicación e interpretación uniforme para los Estados que conforman dicha comunidad.

En el caso *GERMÁN CAVELIER Y ALEXANDRE VERNOT* con número de expediente *2-IP-90*, el TJCA vuelve a reafirmar con mayor firmeza las características del derecho de integración, estableciendo que "no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros, tal como lo afirman categóricamente los demandantes en este proceso y lo acepta sin salvedades el Agente del Ministerio Público… 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 reproducirlo 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" (Germán Cavelier y Alexandre Vernot, 1990, pág. 5)[97]. Además, el TJCA es consciente que tanto el conflicto entre la norma nacional y la comunitaria es debido a que ambas son dos fuentes normativas autónomas. Por ello, el orden jurídico comunitario no deroga las normas nacionales, si no que causa su inaplicación temporal. Esto, junto a la interpretación uniforme, "resulta indispensable para garantizar la unidad y eficacia del derecho comunitario en todos y cada uno de los países de la Subregión" (Germán Cavelier y Alexandre Vernot, 1990, pág. 6)[98].

También reconoce la necesidad de la aplicación de la primacía por su origen histórico europeo "…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" (Germán Cavelier y Alexandre Vernot, 1990, pág. 6). Sin embargo, vuelve actuar de forma cautelosa con la autoridad nacional y hace hincapié de que la integración es un proceso progresivo, *ergo*, el desplazamiento del derecho

[97] Esta idea también es reforzada en *RONDÓN DE SANSÓ* (Rondón de Sansó, 1996, pág. 105); reafirmado en *LABORATORIOS LIBRAPHARMA* (Laboratorios Librapharma, 2010, págs. 5-6) y *SOCIEDAD KIMBERLY CLARK WORLDWIDE* (Sociedad Kimberly Clark Worldwide, 2012, págs. 5-6).
[98] Este criterio se repite nuevamente en: caso *HARINERA DEL VALLE PAZ*, número *6-IP-90* (Harinera del Valle Paz, 1991, pág. 5).

comunitario sobre el nacional se produce por etapas, hasta que el derecho común abarque todo el aspecto del tema a regular, por ejemplo, la propiedad intelectual o las marcas (Germán Cavelier y Alexandre Vernot, 1990).

El tribunal andino también hace hincapié en la relevancia de su jurisprudencia y que es "evidente que funcionarios y jueces nacionales, al interpretar, apreciar o valorar la idoneidad de las pruebas que se hayan presentado para los efectos del artículo 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, están en la obligación de tener muy presente la interpretación que de la norma común haya dado el Tribunal comunitario. Esta obligación es el resultado del efecto prevalente que tienen las normas de la integración y se deduce, tanto de lo dispuesto por vía general por el artículo 5 del Tratado que creó este Tribunal, como del artículo 31 **ibídem** en lo referente a la interpretación prejudicial" (Harinera del Valle Paz, 1991, pág. 5).

Este tribunal es consciente de sus limitantes, pues el artículo 30 de la primera versión de su tratado de creación, que ahora con las reformas pasó a ser el artículo 34, establecía que el juez comunitario no puede calificar los hechos controvertidos en el proceso, ni el alcance de la norma nacional. Es por esto que se requiere de una colaboración entre "el juez nacional y el juez comunitario para llegar a un resultado final, el cual no es otro que la sentencia en la cual debe aplicarse la norma común al caso en litigio (tarea del juez nacional), de acuerdo con los términos de la sentencia de interpretación que dicte el juez comunitario… a fin de que exista uniformidad en el entendimiento de las normas, pese a que hayan de aplicarlas indistintamente los jueces nacionales de los cinco Países Miembros de la Subregión" (Harinera del Valle Paz, 1991, pág. 6). Esta colaboración entre los jueces nacionales y comunitarios es indispensable para lograr la "…obligatoria uniformidad que exige el ordenamiento jurídico comunitario" (Harinera del Valle Paz, 1991, pág. 7). Y, si esta no fuera una obligación, según este tribunal, existirían diversos dictámenes en los Estados miembros de lo que supondría una decisión interpretativa técnica de la decisión 85 o de otras normas andinas y, por tanto, estos podrían ser contradictorios. La consecuencia de esto sería la creación de paridad de criterios que frustrarían, inevitablemente, el ordenamiento jurídico común (Harinera del Valle Paz, 1991).

El TJCA también ha reafirmado lo que la interpretación prejudicial no es y que jamás deberá ser considerada como una prueba. Esto fue establecido así en el caso *HARINERA DEL VALLE PAZ* con número de caso *1-IP-91*, de la siguiente manera: "En efecto, el recurso prejudicial es un elemento de **juris** que el Juez Nacional debe tener en cuenta para fundar jurídicamente su

sentencia y que, por lo mismo, es esencialmente distinto a la prueba, la cual se circunscribe por definición a lo factico del juicio o proceso de que se trate y que es, en consecuencia, ajena a la competencia del juez Comunitario cuando interpreta prejudicialmente. (Harinera del Valle Paz Bautista y CIA, 1991, pág. 2)"[99]

En las interpretaciones prejudiciales *3-IP-94* y *6-IP-94*, se comienza a desarrollar el principio de complemento indispensable que es propio de este proceso de integración. Sin embargo, este será reconocido y desarrollado en la interpretación prejudicial *COLGATE PALMOLIVE COMPANY* con número *12-IP-1995*. El TJCA manifiesta que "La jurisprudencia comunitaria tiene repetidamente aclarado… que 'el desarrollo de la ley comunitaria', por la legislación nacional es excepcional y a el le son aplicables principios tales como el 'complemento indispensable', de manera que para juzgar la validez de la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la comunidad…" (Colgate Palmolive, 1995, págs. 7-8)[100]. Además, reafirma la jurisprudencia ya establecida por este tribunal en los casos *2-IP-88, 3-IP-94*, *6-IP-94* y *10-IP-94* y manifiesta "…que las disposiciones internas deben guardar relación de armonía, de complementariedad y de interrelación con la filosofía de la normativa comunitaria vigente, por ser de prevalente aplicación, por lo cual no es posible 'mantener la vigencia de las leyes nacionales anteriores a la norma comunitaria incompatibles con ella'" (Colgate Palmolive, 1995, pág. 8).

En el caso *SOCIETÉ NATIONALE SERVICE D'EXPLOITATION INDUSTRIELLE DES TABACS ET DES ALLUMETTES* (en adelante *SEITA*) con número de caso *5-IP-95*, el TJCA desarrollo su noción de supranacionalidad que pareciera diferir con el empleado por la entonces Comunidad

[99] De igual manera ha sido afirmado en otros casos como *AKTIBOLAGET VOLVO*, *1-IP-87* (Aktiebolaget Volvo, 1987, pág. 4); *INTERPLAST LTDA*, *6-IP-89* (INTERPLAST LTDA, 1989); *CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y CONVENIO DE PARÍS* con número *1-IP-96* (Corte Constitucional de la República de Colombia y Convenio de París, 1996, págs. 2-3); *PROCTER & GAMBLE COMPANY*, *9-IP-99* (Procter & Gamble Company, 1999, págs. 5-6). Por otra parte, esto se vuelve a reafirmar en la sentencia *ANTONIO CARBONELL*, *10-IP-94* y se establece que esta cumple con el principio de cooperación y colaboración que debe existir entre el juez nacional y el comunitario (Antonio Carbonell, 1995, pág. 7); *458-IP-2016* (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales EGEDA Perú, 2018, págs. 3-5).

[100] Años más tarde se reafirma nuevamente en el caso *65-IP-2009* (The Hearst Corporation, 2009, págs. 47.52-49.52); *131-IP-2008* (Grupo Giuleti, 2009, págs. 30.44-32.44); *11-IP-2010* (Laboratorios Librapharma, 2010, págs. 6-7); *90-IP-2011* (Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de la República del Perú , 2012, págs. 11-12); *88-IP-2011* (PETROPERÚ, 2012, págs. 25.64-26.64); *22-IP-2012* (Sociedad Kimberly Clark Worldwide, 2012, págs. 6-7); *255-IP-2013* (COMCEL, 2014, págs. 21-22); *74-IP-2015* (Bayer Cropscience, 2015, págs. 8-11); *142-IP-2015* (Cooperativa Suramericana de Transportes SUTRANSCOOP, 2015); *116-IP-2016* (General Motors Colmotores, 2018, págs. 6-7); *408-IP-2016* (Papeles Industriales Indupapel, 2016, págs. 8-10)*; 432-IP-2016* (Otecel, 2016, págs. 8-9); *104-IP-2015* (Innova Seeds, 2016, pág. 8); *366-IP-2015* (Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, 2017, págs. 12-13); *560-IP-2016* (Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, 2017, págs. 17-18); *33-IP-2017* (Lin Qing, 2018, págs. 25-26); *110-IP-2017* (Marco Antonio Soto, 2019, págs. 16-17).

Económica Europea, pues el tribunal manifiesta que "… ya no podría sostenerse en puridad de verdad, hoy en día, como expresión de la idea de un 'Super Estado' con soberanía territorial propia. Todo lo contrario, la noción de supranacionalidad dentro del derecho de la integración, es la negación del 'imperium' a la manera romana, y la afirmación de la autonomía de gestión que crean los Estados que se integran" (SEITA, 1995, pág. 3 y 4). Esta noción estará en conformidad con el principio de complemento indispensable, por lo que podría afirmarse que han existido dos nociones de supranacionalidad andina. La primera, aquella en la que la comunidad andina era considerada como absoluta con respecto a su ordenamiento jurídico y, la segunda, la recién transcrita y que su autonomía en la gestión posee ciertas flexibilidades en conformidad de las voluntades de sus miembros. Esto, a su vez, tiene una intrínseca relación con el principio de preeminencia (o primacía) y un nuevo principio establecido en esta interpretación prejudicial, al cual se le denominó como "principio de intangibilidad". Este principio viene del artículo 6 del Tratado de Creación del TJCA y este tribunal manifestó que "…ninguna autoridad nacional puede al margen de la Comisión modificar o establecer reglas no previstas por los Ministros de Industria de los Países Miembros o los Plenipotenciarios debidamente acreditados que integran la Comisión y que tienen la capacidad exclusiva para legislar por medio de las Decisiones" (SEITA, 1995, pág. 4).

Esto no queda del todo claro, pues resulta un poco contradictorio y redundante entre los mismos principios. El principio de primacía desarrollado en *COSTA/ENEL* establecía absolutamente que las normas nacionales anteriores o posteriores que contradijeran el orden jurídico de la comunidad serían inaplicables, prevaleciendo así las comunitarias. Además, esto suponía una obligación de hacer y no hacer para las autoridades nacionales[101]. La primera, era el compromiso de los contratantes de hacer todo lo posible para hacer efectivo el orden jurídico comunitario. La segunda establece una prohibición a la autoridad nacional de legislar en contra de las normas comunitarias (Rondón de Sansó, 1996, pág. 116) (Alter & Helfer, 2017, págs. 98-101). Parecería que es innecesario desarrollar otros principios que versan sobre el mismo

[101] Esto será retomado en la interpretación prejudicial *DARIEN* con número de caso *3-IP-96* en donde reafirma el concepto del principio de primacía y desarrolla a cabalidad el concepto de aplicabilidad directa. Este último principio, en este caso, es desarrollado acorde a la teoría de Guy Isaac que a su vez hace una confusión entre efecto directo y aplicabilidad inmediata, lo cual ha sido desarrollado en capítulos anteriores. También se reafirma en los siguientes casos: *ACEGRASAS S.A. CON DIAN*, número de caso *30-IP-98* (ACEGRASAS S.A. con DIAN, 1999, págs. 6-11); *BANACOL S.A*, número de caso *5-IP-99* (BANACOL S.A, 2000, pág. 6); *255-IP-2013* (COMCEL, 2014, págs. 20-21); *116-IP-2016* (General Motors Colmotores, 2018, págs. 4-6); *104-IP-2015* (Innova Seeds, 2016, págs. 7-8); *366-IP-2015* (Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, 2017, págs. 10-12); *560-IP-2016* (Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, 2017, págs. 15-17); *272-IP-2016* (Colombina, 2018, págs. 7-12); *609-IP-2016* (Alejandro Ordoñez, 2018, págs. 8-13); *50-IP-2017* (Guccio Gucci, 2017, págs. 8-11); ; *110-IP-2017* (Marco Antonio Soto, 2019, págs. 5, 8 y 9); *452-IP-2017* (Toyosa, 2017, págs. 7-9); *452-IP-2017* (Toyosa, 2017, págs. 8-9; 12-13).

contenido. Esta necesidad, probablemente, emerge de la falta de comprensión del principio de primacía que ha sido trasplantado de la jurisprudencia europea. La relevancia de estos principios, tal como ya se manifestó anteriormente, es que son fundamentales para que estas decisiones judiciales sean fuente formal de derecho. Por tanto, la contradicción o disminución de sus efectos también afectan a estas decisiones judiciales.

El caso *RUTAS DE AMÉRICA* con número *133-IP-2007* resulta más esclarecedor de las ideas anteriormente establecidas, pues se reafirma que el orden jurídico de esta comunidad está fundamentado en los principios de primacía y aplicación inmediata (Rutas de América CIA, 2008, pág. 8). Estos principios junto a la eficacia directa, como ya ha sido establecido anteriormente, también serán los pilares por los cuales las interpretaciones prejudiciales andinas serán una fuente formal con efectos *erga omnes.* Para desarrollar esta idea, el TJCA se remite a una acción de incumplimiento que fue presentada por la Secretaria General de la Comunidad Andina y que fue resuelta por este tribunal en el año 2002. A este caso se le denomina *SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA CON REPÚBLICA DEL ECUADOR* y el número de caso es el *34-AI-2001*[102]. Entonces, podría decirse que este tribunal tiene en consideración en su doctrina jurisprudencial no solamente aquella de naturaleza prejudicial, sino también a las acciones de incumplimiento.

Estas acciones involucran directamente a un Estado miembro de la comunidad, sin embargo, el TJCA ha decidido reafirmar sus criterios doctrinarios vertidos en este tipo de casos. Otro valor que posee el caso *133-IP-2007* es que al reafirmar la acción de incumplimiento *34-AI-2001*, desarrolla con más claridad la diferencia entre aplicabilidad inmediata y la aplicación directa (efecto directo europeo). La aplicabilidad inmediata se refiere a que la norma andina está vigente al mismo tiempo para todos los Estados miembros. La aplicación directa es "la capacidad jurídica de las normas comunitarias para generar derechos y obligaciones que los ciudadanos de cada país puedan exigir ante sus tribunales nacionales" (Rutas de América CIA, 2008, pág. 9). También reafirma que la primacía implica una prohibición al legislador nacional de modificar, sustituir o derogar el derecho andino y también se constituye como una obligación para el juez nacional de garantizar su implementación. Las normas nacionales no se derogan, solo se encuentran en inaplicación y suspensión (Rutas de América CIA, 2008, págs. 8-9)[103]. Por otra parte, se reafirma el principio de preeminencia que es un derivador de la

[102] A su vez este caso reafirma lo establecido en: *6-IP-93* (Louis Vuitton, 1994); *110-IP-2017* (Marco Antonio Soto, 2019, págs. 6-8); *452-IP-2017* (Toyosa, 2017, págs. 9-12).

