

Problemática constitucional de la integración

Derechos e integración europea

Silvio Gambino

**Supremacía constitucional y control
del Derecho comunitario**

Elsa Guerra Rodríguez

**El compromiso de adecuar la ley a un tratado:
coalición o colisión**

Diego Mogrovejo Jaramillo

**Interpretación prejudicial y restricciones a la potestad
jurisdiccional de los Estados miembros de la CAN**

Gabriel Galán Melo

**Viking y Laval en el contexto del pluralismo constitucional
y la posibilidad de diálogo con el Tribunal Europeo
de Derechos Humanos**

Gabriel Moreno

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Segundo semestre de 2014 • Número 22

FORO, revista de Derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTOR DEL ÁREA: Dr. César Montaña Galarza.

EDITOR DE LA REVISTA: Dr. Ernesto Albán Gómez.

COMITÉ EDITORIAL: Dr. Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Dr. Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Dr. Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Dr. Agustín Grijalva (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Julio César Trujillo (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. José Vicente Troya (+) (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Dr. Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Dr. Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Dra. Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Dr. Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Dra. Rosario Valpuesta (+) (Universidad Pablo de Olavide), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

COORDINADORES DEL NÚMERO: Dr. César Montaña y Dra. Claudia Storini.

COORDINADORA EDITORIAL: Lcda. María José Ibarra González.

SUPERVISOR EDITORIAL: Jorge Ortega.

CORRECCIÓN: Fernando Balseca.

DIAGRAMACIÓN: Sonia Hidrobo.

CUBIERTA: Raúl Yépez.

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

FORO aparece en los índices *LATINDEX*, *Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, y *PRISMA, Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas*.

FORO es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 22 • II semestre 2014

	Editorial <i>César Montaña G. y Claudia Storini</i>	3
TEMA CENTRAL	PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN	
	Derechos e integración europea <i>Silvio Gambino</i>	5
	Supremacía constitucional y control del Derecho comunitario <i>Elsa Guerra Rodríguez</i>	37
	El compromiso de adecuar la ley a un tratado: coalición o colisión <i>Diego Mogrovejo Jaramillo</i>	63
	Interpretación prejudicial y restricciones a la potestad jurisdiccional de los Estados miembros de la CAN <i>Gabriel Galán Melo</i>	87
	Viking y Laval en el contexto del pluralismo constitucional y la posibilidad de diálogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos <i>Gabriel Moreno</i>	107
RECENSIONES	César Montaña Galarza, <i>PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LA INTEGRACIÓN</i> , por <i>Paúl Cordova</i>	133
	David Cordero, <i>LA LETRA PEQUEÑA DEL CONTRATO SOCIAL. LA LEGITIMIDAD DEL PODER, RESISTENCIA POPULAR Y CRIMINALIZACIÓN DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS</i> , por <i>Felipe Castro</i>	139
JURISPRUDENCIA	Análisis de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del Proceso 242-IP-2015 (Marca: TEXTURA SUPERFICIE “OLD PARR”) <i>Gustavo García Brito</i>	143
	Colaboradores	163
	Normas para colaboradores	165

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 22 • II semestre 2014

	Preface <i>César Montaña G. and Claudia Storini</i>	3
MAIN THEME	CONSTITUTIONAL ISSUES OF INTEGRATION	
	Rights and European Integration <i>Silvio Gambino</i>	5
	Constitutional supremacy and monitoring of Community Law <i>Elsa Guerra Rodríguez</i>	37
	The commitment of adapting the law to an international treaty: coalition or collision <i>Diego Mogrovejo Jaramillo</i>	63
	Preliminary rulings and restrictions to the jurisdictional power of the Member States of the Andean Community <i>Gabriel Galán Melo</i>	87
	Viking and Laval in the context of the constitutional pluralism and the possibility of a dialogue with the European Court of Human Rights <i>Gabriel Moreno</i>	107
REVIEWS	César Montaña Galarza, <i>CONSTITUTIONAL PROBLEMS OF INTEGRATION</i> , by <i>Paúl Cordova</i>	133
	David Cordero, <i>THE SMALL PRINT OF THE SOCIAL CONTRACT. LEGITIMACY OF POWER, POPULAR RESISTANCE AND CRIMINALIZATION OF THE DEFENCE OF RIGHTS</i> , by <i>Felipe Castro</i>	139
CASE LAW	Analysis of the Andean Court of Justice's preliminary ruling 242 IP-2015 (Mark: SURFACE TEXTURE "OLD PARR") <i>Gustavo García Britobh</i>	143
	Collaborators	163
	Rules for Collaborators	165

Editorial

*E*n la actualidad el estudio de cuestiones relativas a la relación entre la Constitución y la integración es, sin duda, uno de los temas clave de la teoría constitucional. Estas cuestiones pueden ser estudiadas desde diferentes puntos de vista que pueden ser esencialmente reconducidos a tres áreas distintas.

En primer lugar, la que analiza los fundamentos constitucionales de la integración, a saber, el estudio de las disposiciones constitucionales que posibilitan y disciplinan la integración. En este ámbito se encuentran, por ejemplo, las cuestiones inherentes a la naturaleza de la habilitación constitucional de la transferencia de competencias o las conexas a los límites a los que la citada entrega puede ser sometida.

En segundo lugar, el sector en el que se inserta la dimensión conflictiva de la relación entre la Constitución y el Derecho comunitario, a saber, el estudio orientado a analizar y encontrar soluciones a los conflictos, hipotéticos o reales, que pueden perfilarse, especialmente en relación con áreas inherentes al sistema de garantías de los derechos.

En tercer lugar, todo lo que se refiere a las implicaciones institucionales del ordenamiento comunitario sobre el ordenamiento interno, es decir, el impacto de la integración sobre la organización del Estado, tanto en relación con los equilibrios entre los poderes, así como en relación con las competencias de cada uno de ellos.

Desde un punto de vista más general, la cuestión puede enfocarse alrededor de la posibilidad de transferir modelos propios de la experiencia histórica de los ordenamientos estatales a organizaciones supranacionales y hasta "posnacionales". Este último aspecto no es del todo novedoso, pues ya estaba presente en la cultura política y constitucional europea entre las dos guerras. Es la idea de insertar la democracia social en el linaje de un sistema federal que trascienda la experiencia de los estados nacionales. Hoy el tema ha adquirido una creciente actualidad, que implica el interrogante acerca del impacto de los procesos de globalización y de integración supranacional sobre los principios del constitucionalismo democrático. En este sentido, la eficacia política y la validez jurídica de todo proceso de integración tendrán que depender en último extremo del mantenimiento de la supremacía constitucional.

FORO quiere contribuir a ese debate y por ello ha incorporado sobre su tema central varias reflexiones, elaboradas por académicos del más alto prestigio, quienes abordan algunas de las problemáticas de mayor interés en este ámbito. En la misma

línea se orientan las secciones en las que se incluyen recensiones de libros recientes y comentarios de jurisprudencia.

Conscientes de que quedan muchos otros aspectos que no pudieron ser incluidos en este número por razones de espacio, cumplimos con el propósito del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, que espera contribuir a través de esta entrega a la discusión sobre temas de actualidad jurídica con material de excelencia de juristas nacionales y extranjeros.

*César Montaña G.
Claudia Storini*

Derechos e integración europea

*Silvio Gambino**

RESUMEN

El artículo analiza en qué medida los Tratados de Lisboa aprobados en el seno de la Unión Europea resuelven el déficit de garantía de los derechos que han sido evidenciados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional de numerosos estados miembros. También pone en evidencia las incertidumbres y ambigüedades todavía existentes en relación con todo lo que se refiere a la relación entre jurisdicciones nacionales y comunitarias y a la protección de los derechos fundamentales. Tras las incertidumbres en la materia, los nuevos tratados no parecen haber dado un salto hacia adelante en este sentido. Por tanto, habrá que seguir reclamando la positivización de una más adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Unión, cuya garantía no puede sino traer a la causa el valor de las constituciones nacionales y, por tanto, de formas más adecuadas de legitimación política de los tratados. Hablar de los derechos y de la Constitución en el ámbito de la Unión significa preguntarse sobre la naturaleza de la integración europea, superando el diseño funcional que desde sus orígenes la ha caracterizado, y pasando a redefinir las fuentes de su legitimación.

PALABRAS CLAVE: Integración europea, garantía de derechos, constitucionalismo multinivel.

ABSTRACT

This paper analyses if the Treaties of Lisbon solve the rights guarantees deficit showed by doctrine and constitutional jurisprudence of the Member States. Under such circumstances, the uncertainties and ambiguities of the relationship between national jurisdictions and Community Law and the protection of fundamental rights have been demonstrated; nonetheless, the new treaties have not made progress in this direction. Consequently, the legal establishment of an adequate judicial protection of fundamental rights of the Union must be claimed whose guarantee the valuing of national constitutions; and, therefore, the most appropriate political legitimization of the treaties forms. Discussing rights and the Constitution in the Union context means asking about the nature of the European integration, overcoming the functional design that has characterized it and moving to the redefinition of the sources of its legitimation.

KEYWORDS: European integration, guarantees and rights, multilevel constitutionalism.

FORO

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Calabria.

RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS NACIONALES Y EL EUROPEO A LA LUZ DE LOS TRATADOS DE LISBOA

Los ‘nuevos’ Tratados de la Unión Europea (TUE) (Tratados de Lisboa), vigentes desde el 1 de diciembre de 2009, sin duda han dado impulso al progreso de la integración europea. Dentro de su tradicional *stop and go*, el proceso atraviesa ahora un estadio crítico debido a la crisis financiera y económica que se ha manifestado con especial intensidad en algunos países miembros de la Unión. No obstante, el derecho de la Unión sigue siendo de gran interés, pues se ocupa de cuestiones complejas derivadas de la convivencia de las diversas culturas de los países miembros; sobre todo en relación con la igualdad de posición de los Estados miembros ante los tratados y a su propia identidad nacional, inherente, por ejemplo, a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, a la autonomía local y regional, al contenido de los derechos. En este escenario evolutivo, la integración europea otorga ahora un pleno reconocimiento a los derechos (libertades y principios) sancionados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). En este sentido, el artículo 6 TUE –así como la previsión de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)– rediseña, a través de los derechos y las identidades constitucionales nacionales, el proceso de integración.¹ La Unión Europea experimenta uno de los avances más significativos en lo que se refiere a la positivación de los derechos fundamentales, de la mano de un importante y complejo diálogo entre las Cortes constitucionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que tratan de asegurar jurisdiccionalmente los distintos y singulares niveles de garantía desde la óptica de un consti-

1. Sergio Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa* (Nápoles: Jovene Editore, 2005); Marta Cartabia, dir., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee* (Bologna: Il Mulino, 2007); Cesare Pinelli, “I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza”, *Politica del diritto* (s. l.: 2008): 1; N. Zanon, dir., *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* (Nápoles: 2006); Tommaso Giovannetti, *L’Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell’integrazione comunitaria* (Turín: Giappichelli, 2009); Vincenzo Sciarabba, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali* (Pádua: CEDAM, 2008); Giuseppe Martinico, *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo* (Nápoles: 2009); Oreste Pollicino, Vincenzo Sciarabba, “La Corte di Giustizia dell’Unione europea e la Corte europea dei diritti dell’uomo quali Corti costituzionali”. En *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, dir. por Luca Mezzetti, tomo II (Pádua: 2011); Sabino Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale* (Roma: Saggine, 2009); M. Cartabia, B. de Witte, P. Pérez Tremps, directores, *Constitución europea y Constituciones nacionales* (Valencia: Tiran lo Blanch, 2005); Valerio Onida, “I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona” y Tania Groppi, “I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza “multilivello”. En *I diritti fondamentali in Europa*, dir. por Elena Paciotti (Roma: Collana, 2011).

tucionalismo multinivel con el que se vienen a confirmar plenamente las identidades constitucionales nacionales.²

Con la incorporación de la CDFUE en el seno de los ‘nuevos’ tratados, el proceso de integración europeo se prestaría a ciertas lecturas –que no compartimos– que lleven a considerarlos como parte de un auténtico proceso constitucional, que vendría a derogar los propios procedimientos articulados por el Derecho constitucional, con los que se asegura la legitimación política de los ordenamientos constitucionales. Sin embargo, tal proceso de positivación de los derechos plantea importantes interrogantes relativas a la recurrente cuestión del *déficit* democrático de las instituciones comunitarias y a su legitimación constitucional. Sobre este aspecto teórico, es notorio que la doctrina constitucional europea está dividida; así se deduce, por ejemplo, de las diferentes valoraciones realizada en relación con la ‘sentencia Lisboa’ del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del 30 de junio de 2009.³

En opinión de algunos, dicha sentencia, confirma la naturaleza –digamos consuetudinaria– del proceso de integración europea en curso,⁴ que habría determinado así, de facto, una discontinuidad en relación con el constitucionalismo de los países europeos, en modo alguno subsanable desde la óptica de los ordenamientos constitucionales nacionales afectados. Según estos autores, se darían así las premisas de un constitucionalismo europeo acabado, plenamente autorreferencial y capaz de producir todas las consecuencias jurídico-institucionales que la aplicación directa de sus dis-

-
2. Cfr. Antonio Ruggeri, “Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e ‘controlimiti’ mobili, a garanzia dei diritti fondamentali”, *Rivista AIC* (2011): 1; Antonio Ruggeri, “Trattato costituzionale, europeizzazione dei ‘controlimiti’ e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno”. Disponible en <www.forumcostituzionale.it>; Alfonso Celotto, Tania Groppi, “Diritto UE e diritto nazionale: ‘primauté’ vs controlimiti”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitari* (2004); Alfonso Celotto, “Primauté’ e controlimiti nel Trattato di Lisbona”. En *Scritti sul processo costituente europeo* (Nápoles: 2009); Silvio Gambino, “La Carta e le Corti costituzionali. ‘Controlimiti’ e ‘protezione equivalente’”, *Politica del diritto* (Il Mulino: 2006), 3; Francisco Balaguer Callejon, “El derecho constitucional europeo y la Unión Europea”. En *Introducción al Derecho Constitucional*, coord. por Francisco Balaguer Callejon (Madrid: 2011).
 3. Vittorio Baldini, “Il rispetto dell’identità costituzionale quale contrappeso al processo d’integrazione europea. La ‘sentenza Lisboa’ del ‘Bundesverfassungsgericht’ ed i limiti ad uno sviluppo secundum Constitutionem dell’ordinamento sopranazionale”, *Rivista AIC*, No. 0 del 2.7 (2010); Bernardi Guastafarro, “Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e ‘controlimiti europeizzati’”, Disponible en <www.forumcostituzionale.it>; M. Raveraira, “L’ordinamento dell’Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?”, *Rivista del diritto della sicurezza sociale* (2011): 2.
 4. Cfr. Antonio Ruggeri, “Carta europea dei diritti e integrazione interordinamentale: il punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale”. En AA. VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto* (Milán: 2003); Katia Blairon, “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea: verso la costituzionalizzazione di un ‘diritto comune’ europeo”. En *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, dir. por Silvio Gambino (Milán: 2006).

posiciones y su primacía han tenido sobre los ordenamientos nacionales, incluso en materia de derechos fundamentales.

Otras lecturas resultan más prudentes; preguntándose por la naturaleza jurídica de los tratados, resuelven que las recientes modificaciones de los mismos constituyen poco más que una reorganización normativa de los vigentes anteriormente. Incluso evidencian cómo la integración europea, desde un punto de vista finalista y no garantista, gana terreno a través del reconocimiento de los derechos, llegando a señalar un persistente *déficit* constitucional.⁵ Dicho de otro modo, una Constitución, como acto fundacional de un ordenamiento jurídico primario y elemento fundamental del mismo —en su componente de *inner law*—, solo puede provenir de una voluntad política y formalmente constituyente, expresada directamente por el pueblo europeo de los distintos países de la Unión.⁶ Un pasaje argumentativo de la Sentencia Lisboa de la Corte de Karlsruhe argumenta muy claramente esta visión. En tal sentido, se afirma que un acto normativo no adquiere valor de constitución por el simple hecho de ser la expresión de una denominada asamblea constituyente o de un referéndum. Ello implica que la Constitución europea debe ser el resultado de un proceso constituyente, con una legitimación, propia de los titulares de la soberanía, que no deje lugar a dudas, investida de una fuerza resolutive propia y atribuible a la voluntad de los *demos* de los países miembros. De ninguna manera se podría pensar que la meta progresiva de llegada a la aprobación de una Constitución europea pueda poner entredicho —y minusvalorar— las categorías dogmáticas tradicionales del constitucionalismo moderno que están en la base de todos los procesos de legitimación constitucional.⁷

5. Cfr. Maurizio Fioravanti, “Un ibrido fra Trattato e Costituzione”. En *La Costituzione europea. Luci e ombre*, dir. por Elena Paciotti (Roma: 2003); ver también Maurizio Fioravanti, “Il processo costituente europeo”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (Milán: 2003); Francisco Balaguer Callejon, “Il Trattato di Lisbona sul lettino dell’analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell’UE”. En *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Alberto Lucarelli, Andrea Patroni Griffi (Nápoles: 2010).

6. Augusto Barbera, “Esiste una ‘costituzione europea’?”, *Quaderni costituzionali*, No. 1 (2000); Christian Franck, “Traité et Constitution: les limites de l’analogie”. En *La constitution de l’Europe*, dir. por Paul Magnette (Bruxelles: 2002); R. Toniatti, “Verso la definizione dei ‘valori superiori’ dell’ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”. En *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, dir. por R. Toniatti (Pádua: 2002); Gaetano Silvestri, “Relazione conclusiva”. En *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, dirigido por Paolo Falzea, Antonio Spadaro, Luigi Ventura (Torino: 2003); Silvio Gambino, “La (reciente) evolución del ordenamiento comunitario como proceso “materialiter” constituyente: un análisis tras las categorías clásicas del derecho público y de la experiencia concreta”. En AA. VV., *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad* (Bogotá: 2006).

7. Massimo Luciani, “Il *Bundesverfassungsgericht* e le prospettive dell’integrazione europea”. Disponible en <www.astrid.eu>; G. Guarino, “La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 30 giugno 2009. Sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell’Unione europea”. Disponible en <www.astrid-online.it>; Lucía Serena Rossi, “Integrazione europea al capolinea?”. Disponible en <www.affariinternazionali

La garantía de los derechos fundamentales europeos, de un lado, y el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, del otro, replantean los clásicos interrogantes en materia de *primauté* de derechos fundamentales entre los niveles constitucionales nacionales y el del derecho primario de la Unión.⁸ El análisis que realizaremos, nos lleva a asumir la vigencia de aquella lectura –más jurisprudencial que doctrinal– que a pesar de la comunitarización de la Carta de Derechos Fundamentales niega la primacía generalizada de los derechos incluidos en ella, basándose en las garantías que de los mismos predicen las constituciones nacionales. Con todo, esta interpretación no desprecia las garantías de los derechos y libertades de la Unión establecidas en el art. 6 del TUE, en el art. 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales, y en el art. 67 TFUE, de acuerdo con el cual “la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”.

En este sentido, es destacable el espacio de reflexión abierto por parte de algunas cortes constitucionales, en particular la italiana y alemana, bajo la que se denomina *doctrina de los contralímites*, que niega, al menos hasta la sentencia *Solange II*, la primacía del derecho de la Unión en lo relativo a los principios y derechos fundamentales garantizados en las constituciones nacionales.⁹

PRINCIPIO DEMOCRÁTICO, IDENTIDAD CONSTITUCIONAL Y CONTRALÍMITES

Como ya se apuntó, este razonamiento es utilizado por la Corte de Karlsruhe en la conocida Sentencia Lisboa, de 30 de junio de 2009.¹⁰ Su importancia reside en que parte de la doctrina considera esta sentencia como un auténtico desafío al acervo co-

ib); Gian Luigi Tosato, L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente “Lissabon Urteil”. Disponible en <www.astrid.eu>.