[103] Reafirmando lo establecido en el caso *1-AI-2001* (Secretaria General de la Comunidad Andina con República Bolivariana de Venezuela, 2002); también el caso *2-IP-90* (Germán Cavelier y Alexandre Vernot, 1990) y también

aplicación directa, por lo que aquellas disposiciones o normas que sean aplicables directamente (o gocen de eficacia directa) son imperativas y deberán primar sobre las internas (Rutas de América CIA, 2008)[104]. Por todo esto, la norma andina prevalece sobre la nacional, ya sea anterior o posterior a su existencia. Si la norma andina no prevaleciera no sería posible lograr un régimen comunitario uniforme para todos los pertenecientes a este, tampoco se lograrían los objetivos propuestos por la comunidad. Y es el mismo órgano judicial que tiene como objetivo consolidar estos criterios para todos los Estados miembros mediante su desarrollo jurisprudencial (Moraga Mejías, 2018, pág. 265).

En la acción de incumplimiento anteriormente señalada, el TJCA explica la relación entre la Comunidad Andina y el ordenamiento internacional convencional y de cómo esta ha sido desarrollada en la jurisprudencia. La constitución de esta comunidad ha implicado ciertos cambios en la soberanía de sus miembros como "la presencia de un órgano jurisdiccional permanente con capacidad exclusiva de declarar el derecho comunitario, solucionar las controversias que surjan del mismo, controlar la legalidad sobre los actos de la organización comunitaria y asegurar el cumplimiento de las obligaciones a que se comprometen los países miembros" (Secretaría General de la Comunidad Andina con República del Ecuador, 2002, pág. 46). Además, la existencia del órgano judicial andino trae aparejado "…un sistema de mutua cooperación entre el tribunal comunitario supranacional y el juez nacional, quien para estos efectos adquiere el carácter de juez comunitario para el ejercicio de la función de aplicar la ley uniformemente, basado en la interpretación jurisprudencial del tribunal internacional." (Secretaría General de la Comunidad Andina con República del Ecuador, 2002, págs. 46-47)[105]. Por otra parte, menciona que el derecho comunitario proviene y es fuente del derecho internacional, a pesar de que el primero es autónomo y de aplicación preferente al segundo (Secretaría General de la Comunidad Andina con República del Ecuador, 2002, pág. 47).

El TJCA forma parte de un derecho andino que se encuentra en constante evolución. Por ello, la jurisprudencia integracionista es un aporte esencial en este proceso de evolución y lo hace a través de la interpretación del derecho, respondiendo consultas, creando nuevos principios o

reafirmado en la tercera conclusión del caso *105-IP-2004* (Pfizer, 2004, pág. 15); *6-IP-2011* (Hoechst Marion Roussel, 2011, pág. 5); *432-IP-2016* (Otecel, 2016, págs. 6-8).

[104] Reafirmado en: caso *34-AI-2001* (Secretaría General de la Comunidad Andina con República del Ecuador, 2002); en el caso *6-IP-93* (Louis Vuitton, 1994); caso *16-IP-2005* (Expreso Internacional Ormeño, 2005, pág. 21.52); caso *2-IP-2008* (Plantaciones Malima, 2008, pág. 33.56); *90-IP-2011* (Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de la República del Perú , 2012, págs. 10-11).

[105] Esto fue afirmado en el caso *1-IP-96* donde desarrolla estos criterios como parte del Derecho Originario de la comunidad (Corte Constitucional de la República de Colombia, 1996, págs. 7-8). Véase también esta idea en (De Tomaso R., págs. 423-424).

adaptando aquellos que sean anteriores. Entonces, este órgano podrá interpretar aquello que está establecido en sus tratados o poseer un carácter normativo sin extralimitarse de sus competencias (Moraga Mejías, 2018, pág. 310). Lo esencial de esta jurisprudencia es que esta sea la vía mediante la cual se constituya y consolide la comunidad de derecho. La forma en que, por ejemplo, el TJCE lo ha hecho ha sido mediante la implementación de principios como la primacía y en afirmar que este derecho es autónomo con ciertas características propias de su naturaleza (Moraga Mejías, 2018, págs. 311-313). Estos tribunales de integración terminan por constituirse en unos de características constitucionales, puesto que deben asegurar que las comunidades, como la andina, sean una unidad de derecho. Para ello, analizan y hacen respetar los criterios doctrinarios y jurisprudenciales de la comunidad respectiva; lo cual, en la comunidad en análisis, se ha establecido claramente en el artículo 4 del Estatuto del TJCA de la siguiente manera: "El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros" (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2001).

Esta idea también vuelve a ser reafirmada en la interpretación prejudicial del caso *ORJUELA GÓNGORA CON MINISTERIO DE TRANSPORTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA* con número *1-IP-2008*, donde se menciona que el derecho comunitario andino tiene como principio rector la supremacía. Este, a su vez, está fundamentado en los principios de "'Eficacia Directa del Ordenamiento Jurídico Andino'[106], el de 'Aplicabilidad Inmediata del Ordenamiento Jurídico Andino', y el de 'Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino'" (Carlos Arturo Orjuela Góngora con Ministerio de Transporte de la República de Colombia, 2008, págs. 6-7). Estos principios permiten que el derecho andino sea de aplicación preferente sobre las normas nacionales e internacionales. El TJCA analiza con mayor profundidad este principio fundamental de la comunidad andina y concluye que de este se desprende el principio de Autonomía del Ordenamiento jurídico Andino. Este principio desarrolla al primero y establece que este es un **ordenamiento coherente y dotado de unidad**, por ello se afirma que no es un resultado de otro ordenamiento jurídico. Por tanto, toda aquella norma interna o internacional deberá desarrollar al derecho comunitario sin contradecirlo. Tampoco podrán establecer exigencias, requisitos adicionales que sean contradictorias o que lo restrinjan (Carlos Arturo

[106] A veces el TJCA lo denomina Aplicación directa. Probablemente sea una confusión de la nomenclatura del principio europeo que trasplantaron.

Orjuela Góngora con Ministerio de Transporte de la República de Colombia, 2008, págs. 7-8)[107]

A pesar de que su estatuto determine que este tribunal asegura la interpretación y aplicación del derecho andino, el TJCA se remite únicamente a la idea de que debe resguardar la aplicación uniforme del derecho andino en los Estados Miembros y no se pronuncia acerca de la aplicación. Anteriormente se había establecido que este órgano judicial elaboró un concepto de lo que debería comprenderse por "aplicación"[108] y concluyó que esta es la interpretación de los alcances de la norma andina, a pesar de que la intención del legislador pareciera entender que este órgano es el único que puede crear criterios de aplicación de las normas y de sus alcances (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2001). La única ocasión en la que el TJCA ha determinado que su deber es asegurar la interpretación y aplicación de las normas andinas fue en el caso *SUPER CHOO* con número *141-IP-2003*. En este caso manifestó que "La competencia de este órgano jurisdiccional, en el ámbito de consulta prejudicial, se funda en la necesidad de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma comunitaria en el ámbito de cada uno de los Estados miembros…" no obstante, en el mismo caso reafirma que el objeto de la interpretación prejudicial es "asegurar en ella (es decir en el caso nacional)[109] la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad." (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, 2004, pág. 14.24)[110]. Además, reafirma la obligatoriedad que existe con respecto a solicitar las consultas prejudiciales, puesto que las interpretaciones son para cada caso concreto porque no es aplicable la teoría del acto claro (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, 2004, pág. 15.24)[111].

La doctrina del acto claro se fundamenta en el brocardo jurídico "*in claris non fit interpretatio*" y fue manifestada por Emerico de Vattel, implementada en la práctica francesa y luego por el

[107] Esta postura también es reafirmada en los casos: *194-IP-2007* (Sociedad Diswafer, 2008, págs. 20.56-21.56); *02-IP-2008* (Plantaciones Malima, 2008, págs. 33.56-34.56); *14-IP-2008* (Sociedad Diswafer, 2008, págs. 46.56-47.56); *12-IP-2008* (Sociedad Diswafer, 2008, págs. 7.52-8.52); *65-IP-2009* (The Hearst Corporation, 2009, págs. 46.2-47.2); *131-IP-2008* (Grupo Giuleti, 2009, págs. 29.44-30.44); *2-IP-2010* (Lost International, 2010, págs. 6-9); *10-IP-2010* (Sociedad Hoffman y La Roche, 2010, págs. 10-11); *125-IP-2010* (Citibank N.A. Sucursal Ecuador, 2011, págs. 5.32-6.32); *88-IP-2011* (PETROPERÚ, 2012, págs. 19.64-21.64); *137-IP-2012* (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, 2013, págs. 6.68-7.68); *3-IP-2013* (Xerox Corporation, 2013, págs. 5-7); *148-IP-2013* (Munich S.L, 2013, págs. 8-10); *44-IP-2015* (CMPC Maderas, 2015, págs. 5-6); *74-IP-2015* (Bayer Cropscience, 2015, págs. 6-8); *38-IP-2016* (Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, 2016, págs. 15-17).

[108] Caso *2-IP-91* (León Kadoch, 1991).

[109] Lo establecido entre paréntesis es mío.

[110] Reafirmado también en el caso *16-IP-2005* (Expreso Internacional Ormeño, 2005, pág. 19.52).

[111] Afirmado originalmente en el caso *4-IP-94* (EDEN FOR MAN, 1995, pág. 13), también reafirmado en: *16-IP-2005* (Expreso Internacional Ormeño, 2005, pág. 19.52).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Históricamente, la interpretación de los tratados está a cargo del Ministro de Asuntos Exteriores y el juez nacional está obligado a resolver el caso conforme a la interpretación rendida por este. La justificación de esta práctica es que el juez no ha tenido acceso a los trabajos preparatorios del Tratado, por ello es incapaz de interpretarlo. Además, este acuerdo bilateral no puede ser interpretado unilateralmente por los Estados, pues es necesario dictaminar una interpretación y aplicación uniforme en todos los Estados parte. Ante esto, los jueces franceses adoptaron la doctrina en comento y que se refiere a que estos son los responsables de determinar si existen dificultades reales de interpretación o no. En el caso de que no hubiese dificultad, serían ellos los que resolverían el litigio sin la necesidad de solicitar la interpretación previa al ministro (Ruiz Cairó, 2016)[112]. En otras palabras, se reafirma en esto la finalidad que posee la interpretación prejudicial en cuanto a asegurar, efectivamente, la interpretación y aplicación uniforme de las normas andinas; y que, por lo mismo, el TJCA ha manifestado que no es aplicable este tipo de doctrina, pues con ello quiere evitar que haya diferencia en la aplicación del derecho común entre los Estados miembros.

De Tomaso explica que existen dos posturas con respecto a los efectos generales "*erga omnes*" de las interpretaciones prejudiciales. La primera es positiva y manifiesta que las normas interpretadas siguen siendo las mismas en la mayoría de los casos consultados, produciéndose así una innecesaria carga judicial comunitaria. En cambio, la segunda es negativa y esta se refiere a que las interpretaciones prejudiciales devienen de procesos particulares, por ello esta interpretación únicamente es aplicable al caso concreto, puesto que el caso tiene sus propias particularidades. El autor manifiesta que la Comunidad Andina no ha adoptado la doctrina positiva, pues el único obligado al acatamiento de su interpretación es el juez nacional que conoce el proceso originario de la solicitud. Que estas interpretaciones sirven como precedentes, aunque no son obligatorios (De Tomaso R., págs. 427-428).

Puede decirse que sus afirmaciones son correctas, pero no son compartidas del todo. El TJCA ha reafirmado su jurisprudencia como si fuesen precedentes, además ha determinado que su doctrina y su jurisprudencia limitan la discrecionalidad del criterio de los funcionarios, puesto que deben adoptar las reglas que se han dictaminado en la jurisprudencia de este órgano judicial de la comunidad. Además, ese es el espíritu que se podría interpretar del artículo 4 del Estatuto del TJCA donde se detalla su naturaleza y fin, la cual es asegurar la aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad

[112] Disponible en: www.iustel.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=417012&d=1

Andina, 2001) (Indacochea Jauregui, 2018, págs. 17-19). Para llevar a cabo este fin, el artículo 32 del Tratado de creación del TJCA señala que la herramienta a emplear es la interpretación prejudicial. La obligación de consultar cada caso es, podría decirse, una medida de seguridad que permita asegurar dicho fin, esto no es obstáculo para que la doctrina que se desarrolle en su jurisprudencia sea de acatamiento general para la comunidad. Por tanto, sus efectos vinculantes "*erga omnes*" se sostienen. Además, tal como es señalado en el caso *125-IP-2010*, los conceptos esgrimidos en la jurisprudencia comunitaria son necesarios para lograr la unidad en el derecho pues "si se dejara en manos de los Países Miembros la definición de los conceptos de empresas... habría tantas interpretaciones como países miembros y eso desfiguraría totalmente el concepto de normativa comunitaria…" (Citibank N.A. Sucursal Ecuador, 2011, pág. 7). Por otra parte, el TJCA ha sido categóricamente reafirmante con respecto a que no puede conocer los hechos del caso en concreto, por ello, tampoco podría decirse que sea correcta la afirmación de que la doctrina jurisprudencial sea únicamente aplicable al caso en concreto. A este punto se ha referido el TJCA en el caso *131-IP-2012*, manifestando que la interpretación prejudicial únicamente tiene consecuencias para el caso en particular, pero esto no es un obstáculo para que el juez pueda "…utilizarla como parámetro de interpretación en otros asuntos, generando con esto una interpretación y aplicación uniforme de la norma comunitaria…" (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, 2013, pág. 13.68)[113].

Un ejemplo claro sobre la capacidad que tiene la doctrina jurisprudencial del TJCA es la interpretación de lo que comprende el término "juez nacional". Esto es relevante porque el Tratado de creación del TJCA establece que solo el juez nacional podrá solicitar la interpretación prejudicial, sin embargo, en el caso *CARVAJAL INFORMACIÓN* con número *80-IP-2014*, fue presentada por la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, es decir, una autoridad administrativa. El tribunal andino se vio en la necesidad de acudir a una jurisprudencia anterior, la número *14-IP-2007*, en la que desarrolló una interpretación de lo que debería considerarse como "juez nacional". Con ello determinaría si la superintendencia estaba legitimada para incoar este mecanismo de interpretación prejudicial de las normas andinas.

Ante esto, el TJCA manifestó que el poder público, generalmente, se divide en diversas ramas, esta conceptualización presenta una dificultad en la actualidad, puesto que el Estado se ha

[113] También se reafirma en: *149-IP-2011* (Boehringer Ingelheim Pharma GMBH, 2012, pág. 36.48); *255-IP-2013* (COMCEL, 2014, págs. 16-20); *80-IP-2014* (Carvajal Información, 2014, pág. 13); *121-IP-2014* (INDECOPI, 2014, págs. 13-15); *737-IP-2018* (Andland Overseas, 2019, págs. 11-13).

vuelto un concepto complejo. Esto se refiere a que hoy en día hay una diversidad de órganos del Estado que tienen la competencia de producir normas de diversa naturaleza y por tanto es complejo identificar la naturaleza del acto. Por ello, la naturaleza judicial no puede circunscribirse únicamente a aquellos que emanan de los jueces como tal. Entonces, es comprensible que el Estado otorgue funciones judiciales a distintos órganos y que sus actos sean como los de una sentencia judicial. En conclusión, debe emplearse un término amplio de "juez nacional", es decir, uno que incluya a los organismos que cumplen funciones judiciales en conformidad a las condiciones que establezcan las normas internas (Carvajal Información, 2014, págs. 7-8)[114]. Estos, al cumplir las condiciones nacionales, podrán solicitar la interpretación prejudicial al TJCA.