8. Francesco Sorrentino, “La tutela multilivello dei diritti”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitari* (2005); Sergio Panunzio, edit., *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea* (Milán: Giuffrè 2002); Ingolf Pernice, Franz Mayer, “La Costituzione integrata dell'Europa”. En *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, dir por Gustavo Zagrebelsky (Roma: Bari, 2003); P. Bilancia, E. de Marco, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione* (Milán: Giuffrè, 2004); G. Morbidelli, “La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo”, *Annuario 1999. La Costituzione europea* (Pádua: 2000); Silvio Gambino, “La protezione multilivello dei diritti fondamentali (fra Costituzione, trattati comunitari e giurisdizione)”. En *Scritti in onore di Michele Scudiero* (Nápoles: Jovene Editore, 2008).
9. Silvio Gambino, *Diritti fondamentali e Unione Europea* (Milán: Giuffrè, 2009).
10. BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30/6/2009.

munitario. Así, se ha señalado acertadamente,¹¹ que la fundamentación de esta larga sentencia parece encaminada a modelar el futuro del derecho de la Unión “supliendo un pluralismo constitucional defensivo por un pluralismo constitucional agresivo”.¹² Ello porque el juez constitucional alemán reivindica para sí el papel de árbitro último, de guardián decisivo de la Constitución, a través del ejercicio del control de la compatibilidad del proceso de integración con el principio democrático¹³ y de la ‘cláusula de eternidad’ plasmada en el art. 79.3, Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (LFB). Esta garantía de perennidad implica que ni siquiera el legislador constitucional puede disponer de la identidad del orden constitucional liberal democrático. Esta argumentación coincide, en el fondo, con la acogida por la Corte Constitucional Italiana en la sentencia No. 1146 de 1998, en la cual se establece que la Constitución contiene:

algunos principios constitucionales supremos: tanto aquellos principios que la Constitución misma prevé como límites absolutos al poder de reforma constitucional ... como aquellos otros principios que, aún no mencionándose expresamente en la Constitución como excluidos del procedimiento de reforma constitucional, pertenecen en esencia a los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana ... No se puede negar, por tanto, que esta Corte sea competente para juzgar la legitimidad de las leyes de reforma constitucional y de las otras leyes constitucionales en relación con los principios supremos del ordenamiento constitucional. De lo contrario, se incurriría en el absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no plenamente efectivo justamente en relación con las normas de más elevado valor.

Con respecto a las razones planteadas por los recurrentes –especialmente, la vulneración del principio democrático y la atribución específica de la competencia–, la decisión del Tribunal Constitucional Alemán se sitúa dentro de la doctrina jurisprudencial sentada con anterioridad. En ella destaca la sentencia *Maastricht*¹⁴ (aunque aquí se prestaba atención al principio democrático y al de soberanía del Estado más que a la intangibilidad de la protección de los derechos fundamentales) que, junto

11. M. Poiars Maduro, G. Grasso, “Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?”. En *Il diritto dell’Unione Europea* (s. l.: Giuffrè, 2009), 3. Antonio Cantaro, “Democracia e identidad constitucional después de la ‘Lissabon Urteil’. La integración protegida”, *Revista Derecho Constitucional Europeo* (2010): 13.

12. Poiars Maduro, G. Grasso, “Quale Europa dopo la sentenza...”, 527.

13. En el párrafo 216 de la sentencia, el Juez de las leyes alemán observa que “el principio democrático no es susceptible de variaciones, es más, es intocable. El poder constituyente de los alemanes dado en la LF trataba de poner un límite que no pudiera ser desoído por futuras mayorías políticas. No está permitida ninguna modificación que afecte a los principios enunciados en el art. 1 a 20 de la LF (art. 79.3 LF)”.

14. BVergG, 89, 115. Cfr. al respecto ver Giuseppe Ugo Rescigno, “Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea”, *Giurisprudenza costituzionale* (1994), así como Adele Anzon, J. Luther, “Il trattato di Maastricht e l’ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale”, *Giurisprudenza costituzionale* (1994).

con la sentencia *Solange II*, había llevado el Tribunal a detenerse en la comprobación del nivel de protección asegurado por el Tribunal de Luxemburgo. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán subraya la existencia de límites insuperables al proceso de integración, dimanantes del principio de atribución y de la identidad constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea que operan en el marco constitucional de un ordenamiento nacional –art. 23.1 LFB–. El mandato, que a juicio del Tribunal se deriva para los órganos constitucionales alemanes, es que la decisión de participar o no en la Unión Europea “no se configura como una libertad discrecional. Y, si bien es cierto, que la LFB apuesta por una integración europea y un ordenamiento de paz internacional, y, por tanto, rigen el principio ‘a favor derecho internacional’, y el principio ‘a favor derecho europeo’ (*Europarechtsfreundlichkeit*) (§ 225)”.¹⁵ La concreción de la integración europea debe tener en cuenta las peculiaridades de la Unión como ente de unión de Estados soberanos (*Statenverbund*), que ejerce su poder sobre una base común, fruto de un pacto, en cuyo ámbito el ordenamiento de los Estados miembros sigue siendo de dominio exclusivo de estos últimos, y cuya legitimación democrática pertenece a sus pueblos.

Estas características acuñadas en la LFB, autorizan una amplia cesión de derechos de supremacía a la Unión por parte del legislador estatal, pero subordinándola a:

la condición de que se conserven las características del Estado constitucional soberano *sobre la base de un programa de integración según el principio de atribución específica y de salvaguarda de la identidad constitucional de los Estados miembros; sin detracer a los Estados miembros su capacidad de transformación política y social de las condiciones de vida que le corresponde gestionar* (§ 226)¹⁶ (Las cursivas me pertenecen).

Esta premisa es fundamental en la argumentación de la Corte de Karlsruhe cuando observa que:

la integración en una comunidad de libertad no pretende, con todo, ni subordinación sustraída a los límites y controles del derecho constitucional, ni una renuncia a la propia identidad.

-
15. Adele Anzon, “Principio democratico e controllo di costituzionalità sull’integrazione europea nella “sentenza Lisbona” del Tribunale costituzionale federale tedesco”, *Giurisprudenza costituzionale* (2009); Gianni Ferrara, “In difesa della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona”. Disponible en <www.astrid.eu>; Francesco Palermo, Jens Woelk, “‘Maastricht reloaded’: il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, No. 3 (2009); Lucia Serena Rossi, “I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un’ipoteca sul futuro dell’integrazione europea”, *Rivista di diritto internazionale*, No. 4 (2009); Peter Häberle, “La regresiva sentencia Lisboa como Maastricht II anquilosada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (2009): 12; Baldini, “Il rispetto dell’identità costituzionale...”.
16. Ver Silvio Gambino “Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea”, *ReD-CE*, No. 18 (2012).

La Ley Fundamental no autoriza a los órganos activos de Alemania a entrar en un Estado federal y renunciar al derecho de autodeterminación del pueblo alemán en favor de una soberanía internacional. Al implicar la transferencia de soberanía a un nuevo sujeto legítimo, este paso se reserva a una declaración de voluntad directa del pueblo alemán (§ 228).¹⁷

Demostrando una cierta desconfianza en la fuerza constructiva del proceso de integración, lo vincula al respeto de los elementos constitucionales garantizados por las competencias de los tribunales constitucionales. En relación con esta jurisprudencia puede parecer excesiva la crítica levantada por algunos sectores de la doctrina en la que se ha llegado a hablar de un “bozal alemán”¹⁸ que la Corte de Karlsruhe habría puesto de modo miope a la Unión Europea. Nos convence más la visión de otro sector de la doctrina, más prudente, concentrado en los argumentos de la identidad nacional como contrapeso o contralímite al proceso de integración europeo que obligaría a un desarrollo comunitario “*secundum constitutionem*”.¹⁹ De este modo, la cláusula de identidad e intangibilidad constitucional (art. 1 a 20 y 79.3 LFB) implicaría sobre todo:

Que el programa de integración de la Unión Europea deba ser suficientemente determinado. Si el pueblo no es llamado a decidir directamente, solo es legítima democráticamente la decisión de la que pueda responder el Parlamento. *La delegación en blanco para el ejercicio del poder público, con un efecto vinculante en el ordenamiento jurídico interno, no puede ser hecha por los poderes constituidos alemanes*” (§ 236)²⁰ (Las cursivas me pertenecen).

En la Sentencia Lisboa no faltan argumentos enfocados a la perspectiva de análisis aquí defendida, y que se basan sobre la cualidad de las relaciones y de los límites relativos entre ordenamientos jurídicos. Se puede convenir en la existencia de una cierta continuidad entre los contralímites al proceso de integración comunitaria y la identidad constitucional nacional. En el marco de los principios y derechos fundamentales sancionados de las constituciones nacionales, tales contralímites se proyectarían –hoy en día– en una fórmula más amplia y general, y hasta simbólica de la identidad constitucional nacional, que nutriría la nueva positivación comunitaria prevista en los art. 4.2 y 6 TUE, así como art. 67.1 TFUE.

En lo que concierne a los contralímites opuestos al proceso de integración europeo, el Tribunal Constitucional Alemán subraya enfáticamente que dicha integración debe

17. Ibid.

18. Sabino Cassese, “L’Unione europea e il guinzaglio tedesco”, *Giornale di diritto amministrativo* (s. I.: 2009): 9.

19. Baldini, *Il rispetto dell’identità costituzionale...*; P. Faraguna, “Germania: il *Mangold-Urteil* del BverfG. Controllo *ultra vires* sì, ma da maneggiare *europarechtsfreundlich*”. Disponible en <www.forumcostituzionale.it>.

20. Ver Gambino “Identidad constitucional nacional...”.

respetar la participación activa del parlamento nacional y la participación constituyente del pueblo alemán. Como se ha observado magistralmente, la transformación de la Unión Europea en un Estado federal “excedería las competencias y las funciones de los poderes constituidos de la República Federal de Alemania. La base jurídica necesaria para dicha forma de integración solo podría ser establecida en una ley constitucional que el pueblo alemán debería aprobar conforme a las reglas del art. 146 LFB (§113)”.²¹

Para el juez constitucional alemán, entonces, no cabe duda de que la integración europea debe desenvolverse “según el principio de atribución específica de la competencia, sin que sea posible que la UE usurpe la competencia de la competencia o vulnere las identidades constitucionales de los Estados miembros, esto es, la identidad de la LFB, resistentes a la integración (§ 239)”.²² De la misma manera, tampoco cabe duda alguna sobre la plena justiciabilidad, en el seno de la jurisdicción alemana, de las responsabilidades dimanantes de la integración en el caso de excesos en el ejercicio de las competencias de la Unión Europea y la garantía del núcleo intangible de la identidad constitucional de la LFB. A tal fin, el Tribunal Constitucional Alemán ha previsto el control *ultra vires*:

comoquiera que no es posible una tutela jurisdiccional a nivel de la Unión, el *Bundesverfassungsgericht* controla si los actos de los órganos e instituciones europeas, respetando el principio de subsidiariedad del derecho de la Comunidad y de la Unión, se mantienen en los límites de los derechos de supremacía conferidos con la atribución específica limitada... El ejercicio de esta competencia de control, radicada en el derecho constitucional, es acorde con el principio a favor derecho europeo sancionado en la LF y, por tanto, no contraviene el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE): frente a la integración que progresa, no se pueden proteger de otra manera las estructuras políticas y constitucionales fundadoras de los Estados miembros que reconoce el art. 4.2 TUE. En el espacio europeo de justicia, las garantías del derecho constitucional y del derecho de la Unión en favor de la identidad constitucional nacional van, por tanto, de la mano (*‘hand in hand’*) (§ 240).²³

Las consecuencias son claras; tanto el control *‘ultra vires’* como el control del respecto de la identidad constitucional pueden tener como resultado que normas del derecho comunitario, o en el futuro normas del derecho de la Unión, sean declaradas inaplicables en Alemania.