Por otra parte, el TJCA se niega a guiar al tribunal nacional en lo que debería aplicar al caso concreto, pues deja al juez nacional la última palabra sobre qué respuesta otorgar al caso en conocimiento. El TJCA únicamente explica lo que es la norma, siendo un auténtico interprete, sin pedir la implementación de esta, tal como ocurrió en el caso *SIMMENTHAL* (Alter & Helfer, 2017, pág. 95). Esto ha permitido que sean los Estados miembros los que determinen el ritmo de la integración andina, en vez de impulsar su desarrollo a través de una jurisprudencia creativa. Esto ha afectado a las bases de apoyo del TJCA, pues ha demostrado que no elaborará jurisprudencia que sea creativa y que desarrolle los objetivos del Tratado de Cartagena (Alter & Helfer, 2017, pág. 97).

La jurisprudencia, entonces, al uniformar criterios de aplicación e interpretación permite producir certeza legal y es mediante esta que la comunidad logra funcionar dentro su esquema jurídico, pues la certeza legal se relaciona con la previsibilidad del resultado final de un juicio, lo cual se logra únicamente con una corte supranacional con la capacidad o facultad de uniformar la aplicación del derecho (Kleinheisterkamp, 2000). Y la herramienta esencial para lograr esto es la interpretación prejudicial, pues así se consolida una jurisprudencia única y uniforme para la región (Jiménez, 2013, pág. 101 y 104) (Gómez Apac, Vergara Quintero, Romero Zambrano, Aguilar Feijoó, & Rodríguez Noblejas, 2019, págs. 144-146). Tal como manifestó el Magistrado del TJCA, el señor Luis Vergara Quintero, "…cada consejo de Estado, Corte Suprema, Tribunal Contencioso Administrativo o Superior y en fin, cada juez nacional o interno, tiene su propio y respetable criterio jurídico sobre un tema de derecho, pero para que la integración comercial de los pueblos sea viable, es necesario una concepción única y

[114] Véase también: *122-IP-2014* (INDECOPI, 2014, págs. 6-8); *104-IP-2014* (SENAPI, 2014, págs. 6-12); *121-IP-2014* (INDECOPI, 2014, págs. 5-11); *242-IP-2015* (Textura Superficie "Old Parr", 2015, págs. 6-16).

uniforme, que de garantía y seguridad a los comerciantes, inversionistas y ciudadanos comunitarios en sus negocios y actividades en los diferentes países, pero lo que no se puede es aplicar una jurisprudencia diferente en cada País Miembro" (Gómez Apac, Vergara Quintero, Romero Zambrano, Aguilar Feijoó, & Rodríguez Noblejas, 2019, págs. 145-146). La razón de esto es simple, las reglas andinas son y deben ser únicas y, por tanto, no deben ser cambiantes en los distintos países que conforman el mercado común, si esto no fuera así el riesgo que asumirían las inversiones sería "alto y peligroso cuando no existe seguridad jurídica" (Gómez Apac, Vergara Quintero, Romero Zambrano, Aguilar Feijoó, & Rodríguez Noblejas, 2019, pág. 146).

D. Las interpretaciones prejudiciales, Sentencias y Consultas obligatorias e ilustrativas de la Corte Centroamericana de Justicia

En este apartado se analizarán los fines de las interpretaciones prejudiciales, sentencias y consultas obligatorias e ilustrativas de la CCJ. El objetivo de esto es determinar si la finalidad de cada una de estas decisiones se condice con lo establecido en el artículo 3 del Convenio Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. Este artículo dispone que "La Corte tendrá competencia y jurisdicción propias (…) y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el 'Sistema de la Integración Centroamericana', y para sujetos de derecho privado" (Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, 1992). Además, se examinarán los principios que fundamentan la finalidad de estas decisiones. Cabe mencionar que la doctrina sobre la integración centroamericana es escasa, lo es aún más en el ámbito jurisprudencial. Por lo que este apartado también será un aporte significativo a la discusión centroamericana.

a. El fin de las consultas prejudiciales, Sentencias y Consultas obligatorias e ilustrativas de la Corte Centroamericana de Justicia

i. La consulta prejudicial centroamericana

La primera consulta prejudicial (CP) resuelta por la CCJ fue en el año 2008, con número de expediente *2-18-01-2008* que será denominada *SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE EL SALVADOR*. El motivo de esta CP era consultar sobre dos dudas a la CCJ, la primera buscaba aclarar qué entidad Estatal o regional era la legitimada para conocer del trámite de desafuero a un diputado del Parlamento Centroamericano (PARLACEN); la duda era si el legitimado era el mismo PARLACEN o la Asamblea Legislativa del respectivo país de origen del parlamentario. La segunda consulta buscaba responder si se vulneraba el Tratado Constitutivo del PARLACEN y otras instancias políticas con la decisión de desaforar al diputado por parte de la Asamblea Legislativa del respectivo país de origen del parlamentario. En este caso la CCJ comienza por analizar la calidad de El Salvador en el SICA y determina que forma parte integral del sistema y que dentro de la misma se encuentra la CCJ. A este órgano, según la interpretación normativa de su estatuto, le corresponde evacuar las consultas en conformidad al ordenamiento jurídico comunitario centroamericano. Estas consultas serán obligatorias para los Estados que integran la comunidad de Centroamérica, lo cual ha sido establecido en el artículo 24 del Estatuto de la CCJ (Secretaria General de la Corte Suprema de El Salvador, 2008, págs. 1-3)[115].

La CCJ, mediante la interpretación del artículo 3 de su Estatuto, manifiesta que sus anteriores consultas, obligatorias o ilustrativas, han establecido el criterio con respecto al PARLACEN y ha sostenido que este forma parte del SICA. Por tanto, el PARLACEN es una entidad autónoma de este sistema y se caracteriza por tener una personalidad distinta y separada a la de sus Estados miembros. Por esta razón, esta institución está regida bajo el Derecho Internacional. Entonces, al estar bajo el amparo de este ordenamiento jurídico debería aplicársele el principio de primacía de ese orden jurídico, y tal como ya se ha afirmado en consultas anteriores, cuando exista conflicto deberá primar el derecho internacional sobre el nacional. También, reafirmó lo resuelto en el caso *RODOLFO DOUGHERTY* con número de expediente *4-8-96* sobre procesos de inconstitucionalidad de este mismo tratado resuelto en Guatemala. En este caso se establece que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala no podría oponer reglas de derecho interno para evitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por haber suscrito el Tratado Constitutivo del PARLACEN y de las demás que se le imponen por ser Estado miembro del SICA (Secretaria General de la Corte Suprema de El Salvador, 2008, págs. 5-7)[116].

[115] Este criterio se reafirma de la misma manera en el caso *JULIO ARIAS ROQUE 3-6-04-2010* (Julio Arias Roque, 2010, pág. 2).
[116] Ver el caso *RODOLFO DOUGHERTY 4-8-96* (Rodolfo Dougherty, 1996, págs. 4-7); ver el caso *CARLOS PICHE BENAVIDES* (Carlos Piche Benavides, 2015, págs. 2-3).

Sin embargo, a pesar de que el tratado del PARLACEN regule a sus diputados, esta regulación se ve complementada con otra nacional que determina su elección y las consecuencias jurídicas de ello. En caso que las legislaciones nacionales en materia electoral de los miembros lleguen a diferir entre sí, y con ello lleguen a producirse distintas interpretaciones y aplicaciones del tratado PARLACEN, esta Corte tendrá que interpretar las disposiciones del tratado para asegurar "un entendimiento y práctica unitarios en la interpretación y aplicación del mismo" (Secretaria General de la Corte Suprema de El Salvador, 2008, pág. 7). Esto permite asumir que la finalidad propuesta en esta primera consulta prejudicial es amplia, pues el tribunal asume como objetivo el unificar la interpretación y la aplicación de las normas que forman parte de la comunidad y el fin es respetar los derechos adquiridos, en este caso, del diputado.

Para resolver esta CP, la CCJ acude a la jurisprudencia internacional sobre las inmunidades de los parlamentarios comunitarios o regionales, específicamente, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La CCJ interpreta que el carácter funcional de este derecho parlamentario es el de evitar el obstáculo del funcionamiento e independencia de la comunidad, por lo que trasplanta la función de la inmunidad de los funcionarios de la comunidad, la cual significa que no se gozará de impunidad por crímenes que puedan cometerse. Manifiesta que "Esta Corte comparte plenamente este criterio ya que en ningún caso la inmunidad debe ser escudo para proteger la persecución penal…" (Secretaria General de la Corte Suprema de El Salvador, 2008, pág. 11).

El considerando XXV de esta consulta prejudicial es interesante, pues la CCJ manifiesta o aplica lo establecido en el artículo 3 su Estatuto de la siguiente manera: "Que la Corte en varias opiniones consultivas ha sentado **doctrina referente** a diversas situaciones sobre el tema de las inmunidades y entre ellas resulta pertinente traer a cuenta la que figura en el expediente 4-5-95 referente a la consulta ilustrativa sobre el periodo de diputados del PARLACEN…" (Secretaria General de la Corte Suprema de El Salvador, 2008, pág. 11)[117]. En ello trae a colación opiniones ilustrativas que no deberían ser tomadas como "vinculantes", pero da a entender que su contenido es doctrina que será vinculante. Luego, hace parte de esta consulta prejudicial los casos contenciosos resueltos por ella y reafirma los criterios esgrimidos en ellos. Uno de estos casos fue la demanda interpuesta por el señor *ARNOLDO ALEMÁN LACAYO CONTRA EL ESTADO DE NICARAGUA* con expediente N° *1-8-2003*. En este caso se discutieron la

[117] En el caso Corte Suprema de Justicia de Honduras se establece que el derecho comunitario es el que deberá determinar las causales de incapacidad o incompatibilidad de los parlamentarios en sus cargos (Corte Suprema de Justicia de Honduras, 1995).

inmunidad de los parlamentarios y se insistió que este derecho es otorgado por la norma comunitaria, por tanto, será el órgano comunitario el encargado de revisar los fundamentos de su suspensión, pues ni la comunidad ni sus órganos están sujetos a la voluntad de los Estados miembros[118].

A partir de esta práctica uniformadora del derecho centroamericano, se le solicita a la CCJ en el caso *FRANCISCO CASTILLO* con expediente *7-23-09-2009* determinar la relación jurídica entre el Código Aduanero Uniforme Centroamericano, su reglamento, el arancel centroamericano de importación con la norma nacional de El Salvador llamada Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras (LEPSIA). Ante esto, la CCJ manifestó que el Protocolo de Tegucigalpa ha creado un ordenamiento jurídico que es propio del SICA. Este ordenamiento se integra plenamente a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad Económica-Política llamada Centroamérica (Francisco Castillo, 2009, pág. 2). Estas consultas prejudiciales, además de ser solo once reportadas en el portal de la CCJ, no aportan más allá de las respuestas concretas a las preguntas que le hacen a dicho tribunal. No analizan los fines que deben cumplir estas consultas, sino que reiteran lo establecido en el artículo 3 del Estatuto y reafirman la doctrina ya empleada en su jurisprudencia.

ii. Las Sentencias

La sentencia *COTO UGARTE CONTRA EL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE EL SALVADOR* con número *5-11-96* es una de las primeras decisiones donde este tribunal analiza qué son las normas comunitarias. Para ello menciona que las normas de la comunidad se dividen en las originarias, las derivadas y las complementarias. Estas derivan de la aplicación de sus normas y "de manera particular, en nuestro Sistema de Integración, por la doctrina y jurisprudencia emanada de la Corte Centroamericana de Justicia". Reafirma, además, la necesidad de una armonía entre el derecho de integración y las normas nacionales, pues debe ser interpretado como un solo cuerpo normativo.

De esto se desprende lo que el TJCA mencionaba en su caso, la necesidad de tener una unidad de derecho en la que la interpretación y la aplicación de las normas sean las mismas en todos

[118] Ver el caso *ARNOLDO LACAYO CON NICARAGUA* donde se reafirma que será el órgano comunitario el competente para evaluar la inmunidad de los parlamentarios (Arnoldo Lacayo con Estado de Nicaragua, 2003); también se reafirma en *JULIO ARIAS ROQUE* (Julio Arias Roque, 2010, págs. 4-5).

los Estados miembros del SICA. Luego, este tribunal dispone que los principios contenidos en este caso han sido reconocidos en la doctrina que se encuentra en las resoluciones consultivas y algunas de ellas son ilustrativas[119]. Realza que dicha doctrina, según el artículo 3 del Estatuto, "tiene efectos vinculantes para todos los Estados, Órganos y organizaciones que formen parte o participen del Sistema de la Integración Centroamericana, y para sujetos de derecho privado" (Coto Ugarte contra El Salvador, 1998, págs. 3-4)[120]. El fundamento de esto, en este caso, es el mismo que se develó en el caso europeo llamado *FRONTINI*, en el que se manifestó que este derecho por su propia naturaleza debe, además de ser vigente en toda la comunidad, conseguir aplicación igual y uniforme en las confrontaciones de los destinatarios. Es así como se evita un fermento de dislocación de este ordenamiento jurídico en la comunidad. Esto tiene sentido en un ordenamiento jurídico en el que no solo son los Estados los vinculados a este, sino también sus particulares, lo que permitiría mantener una unidad de derecho con vistas a asegurar la seguridad jurídica de los participantes de la comunidad. Con todo esto, el principal destinatario de la resolución es el juez nacional.

En el caso *ÁLVARO ROBELO CON CONSEJO SUPREMO ELECTORAL DE NICARAGUA* con número de expediente *5-9-1-98* se manifestaron dos votos disidentes que son esclarecedores de la finalidad del artículo 3 del Estatuto. En este voto se establece que la naturaleza de esta disposición es que la doctrina de este tribunal posee "efectos erga omnes" para todos aquellos que están sujetos a la jurisdicción de la corte. Por ello, los criterios establecidos en la jurisprudencia de esta corte deberán ser acatados y respetados por los Estados, órganos, organizaciones, particulares y por el mismo tribunal. Esto no quiere decir que no pueda existir un cambio en la doctrina, pero mientras esto no suceda deberá respetarse lo establecido en ella (Alvaro Robelo con Consejo Supremo Electoral de Nicaragua, 1999, pág. 6).

En este caso también se analiza lo que implica pertenecer a una comunidad y considera que un Estado, al voluntariamente pertenecer a esta, le reconoce "vida propia y se dota de un sistema para la realización de la integración de la misma… los Estados que la conforman entran en una

[119] Ver *PARLACEN* (PARLACEN CC, 1996).

[120] Reafirmado los casos *VÍCTOR BENDECK CON HONDURAS* (Víctor Bendeck con Honduras, 2004, pág. 9); *JUAN REYES CON GUATEMALA* (Juan Reyes con Guatemala, 2005, págs. 18, 22); *CONFEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE AGENTES ADUANALES DE CENTROAMÉRICA Y EL CARIBE CON CONSEJO DE MINISTROS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA* (CONAAACAC con COMIECO, 2008, pág. 3); *HERNALDO HERNÁNDEZ ET AL CON BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA* (Hernaldo Hernández con Banco Centroamericano de Integración Económica, 2013, págs. 1-2); *BOSCO AGUILERA ET AL. CON BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA* (Bosco Aguilera con Banco Centroamericano de Integración Económica, 2013, pág. 1); *ILG LOGISTICS SOCIEDAD ANÓNIMA CON NICARAGUA* (ILG Logistics Sociedad Anónima con Nicaragua, 2017, pág. 2); (ILG Logistics Sociedad Anónima con Nicaragua, 2017, pág. 6 y 8); *JOE THOMPSON CON GUATEMALA* (Joe Thompson con Guatemala, 2015, pág. 5).

etapa de desarrollo de mayor nivel y compromiso…" (Nicaragua con Honduras, 2001, pág. 21). Además, formar parte de la comunidad implica cohesión de intereses que busquen impulsarla, propiciarla y fortalecerla, dejando de lado el interés nacional (Nicaragua con Honduras, 2001, pág. 21).

A pesar de que las sentencias nos revelan la naturaleza misma del artículo 3 del Estatuto de esta Corte, muchas de ellas han sido descartadas en el análisis de esta tesis. Esto se debe a que la CCJ se ha declarado incompetente de conocer el conflicto alegado. Esto demuestra el poco conocimiento que se posee de este derecho en la región o incluso de su jurisprudencia, pues algunos de estos casos fueron desestimados por criterios jurisprudenciales ya establecidos.

iii. Consultas obligatorias e ilustrativas

No se hará una distinción entre estos dos tipos de consultas, pues ambas forman parte de la doctrina vinculante con efectos *erga omnes* de la CCJ, a pesar de que las ilustrativas no deberían ser vinculantes.

Así, en una de las primeras consultas interpuesta por el Director General de Integración Económica de Nicaragua el señor *AGENOR HERRERA*, con número *2-5-96*, reafirma el artículo 3 del Estatuto. Como ya se ha determinado, este artículo provee de efectos generales a la doctrina que proviene de los criterios jurisprudenciales de la CCJ. Además, con respecto a estas consultas, hace mención del artículo 24, donde se establece que las consultas evacuadas por esta Corte serán de obligatorio cumplimiento. El objeto de esto es favorecer la seguridad jurídica que debe prevalecer en las instituciones del SICA. Por ello, el ordenamiento jurídico de la comunidad debe ser conforme a la doctrina de la CCJ, pues esta es vinculante no solo para los Estados y particulares, sino también para el sistema en general (Agenor Herrera, 1996, pág. 1 y 3)[121].

En el caso promovido por el *COMITÉ CONSULTIVO DEL SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA* (CC-SICA) con número *10-17-11-2008*, se desarrolla la naturaleza de esta doctrina vinculante. Ante la pregunta "A la luz de los instrumentos jurídicos regionales, ¿Cómo debería ser la relación institucional entre el CCSICA, CCIE y el CCIS?", la CCJ contestó que

[121] Reafirmado en: *PARLACEN* (PARLACEN, 1996, pág. 4); en general, ver *SIECA* (SIECA, 1997); *PARLACEN* (PARLACEN, 2000, pág. 7); *SG-SICA* (SG-SICA, 2001, pág. 5); *PARLACEN* (PARLACEN, 2017, pág. 1); *SILVIA CRUZ* (Silvia Cruz, 2018, pág. 1 y 2).

esta relación está determinada por el derecho comunitario centroamericano, "así como por la doctrina de La Corte y los actos derivados de los órganos, organismos, e instituciones del SICA…" (CC-SICA, 2008, pág. 10). Se reafirma que la doctrina de este tribunal será relevante para direccionar el proyecto integracionista de Centroamérica, pues el ordenamiento como tal deberá estar conforme a sus decisiones judiciales.

Las consultas no proveen mayor argumentación jurídica de la que ya se ha mencionado anteriormente, en ellas reafirman la doctrina ya sentada en sentencias y en consultas prejudiciales. En ese sentido, la CCJ mantiene la uniformidad de su criterio. Por otra parte, pareciera que el juez comunitario dota de suficiente competencia al juez nacional, que también es comunitario, para decidir conforme a la jurisprudencia comunitaria. Esto quiere decir que la doctrina del acto claro, que fue explicada en el capítulo anterior, puede ser compatible con este ordenamiento jurídico.

b. Los principios que fundamentan la unidad interpretativa de la comunidad de derecho de la región centroamericana

Uno de los primeros principios que se encuentra en una Consulta Prejudicial es el de la Primacía y este aparece en el caso anteriormente analizado llamado *FRANCISCO CASTILLO*. En este se manifiesta que el derecho comunitario centroamericano es vinculante para todos los Estados parte, y prevalecerá sobre toda norma nacional que sea anterior o posterior a la norma comunitaria. Define a este principio como el que permite que este ordenamiento prevalezca sobre el derecho nacional de los Estados miembros, sea anterior o posterior a la norma comunitaria y cualquiera que sea su rango. Este principio, según la CCJ, rige las relaciones existentes entre el derecho comunitario y el nacional, en caso de conflicto entre ambos prevalecerá el primero. Entonces, el derecho de la comunidad prevalecerá sobre los ordenamientos de cada uno de los Estados miembros y estos tienen la prohibición de condicionar la reciprocidad de la preeminencia de este orden jurídico (Francisco Castillo, 2009, pág. 2).

Esto implica que todo el derecho comunitario, será primario, complementario y derivado (que surge de los órganos y organismos del sistema) prevalecerá sobre el nacional, sin importar la jerarquía de esta o del Poder del Estado que lo emita. Por otra parte, esto será garantizado por la CCJ, ya que es el máximo tribunal de la comunidad, y por los jueces nacionales quienes

también son jueces comunitarios al aplicar el derecho en sus jurisdicciones (Francisco Castillo, 2009, pág. 2). En el caso *MARIO ADOLFO* con número *4-9-04-2010*, el juez nacional afirma que esta consulta prejudicial lo hace por dos motivos. El primero, en atención a los principios rectores del derecho comunitario centroamericano establecidos en su jurisprudencia estos son: el principio de primacía, principio de aplicación inmediata, principio de aplicación directa y de efecto directo. El segundo, evitar cometer errores de interpretación de las normas centroamericanas. Esto permite identificar que, en al menos este caso, el juez nacional es consciente de la existencia de las normas comunitarias centroamericanas y de la doctrina vinculante que desarrolla la CCJ. Ante esto, el tribunal reafirma que estos son los principios rectores y que han sido reconocidos así por su doctrina plasmada en su jurisprudencia. De todas maneras, este caso es interesante puesto que se encarga de reafirmar la doctrina de estos principios, para ello hace referencia al caso *JOSÉ COTO UGARTE* con número *5-11-96* (Mario Adolfo, 2010, págs. 2-3). En este caso se señalaron las definiciones de dichos principios y en esto podemos ver la primera contradicción del trasplante legal de estos.

Así, la aplicación inmediata, según esta corte, se refiere a que el ordenamiento jurídico comunitario por ser claro, preciso e incondicional forma parte inmediatamente del ordenamiento jurídico nacional (Coto Ugarte contra El Salvador, 1998, págs. 3-4)[122]. Sin embargo, estas condiciones fueron planteadas desde la perspectiva de la jurisprudencia y doctrina europea, en las que estas forman parte de la eficacia directa y no de la aplicabilidad inmediata. Luego, definen a la eficacia directa de las normas comunitarias por los efectos que producen: generar derechos y obligaciones para los particulares o para imponer a los Estados su concreción o desarrollo. Por último, definen la primacía del derecho comunitario centroamericano determinando que estas ocupan un lugar prioritario respecto a las normas nacionales, pues su aplicación es preferente respecto al derecho interno de los Estados, inclusive sobre sus normas constitucionales (Mario Adolfo, 2010, pág. 4)[123]. Es más, estos

[122] Reafirmado los casos *MARIO ADOLFO* (Mario Adolfo, 2010, pág. 4); *ÁLVARO ROBELO CON CONSEJO SUPREMO ELECTORAL DE NICARAGUA* (Alvaro Robelo con Consejo Supremo Electoral de Nicaragua, 1999, págs. 16-17).

[123] Estos principios se ven reafirmados en: *CARLOS PICHE BENAVIDES* (Carlos Piche Benavides, 2015, pág. 3); *NICARAGUA CON HONDURAS* (Nicaragua con Honduras, 2001, pág. 18); *VÍCTOR BENDECK CON HONDURAS* (Víctor Bendeck con Honduras, 2004, pág. 10); *JUAN REYES CON GUATEMALA* (Juan Reyes con Guatemala, 2005, pág. 16); *ENRIQUE BOLAÑOS CON ASAMBLEA NACIONAL DE NICARAGUA* (Enrique Bolaños con Asamblea Nacional de Nicaragua, 2005, pág. 14); *HONDURAS* (Honduras, 2001, pág. 4); *ÓSCAR BALCÁCERES CON PARLACEN* (Óscar Balcáceres con Parlamento Centroamericano, 2008, pág. 10); *ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR CON SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE EL SALVADOR* (Asamblea Legislativa de El Salvador con Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, 2012, pág. 10); *ILG LOGISTICS SOCIEDAD ANÓNIMA CON NICARAGUA* (ILG Logistics Sociedad Anónima con Nicaragua, 2017, pág. 3); *GILMAR SÁNCHEZ* (Gilmar Sánchez, 2017, pág. 1 y 2); *PARLACEN* (PARLACEN, 1996, pág. 2); *SIECA* (SIECA, 1997, pág. 3); *PARLACEN* (PARLACEN, 2008, pág. 12); *PARLACEN* (PARLACEN, 2012, pág. 1); *PARLACEN* (PARLACEN, 2013, pág.

principios pasan a ser esenciales para fundamentar las decisiones judiciales de esta corte y la consigna es que todo el ordenamiento jurídico goza de ellos.

Por otra parte, la CCJ manifestó en el caso *MARIO ADOLFO* que el juez nacional es el encargado de valorar la prueba y de decidir conforme a los hechos si debe aplicarse una sanción penal. Por tanto, los principios que permiten los efectos vinculantes se ven reiterados en esta jurisprudencia y también se reafirma la necesidad de la cooperación entre el juez nacional y el comunitario, pues el comunitario se encarga de interpretar y brindar la solución de la aplicación de este derecho, pero quien se encarga de aplicarlo es el juez nacional (Mario Adolfo, 2010)[124].

Según la CCJ, los principios de primacía, efecto directo y aplicabilidad inmediata permiten que este derecho sea considerado como un nuevo orden jurídico de derecho internacional. Sin embargo, la distinción más visible entre el primero y el segundo es que el derecho de integración tiene como objeto la integración de los países involucrados, en cambio, el derecho internacional busca la cooperación internacional. Además, fundamenta la legitimidad de la autoridad de este ordenamiento jurídico en los Estados miembros, pues sus constituciones garantizan su existencia (SIECA, 1997, pág. 3)[125].

La CCJ no realiza una mayor evolución de estos principios, pues se encarga de reafirmar una y otra vez que son característica de este ordenamiento jurídico, además, de no desarrollarlos conceptualmente. Esto es así porque su concepto fue trasplantado de la jurisprudencia y doctrina europea, la cual es tomada como un dogma del derecho comunitario centroamericano. Sin embargo, como ya se ha analizado y reflexionado, estos son mal empleados en su jurisprudencia.

4); *ASOCIACIÓN SALVADOREÑA DE INDUSTRIALES (ASI)* (Asociación Salvadoreña de Industriales, 2014); *MAURICIO FUNES* (Mauricio Funes, 2014, pág. 3); *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA* (Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, 2014); *COCESNA* (COCESNA, 2017); *SILVIA CRUZ* (Silvia Cruz, 2018, pág. 1 y 2); *SISCA* (SISCA, 2019, pág. 6).

[124] Se reafirma nuevamente en otro caso consultado por el mismo juez en (Mario Adolfo Díaz, 2011, págs. 3-5)

[125] Se reafirma en: *PARLACEN* (PARLACEN, 2009, pág. 12); *PARLACEN* (PARLACEN, 2011, pág. 4); PARLACEN (PARLACEN, 2012, pág. 1); *SIECA* (SIECA, 2016, pág. 9).

E. CONCLUSIONES

En este capítulo se analizó la llamada doctrina vinculante de las decisiones judiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de la Corte Centroamericana de Justicia. Para ello, se analizaron los tratados que regulan las competencias de ambos tribunales. A partir de esto se ha constatado que lo establecido en las normas se coindice con el fin que se persigue en las decisiones judiciales de estos tribunales. En el caso del TJCA, el fin normativo de interpretar y aplicar de manera uniforme las normas comunitarias en los Estados miembros es restringido. Esto se debe a que, generalmente, el TJCA se contradice en su propia jurisprudencia en cuanto a los efectos que generan sus interpretaciones prejudiciales, pero, también se observó que este tribunal tiende a sentar criterios que serán reafirmados sistemáticamente en las demás interpretaciones prejudiciales, a pesar de que estos puedan ser modificados en el transcurso del tiempo.

El TJCA ha manifestado en diversas ocasiones que la autoridad nacional también está encargada de aplicar el derecho andino, por ello deberá tener en consideración la jurisprudencia análoga para ejecutar este orden jurídico. Sin embargo, reafirma la obligación que estas autoridades poseen de consultar caso por caso ante su jurisdicción en favor de asegurar la interpretación y aplicación uniforme. En otras palabras, este tribunal no confía en la autoridad nacional para actuar conforme a sus criterios jurisprudenciales. Otro aspecto por destacar es que este tribunal posee criterios flexibles con respecto al respeto de la soberanía de los Estados, porque prefiere no desarrollar criterios jurídicos que no se establezcan expresamente en las normas. Para ello implementó el principio de complemento indispensable. Este principio es una carta abierta para que los Estados regulen sobre aquella materia que no está expresamente establecida por las normas andinas con la condición de que las desarrollen, pero no entorpezcan.

En el caso de la CCJ, el fin normativo se condice totalmente con el fin jurisprudencial. Esto se debe a que esta corte opta por ser literalista en el momento de interpretar su estatuto con respecto a los efectos que genera su jurisprudencia. Es el caso del artículo 3 de su Estatuto, que manifiesta que la doctrina de este órgano será vinculante para los Estados, órganos, organismos y sujetos de derecho privado que participen en la comunidad centroamericana. Ante eso la CCJ no fundamenta más allá sobre lo que manifiesta literalmente su Estatuto y lo reafirma en todos sus tipos de decisiones judiciales: sentencias, consultas obligatorias e ilustrativas y consultas

prejudiciales. La diferencia más remarcada entre las decisiones del TJCA y de la CCJ, es que este último tiene claro que su doctrina es vinculante, por lo que la autoridad nacional y las normas comunitarias y nacionales deberán estar conforme a su jurisprudencia.

Ambos tribunales fundamentan la fuerza normativa y jurisprudencial en los principios "rectores" de este derecho, tal como se demostró en los capítulos dos y tres de esta tesis. Ambos tribunales manifiestan que estos principios son fundamentales porque así fue establecido en su momento por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esto implicó que se trasplantaran los principios europeos de la primacía, la aplicabilidad inmediata y la eficacia directa. Tanto la CCJ como el TJCA los definen de igual manera, a excepción del principio de aplicabilidad inmediata, tal como ha sido observado en los capítulos anteriores y que también ha sido parte de la crítica de esta tesis. La primacía determina el resultado del conflicto entre normas nacionales y comunitarias, por lo que en caso de conflicto prevalecerá la segunda. Las normas de la comunidad centroamericana gozarán de aplicabilidad inmediata si cumplen las condiciones determinadas por la CCJ, estas condiciones son: claridad, precisión e incondicionalidad. En cambio, el TJCA no establece condición alguna, simplemente son parte del derecho interno y por ello no requieren un acto de recepción. Por último, para ambos tribunales la eficacia directa es definida como la capacidad que tienen las normas comunitarias de generar derechos y obligaciones exigibles para los Estados y los particulares. Este principio debería, por ser producto de trasplante, verse condicionado por la claridad, precisión e incondicionalidad (condiciones que para la CCJ pertenecen a la aplicabilidad inmediata) de las normas para gozar de dicho efecto, sin embargo, estas condiciones no fueron tomadas en cuenta por ninguna de estas cortes de justicia.