¡Bien vale esto para aquellos que todavía hablan de veleidad a propósito de la configuración de contralímites por parte de los jueces constitucionales nacionales a la

21. Ibid.

22. Ibid.

23. Ibid.

presunta primacía plena del derecho de la Unión! La conclusión del Tribunal Constitucional Alemán apunta a que una plena legitimación del proceso de integración debe seguir los fundamentos establecidos por la teoría constitucional del poder constituyente y debe ser respetuosa con la identidad política y constitucional nacional. ¡*Hic Rhodus, hic salta* por el futuro del proceso de integración europea! En verdad, quedaría preguntarse si la teoría de los contralímites releída a la luz de los ‘nuevos’ Tratados de Lisboa no diseña un futuro muy similar al presente, esto es, si las previsiones sobre la europeización de los contralímites –art. 4.2 y 6 TUE y art. 67.1 TFUE– no atribuyen al Tribunal de Justicia más que a los tribunales constitucionales nacionales una reedición de la primacía comunitaria sobre los límites constitucionales nacionales de los principios y derechos fundamentales por la vía de la correcta interpretación de los tratados. La respuesta que puede darse, y que ya se ha dado,²⁴ se remite a la concreta justiciabilidad del derecho y de la identidad constitucional de un país que resulte lesionado por un acto de la Unión. En este caso, estaríamos en presencia de una violación no solo del derecho nacional, sino también del parámetro establecido en el art. 4 TUE, que habilitaría a recurrir al Tribunal de Justicia, además de ofrecer las garantías en sede jurisdiccional del contralímite constitucional nacional (siempre que en la lesión estuviera en juego un principio o derecho fundamental). Quedaría en todo caso la sospecha de que la previsión del art. 4 TUE pueda llegar a justificar “un eventual desinterés de las Cortes constitucionales nacionales sobre los contralímites... al poder (o mejor, deber) proveerlos el propio Tribunal de Justicia”.²⁵ Tal como la reciente jurisprudencia constitucional alemana nos recuerda en su ‘espléndida lección’ de derecho constitucional y a la espera del desenvolvimiento de la cuestión en el futuro, no se puede sino hacer una referencia al imprescindible diálogo entre Cortes.²⁶

El futuro de los contralímites, “declarados pero no practicados”, como evidencia la Sentencia Lisboa, no podrá ser muy diverso de lo que era antes. No obstante, no puede compartirse que sean incluso inútiles o veleidosos, como se podrá observar mejor después de la reflexión a propósito de las asimetrías detectadas entre principios/derechos fundamentales europeos sobre libertad económica y previsiones constitucionales

24. A. Randazzo, “La teoria dei controlimiti riletta alla luce del Trattato di Lisbona: un futuro non diverso dal presente?”. Disponible en <www.diritticomparati.it>; Raveraira, “L’ordinamento dell’Unione europea...”, 347; Guastaferrero, “Il rispetto delle identità...”; A. Schillaci, “L’art. 4.2 del TUE e l’europeizzazione dei controlimiti”. En *VII Jornadas sobre la Constitución europea. El Tratado de Lisboa* (s. l.: 2010); Antonio Cantaro, “Democrazia e identità costituzionale nel Lissabon Urteil. L’integrazione protetta”. En *Teoria e diritto dello Stato* (s. l.: 2010), 20; Ruggeri, “Trattato costituzionale...”.

25. *Ibid.*

26. A. Randazzo, “I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?”. Disponible en <www.forumcostituzionale.it>, 2007; Massimo Fragola, dir., *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell’uomo* (Nápoles: 2012).

nacionales sobre derechos sociales (destacadamente sobre el derecho constitucional ‘del’ y ‘al’ trabajo). En todo caso, algo ha cambiado, y es el sentido con el que se analizaba hasta aquí el proceso de integración comunitaria. Desde este punto de vista, estaríamos en una fase de transición del paradigma clásico de la *unidad en la diversidad* al paradigma posmoderno de la *diversidad en la unidad*.²⁷ Como bien se ha subrayado:

termina así un cierto modelo de integración –supranacional y funcional– y los nuevos perfiles de integración deben presentar una cualidad diversa: condicionado políticamente por los valores nacionales, responsable constitucionalmente, limitado a las garantías internas de cada Estado miembro de la Unión. De hecho una ‘integración protegida’, una integración bajo protección.²⁸

CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN Y CONSTITUCIONES NACIONALES. LA TEORÍA DE LOS CONTRALÍMITES

Antes de preguntarse sobre las cuestiones inherentes a la teoría constitucional de las fuentes del derecho a la luz del reciente proceso de integración europeo, es preciso señalar la transformación acaecida en el debate constitucional y comunitario tras la ratificación de los nuevos tratados y la atribución de fuerza jurídica a la CDFUE. Desde este punto de vista, podríamos preguntarnos si la incorporación (sustancial) de la Carta a los nuevos tratados puede ser considerada como una constitucionalización plena del sistema jurídico de la Unión o, cuando menos, si la misma influye significativamente en su proceso de constitucionalización, constituyendo una etapa embrionaria, naciente. Los derechos contemplados en la Carta a su función de límite a los actos de la Unión (art. 51.1) añaden ahora una función positiva, gracias a la cual conforman un espacio común de libertad, seguridad y justicia, susceptible de orientar a las instituciones europeas en el ejercicio de sus competencias –tal como confirma el art. 67.1 TFUE–. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales ya no constituyen solo un mero límite a la acción de las instituciones europeas, o de los Estados miembros cuando aplican el derecho comunitario, sino que deben también promocionarlos “con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión”.²⁹

27. Cantaro, “Democrazia e identità costituzionale...”.

28. *Ibid.*

29. Cartabia, *I diritti in azione...*

Esto nos lleva a la cuestión suscitada por la integración europea y la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales, en el marco de los límites y reservas legislativas y jurisdiccionales constitucionalmente establecidas. Al respecto, surge una vez más la doctrina de los contralímites acuñada por la Corte Constitucional Italiana y Alemana (al menos hasta *Solange II*),³⁰ y seguida por otras jurisdicciones constitucionales, que niegan la primacía del derecho primario de la Unión en materia de principios y derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.³¹ El art. 4.2 TUE añade ahora el respeto de la Unión a las identidades nacionales, tanto políticas como constitucionales. En los nuevos tratados no se reitera, además, la previsión del art. I-6 de la Constitución europea (no ratificada) en la que se preveía que “la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta primarán sobre el derecho de los Estados miembros”. En la *Declaración* No. 17 anexa al Tratado de Lisboa, relativa a la primacía, se recuerda que “con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”.³²

Por tanto, si bien es cierto, que el derecho derivado de la Unión no plantea cuestiones excesivamente problemáticas, quedan en el aire las suscitadas por la jurisprudencia sobre los contralímites, a propósito de la controvertida primacía del derecho de la Unión sobre los principios y derechos fundamentales nacionales. Aunque, la Carta

30. BVerfGE 73, 339, *Solange II*, 22 de octubre de 1986.

31. Ruggieri, “Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria della interpretazione”. En *La Corte costituzionale e le Corti*, directores Paolo Falzea, Antonino Spadaro, Luigi Ventur (Turín: 2003); Ruggieri, “Trattato costituzionale, europeizzazione...”; M. Cartabia, A. Celotto, “La giustizia costituzionale dopo Nizza”. En *Giustizia e Costituzione* (s. l.: 2002); Fiammetta Salmoni, “La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali”. En *La Corte costituzionale e le Corti*, Directores. Paolo Falzea, Antonino Spadaro, Luigi Ventur (Turín: 2003); Gaetano Azzariti, “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel processo costituente europeo”, *Rassegna di diritto pubblico* (2002); Valerio Onida, “Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario”, *Quaderni costituzionali* (2003); Alfonso Celotto, “La primauté nel Trattato di Lisbona”. En *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Directores. Alberto Lucarelli, Andrea Patroni Griffi (Nápoles: 2009).

32. “De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se colige que la prevalencia del derecho comunitario es un principio fundamental del derecho comunitario mismo. Según el Tribunal, tal principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad europea. En la época de la primera sentencia de esta jurisprudencia consolidada (*Costa c. ENEL*, 15 de julio de 1964, causa 6/641) no existía ninguna mención a la prevalencia en los tratados. La situación no ha cambiado hasta hoy. El hecho de que el principio de prevalencia no se incluya en el futuro tratado no altera en modo alguno la vigencia del principio mismo o de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia. (Documento 11197/07-JUR 260): Parecer del servicio jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007. Obsérvese que tanto la Declaración como la opinión confirman una orientación de la discusión, abierta por la jurisprudencia de los contralímites, sobre la prevalencia del derecho de la Unión sobre los principios y derechos fundamentales que es pacífica en la doctrina en lo que se refiere al derecho derivado.

européa de derechos fundamentales no tiene el mismo valor (siquiera simbólico) de un *bill of rights*, el sistema constitucional europeo que resulta después de atribuirle el mismo valor jurídico de los tratados envuelve al reconocimiento de los derechos de una finalidad originaria, incluyendo entre sus competencias la de garantizarlos, en unidad con las garantías del mercado interior europeo.³³

La soberanía nacional y, con ella, las garantías brindadas a los derechos fundamentales no parecen preocupar desde el momento que el sujeto singular está garantizado, en una lógica de protección multinivel, que asigna a las instituciones europeas, y, sobre todo, al Tribunal de Luxemburgo el deber de otorgar las máximas garantías a tales derechos. Los mismos jueces nacionales, sean ordinarios o sean constitucionales, dispondrán ahora de un nuevo parámetro cuando se trate de no dar aplicación a una norma de la Unión a favor de la norma constitucional estimada más favorable al derecho “en una aplicación pro persona del estándar comunitario o nacional de que se trate”.³⁴

A la luz de los nuevos tratados (Lisboa), por tanto, los contralímites opuestos por los Tribunales constitucionales a la primacía europea encuentran un nuevo y más amplio panorama, enriquecido por una Carta de derechos fundamentales mucho más idónea de lo que fuera la primitiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que se configura como garantía de un ulterior nivel de protección de los derechos, en línea con los estándares más elevados conferidos tanto por las constitucionales nacionales como por los tratados internacionales, y, sobre todo, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Este nuevo panorama, permite alcanzar algunas conclusiones ya argumentadas con claridad.³⁵ La más relevante es que permanece como criterio, que deberá guiar al intérprete de las relaciones entre los nuevos tratados y las constituciones nacionales, el de la “subdivisión de los respectivos ámbitos de actuación con base en el principio de competencia, permaneciendo cada ordenamiento fundado y orientado por su propia Carta constitucional”.³⁶

En caso de superposición de regulaciones de los diversos ordenamientos, los tratados gozan sin duda de supremacía y prevalencia sobre las constituciones nacionales. Toda vez, que la supremacía de las constituciones nacionales, cuando afecta al ámbito de los principios y derechos fundamentales, tal como son dispuestos en cada uno de

33. Ugo de Siervo, “I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali nazionali”. En *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Gustavo Zagrebelsky (Roma: Bari, 2003).