A pesar de lo expuesto, el fin normativo y jurisprudencial es claro a pesar de las contradicciones que puedan existir, es decir, la jurisprudencia de estos dos tribunales posee efectos vinculantes *erga omnes*. Sin este efecto, la unidad del derecho de la Comunidad Andina y de la Comunidad Centroamericana no podría existir. Con la unidad se pretende resguardar la seguridad jurídica de los Estados y de los particulares que deben gozar de los mismos derechos y obligaciones en la comunidad.

En conclusión, la hipótesis se ha visto verificada como cierta, a pesar de las críticas que he resaltado a lo largo de los cuatro capítulos de las distintas contradicciones señaladas en la jurisprudencia de ambos tribunales.

CONCLUSIÓN

La tesis doctoral se formuló en cuatro capítulos. El primero tiene como objetivo analizar crítica e históricamente el actual sistema de fuentes del derecho internacional y determinar la posición de las decisiones judiciales en este sistema de fuentes. Se logró constatar que históricamente la doctrina del derecho internacional refleja la constante discusión acerca del sistema de fuentes de este ordenamiento jurídico, la cual se enfocó, en un principio, en argumentos morales, éticos y filosóficos, que luego fueron contrapuestos con argumentos de corte positivista. Estos últimos se caracterizaron por colocar como base de este ordenamiento jurídico a la voluntad Estatal. Por tanto, el derecho que este en conformidad a la doctrina de la voluntad Estatal será vinculante y válido.

Sin embargo, la globalización es un factor que permite disputar la doctrina clásica de las fuentes que se fundamenta en la voluntad Estatal como única base de este ordenamiento jurídico. Esto se debe a que en la actualidad este derecho es desarrollado, interpretado y aplicado por diversos sujetos, por lo que el Estado deja de ser el único facultado para crear derechos y obligaciones. Por tanto, este derecho se convierte en uno más especializado y con mayor exigencia por parte de la sociedad, por lo que es imposible limitarlo a la doctrina clásica de las fuentes. A partir de esto, surgen nuevamente los debates acerca de esta doctrina y las posibilidades de considerar otros instrumentos internacionales como fuentes vinculantes.

Esta discusión permite considerar a las decisiones judiciales como una posible nueva fuente del derecho internacional. De hecho, la doctrina muestra disparidad de criterios con respecto a la actual posición que poseen las decisiones judiciales en el sistema de fuentes de este ordenamiento jurídico. Sin embargo, la doctrina mayoritaria sigue vinculando esta fuente de derecho a lo establecido en los artículos 38 literal d) y 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por ello se manifiesta que esta únicamente puede ser considerada como un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho con efectos relativos. No obstante, tal como se analizó históricamente en el capítulo primero, inicialmente las decisiones judiciales fueron consideradas como un medio para desarrollar el derecho, pero esta posición inicial fue rebatida y modificada a lo que actualmente se dispone en estos artículos del Estatuto de la CIJ. Por otra parte, este capítulo concluyó que esta tesis tendría en cuenta que las fuentes formales son aquellas que crean derechos y obligaciones vinculantes con efectos *erga omnes*. Esto, en el caso de la jurisprudencia, se determina por el desarrollo que esta emplea del derecho o de

las normas comunitarias a través de la función que permite uniformar su interpretación y aplicación, generando así obligaciones vinculantes con efectos *erga omnes* para todos los Estados miembros, particulares, organizaciones y órganos que se relacionen con las comunidades regionales de integración en estudio. Sin embargo, para que se cumpla esto, los tribunales en estudio deberían cumplir dos requisitos: el primero es que los tribunales emisores de estas decisiones judiciales posean jurisdicción permanente en toda la comunidad respectiva, y, el segundo, que su naturaleza sea supranacional con la facultad de uniformar la aplicación e interpretación de las normas de la comunidad. Si ambas características se cumplen, dichos tribunales internacionales podrán rectificar el derecho de la comunidad, lo cual se observaría en la facultad para rectificar el derecho mediante la interpretación y aplicación uniforme de las normas comunitarias. Esto se materializa a través de las interpretaciones prejudiciales del TJCA y en las sentencias, consultas prejudiciales, consultas obligatorias e ilustrativas de la CCJ.

El capítulo segundo desarrolló, de manera sucinta, el origen histórico del Pacto Andino que constituyó al Grupo Andino en 1969, ahora Comunidad Andina. Este Grupo padeció diversas dificultades debidas a los incumplimientos reiterados de los acuerdos por parte de los Estados miembros. Esto se agravó al no existir desde su constitución un órgano judicial que asegurara la interpretación y la aplicación de estos acuerdos. La Junta, órgano técnico del Grupo Andino, fue consciente de este problema e informó de ello a la Comisión, el entonces órgano de mayor jerarquía. La comisión le encomendó a la Junta la elaboración de un proyecto normativo de un órgano judicial para esta comunidad. La Junta solicitó ayuda para realizar este proyecto a la INTAL y juntos lograron redactar un informe que demostraba la necesidad de cumplir con ciertas características por parte del derecho comunitario y el futuro Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Este informe se basó en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en su jurisprudencia, por lo que consideró necesario reconocer principios como la primacía y el efecto directo de las normas comunitarias. Esta Junta también estableció el fin de la aplicación e interpretación uniforme de las normas comunitarias con las que tienen que cumplir las interpretaciones prejudiciales. Este informe permitió la creación del ahora Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por lo que su creación es un producto del trasplante legal del TJCE.

Además, se logró constatar que este tribunal posee jurisdicción sobre toda la comunidad y es supranacional, por lo que cumple con las condiciones planteadas al final del capítulo primero para que sus decisiones judiciales sean consideradas fuente formal de derecho internacional

con efectos vinculantes *erga omnes* para los miembros de esta comunidad y para todos aquellos que se vinculen a ella. Además, se determinó que el fin de las interpretaciones prejudiciales era el de consolidar una interpretación y aplicación uniforme de las normas comunitarias. Es por ello por lo que la jurisprudencia que emana de las interpretaciones prejudiciales es vinculante para los Estados miembros, pues no pueden ignorar lo fallado por el juez comunitario. Sin embargo, a pesar de haber verificado estas condiciones, el capítulo cuarto sería el apartado de esta tesis en indagar si efectivamente lo analizado concuerda con la realidad de su jurisprudencia.

También se analizó, brevemente, el origen del proceso de las Comunidades Europeas, hoy, Unión Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acuñó el concepto del derecho comunitario que será utilizado en los demás sistemas de integración. Este concepto establece que este ordenamiento jurídico es un nuevo derecho del derecho internacional, que goza de autonomía y es vinculante no solo para los Estados que expresaron su consentimiento, sino que también para las instituciones y sus particulares.

Por otra parte, en el capítulo segundo se estableció que los principios, que también fueron trasplantados, han sido reconocidos por este tribunal, y la diferencia radical con su referente europeo es que han sido plasmados en el tratado constitutivo de este órgano judicial, específicamente, en su artículo 5. Otra diferencia es que estos principios no han evolucionado en el tiempo, pero se ha esclarecido cada uno de ellos de manera individual. Por tanto, la primacía manda que en casos de conflicto entre la norma comunitaria y la nacional, sea la primera la que prevalezca. Esto establece dos obligaciones: una de hacer y otra de no hacer. La primera manda a los Estados a realizar todo tipo de medida para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias en el ámbito interno. La segunda establece una prohibición para los Estados de tomar medidas unilaterales que posibiliten el incumplimiento de este orden jurídico. En el caso de la eficacia directa, esta hace referencia a que este derecho es capaz de generar derechos y obligaciones exigibles para los Estados miembros, órganos, instituciones y particulares.

Otra diferencia visible es que estos principios, en el caso andino, son absolutos por no requerir el cumplimiento de requisitos o condiciones que determinen su aplicación. En cambio, estos principios en Europa sí requieren cumplir ciertos requisitos. Por ejemplo, el efecto directo requiere que la disposición sea: a) clara y precisa, b) que constituya una obligación de hacer o no hacer y c) que no esté condicionada a un acto posterior.

El capítulo tercero se encargó de analizar sucintamente el Sistema de la Integración Centroamericana, la cual ha tenido una larga historia que fundamenta su constitución en Centroamérica. Desde su independencia, esta región ha buscado unirse como una federación, pero este proyecto fracasó por diversos conflictos internos que aquejaban a Centroamérica. A pesar de su fracaso, los centroamericanos han seguido impulsando diversos intentos de unir esta región para desarrollar a sus pueblos. Uno de estos intentos permitió la creación del primer tribunal internacional en América, el cual se denominó: la Corte de Justicia Centroamericana (CJC).

Este tribunal se constituyó como un órgano permanente y estaba facultado para resolver todas las controversias que surgieran entre sus miembros y para ser la conciencia nacional de Centroamérica. Por otra parte, este tribunal tenía la particularidad de permitir que el particular pudiese entablar una acción en contra de otro Estado, sin la necesidad de contar con el apoyo de su Estado. Este tribunal deja de existir en 1918 porque Nicaragua no rindió su consentimiento para renovar el tratado que lo constituyó. En 1991 se constituye el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) la cual cuenta, desde su tratado marco, con un tribunal de justicia encargado de velar por la aplicación e interpretación de sus normas. A este se le denominó Corte Centroamericana de Justicia (CCJ).

La CCJ heredó algunas funciones de la CJC, como ser un tribunal que posee competencia y jurisdicción propia con doctrina vinculante para todo aquel que sea miembro. También, se logró comprobar que este tribunal cumple con los requisitos de jurisdicción y supranacionalidad que fueron planteados al final del capítulo primero. Además, se determinó que el fin de las Sentencias, Consultas Prejudiciales y Consultas Obligatorias e Ilustrativas es el de consolidar una interpretación y aplicación uniforme de las normas comunitarias. Sin embargo, a pesar de haber verificado estas condiciones, el capítulo cuarto sería el apartado de esta tesis en indagar si efectivamente lo analizado concuerda con la realidad de su jurisprudencia.

Tanto el capítulo segundo, como el tercero, cumplieron el objetivo común y propuesto para ambos, ya que se logró verificar que ambos tribunales cumplen con las condiciones establecidas al final del capítulo primero para que sus decisiones judiciales sean vinculantes con efectos *erga omnes*.

Por otra parte, este tribunal se encargó de trasplantar la doctrina del derecho comunitario europeo, como su concepto y sus características. También se apoyará de la doctrina andina, aunque esta misma es referencia de la europea. Los principios trasplantados no tienen un

desarrollo a profundidad y pareciera que sus conceptos se confunden entre sí. Esto se nota bien en el caso de la eficacia directa y la aplicabilidad inmediata.

El cuarto y último capítulo analizó la llamada doctrina vinculante de las decisiones judiciales del TJCA y de la CCJ. Se examinaron los tratados que regulan las competencias de ambos tribunales y los fines que se buscan cumplir en la jurisprudencia. En el caso del TJCA, el fin normativo de interpretar y aplicar las normas comunitarias de forma uniforme para los Estados es restringido o limitado. Esto se debe a que el TJCA se contradice en cuanto a los efectos que se producen con sus interpretaciones prejudiciales, porque se observa que sientan una especie de precedente que se reafirma consecutivamente, pero que la autoridad nacional deberá siempre consultar su interpretación.

El TJCA argumenta que esta es la única manera en que se podrá asegurar la interpretación y aplicación uniforme de sus normas, en otras palabras, no confía en que la autoridad nacional actuará conforme a sus criterios jurisprudenciales.

También se debe destacar que este órgano judicial posee criterios flexibles con respecto a la soberanía de los Estados, porque prefiere no desarrollar criterios que no se establezcan explícitamente en sus normas. Por esto implementó el principio de complemento indispensable, que permite a los Estados regular o normar una materia que no ha sido regulada por las normas andinas, siempre y cuando estas las desarrollen, pero no impidan su implementación.

En el caso de la CCJ, el fin normativo sí se condice con el fin que se establece en su jurisprudencia. Esto se debe a que este tribunal opta por ser literalista con respecto a los efectos que se generan a partir del artículo 3 de su Estatuto. Este manifiesta que la doctrina de este órgano judicial será vinculante para los Estados, órganos, organismos y sujetos de derecho privado que participen en la comunidad centroamericana. Ante eso la CCJ no fundamenta más allá sobre lo que dice literalmente su Estatuto y lo reafirma en todos sus tipos de decisiones judiciales: sentencias, consultas obligatorias e ilustrativas y consultas prejudiciales. La diferencia más remarcada entre las decisiones del TJCA y de la CCJ, es que este último tiene claro que su doctrina es vinculante, por lo que la autoridad nacional y las normas comunitarias y nacionales deberán estar conforme a su jurisprudencia.

Ambos tribunales fundamentan la fuerza normativa y jurisprudencial en los principios "rectores" de este derecho. Manifiestan que son rectores porque así fue establecido en su momento por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esto implicó el trasplante legal de: la primacía, la aplicabilidad inmediata

y la eficacia directa. Ambos tribunales, obviamente, los definen de igual manera a excepción del principio de aplicabilidad inmediata. El primero, es definido diciendo que, en caso de conflicto entre normas nacionales y comunitarias, prevalecerán las segundas. El segundo se define por las condiciones que las normas comunitarias deben de cumplir para formar parte del derecho interno. Según la CCJ, las normas comunitarias deben cumplir con las condiciones de claridad, precisión e incondicionalidad. En cambio, el TJCA lo define diciendo que las normas comunitarias no requieren de un acto de recepción para ser parte del derecho interno. Por último, la eficacia directa es definida como la capacidad que tienen las normas comunitarias de generar derechos y obligaciones exigibles para los Estados y los particulares. Este principio debería, por ser producto de trasplante, verse condicionado por la claridad, precisión e incondicionalidad de las normas para gozar de dicho efecto, sin embargo, estas condiciones no fueron tomadas en cuenta.

El fin normativo y jurisprudencial es claro, a pesar de las contradicciones que puedan existir, es decir, la jurisprudencia de estos dos tribunales posee efectos vinculantes *erga omnes*. Sin este efecto, la unidad del derecho de la Comunidad Andina y de la Comunidad Centroamericana no podría existir. Con la unidad se pretende resguardar la seguridad jurídica de los Estados y de los particulares que deben gozar de los mismos derechos y obligaciones en la comunidad.

Por tanto, con esto se demuestra que la jurisprudencia de estos dos tribunales es una fuente formal de derecho con efectos vinculantes *erga omnes* para sus comunidades respectivas. El artículo 38 y 59 del Estatuto de la CIJ no puede ser considerado como la piedra angular que regulará todo el derecho internacional, sino más bien, como el estatuto que regula el quehacer de la CIJ. Por tanto, la doctrina de las fuentes del derecho internacional no puede permanecer como se ha establecido en su corriente clásica.