34. Alfonso Celotto, “Una nuova ottica dei “controlimiti” nel Trattato costituzionale europeo? Disponible en http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/109.pdf, 3.

35. Marta Cartabia, “Unità nella diversità: il rapporto fra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali”. En *Il diritto dell’Unione Europea* (s. l.: 2005), 3.

36. *Ibid.*

los ordenamientos constitucionales nacionales, cede a sus custodios la última palabra, en una suerte de ‘primacía invertida’.³⁷ Con esta visión, se confirma plenamente la ya mencionada interpretación según la cual los contralímites no constituyen tanto “un muro de hormigón entre ordenamientos” como un “punto de articulación, una bisagra, de las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros”.³⁸ La teoría de los contralímites, se convierte así en un elemento positivo y dinámico de la integración respecto del cual los jueces de ambos sistemas podrán reconstruir de mejor manera el necesario diálogo entre cortes para alcanzar en cada caso concreto el más elevado nivel de protección “en una aplicación *pro persona* del estándar protección comunitaria o nacional que corresponda”.³⁹

DERECHOS E INTEGRACIÓN EUROPEA

Las experiencias constitucionales de la segunda posguerra en Europa simbolizan una evolución muy importante en las relaciones entre los individuos y Estado. Con el constitucionalismo social se alcanzó una nueva concepción de la libertad, de la igualdad y de la democracia: una nueva forma de Estado. En el marco de este constitucionalismo avanzado, garante de los derechos sociales como una nueva condición constitutiva del principio de igualdad,⁴⁰ cabe preguntarse si es posible hablar efectivamente de la existencia de tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros pertenecientes a la Unión Europea, tal como observó el juez comunitario con base en su jurisprudencia pretoriana de los primeros años setenta –*Stauder, Internazional Handelsgesellschaft, Nold*–.⁴¹ En ella, como es sabido, se reconoció la existencia de derechos fundamentales en el interior de la categoría jurídica de los principios generales, acogidos asimismo por el Tribunal comunitario. La respuesta a este interrogante pone de manifiesto que, en relación con los derechos sociales, no existe una tradición

37. Augusto Barbera, “Nuovi diritti: attenzione ai confini”. En *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, dir. por L. Califano (Turín: 2004), 19 s.

38. Ver Gambino “Identidad constitucional nacional...”.

39. Celotto, “Una nuova ottica dei controlimiti ...”, 4.

40. Augusto Cerri, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”. En *Enciclopedia Giuridica Treccani* (Roma: 1994); Enzo Cheli, “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”. En *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto* (Milán: 1995); Paolo Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali* (Turín: 2002); Carmela Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali* (Turín: 2000); Norberto Bobbio, “Sui diritti sociali”. En *Cinquant’anni di Repubblica italiana*, dir. por G. Neppi Modona (Turín: 1997); Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite* (Turín: 1992); Mario Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione* (Milán: 1982), 316.

41. Giuseppe de Vergottini, “Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea”. En VV. AA., *Identità europea e tutela dei diritti. Costituzione per l’Europa e interesse nazionale* (Soveria: Mannelli, 2005).

constitucional que pueda predicarse como común a todos los Estados miembros de la Unión. El análisis comparado demuestra, de hecho, modelos diferenciados de positividad de los derechos sociales, sea a través de previsiones específicas en el interior de las constituciones nacionales, o sea a través de las legislaciones de desarrollo. Aún más, el conjunto de las constituciones europeas no prevé garantías uniformes que abarquen los derechos sociales, sino que se limitan a su reconocimiento con arreglo a estándares diferenciados (alto, medio o bajo) de acuerdo con la tradición política y cultural de cada país.

Desde esta perspectiva, se podría afirmar que no existe una tradición constitucional común relativa a los derechos sociales que pueda ser elegida como prototipo del constitucionalismo europeo de posguerra.

Resulta oportuno reflexionar sobre los derechos sociales a la luz de la evolución más reciente del proceso de integración europea, y, en este contexto, de su positivación dentro de la Carta de Derechos Fundamentales con idéntica fuerza jurídica que tienen los tratados europeos.

Como se recordará, el proceso de integración europea nace en los primeros años de 1950 con una finalidad predominante económica, de sostenimiento a la formación y desarrollo de un mercado común europeo. Los ‘constituyentes europeos’ no establecieron un listón social más elevado en el seno de Europa, y, como es sabido, se limitaron a combatir “el trato desigual (siempre que fuese) susceptible de obstaculizar el buen funcionamiento del mercado”.⁴² El silencio de los tratados originarios acerca de los derechos sociales⁴³ fue interrumpido, en primer lugar, por una valiente jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo a partir de los años de 1970. No obstante, habrá que esperar hasta mediados de los años de 1990, con los tratados de Ámsterdam y de Niza, para que el legislador europeo empiece a preocuparse de la positivización de la referida orientación jurisprudencial, por medio de una ‘política social europea’ de la Carta Social Europea (1961) o de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989). En este sentido, los padres fundadores de la Unión demostraron una confianza excesiva en el papel propulsor del mercado y su relativa capacidad de crear condiciones sociales adecuadas para la cohesión e integración social y económica.

42. Franco Carinci, A. Pizzolato, “Costituzione europea e diritti sociali fondamentali”. En *Lavoro e Diritto* (s. l.: 2000), 2; A. D’alio, “Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo”. En *Il diritto costituzionale comune europeo*, dir. por M. Scudiero (Nápoles: 2002), 852.

43. Federico Mancini hablaba incisivamente de la frigididad social de Europa. En “L’incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri”, en *RDE* (s. l.: 1989).

Desde un punto de vista jurídico-constitucional, el reconocimiento de los derechos sociales a nivel europeo se opone, al menos hasta el Tratado de Lisboa, con su concepción y estatus en los ordenamientos contemporáneos de Europa.⁴⁴ Con un acercamiento un tanto discutible, algún autor ha llegado a hablar de una ‘funcionalización’ en torno a las exigencias de desarrollo económico y competitividad del mercado común europeo. El Tratado de Lisboa, evidentemente, supone una positivización de los derechos fundamentales dentro de Unión, en primer lugar, por la vía de las previsiones de la Carta de los Derechos Fundamentales, y, en segundo lugar, por las garantías previstas en el Convenio de Roma (CEDH) que también forman parte del Derecho de la Unión en tanto que principios generales, y, por último, gracias a las garantías de los derechos previstos y protegidos por las disposiciones específicas en los tratados.

Este análisis puede acompañarse ahora de alguna breve reflexión de corte comparado. Desde tal perspectiva, queda claro que no pueden compararse las garantías aseguradas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión con aquellas brindadas en las constituciones nacionales. Puede decirse, que con los nuevos tratados se registra una positivización de los derechos fundamentales a nivel europeo, pero los catálogos de tales derechos no se corresponden con los previstos en las constituciones nacionales. En este sentido, falta en la Carta (europea) de derechos principios fundamentales que puedan ser utilizados como criterio hermenéutico jurisprudencial a seguir en la comparación entre las diversas protecciones previstas en materia de derechos fundamentales en los diferentes niveles jurídicos.

En relación con las nuevas disposiciones que regulan los derechos sociales en los nuevos tratados nos encontramos frente a formas débiles de protección de los derechos sociales, así, por ejemplo, el art. 151 TFUE prevé que:

la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de

44. Julia Iliopoulos Strangas, dir., *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne* (Atenas-Bruselas: Baden-Baden, 2000); F.-F. Flauss, Jean-François Flauss, dirs., *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative* (Bruselas: 2002); AA. VV., *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne* (Estrasburgo: 2001); Julio Baquero Cruz, “La protección de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado de Amsterdam”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 4 (1998); Silvana Sciarra, “La costituzionalizzazione dell’Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law”, *I Working Papers* (s. l.: Universidad de Catania, 2003): 16; Stefano Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea* (Bologna: Il Mulino, 2003); Stefano Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa* (Bologna: Il Mulino, 2012); Stefano Giubboni, “I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza”. En *Il diritto dell’U.E.* (s. l.: 2003), 2-3; Carmela Salazar, “I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’U.E.: un ‘viaggio al termine della notte?’”. En *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, edit. por Giuffrè Ferrari (Milán: Giuffrè, 2001); Gustavo Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*.

1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

De cara a la realización de tan complicado objetivo, en el párrafo segundo de este mismo artículo se añade que: “la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión”.

Sin duda, el marco normativo europeo permanece anclado a una evolución muy lenta de las políticas de desarrollo y cohesión compatibles con los derechos sociales, en relación con cuya protección debe afirmarse la necesaria prevalencia del derecho constitucional nacional.

En lo que concierne al rol de la jurisdicción europea y a la garantía de la eficacia de los derechos sociales, la doctrina constitucional, y sobre todo la laboral, señalan que los derechos de naturaleza laboral han experimentado ‘infiltraciones’ del derecho de la competencia y del mercado que alteran significativamente su consistencia.⁴⁵ Los nuevos tratados comunitarios demuestran que todavía estamos en presencia de formas débiles de protección de los derechos sociales, y, en todo caso, poco comparables con la protección de la que gozan estos mismos derechos en el marco las tradiciones constitucionales europeas. Ello depende de la lenta evolución institucional (y política) de la Unión hacia políticas de desarrollo y cohesión compatibles con los derechos. En este sentido, podemos afirmar que el art. 20 de la Carta de Derechos en materia de igualdad constituye –en el fondo– un retroceso significativo respecto a las garantías de los estándares más elevados asegurados por las constituciones sociales de los Estados europeos contemporáneos.