Esta tesis doctoral buscó responder la pregunta de si ¿las decisiones judiciales del TJCA y de la CCJ podrían ser consideradas como fuentes formales de derecho internacional? La respuesta a esta pregunta ha sido un reto, puesto que la doctrina mayoritaria apoya la noción de que las decisiones judiciales son fuentes materiales con efectos relativos. Sin embargo, se logró constatar que estas decisiones judiciales son fuentes formales con efectos vinculantes *erga omnes* para sus comunidades respectivas. La respuesta positiva a esta pregunta, en parte, se debe a los nuevos sujetos de derecho internacional, como las organizaciones internacionales, que también interpretan, aplican y desarrollan el derecho, por lo que los Estados dejaron de ser

los únicos sujetos con la capacidad de crear y desarrollar el derecho internacional como tal. Es en este contexto de globalización y de las nuevas corrientes de pensamiento que esta tesis tiene sentido. Pues esto permite debatir la actual posición de las decisiones judiciales en el sistema de fuentes del derecho internacional, que como ya se ha logrado comprobar estas poseen un rol más relevante del que la doctrina clásica establece. A pesar de haberse comprobado la hipótesis, cabe preguntarse ¿qué tan efectivas son estas decisiones? Por ello, se vuelve necesario profundizar la investigación con respecto a los efectos de la jurisprudencia del TJCA y de la CCJ en el ámbito nacional. Por otra parte, también surge la pregunta de si ¿las decisiones judiciales de otros tribunales internacionales podrían ser consideradas como fuentes formales de derecho internacional? Esta tesis, sin lugar a duda, podría ser de utilidad para indagar su respuesta. A pesar de estas inquietudes, se espera que lo investigado en esta tesis sea de utilidad para los académicos, profesionales del derecho y para los jueces nacionales que deben entablar un diálogo judicial con sus respectivos tribunales comunitarios. Esto último, como ya se logró observar, es necesario para que la seguridad jurídica de todos los participantes de estos sistemas de integración sea garantizada.

DOCTRINA CITADA

Aguilera Peralta, G. (2016). El regionalismo centroamericano: entre la unión y la integración. *Oasis*, 89-105.

Ahmed Mohamed, M. S. (1997). *The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations.* London: London School of Economics and Political Science.

Alí, A. (2013). Some Reflections on the Principle of Consistent Interpretation Through Case Law of the European Court of Justice. En N. Boschiero, T. Scovazzi, C. Pitae, & C. Ragni, *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves* (págs. 881-895). The Hague: T.M.C. Asser Press.

Alter, K., & Helfer, L. (2017). *Transplanting International Courts. The Law and Politics of the Andean Tribunal Justice.* Oxford: Oxford University Press.

Andrade, M. (1989). Derecho comunitario andino y Tribunal Andino de Justicia. *Tesis de grado para optar al título de Doctora en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana*. Colombia.

Appleton, J. (2000). The Indirect-Direct Effect of European Community Directives. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 59-100.

Arancibia, R. (2016). Los procesos de paz en América Latina: El Salvador y Honduras, un estudio de caso. *Estudios Internacionales*, 133-151.

Arieh Gerstein, J. (1971). El conflicto entre Honduras y El Salvador. *Foro Internacional*, 552-568.

Avery, W., & Cochrane, J. (1973). Innovation in Latin American Regionalism: The Andean Common Market. *International Organization*, 181-223.

Baudenbacher, C. (2004). Judicialization: Can the European Model Be Exported to Other Parts of the World? *Texas International Law Journal*, 381-399.

Becerra Ramírez, M. (2017). *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional.* Ciudad de México: Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Bederman, D., Borgen, C., & Martin, D. (2003). Sources of International Law A Handbook for Judges. *Studies in Transnational Legal Policy*, 39-59.

Berkowitz, D., & Pistor, K. F. (2003). Economic Development, Legality, and the Transplant Effect. *European Economic Review*, 165-195.

Bernal, M.-L. H. (2003). Reference Sources in International Law. *Law Library Journal*, 289-316.

Besson, S. (2018). State Consent Disagreement in International Law-Making. Dissolving the Paradox. *Leiden Journal of International Law*, 289-316.

Besson, S., & d'Aspremont, J. (2017). The Sources of International Law. An Introduction. En S. Besson, & J. d'Aspremont, *The Oxford Handbook on the Sources of International Law* (págs. 1-39). Oxford: Oxford University Press.

Bisschop, W. (1940). Sources of International Law. *Transactions of Grotius Society*, 235-260.

Björnsson, T., & Shany, Y. (2014). The Court of Justice of the European Union. En Y. Shany, *Assesing the Effectiveness of International Court* (págs. 277-306). Oxford: Oxford University Press.

Bos, M. (1977). The Recognized Manifestations of International Law. *German Yearbook of International Law*, 9-76.

Brand, R. (1996). Direct Effect of International Economic Law in the United States and the European Union. *Northwestern Journal of International Law and Business*, 556-608.

Buergenthal, T. (2009). Lawmaking by the ICJ and Other International Courts. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 403-406.

Bustos, C. (2010). La Comunidad Andina: historia de sueños y desencuentros. Una visión construida desde la prensa de Colombia. *Revista Académica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social*, 1-11.

Cárdenas Castañeda, F. A. (2013). A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 355-403.

Caserta, S. (2017). Regional Integration through Law and International Courts- The Interplay between De Jure and De Facto Supranationality in Central America and the Caribbean. *Leiden Journal of International Law*, 579-601.

Castro, J. (2002). Reflexiones acerca del tema de las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. *Revista Agenda Internacional*, 83-95.

Cohen, H. G. (2007). Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources. *Iowa Law Review*, 65-129.

Collins, H. (1991). Methods and Aims of Comparative Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 396-406.

Collins, R. (2014). Classical Legal Positivism in International Law Revisited. En J. Kammerhofer, & J. d'Aspremont, *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (págs. 23-49). Cambridge: Cambridge Unversity Press.

Comisión Presidencial para la Conmemoración del Bicentenario de la Carta de Jamaica. (2015). *Simón Bolívar. Carta de Jamaica 1815-2015*. Caracas: Colección Unidad Nuestraamericana.

Conway, G. (2016). The Legal Reasoning of the Andean Court of Justice in Comparative Context. *iCourts Working Papers Series*, 1-20.

Corbett, P. (1925). The Consent of States and the Sources of the Law of Nations. *British Year Book of International Law*, 20-30.

Corte Centroamericana de Justicia. (1997). *La Corte de Managua. Defensa de su Institucionalidad.* Managua: Editorial Somarriba.

Corte Centroamericana de Justicia. (25 de Febrero de 2019). *Integración de la República de Guatemala a la Corte Centroamericana de Justicia*. Obtenido de http://portal.ccj.org.ni/ccj/ccj-gestiona-nombramiento-magistrados-guatemaltecos/

Corte Centroamericana de Justicia. (25 de Febrero de 2019). *Magistrados títulares 2016-2026*. Obtenido de http://portal.ccj.org.ni/ccj/magistrado/

Corte Centroamericana de Justicia. (4 de Marzo de 2019). *Corte Centroamericana de Justicia*. Obtenido de Historia: http://portal.ccj.org.ni/ccj/historia-2/

Cortés, F. (2012). La tensión entre constitucionalismo y democracia. *Estudios de Derecho de la Universidad de Antioquía*, 14-32.

Cortés, F. (2018). Libertad, justicia y reconocimiento. *Eidos: Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, 334-357.

Craig, P., & de Burca, G. (2011). The Nature and Effect of EU Law: Direct Effect and Beyond. En P. Craig, & G. de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (págs. 180-207). Oxford: Oxford University Press.

d´Aspremont, J. (2011). *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules.* New York: Oxford University Press.

de Burca, G., & Weiler, J. (2001). *The European.* Oxford: Oxford University Press.

De Tomaso R., C. A. (s.f.). Obtenido de La Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2008/03/23a_la_interpretacion_prejudicial_del_tribunal.pdf

Declaración Solemne Sobre la Unión Europea. (19 de Junio de 1983). Stuttgart, Alemania.

Díez-Picazo, L. M. (2008). La naturaleza de la Unión Europea. *InDret*, 4-67.

Dosman, E., Sunkel, O., & Bárcena, A. (2011). *Homenaje a Raúl Prebisch.* Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Easson, A. (1979). The "Direct Effect" of EEC Directives. *International and Comparative Law Quarterly*, 319-353.

Eastman, J. M. (1982). *El pacto andino, ayer y hoy. Textos fundamentales* (Vol. Tomo VI). Bogotá, Colombia: Ministerio de Gobierno.

Europea, T. d. (2015). *Informe Anual 2014. Resumen de las actividades del Tribunal de Justicia, del Tribunal General y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea.* Bélgica: Unión Europea.

Fenwick, C. (1918). The Sources of International Law. *Michigan Law Review*, 393-401.

Ferreyra, L. (2012). Límites constitucionales del principio de primacía del derecho comunitario. *Revista de Derecho y Humanidades*, 297-316.

Ferris, E. (1982). National Support for the Andean Pact. *The Journal of Developing Areas*, 249-270.

Figueroa, A. (1998). Los principios de supremacía y operatividad en el derecho comunitario como fundamentos de la integración. *Revista Chilena de Derecho*, 389-394.

Fuentes, A. (2007). *Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias.* Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina.

Gaurier, D. (2017). Sources in the Modern Tradition. An Overview of the Sources of the Sources in the Classical Works of International Law. En S. Besson, & J. d'Aspremont, *The Oxford Handbook on the Sources of International Law* (págs. 85-98). Oxford: Oxford University Press.

Giammattei Avilés, J. A. (2003). La Corte Centroamericana de Justicia como tribunal constitucional de la Comunidad Centroamericana. En J. Woischnik, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (págs. 507-522). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung.

Gómez Apac, H. R., Vergara Quintero, L. R., Romero Zambrano, H. R., Aguilar Feijoó, L. F., & Rodríguez Noblejas, K. M. (2019). *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia.* Quito: Portoviejo: Editorial San Gregorio S.A.

González, C. (2017). La aplicación de los principios del derecho comunitario por parte de los órganos decisiorios del Sistema de la Integración Centroamericana. En J. P. Vargas, E. T. Orantes, & P. Fernandez, *Destino Centroamérica: reflexiones para integrar la integración* (págs. 509-521). San Salvador: Secretaria General del Sistema de Integración Centroamericana.

González, E., Moreira, L., & Sánchez, Y. (2012). La Corte Centroamericana de Justicia y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Costa Rica*, 261-285.

Gordillo Pérez, L. I., & Canedo Arrillaga, J. R. (2013). La constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 163-183.

Gowlland-Debbas, V. (2013). The Role of the International Court of Justice in the Development of the Contemporary Law of Treaties. En C. J. Tams, & J. Sloan, *The Development of International Law by the International Court of Justice* (págs. 25-52). Oxford: Oxford University Press.

Graziadei, M. (2006). Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. En M. Reimann, & R. Zimmerman, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (págs. 442-447). Oxford: Oxford University Press.

Grez Pérez, C. (1983). *Simón Bolívar Palacios: el libertador*. Santiago: Editorial Andrés Bello.

Grimmel, A. (2012). Judicial Interpretation or Judicial Activism? The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice. *European Law Journal*, 518-535.

Grotius, H. (2005). Chapter VIII. Of Such Properties as are Commonly Called Acquisitions by the Right of Nations. En H. Grotius, *The Rights of War and Peace* (K. Haakonssen, Trad., págs. 634-663). Indianapolis: Liberty Fund.

Grotius, H. (2005). *The Rights of War and Peace, Book I.* (K. Haakonssen, Ed.) Indianapolis: Liberty Fund.

Gutiérrez G, C. J. (2009). *La corte de Cartago.* Managua: Corte Centroamericana de Justicia.

Gutierrez, C. J. (1978). *La Corte de Justicia Centroamericana.* San José: Ediciones Juricentro.

Helfer, L., & Alter, K. (2013). Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts. *Theoretical Inquiries in Law*, 479-503.

Hemraj, M. (2002). Judges as Law Makers. *European Journal of Law Reform*, 447-460.

Henig, R. (2002). *The Origins of the First World War.* Londres: Routledge.

Henig, R. (2005). *The Origins of the Second World War 1933-1941.* Londres: Routledge.

Hernández, A. (1994). *La Integración de Centroamerica. Desde la Federación hasta nuestros días.* San José: Editorial DEI.

Herrarte, A. (1957). *Documentos de la Unión Centroamericana.* Guatemala: Editorial del Ministerio de Educación Pública de Guatemala.

Herrera Montenegro, L. C. (2017). Proceso de Integración de America latina y el Caribe. *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica*, 167-183.

Hinton, E. (1999). Strengthening the Effectiveness of Community Law: Direct Effect, Article 5 EC, and the European Court of Justice. *New York University Journal of International Law and Politics*, 307-348.

Holtzendorff, v. (1885). *Handbuch des Völkerrechts.* Berlin: Berlag von Carl Gabel.

Hongju Koh, H. (1998). The 1998 Frankel Lecture: Bringing International Law Home. *Houston Law Review*, 623-682.

Horwitz, M. (2009). Constitutional Transplants. *Theoretical Inquiries in Law*, 535-560.

Hrestic, M.-L. (2017). Considerations on the Formal Sources of International Law. *Journal of Law and Administrative Sciences*, 103-111.

Hynning, C. (1956). Sources of International Law. *Chicago-Kent Law Review*, 116-135.

Indacochea Jauregui, J. M. (2018). La Interpretación Prejudicial Recaída en el Proceso 242-IP-2015 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Revista Tribuna Internacional*, 1-19.

Jenks, W. (1953). The Conflict of Law-Making Treaties. *British Yearbook of International Law*, 401-453.

Jessup, P. (1974). The Subjects of A Modern Law of Nations. *Michigan Law Review*, 383-408.

Jiménez, W. G. (2013). Papel de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en Decisiones Judiciales de los Países Miembros. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 87-117.

Kammerhofer, J. (2004). Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and some of its Problems. *European Journal of International Law*, 523-553.

Kelsen, H. (1967). *Pure Theory of Law*. (M. Knight, Trad.) Berkeley y Los Angeles: University of California Press.

Kennedy, D. (1987). The Sources of International Law. *American University Journal of International Law*, 1-96.

Kleinheisterkamp, J. (2000). Legal Certainty in the MERCOSUR: The Uniform Interpretation of Community Law. *NAFTA Law and Business Review of the Americas*, 1-34.

La Corte Centroamericana de Justicia. (1996). *La Competencia de la Corte Centroamericana de Justicia.* Managua: Editorial Somarriba.

La Junta. (1973). Acuerdo de Cartagena: Proyecto de creación de un tribunal de justicia. *Derecho de la Integración*, 135-150.

Lauterpacht, H. (1958). *The Development of International Law by the International Court.* London: Stevens & Sons Limited.

Liñán, D. (2014). El sistema de normas y actos en la Unión Europea (I). En A. Mangas, & D. Liñán, *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (págs. 353-372). Madrid: Editorial Tecnos.

Lobo Lara, F. D. (2012). *Conflictos entre Poderes del Estado.* Managua.

Lobo Lara, F. D. (2016). *Corte Centroamericana de Justicia : Primer Tribunal Internacional Creado en el Mundo, Sus Competencias.* Managua.

López Cervantes, G. (2012). El Mercado Común Centroamericano. *Mediterráneo Económico*, 261-269.

López Escarcena, S. (2017). Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana. *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 133-189.

Malamud, C. (2006). La salida venezolana de la Comunidad Andina de Naciones y sus repercusiones sobre la integración regional latinoamericana. *Documento de Trabajo (DT)*, 1-22.

Mälksoo, L. (2017). Sources of International Law in The Nineteenth-Century European Tradition. Insights from Practice and Theory. En S. Besson, & J. d'Aspremont, *The Oxford Handbook on the Sources of International Law* (págs. 146-162). Oxford: Oxford University Press.

Mangas, A. (2014). Los principios del derecho de la Unión Europea en sus relaciones con los ordenamiento internos. En A. Mangas, & D. Liñán, *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (págs. 393-415). Madrid: Editorial Tecnos.

Manrique, R. S. (1996). Proyectos de reformas al tratado del tribunal. *Revista Jurídica Online de la Universidad Católica de Guayaquil*, 128-136.

Marc, J. (2011). Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. *German Law Journal*, 1005-1032.

Martines, F. (2014). Direct Effect of International Agreements of the European Union. *European Journal of International Law*, 129-147.

McWhinney, E. (1991). *Judicial Settlement of International Disputes Jurisdiction, Justiciability and Judicial Law-Making on the Contemporary International Court.* Springer-Science+Business Media, B.V.

McWhinney, E. (1995). *Judicial Law-Making as an Empirical-Scientific Process: Applied Studies.* The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

Menon, P. (1989). Primary, Subsidiary and other Possible Sources of International Law. *Siri Lanka Journal of International Law*, 113-150.

Millan, L. (1984). "Aplicabilidad directa" y "efecto directo" en derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Revista de Instituciones Europeas*, 445-474.

Miranda, O. (2017). *Derecho de la comunidad centroamericana.* Antiguo Cuscatlán.

Molina del Pozo, C. F. (2011). Características del Derecho de la Unión. En C. F. Molina del Pozo, *Derecho de la Unión Europea* (págs. 299-312). Madrid: Editorial Reus.

Monroy Cabra, M. G. (2005). Aproximación al concepto de fuentes de derecho internacional. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 77-91.

Moraga Mejías, M. Á. (2018). *Jurisdicción internacional. Teoría general: Tribunales internacionales y tribunales de integración.* Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca.

Nicolaïdis, K., & Tong, J. L. (2004). Diversity or Cacophony? The Continuing Debate Over New Sources of International Law. *Michigan Journal of International Law*, 1349-1376.

Nollkaemper, A. (2011). Consistent Interpretation. En A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law* (págs. 139-165). New York: Oxford University Press.

Nollkaemper, A. (2014). The Duality of Direct Effect of International Law. *The European Journal of International Law EJIL*, 105-125.

Novak Talavera, F. (1997). Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited: España vs Bélgica (1970). *Agenda Internacional*, 77-115.

Nyman-Metcalf, K., & Papageorgiou, I. (2005). *Regional Integration and Courts of Justice.* Oxford: Intersentia.

Ocampo, J. A. (28 de Agosto de 2001). *Raúl Prebisch y la agenda del desarrollo en los albores del siglo XXI.* Obtenido de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/33122/1/S2001528_es.pdf

Odello, M. (2015). The Andean Community of Nations. En M. Odello, & F. Seatzu (Edits.), *Latin American and Caribbean International Institutional Law* (págs. 117-157). The Hague: Asser Press.

Oppenheim, L. (1905). Sources of the Law of Nations. En L. Oppenheim, *International Law. A Treatise. Peace* (Vol. I, págs. 20-24). New York: Longmans, Green, and Co.

Oppenheim, L. (1912). *International Law. A Treatise* (segunda edición ed.). New York: Longmans, Green and Co.

Ordenanza de Procedimientos de la Corte Centroamericana de Justicia. (10 de Diciembre de 1992). Ciudad de Panamá, Panamá.

Palacio, M. (2013). Conflicto de leyes al interior del régimen común de derechos de autor y derechos conexos de la Comunidad Andina de Naciones. *Revista de la Propiedad Inmaterial*, 205-222.

Pasos Argüello, L. (1986). *La Corte de Justicia Centroamericana.* Managua: Editorial UNION de Cardoza y Cía. Ltda.

Pauwelyn, J. (2003). Hierarchy of Sources. En J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law How WTO Law Relate to Others Rules of International Law* (págs. 89-157). Cambridge: Cambridge University Press.

Peil, M. (2012). Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by International Court of Justice. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 136-161.

Pereira, A., & Santos, L. (2015). Integración mercosureña: entre lo intergubernamental y lo supranacional. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 226-250.

Pérez Luño, A. E. (2011). *El desbordamiento de las fuentes del derecho.* Madrid: LA LEY.

Pérez, E., Sunkel, O., & Torres, M. (2012). *Raúl Prebisch (1901-1986): un recorrido por las etapas de su pensamiento sobre el desarrollo económico.* Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Pérez-León, J. P. (2008). El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo. *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, 599-642.

Permanent Court of International Justice. Advisory Committee of Jurists. . (1920). Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee. June 16-July 24 with Annexes. (pág. 796). The Hague: Van Langenhuysen Brothers.

Pernice, I. (2012). La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización. *Documento de Trabajo. Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, 5-29.

Pernice, I. (2015). Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe. *European Constitutional Law Review*, 541-562.

Perotti, A. (1999). Los tribunales comunitarios en los procesos de integración. El caso del tribunal de justicia de la comunidad andina. *Revista Dikaion*, 186-241.

Perotti, A. D., Salazar Grande, C. E., & Ulate Chacón, E. N. (2017). *Derecho y doctrina judicial comunitaria. Corte Centroamericana de Justicia y tribunales supremos nacionales.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Petersen, N. (2011). Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers. Lawmaking by the International Court of Justice-Factors of Success. *German Law Journal*, 1295-1316.

Pizzolo, C. (2013). La Unión Europea: su evolución como una comunidad de derecho. *Revista Electronica de la Catedra Jean Monnet (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires)*, 6-16.

Prado, J. (2006). La coherencia entre la voluntad soberana y el ejercicio del poder: una perspectiva mexicana. *Letras Jurídicas: Revista Electrónica de Derecho*, 1-33.

Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA). (13 de Diciembre de 1991). Tegucigalpa, Honduras.

Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. (10 de Marzo de 1996).

Rachelli, S. (LXXVI). *Jurenaturae Et Gentium Dissertationes.* Neapolis: Literis Joachimi Reumanni Acad. Typogr.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory opinion (International Court of Justice 11 de April de 1949).

Riedel, E. (1991). Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? *European Journal of International Law*, 58-84.

Robin-Olivier, S. (2014). The Evolution of Direct Effect in the EU: Stocktaking, Problems, Projections. *International Journal of Constitucional Law*, 165-188.

Roca, E., & García, S. (2017). ¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitutcionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales. *Teoría y realidad Constitucional*, 529-548.

Rondón de Sansó, H. (1996). Participación de los Jueces Nacionales en la Interpretación Prejudicial del Ordenamiento Jurídico Andino. *Revista Jurídica Online de la Universidad Católica de Guayaquil*, 105-127.

Rosenne, S. (1993). *Intervention in the International Court of Justice.* Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

Ruiz Cairó, E. (2016). *La Revisión de la Doctrina del Acto Claro por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Casos X y Ferreira da Silva.* Obtenido de Revista General de Derecho Europeo: https://www.iustel.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=417012&d=1

Salazar Grande, C. (2017). El Golfo de Fonseca. Conflictos jurídicos, acuerdos políticos y la necesidad de construir la comunidad del Golfo. *Derecho y Economía de la Integración*, 103-119.

Salazar, C., & Ulate, E. (2014). El derecho comunitario y su desarrollo jurisprudencial. En W. Soto, & M. Sáurez, *Centroamérica: casa común e integración regional* (págs. 89-104). Heredia: Universidad Nacional de Costa RIca-CSUCA.

Saldías, O. (2012). ¿Refugiándose en redes epistémicas? El Tribunal de la Comunidad Andina y la independencia judicial. En M. Hernández Ramos, A. Saiz Arnaiz, & e. al., *Tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea* (págs. 51-66). Navarra: Editorial Aranzadi.

Saldías, O. (2014). *The Judicial Politics of Economic Integration. The Andean Court as an engine of development.* Oxon: Routledge.

Sandholtz, W. (2008). Dynamics of International Norm Change: Rules against Wartime Plunder. *European Journal of International Relations ECPR-European Consortium for Political Research*, 101-131.

Sanz y Tovar, G. (1951). La Federación Centroamericana. *Revista de Política Internacional*, 119-133.

Sardar MA, W. K. (2017). Judicial Precedent and its Authority under International Law. *International Journal of Law*, 75-81.

Sasaki Otani, M. Á. (2018). La responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina frente a los particulares por incumplimiento del derecho comunitario. *Tesis doctoral*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.

Schachter, O. (1968). Towards a Theory of International Obligation. *Virginia Journal of International Law*, 300-322.

Schiele Manzor, C. (2008). La jurisprudencia como fuente del derecho: el papel de la jurisprudencia. *Ars Boni et Aequi*, 181-200.

Schumann, R. (2011). Declaración del 9 de mayo de 1950 pronunciada por Robert Schumann. *Cuestiones sobre Europa*, 1-2.

Scocozza, C. (2015). La Primera Guerra Mundial. Un conflicto que llega desde el Este. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 161-176.

Shahabuddeen, M. (1996). *Precedent in the World Court.* Cambridge: Cambridge University Press.

Slaughter, A.-M., Stone Sweet, A., & Weiler, J. H. (1998). *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context.* Oxford: Hart Publishing.

Soares Carneiro, C. (2016). Colonización y revolución por el derecho de integración sudamericano. *Direito & Práxis Revista*, 18-52.

Solano Muñoz, E. (2017). La integración centroamericana en sus constituciones políticas. de la ODECA a Esquipulas II. *Revista Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica*, 145-155.

Spiermann, O. (1999). The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order. *European Journal of International Law*, 763-789.

Tams, C. J., & Tzanakopoulos, A. (2010). Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development. *Leiden Journal of International Law*, 781-800.

Thirlway, H. (2014). *The Sources of International Law.* Oxford: Oxford University Press.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2017). *Informe de Labores. Gestión 2017.* Quito.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2019). *Informe Anual 2018. Panorámica del año.* Luxemburgo: Dirección de Comunicación. Unidad de Publicaciones y Medios de comunicación electrónicos.

Trstenjak, V. (2013). National Sovereignity and the Principle of Primacy in EU Law and Their Importance for the Member States. *Beijing Law Review*, 71-76.

Ulate Chacón, E. (2006). El derecho comunitario centroamericano: fuentes constitucionales y evolución jurisprudencial. *Seminario sobre "La Consulta Prejudicial"*, 1-21.

Vázquez Vicente, G. (2011). Nacimiento y ocaso de la Federación de Centro América: entre la realidad y el deseo. *Revista Complutense de Historia de América*, 253-275.

Vec, M. (2017). Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition. The Myth of Positivism. En S. d. Besson, *The Oxford Handbook on the Sources of International Law* (págs. 121-145). Oxford: Oxford University Press.

Vitoria, F. d. (1975). *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra* (Tercera edición ed.). Madrid: Espasa-Calpe.

von Bogdandy, A. (2013). The Democratic Legitimacy of International Courts: A Conceptual Framework. *Theoretical Inquiries in Law*, 361-376.

von Bogdandy, A., & Venzke, I. (2011). Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers. *German Law Journal*, 979-1003.

von Jhering, R. (1913). Chapter VIII. En R. von Jhering, *Law as A Means to an End* (I. Husik, Trad., Vol. 5, págs. 176-423). Boston: The Boston Book Company.

Vukadinovic, R. (2011). The Concept and Faces of Direct Effect of European Community Law. *Review of European Law*, 35-48.

Walters, J. A. (27 de January de 1966). Central American Union. Los Angeles, California, Estados Unidos de Norteamérica: University of Southern California.

Watson, A. (1993). *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Georgia: University of Georgia Press.

Watson, J. (1992). State Consent and the Sources of International Law. *American Society of International Law Proceedings*, 108-112.

Weil, P. (1983). Towards a Relative Normativity in International Law. *The American Journal of International Law*, 413-442.

Weiler, J. (1981). The Community System: the Dual Character of Supranationalism. *Yearbook of European Law*, 267-306.

Weiler, J. (1991). The Transformation of Europe. *The Yale Law Journal*, 2403-2483.

Weiler, J. (2014). Van Gend en Loos: The Individual as subject and object and the dilemma of European legitimacy. *International Journal of Constitutional Law*, 94-103.

Wheaton, H. (1916). *Wheaton's Elements of International Law.* New York: Baker, Voorhis & Co.

Yerima, T. F. (2014). Revisiting the Interaction of the Trilogy of Sources of International Law. *Journal of Law, Policy and Globalization*, 41-51.

Zammit Borda, A. (2013). A Formal Approach to Article 38 (1) (d) of the ICJ Statue from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals. *The European Journal of International Law*, 649-661.

Zamorano-Guzmán. (2008). La gobernanza de la Unión Europea: principio de primacía, efecto directo y traumatismo fundador. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 471-490.

JURISPRUDENCIA CITADA

Jurisprudencia andina

ACEGRASAS S.A. con DIAN, 30-IP-98 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 16 de Junio de 1999).

Aktiebolaget Volvo, 1-IP-87 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 3 de Diciembre de 1987).

Alejandro Ordoñez, 609-IP-2016 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 8 de Noviembre de 2018).

Andland Overseas, 737-IP-2018 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 29 de Marzo de 2019).

Antonio Carbonell, 10-IP-94 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 17 de Marzo de 1995).

Augusto Maldonado, 6-IP-94 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 9 de Diciembre de 1994).

Backus & Johnston, 1-IP-2000 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 11 de Noviembre de 1999).

Backus & Johnston, 2-IP-2000 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 24 de Marzo de 2000).

BANACOL S.A, 5-IP-99 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 25 de Octubre de 2000).

Bayer Cropscience, 74-IP-2015 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 25 de Septiembre de 2015).

Boehringer Ingelheim Pharma GMBH, 149-IP-2011 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 10 de Mayo de 2012).

Carlos Arturo Orjuela Góngora con Ministerio de Transporte de la República de Colombia, 1-IP-2008 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 24 de Abril de 2008).

Carvajal Información, 80-IP-2014 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 17 de Septiembre de 2014).

CIBA-GEIGY AG., 7-IP-89 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 24 de Noviembre de 1989).

Citibank N.A. Sucursal Ecuador, 125-IP-2010 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 27 de Abril de 2011).

CMPC Maderas, 44-IP-2015 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 21 de Agosto de 2015).

Colgate Palmolive, 12-IP-1995 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andin 18 de Septiembre de 1995).

Colombina, 272-IP-2016 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 14 de Diciembre de 2018).

COMCEL, 255-IP-2013 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 11 de Junio de 2014).

Consejo de Estado de Colombia, 6-IP-93 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 25 de Febrero de 1994).

Cooperativa Suramericana de Transportes SUTRANSCOOP, 142-IP-2015 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 24 de Agosto de 2015).

Corte Constitucional de la República de Colombia y Convenio de París, 1-IP-96 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 9 de Diciembre de 1996).

Corte Constitucional de la República de Colombia, 1-IP-96 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 9 de Diciembre de 1996).