En una similar valoración crítica, ha de tenerse en cuenta el importante espacio conferido por la jurisdicción comunitaria y convencional. En desarrollo de esta jurisprudencia, la Corte Europea de Estrasburgo y sobre todo el Tribunal de Justicia podrán quizá auspiciar una interpretación de los derechos fundamentales más garantista. En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo ha venido comparando desde hace tiempo las exigencias económicas con el desarrollo de las garantías de los derechos sociales, especialmente en la jurisprudencia sobre prohibición de discriminación (igualdad hombre-mujer) y en la resolución de conflictos sobre protección al trabajador (pro-

45. En este sentido, la doctrina, sobre todo Giubboni, *Diritti sociali e mercato...*

videncia social pública, vacaciones pagadas, contratación colectiva).⁴⁶ Con todo, a diferencia de lo que pasaba con los derechos de primera generación, se ha afirmado que la protección de los derechos sociales se configura solo como “indirecta y puramente eventual, pues los vínculos reconocidos no se conectan directamente con la defensa de tales derechos sociales sino solo se juzgan relevantes en la medida en que sea reconducibles a intereses públicos ligados a determinadas políticas de la Unión”.⁴⁷

El cuadro normativo de reconocimiento comunitario de los derechos sociales suscita mucha perplejidad, por lo que se refiere a la regulación positiva, atañe a la extensión misma del carácter de derechos inviolables, y, por tanto, de principios supremos constitutivos del ordenamiento democrático, o por cuanto concierne a su efectiva justiciabilidad. En este sentido, es de gran relevancia la cuestión de la naturaleza de los correspondientes contenidos normativos de los principios fundamentales en que dichos derechos se inspiran. Surge así la pregunta de si existe una relación entre el principio de igualdad formal y el principio de igualdad sustancial del estilo del que hay en las tradiciones constitucionales comunes más avanzadas de la UE.⁴⁸ Si los derechos sociales comunitarios tal como son reconocidos en la Carta (europea) de derechos se limitan a garantizar el principio de igualdad, entendido en el sentido originario de prohibición de discriminación entre sujetos, o si acogen ese sentido de igualdad sustancial que está en la base del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, y que implica una cobertura del gasto y por tanto la existencia en el vértice de la Unión Europea de una competencia en esta materia.⁴⁹

A diferencia de lo proclamado en las diversas constituciones (liberales) y en aquellas que alumbraron el constitucionalismo posterior al segundo conflicto mundial

46. Cfr. al respect también Julia Iliopoulos-Strangas, *La protection des droits...*; además del ya citado U. Allegretti (para quien resulta del todo misterioso y paradójico cómo el modleo social europeo de los primeros tratados comunitarios fuera totalmente excéntrico respecto a las afirmaciones en curso de aquellos años sobre el estado social), Giuseppe Bronzini, “Il ‘modello sociale europeo’”. En *La Costituzione europea. Luci e ombre*, dir. por E. Paciotti (Roma: 2003); y del mismo autor “Il modello sociale europeo”. Edits., Franco Bassanini, Giulia Tiberi, *Le nuove istituzioni europee* (Bologna: Il Mulino, 2010); Marzia Barbera, *Dopo Amsterdam: i nuovi confini del diritto sociale comunitario* (Brescia: Promodis, 2000); Stefano Giubboni, “Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea”, en AA. VV., *Le prospettive del welfare in Europa* (Roma: 2007).

47. Cfr. Umberto Allegretti, “I diritti sociali”, en <www.luiss.it>.

48. En este sentido, ver también Gaetano Azzariti, “Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza”. En *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Massimo Siclari (Turín: 2003), 71, a juicio de quien las disposiciones de la carta sobre igualdad sustancial (art. 20, 21 23) parecen limitarlo al único ámbito “de las relaciones entre sexos y exclusivamente en la forma específica de la acción positiva”.

49. Oreste Pollicino, “Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell’esperienza sopranazionale”. Disponible en <www.forumcostituzionale.it>; Valerio Onida “L’eguaglianza ed il principio di non discriminazione”. Disponible en <www.luiss.it>; Albino Saccomanno, “Eguaglianza sostanziale e diritti sociali nel rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario”, C. DI TURI, “La protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo”, ambos en Silvio Gambino (dir.), *Costituzione italiana... cit.*

(socialdemócratas), no formaba parte de la finalidad originaria de los tratados ni la enunciación de un principio general de igualdad ni mucho menos la previsión de un principio general de prohibición de discriminación, a excepción claro está del principio de nacionalidad (aunque fuera una cláusula implícita). Fue el Tribunal de Luxemburgo, quien, al igual que hizo con la protección de los derechos fundamentales en la Unión, lo identificó como *species* del más amplio *genus* de los principios generales del derecho de la Unión.

Por lo que se refiere a las relaciones entre el derecho de la Unión y el derecho interno contamos con una jurisprudencia más que consolidada. De la sentencia *Van Gend en Loos*⁵⁰ y la sentencia *Costa/Enel*⁵¹ en adelante, la prevalencia y aplicabilidad directa del derecho de la Unión constituye un principio fundamental plenamente conformado e identificado en el acervo europeo. Respecto a la vigencia del derecho primario de la Unión sobre la normativa nacional ante una eventual antinomia, la Corte Constitucional Italiana, en efecto, asume que el juez ordinario tiene el poder de desaplicar las leyes contrarias sin que se le exija que eleve cuestión de inconstitucionalidad. Hay que mencionar en este orden de ideas, el importante ‘considerando’ de la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*⁵² y la sentencia *Kreil*,⁵³ así como las más recientes *Omega*⁵⁴ y *Schmidberger*,⁵⁵ en las que la dignidad humana además de la libertad de expresión y de reunión, en tanto que valores y bienes jurídicos fundamentales, son asumidos como parámetro para justificar una restricción de una de las libertades proclamadas en los tratados (en concreto, la libertad de establecimiento y de circulación de mercancías).

Esta prevalencia merece ahora un examen crítico, con especial atención a sus previsiones de protección de los derechos fundamentales (y, como derechos sociales fundamentales, sobre todo al derecho de huelga y negociación colectiva) y el derecho y la jurisprudencia de la Unión. Así, lo haremos por medio del ejemplo de algunas sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la Unión que ponen de manifiesto una evidente asimetría entre los estándares de garantías de las libertades económicas y los derechos sociales tal como están establecidos por los principios y las normas del derecho de la Unión y sus respectivas protecciones en las constituciones nacionales.

50. CGCE, febrero de 1963, C-26/62.

51. CGCE, julio de 1964, C-6/64.

52. CGCE, 17 diciembre 1970, C-11/70.

53. CGCE, 11 de enero de 2000, C-285/98

54. CGCE, 14 de octubre de 2004, C-36/02.

55. CGCE, 12 de junio de 2003, C-112/2000.

En esta línea argumentativa, pueden mencionarse algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión: *Viking*,⁵⁶ *Laval*,⁵⁷ *Rüffert*⁵⁸ y *Commission c. Republica federal de Alemania*.⁵⁹ Este elenco de sentencias revela además una tendencia en la evolución del constitucionalismo europeo hacia una jurisdiccionalización del derecho constitucional, acercándose al *common law* desde el originario *civil law*. Cobra así sentido la pregunta de si se puede o no reconocer solo al juez de la Unión la interpretación de las garantías previstas en los tratados europeos y en las constituciones nacionales sobre el complejo equilibrio entre derecho (constitucional) al trabajo, derecho (comunitario) de la competencia y libertad de establecimiento. También procede preguntarse si la Carta (europea) de derechos fundamentales y su empleo como parámetro de legitimidad por el Tribunal de Justicia de la Unión no incurre en el riesgo de despreciar las constituciones nacionales (o la protección de los derechos, como la negociación colectiva, que aquellas prevén) que desde luego no debería ser llevada a cabo a la luz de los art. 51 y 53 de la Carta y del constitucionalismo multinivel allí previsto como criterio interpretativo de las disposiciones de la Carta. Estas últimas previsiones normativas obligarían (obligan) al juez constitucional de cada país a aplicar las garantías de los contralímites al igual que la previsión de respeto de la identidad nacional política y constitucional (art. 4.2. TUE). En relación con todas estas preguntas, la doctrina –constitucional y laboral– insiste en la asimetría entre las tradiciones y garantías constitucionales de los Estados y la cultura y las garantías del derecho primario de la Unión y destaca cómo la misma encuentra un límite (implícito al menos) en la formulación positiva de la Carta de derechos fundamentales de la Unión “con la innovadora calificación de los derechos en categorías de valor”⁶⁰ que nos propone. En este sentido, las garantías establecidas en la Carta (en su situar en el mismo plano todos los derechos fundamentales, en ausencia de ponderación entre ellos) constituye solo ‘un progreso aparente’ en relación con lo dispuesto por los anteriores tratados, con la consecuencia (teórica y práctica) de que:

no volverá a ser posible sacar del ‘texto constitucional’ o de la ‘esencia constitucional’ (a lo que ambiciona ser la Carta) una gradación de los derechos; no volverá a ser posible individualizar los principios que prevalecen, los que caracterizan el ordenamiento constitucional... todos los derechos situados en el mismo nivel, todos los fundamentos sin distinción, no volverá a ser posible ponderar los derechos... Una vez perdidas las propias bases textuales y el relativo tejido argumentativo, la ponderación podrá ser justificada solo sobre

56. CGCE, 11 de diciembre de 2007, C-438/05

57. CGCE, 18 de diciembre de 2007, C-341/05.

58. CGCE, 3 de abril de 2008, C-346/06.

59. CGCE, 15 de julio de 2010, C-271/08.

60. Azzariti, “Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali...”, 8.

la base de las diferentes enunciaciones de los derechos alineados uno detrás de otro, todos exactamente igual de fundamentales... Resultará así una ponderación ‘libre’ sino una en que los términos serán definidos –y hasta forjados– por el mismo juez.⁶¹

Con la remisión en este modo a un problemático equilibrio entre valores, conferido solo al diálogo entre el juez comunitario y los jueces nacionales, el derecho comunitario renuncia a dotarse de una ‘ley superior’ y termina “por asignar a las Cortes el papel decisivo de determinar los derechos con base en el criterio jurisprudencial de la ‘proporcionalidad’... pero una proporcionalidad invertida porque se puede usar libremente ante la ausencia de prescripciones sistemáticas que puedan orientar al juez”.⁶²

Tal asimetría, en el parámetro positivo y en la garantía jurisdiccional de los derechos sociales en los niveles nacionales y europeo, ha llamado la atención de la doctrina constitucional sobre los límites oponibles a la pretendida primacía plena del derecho de la Unión sobre los derechos de los que se ocupan las constituciones nacionales. Así, por ejemplo, frente a la petición de que el juez comunitario verifique la proporcionalidad del reconocimiento del derecho a la huelga en relación con su adecuación para asegurar el ejercicio de la libertad comunitaria de establecimiento, el Tribunal de Justicia de la Unión, recurriendo al juicio de proporcionalidad (especialmente en la sentencia *Viking*), entra directamente en el fondo de la cuestión. Abriendo así la posibilidad de “un control penetrante e inédito del juez natural sobre las estrategias de la lucha sindical” perseguidas por las partes sociales en conflicto.⁶³ El riesgo evidente de semejante jurisprudencia es que:

con la intermediación del principio de proporcionalidad, se impone una reformulación del derecho de huelga en términos del inmenso valor que se concede a la solución de las controversias colectivas en los ordenamientos, como el italiano, en que tal principio no existe (al menos en el sector privado).⁶⁴

Lo que lleva a una gran parte de la doctrina laboral a hablar de una auténtica y real degradación del derecho constitucional de huelga (garantizado por muchos ordenamientos europeos) a la consideración de un ‘mero interés’, que merecería protección

61. *Ibid.*, 5.

62. *Ibid.*, 9-10.

63. Stefano Giubboni, “Dopo Viking, Laval e Ruffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato”. En *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, dir. por Amos Andreoni, Bruno Veneziani (Roma: 2009), 123.

64. G. Orlandini, “Autonomia collettiva e libertà economiche nell’ordinamento europeo: alla ricerca dell’equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza”. En *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* (s. l.: 2008), 281. Para quien en las dos sentencias (*Viking* y *Laval*) “el reconocimiento del derecho de huelga en la Unión resulta cómica, si puede considerarse así que sea usado para negar su posibilidad de ejercicio mismo”.

“siempre que no exceda de los estrechos límites que a su ejercicio imponen los principios de adecuación y proporcionalidad”.⁶⁵

En una valoración muy crítica, por lo que concierne al equilibrio entre las libertades económicas comunitarias y los derechos sociales constitucionalmente protegidos, en la perspectiva de los art. 6.1 TUE, 28 y 53 de la Carta, argumentos convincentes denuncian el auténtico error lógico en que incurre la orientación jurisprudencial de Luxemburgo al no considerar los derechos sociales en el mismo nivel que los derechos humanos. Además, es importante destacar que las sentencias examinadas (*Viking, Laval, Ruffert*) revelan no tanto la falta de reconocimiento del derecho de huelga sino las limitaciones a las que se le somete en relación con el derecho de establecimiento protegido en el derecho de la Unión, y que termina por degradar la efectividad de la garantía constitucional reconocida al derecho de negociación colectiva, protegido en el art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Con respecto al ejercicio de las funciones jurisdiccionales del juez nacional en presencia de principios o derechos fundamentales de la Unión Europea, se puede afirmar que los mismos conforman materia propia de la cuestión prejudicial, como que pueden erigirse en pauta interpretativa de los actos sometidos a su consideración (‘interpretación conforme al derecho comunitario’).

Precisamente, en este espacio se discuten significativas cuestiones situadas en la intersección de los derechos y principios fundamentales del derecho de la Unión (entre otros piénsese en el bioderecho o el derecho de familia) con los reconocidos por las constituciones de cada país miembro, y protegidos por normas que gozan de rigidez constitucional y control jurisdiccional de constitucionalidad. Así, nos encontramos, por una parte, con el Tribunal de Justicia que garantiza el respeto del derecho comunitario en la interpretación y aplicación de los tratados europeos, y, por otra, con los jueces de los Estados miembros llamados a asegurar una tutela jurisdiccional efectiva en los sectores regulados por el derecho de la Unión Europea. En el terreno de las conocidas como ‘cláusulas horizontales’ de la Carta, nos encontramos a la vez con que se establece que ha de tenerse en cuenta tanto la legislación como las prácticas nacionales. Por su parte, resulta decisiva la disposición de la Carta relativa al “*nivel de protección*” de los derechos –art. 53– según la cual:

65. Giubboni, “Dopo Viking, Laval e Ruffert ...”, 124; B. Caruso, “Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?”. En *Libertà economiche e diritti sociali...*, 111.

ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

Por tanto, los derechos fundamentales de la Unión deben protegerse de acuerdo con el estándar más elevado y dando preferencia a las garantías constitucionales de cada país.⁶⁶

Invocando la doctrina más autorizada que hasta ahora se ha ocupado de estos asuntos, podemos ofrecer alguna conclusión. Con respecto a la fuerza jurídica ligada a las disposiciones generales de la Carta, la cuestión central sigue siendo la relación que existe a nivel de la Unión, entre la protección de los derechos fundamentales, las demás disposiciones constitucionales europeas y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, además de la estrictamente relacionada cuestión de si se prevé o no un control de constitucionalidad comunitario sobre los actos normativos ordinarios. De todo ello podría concluirse que tal control constituye un síntoma evidente de un proceso de constitucionalización europeo, que, si no puede ciertamente considerarse todavía acabado, se encamina indudablemente hacia los contralímites oponibles por los niveles nacionales de protección constitucional de los derechos y principios constitucionales.⁶⁷

En esta línea, es incuestionable que el Tribunal de Justicia se colocaría al frente de una jurisdicción constitucional europea, así como es igualmente indudable que se concentre en una sola la competencia del control de mérito y legitimidad de los actos de la Unión respecto a su propio derecho. No obstante, hasta ahora más que la determinación del contenido de los derechos, el problema no resuelto (y que podrá suscitar eventuales pronuncias divergentes entre las distintas jurisdicciones que aplican el derecho de la Unión) se refiere a la relación entre las diversas enunciaciones de los derechos y entre las diversas jurisdicciones de derechos y, en particular, a la relación entre el Tribunal de la Unión, tribunales constitucionales y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

66. Marta Cartabia, "Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale", *Foro italiano* (1997): 222; Augusto Barbera, "Corte costituzionale e giudici di fronte ai 'vincoli comunitari': una ridefinizione dei confini?", *Quaderni costituzionali* (2007): 2; del mismo autor: "Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti". En *La tutela multilivello dei diritti*, dir. por P. Bilancia, E. de Marco (Milán: 2005), 95; Id., "Corte costituzionale e giudici di fronte ai 'vincoli comunitari': una ridefinizione dei confini?", *Quaderni costituzionali* (2007): 2.

67. Onida, "Il problema della giurisdizione". En *La Costituzione europea...*

En cuanto al control de los jueces nacionales, la doctrina se ha preguntado si el reconocimiento de los derechos fundamentales de la Unión no les autoriza, en el ejercicio de un control que podría definirse de constitucionalidad difuso, a desaplicar el derecho nacional si contrasta con el derecho de la Unión en el ámbito de los derechos fundamentales. De esta manera, en los ordenamientos estatales se entreabría una vía inédita a formas de control difuso de la constitucionalidad europea de las leyes “que, a medida que los magistrados y los abogados de varios países completen este proceso de maduración, les llevará a usar mejor estas técnicas hasta ahora poco conocidas”.⁶⁸ En Italia, esta perspectiva se ha reforzado con la reforma del art. 117 de la Constitución. Estas tendencias doctrinales abiertas a un nuevo marco europeo –que sigue siendo bajo muchos puntos de vista incierto y ambiguo en lo que se refiere a la relación entre jurisdicciones nacionales/UE/convencional y a la protección de los derechos fundamentales– no hacen sino subrayar el persistente *deficit* regulador del derecho de la Unión y la insuficiencia de las vías de recurso disponibles para reivindicar los derechos fundamentales. Tras las incertidumbres de sus predecesores en esta materia, los nuevos tratados no parecen haber dado grandes saltos hacia adelante en este sentido. Estas consideraciones nos llevan una vez más a subrayar a la necesidad de positivización de una más adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Unión, cuya garantía no puede sino traer a la causa el valor de las constituciones nacionales y por tanto de formas más adecuadas de legitimación política de los tratados. En conclusión, hablar de los derechos y de la Constitución en el ámbito de la Unión significa preguntarse sobre la naturaleza misma de la integración europea, superando el diseño funcional que desde sus orígenes la ha caracterizado, y pasando a redefinir las fuentes de legitimación, consolidando así valores fundacionales, respetando y exprimiendo verdaderamente las tradiciones constitucionales comunes de los Estados y ahora también las ‘identidades nacionales’, políticas y constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Allegratti, Umberto. “I diritti sociali”. Disponible en <www.luiss.it>.

Amato, G. “Tra Stato sociale e dimensione europea”. Disponible en <www.aic.it>.

Anzon, Adele, J. Luther. “Il trattato di Maastricht e l’ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale”. *Giurisprudenza costituzionale* (1994).

68. Alessandro Pizzorusso, “Una Costituzione ‘ottriata’”, en *La Costituzione europea...*, 39.

- Anzon, Adele. “Principio democratico e controllo di costituzionalità sull’integrazione europea nella “sentenza Lisbona” del Tribunale costituzionale federale tedesco”. *Giurisprudenza costituzionale* (2009).
- Azzariti, Gaetano. “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel processo costituente europeo”. *Rassegna di diritto pubblico* (2002).
- . “Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell’Unione Europea”. En *Scritti in onore di Alessandro Pace*. Padova: 2012.
- . “Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza”. En *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Massimo Siclari. Turín: 2003.
- Balaguer Callejon, Francisco. “El derecho constitucional europeo y la Unión Europea”. En *Introducción al Derecho Constitucional*, coordinado por Francisco Balaguer Callejon. Madrid: 2011.
- . “Il Trattato di Lisbona sul lettino dell’analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell’UE”. En *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Alberto Lucarelli, Andrea Patroni Griffi. Nápoles: 2010.
- Baldassarre, A., “Diritti sociali”. En *Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma: 1989.
- Baldini, Vittorio. “Il rispetto dell’identità costituzionale quale contrappeso al processo d’integrazione europea. La ‘sentenza Lisbona’ del “Bundesverfassungsgericht” ed i limiti ad uno sviluppo secundum Constitutionem dell’ordinamento sopranazionale”. *Rivista AIC*, No. 0 del 2.7. (2010).
- Baquero Cruz, Julio. “La protección de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado de Amsterdam”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 4 (1998).
- Barbera, Augusto. “Corte costituzionale e giudici di fronte ai ‘vincoli comunitari’: una ridefinizione dei confini?”. *Quaderni costituzionali* (2007).
- . “Esiste una ‘costituzione europea’?”. *Quaderni costituzionali*. No. 1 (2000).
- . “Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti”. En *La tutela multilivello dei diritti*, dirigido por P. Bilancia, E. de Marco. Milán: 2005.
- . “Nuovi diritti: attenzione ai confini”. En *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, dirigido por L. Califano. Turín: 2004.
- Barbera, Marzia. *Dopo Amsterdam: i nuovi confini del diritto sociale comunitario*. Brescia: Promodis, 2000.
- Bilancia, P., E. de Marco. *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*. Milán: Giuffré, 2004.
- Blairon, Katia. “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea: verso la costituzionalizzazione di un ‘diritto comune’ europeo”. En *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, dirigido por Silvio Gambino. Milán: 2006.
- Bobbio, Norberto. “Sui diritti sociali”. En *Cinquant’anni di Repubblica italiana*, dirigido por G. Neppi Modona. Turín: 1997.