EDEN FOR MAN, 4-IP-94 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 15 de Septiembre de 1995).

Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, 366-IP-2015 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 12 de Junio de 2017).

Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, 560-IP-2016 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 21 de Septiembre de 2017).

Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales EGEDA Perú, 458-IP-2016 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 7 de Septiembre de 2018).

Expreso Internacional Ormeño, 16-IP-2005 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 18 de Mayo de 2005).

Fábrica de Mermeladas y Caramelos Watts Casal, 79-IP-2009 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 24 de Julio de 2009).

Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. (4 de Febrero de 2004). SUPER CHOO. 141-IP-2003. págs. 11.24-21.24.

Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. (6 de Marzo de 2013). CONOPCO. 137-IP-2012. págs. 2.68-24.68.

General Motors Colmotores, 116-IP-2016 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 15 de Marzo de 2018).

Germán Cavelier y Alexandre Vernot, 2-IP-90 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 20 de Septiembre de 1990).

Germán y Ernesto Cavelier, 2-IP-88 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 25 de Mayo de 1988).

Grupo Giuleti, 131-IP-2008 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 1 de Abril de 2009).

Guccio Gucci, 50-IP-2017 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 7 de Julio de 2017).

Harinera del Valle Paz Bautista y CIA, 1-IP-91 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 8 de Febrero de 1991).

Harinera del Valle Paz, 6-IP-90 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 22 de Octubre de 1991).

Hoechst Marion Roussel, 6-IP-2011 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 11 de Abril de 2011).

INDECOPI, 121-IP-2014 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 20 de Noviembre de 2014).

INDECOPI, 122-IP-2014 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 17 de Septiembre de 2014).

Industrias Dormiluna, 5-IP-2005 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 16 de Marzo de 2005).

Industrias Noel con Ministro de Industria, Comercio, Integración y Pesca del Ecuador, 2-IP-94 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 4 de Julio de 1994).

Innova Seeds, 104-IP-2015 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 25 de Julio de 2016).

INTERPLAST LTDA, 6-IP-89 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 31 de Octubre de 1989).

Inversiones Agropecuarias del Risaralda Limitada-INVARI LTDA, 9-IP-2000 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 21 de Enero de 2000).

Jabonería Nacional S.A., 17-IP-95 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 9 de Noviembre de 1995).

Laboratorios Bussie Bustillo y CIA, 6-IP-2000 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 9 de Febrero de 2000).

Laboratorios FARMACOL, 2-IP-99 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 5 de Mayo de 1999).

Laboratorios Librapharma, 11-IP-2010 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 17 de Marzo de 2010).

León Kadoch, 2-IP-91 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 26 de Febrero de 1991).

Lin Qing, 33-IP-2017 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 3 de Diciembre de 2018).

Lost International, 2-IP-2010 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 24 de Marzo de 2010).

Louis Vuitton, 6-IP-93 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 25 de Febrero de 1994).

Manuel Pachón Muñoz, 5-IP-89 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 26 de Octubre de 1989).

Marco Antonio Soto, 110-IP-2017 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 26 de Febrero de 2019).

Munich S.L, 148-IP-2013 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 11 de Septiembre de 2013).

Omar Ferreira y José Narváez c. Consejo Directivo de Comercio Exterior del INCOMEX, 5-IP-90 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 22 de Julio de 1994).

Otecel, 432-IP-2016 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 11 de Agosto de 2016).

Papeles Industriales Indupapel, 408-IP-2016 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 13 de Julio de 2016).

PETROPERÚ, 88-IP-2011 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 13 de Junio de 2012).

Pfizer, 105-IP-2004 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 17 de Noviembre de 2004).

Plantaciones Malima, 02-IP-2008 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 10 de Abril de 2008).

PPG Industries, 5-IP-96 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 28 de Noviembre de 1997).

Procter & Gamble Company, 9-IP-99 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 11 de Junio de 1999).

República de Colombia con la Junta del Acuerdo de Cartagena, 2-N-86 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 16 de Abril de 1986).

Rutas de América CIA, 133-IP-2007 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 10 de Enero de 2008).

Schering Corporation y Pharmacopeia, 7-IP-2009 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 19 de Marzo de 2009).

Secretaria General de la Comunidad Andina con República Bolivariana de Venezuela, 1-AI-2001 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 27 de Junio de 2002).

Secretaría General de la Comunidad Andina con República del Ecuador, 34-AI-2001 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 21 de Agosto de 2002).

SEITA, 5-IP-95 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 27 de Marzo de 1995).

SENAPI, 104-IP-2014 (Tribunal de justicia de la Comunidad Andina 20 de Noviembre de 2014).

Slim-Fast Foods Company, 3-IP-94 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 25 de Julio de 1994).

Sociedad de Aluminio Nacional C. Ministerio de Hacienda de Colombia, 3-IP-93 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 13 de Julio de 1993).

Sociedad de Comidas Rápidas Mc Pollo con Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 1-IP-94 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 11 de Octubre de 1994).

Sociedad Diswafer, 12-IP-2008 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 17 de Abril de 2008).

Sociedad Diswafer, 14-IP-2008 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 10 de Abril de 2008).

Sociedad Diswafer, 194-IP-2007 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 19 de Febrero de 2008).

Sociedad Dowelanco, 4-IP-2000 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 29 de Marzo de 2000).

Sociedad Hoffman y La Roche, 10-IP-2010 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 5 de Mayo de 2010).

Sociedad Kimberly Clark Worldwide, 22-IP-2012 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 18 de Abril de 2012).

Starbucks Coffee, 1-IP-2010 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 19 de Mayo de 2010).

Stauffer Chemical Company, 1-IP-88 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 25 de Mayo de 1988).

Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de la República del Perú , 90-IP-2011 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 20 de Junio de 2012).

Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, 38-IP-2016 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 27 de Enero de 2016).

T.V. Cable Limitada, 3-IP-2000 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Febrero de 25 de 2000).

Textura Superficie "Old Parr", 242-IP-2015 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 24 de Agosto de 2015).

The Hearst Corporation, 65-IP-2009 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 28 de Agosto de 2009).

Toyosa, 452-IP-2017 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 12 de Diciembre de 2017).

Xerox Corporation, 3-IP-2013 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 10 de Abril de 2013).

Jurisprudencia centroamericana

Agenor Herrera, 2-5-96 (Corte Centroamericana de Justicia 12 de Julio de 1996).

Alemán Lacayo con Nicaragua, 1-8-2003 (Corte Centroamericana de Justicia 12 de Agosto de 2003).

Alvaro Robelo con Consejo Supremo Electoral de Nicaragua, 5-9-1-98 (Corte Centroamericana de Justicia 3 de Marzo de 1999).

Arnoldo Lacayo con Estado de Nicaragua, 1-8-1-2003 (Corte Centroamericana de Justicia 12 de Agosto de 2003).

Asamblea Legislativa de El Salvador con Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, 9-20-06-2012 (Corte Centroamericana de Justicia 15 de Agosto de 2012).

Asociación Salvadoreña de Industriales, 2-24-1-2014 (Corte Centroamericana de Justicia 17 de Marzo de 2014).

Bendeck Ramírez con Honduras, 3-18-2-2003 (Corte Centroamericana de Justicia 22 de Noviembre de 2003).

Bolaños Geyer con Poder Legislativo de Nicaragua (Corte Centroamericana de Justicia 29 de Marzo de 2005).

Bosco Aguilera con Banco Centroamericano de Integración Económica, 15-28-09-2012 (Corte Centroamericana de Justicia 9 de Octubre de 2013).

Carlos Piche Benavides, 10-24-06-2014 (Corte Centroamericana de Justicia 13 de Febrero de 2015).

CC-SICA I, 10-17-11-2008 (Corte Centroamericana de Justicia 16 de Diciembre de 2008).

CC-SICA, 10-17-11-2008 (Corte Centroamericana de Justicia 16 de Diciembre de 2008).

COCESNA, 2-24-03-2017 (Corte Centroamericana de Justicia 26 de Junio de 2017).

CONAAACAC con COMIECO, 5-20-12-2006 (Corte Centroamericana de Justicia 14 de Agosto de 2008).

Consulta Prejudicial, Rodríguez Asencio, 99-07-23-09-2009 (Corte Centroamericana de Justicia 28 de Octubre de 2009).

Corte Suprema de Justicia de Honduras, 4-5-95 (Corte Centroamericana de Justicia 22 de Junio de 1995).

Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, 7-02-06-2014 (Corte Centroamericana de Justicia 18 de Junio de 2014).

Coto Ugarte contra El Salvador, 5-11-96 (Corte Centroamericana de Justicia 5 de Marzo de 1998).

Enrique Bolaños con Asamblea Nacional de Nicaragua, 1-03-01-2005 (Corte Centroamericana de Justicia 29 de Marzo de 2005).

Francisco Castillo, 7-23-09-2009 (Corte Centroamericana de Justicia 28 de Octubre de 2009).

Gilmar Sánchez, 7-26-09-2017 (Corte Centroamericana de Justicia 31 de Octubre de 2017).

Hernaldo Hernández con Banco Centroamericano de Integración Económica, 14-28-09-2012 (Corte Centroamericana de Justicia 9 de Octubre de 2013).

Honduras, 6-2-12-99 (Corte Centroamericana de Justicia 4 de Julio de 2001).

ILG Logistics Sociedad Anónima con Nicaragua, 11-24-06-2014 (Corte Centroamericana de Justicia 19 de Enero de 2017).

ILG Logistics Sociedad Anónima con Nicaragua, 4-14-03-2014 (Corte Centroamericana de Justicia 19 de Enero de 2017).

Joe Thompson con Guatemala, 6-09-09-2015 (Corte Centroamericana de Justicia 3 de Diciembre de 2015).

Juan Reyes con Guatemala, 01-30-04-2004 (Corte Centroamericana de Justicia 13 de Enero de 2005).

Juez Carlos Alberto Piche Benavides, 10-24-06-2014 (Corte Centroamericana de Justicia 13 de Febrero de 2015).

Julio Arias Roque, 3-6-04-2010 (Corte Centroamericana de Justicia 22 de Julio de 2010).

Mario Adolfo Díaz, 1-27-05-2011 (Corte Centroamericana de Justicia 25 de Julio de 2011).

Mario Adolfo, 4-9-04-2010 (Corte Centroamericana de Justicia 11 de Agosto de 2010).

Mauricio Funes, 6-30-05-2014 (Corte Centroamericana de Justicia 12 de Junio de 2014).

Nicaragua con Honduras, 5-29-11-99 (Corte Centroamericana de Justicia 27 de Noviembre de 2001).

Opinión Consultiva de la SIECA, 2-7-2-2001 (Corte Centroamericana de Justicia 28 de Noviembre de 2002).

Óscar Balcáceres con Parlamento Centroamericano, 01-04-08-2006 (Corte Centroamericana de Justicia 25 de Enero de 2008).

PARLACEN CC, 4-1-12-96 (Corte Centroamericana de Justicia 13 de Diciembre de 1996).

PARLACEN, 03-05-12-2007 (Corte Centroamericana de Justicia 8 de Enero de 2008).

PARLACEN, 3-26-10-99 (Corte Centroamericana de Justicia 14 de Febrero de 2000).

PARLACEN, 4-4-08-2011 (Corte Centroamericana de Justicia 26 de Octubre de 2011).

PARLACEN, 4-8-96 (Corte Centroamericana de Justicia 13 de Diciembre de 1996).

PARLACEN, 6-14-08-2009 (Corte Centroamericana de Justicia 23 de Septiembre de 2009).

PARLACEN, 6-20-12-2016 (Corte Centroamericana de Justicia 17 de Marzo de 2017).

PARLACEN, 7-23-10-2013 (Corte Centroamericana de Justicia 12 de Noviembre de 2013).

PARLACEN, 9-23-09-2011 (Corte Centroamericana de Justicia 9 de Enero de 2012).

Reyes Wyld contra Guatemala, 01-30-04-2004- (Corte Centroamericana de Justicia 13 de Enero de 2005).

Rodolfo Dougherty, 4-8-96 (Corte Centroamericana de Justicia 13 de Diciembre de 1996).

Secretaria General de la Corte Suprema de El Salvador, 2-18-01-2008 (Corte Centroamericana de Justicia 25 de Enero de 2008).

SG SICA, 128-05-27-01-2012 (Corte Centroamericana de Justicia 23 de Marzo de 2012).

SG-SICA, 10-21-6-2001 (Corte Centroamericana de Justicia 12 de Noviembre de 2001).

SIECA, 1-1-3-97 (Corte Centroamericana de Justicia 11 de Abril de 1997).

SIECA, 2-1-5-97 (Corte Centroamericana de Justicia 5 de Agosto de 1997).

SIECA, 2-1-5-97 (Corte Centroamericana de Justicia 5 de Agosto de 1997).

SIECA, 8-25-11-2015 (Corte Centroamericana de Justicia 9 de Febrero de 2016).

Silvia Cruz, 3-08-06-2017 (Corte Centroamericana de Justicia 25 de Enero de 2018).

SISCA, 3-20-7-2018 (Corte Centroamericana de Justicia 25 de Enero de 2019).

Víctor Bendeck con Honduras, 3-18-2-2003 (Corte Centroamericana de Justicia 22 de Noviembre de 2004).

Jurisprudencia europea

Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA Simmenthal, 106/77 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 9 de Marzo de 1978).

Los Verdes/ Parlamento Europeo, 294/83 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 23 de Abril de 1986).

Lütticke con Hauptzollamt Saarlouis, 57-65 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 16 de Junio de 1966).

Salgoil con Italia, 13/68 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 19 de Diciembre de 1968).

Van Duyn con Home Office, 41/74 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 4 de Diciembre de 1974).

Van Gend & Loos, 26/62 (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 5 de Febrero de 1963).

Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 Between the WHO and Egypt, Summaries. Advisory Opinion (International Court of Justice 20 de December de 1980).

Costa/ENEL, 6/64 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 15 de Julio de 1964).

Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

B05. Status of Eastern Carelia, Series B: Collection of Advisory Opinion (Permanent Court of International Justice 23 de July de 1923).

Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Reports 1970 (International Court of Justice 5 de Febrero de 1970).

Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion (International Court of Justice 1950 de March de 1950).

Conditions of Admission of a State to Membership in the United Natios (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion (Corte Internacional de Justicia 28 de Mayo de 1948).

Dissenting Opinion by Judge Read, Advisory Opinion (Second Phase) (International Court of Justice 18 de July de 1950).

Dissenting Opinion of Judge Jessup, South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa), Liberia v. South Africa) (International Court of Justice 18 de July de 1966).

International Status of South-West Africa, Advisory Opinion (International Court of Justice 11 de July de 1950).

Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion (International Court of Justice 30 de March de 1950).

NORMAS CITADAS

Acuerdo de Integración Subregional Andino. (26 de Mayo de 1969).

Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. (10 de Diciembre de 1992). Ciudad de Panamá, Panamá.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. (26 de Junio de 1945).

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (22 de Junio de 2001). Valencia, Venezuela.

Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (18 de Mayo de 2004). San Francisco de Quito, Ecuador.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (25 de Marzo de 1957).

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. (1 de Enero de 1958). Roma, Italia.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (10 de Marzo de 1996). Trujillo, Perú.

Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. (28 de Mayo de 1979). Cartagena, Colombia.

Treaty of Rome. (25 de Marzo de 1957). Roma, Italia.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (29 de Junio de 2020). Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. San Francisco de Quito, Ecuador.