- Bronzini, Giuseppe. “Il ‘modello sociale europeo’”. En *La Costituzione europea. Luci e ombre*, dirigido por E. Paciotti. Roma: 2003.
- . “Il modello sociale europeo”. Franco Bassanini, Giulia Tiberi, editores, *Le nuove istituzioni europee*. Bologna: Il Mulino, 2010.
- Cantaro, Antonio. “Democracia e identidad constitucional después de la ‘Lissabon Urteil’”. La integración protegida”. *Revista Derecho Constitucional Europeo* (2010).
- . “Democrazia e identità costituzionale nel Lissabon Urteil. L’integrazione protetta”. En *Teoria e diritto dello Stato*. s. l.: 2010.
- Caretti, Paolo. *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*. Turín: 2002.
- Carinci, Franco, A. Pizzolato. “Costituzione europea e diritti sociali fondamentali”. En *Lavoro e Diritto*. s. l.: 2000.
- Carlassare, L. “Forma di Stato e diritti fondamentali”. *Quaderni costituzionali* (1995).
- Cartabia, Marta, A. Celotto, “La giustizia costituzionale dopo Nizza”. En *Giustizia e Costituzione*. s. l.: 2002.
- Cartabia, Marta, B. de Witte, P. Pérez Tremps, directores, *Constitución europea y Constituciones nacionales*. Valencia: Tiran lo Blanch, 2005.
- Cartabia, Marta. “Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale”. *Foro italiano* (1997).
- . *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*. Bologna: Il Mulino, 2007.
- . “Unità nella diversità: il rapporto fra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali”. En *Il diritto dell’Unione Europea*. s. l.: 2005.
- Caruso, B. “Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?”. En *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, dirigido por Amos Andreoni, Bruno Veneziani. Roma: 2009.
- Cascajo Castro, José Luis. “Derechos sociales”, en AA. VV. (Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas), *Derechos sociales y principios rectores*. Valencia: 2012.
- Cassese, Sabino. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*. Roma: Saggine, 2009.
- . “L’Unione europea e il guinzaglio tedesco”. *Giornale di diritto amministrativo* (2009).
- Celotto, Alfonso, Tania Groppi. “Diritto UE e diritto nazionale: ‘primauté’ vs controlimiti”. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitari* (2004).
- Celotto, Alfonso. “La primauté nel Trattato di Lisbona”. En *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, dirigido por Alberto Lucarelli, Andrea Patroni Griffi. Nápoles: 2009.
- . “Primauté’ e controlimiti nel Trattato di Lisbona”. En *Scritti sul processo costituente europeo*. Nápoles: 2009.
- . Una nuova ottica dei “controlimiti” nel Trattato costituzionale europeo? Disponibile en http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/109.pdf.

- Cerri, Augusto. “Uguaglianza (principio costituzionale di)”. En *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: 1994.
- Cheli, Enzo. “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”. En *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*. Milán: 1995.
- Corso, G. “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (1981).
- D’aloia, A. “Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo”. En *Il diritto costituzionale comune europeo*, dirigido por M. Scudiero. Nápoles: 2002.
- De Siervo, Ugo, “I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali nazionali”. En *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Gustavo Zagrebelsky. Roma: Bari, 2003.
- De Vergottini, Giuseppe. “Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea”. En VV. AA., *Identità europea e tutela dei diritti. Costituzione per l’Europa e interesse nazionale*. Soveria: Mannelli, 2005.
- Dogliani, Mario. *Interpretazioni della Costituzione*. Milán: 1982.
- Faraguna, P. “Germania: il *Mangold-Urteil* del BverfG. Controllo *ultra vires* sì, ma da maneggiare *europarechtsfreundlich*”. Disponibile en <www.forumcostituzionale.it>.
- Ferrara, Gianni “In difesa della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona”. Disponibile en <www.astrid.eu>.
- Fioravanti, Maurizio “Il processo costituente europeo”. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milán: 2003.
- . “Un ibrido fra Trattato e Costituzione”. En *La Costituzione europea. Luci e ombre*, dirigido por Elena Paciotti. Roma: 2003.
- Flauss, F.-F. Jean-François Flauss, directores, *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*. Bruselas: 2002.
- Fragola, Massimo, director, *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell’uomo*. Nápoles: 2012.
- Franck, Christian. “Traité et Constitution: les limites de l’analogie”. En *La constitution de l’Europe*, dirigido por Paul Magnette. Bruxelles: 2002.
- Gambino, Silvio. “Diritti fondamentali, costituzioni nazionali e trattati comunitari” además de “La protezione dei diritti fondamentali fra Trattato costituzionale europeo e costituzioni nazionali. Prefazione”. En *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, dirigido por Silvio Gambino. Milán: 2006.
- . *Diritti fondamentali e Unione Europea*. Milán: Giuffrè, 2009.
- . “Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea”. *ReD-CE*, No. 18 (2012).
- . “La Carta e le corti costituzionali. Controlimiti e protezione equivalente”. En *La Carta e le corti*, Dirigido por G. Bronzini, V. Piccone. Taranto: 2007.
- . “La Carta e le Corti costituzionali. ‘Controlimiti’ e ‘protezione equivalente’”. *Politica del diritto*. Il Mulino: 2006.

- . “La (reciente) evolución del ordenamiento comunitario come proceso ‘materialiter’ constituyente: un análisis tras la categorías clásicas del derecho público y de la experiencia concreta”. En AA. VV., *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Bogotá: 2006.
- . “La protezione multilivell dei diritti fondamentali (fra Costituzione, trattati comunitari e giurisdizione)”. En *Scritti in onore di Michele Scudiero*. Nápoles: Jovene Editore, 2008.
- Giovannetti, Tommaso. *L’Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell’integrazione comunitaria*. Turín: Giappichelli, 2009.
- Giubboni, Stefano. *Diritti e solidarietà in Europa*. Bologna: Il Mulino, 2012.
- . *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*. Bologna: Il Mulino, 2003.
- . “Dopo Viking, Laval e Ruffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato”. En *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, dirigido por Amos Andreoni, Bruno Veneziani. Roma: 2009.
- . “I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza”. En *Il diritto dell’U.E.* (s. l.: 2003).
- . “Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea”, en AA. VV., *Le prospettive del welfare in Europa*. Roma: 2007.
- Guarino, G. “La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 30 giugno 2009. Sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell’Unione europea”. Disponibile en <www.astrid-online.it>.
- Guastaferrò, Bernardi. “Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e ‘controlimiti europeizzati’”. Disponibile en <www.forumcostituzionale.it>.
- Häberle, Peter. “La regresiva sentenza Lisboa como Maastricht II anquilosada”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (2009).
- Iliopoulos Strangas, Julia, directora, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*. Atenas-Bruselas: Baden-Baden, 2000.
- Lombardi, Giorgio. “Diritti di libertà e diritti sociali”. *Politica del diritto* (1999).
- Luciani, Massimo. “Il *Bundesverfassungsgericht* e le prospettive dell’integrazione europea”. Disponibile en <www.astrid.eu>.
- Mancini, Federico. “L’incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri”. En *RDE*. s. l.: 1989.
- Martinico, Giuseppe. *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Nápoles: 2009.
- Mazziotti, Manlio. “Diritti sociali”. En *Enciclopedia del diritto*. s. l.: XII.
- Morbidegli, G. “La tutela giurisdizionale dei diritti nell’ordinamento europeo”. *Annuario 1999. La Costituzione europea*. Pádua, 2000.

- Onida, Valerio. “Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario”. *Quaderni costituzionali* (2003).
- . “I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona” y Tania Groppi, “I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza “multilivello”. En *I diritti fondamentali in Europa*, dirigitto por Elena Paciotti. Roma: Collana, 2011.
- . “L’eguaglianza ed il principio di non discriminazione”. Disponibile en <www.luiss.it>.
- Orlandini, G. “Autonomia collettiva e libertà economiche nell’ordinamento europeo: alla ricerca dell’equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza”. En *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*. s. l.: 2008.
- Pace, Alessandro. “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei”. *Revista de estudios políticos* (1989).
- Palermo, Francesco, Jens Woelk. “‘Maastricht reloaded’: il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, No. 3 (2009).
- Panunzio, Sergio. *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*. Nápoles: Jovene Editore, 2005.
- Pernice, Ingolf, Franz Mayer. “La Costituzione integrata dell’Europa”. En *Diritto e Costituzione nell’Unione europea*, dirigitto por Gustavo Zagrebelsky. Roma: Bari, 2003.
- Pinelli, Cesare. “I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza”. *Politica del diritto*. s. l.: 2008.
- Pizzorusso, Alessandro. “Una Costituzione ‘ottriata’”. En *La Costituzione europea. Luci e ombre*, dirigitto por Elena Paciotti. Roma: 2003.
- Poiars Maduro, M., G. Grasso. “Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?”. En *Il diritto dell’Unione Europea*. s. l.: Giuffrè, 2009.
- Pollicino, Oreste, Vincenzo Sciarabba. “Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell’esperienza soprannazionale”. Disponibile en <www.forumcostituzionale.it>.
- . “La Corte di Giustizia dell’Unione europea e la Corte europea dei diritti dell’uomo quali Corti costituzionali”. En *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Dirigitto por Luca Mezzetti, tomo II. Pádua: 2011.
- Randazzo, A. “I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?”. Disponibile en <www.forumcostituzionale.it>.
- . La teoria dei controlimiti riletta alla luce del Trattato di Lisbona: un futuro non diverso dal presente?”. Disponibile en <www.diritticomparati.it>.
- Raveraira, M. “L’ordinamento dell’Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?”. *Rivista del diritto della sicurezza sociale* (2011).
- Rescigno, G.U. “Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea”. En *Giurisprudenza costituzionale*. s. l.: 1994.

- Rossi, Lucia Serena. "I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea". *Rivista di diritto internazionale*, No. 4 (2009).
- Ruggeri Antonio. "Carta europea dei diritti e integrazione interordinamentale: il punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale". En AA. VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*. Milán: 2003.
- . "Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e 'controlimiti' mobili, a garanzia dei diritti fondamentali". *Rivista AIC* (2011).
- . "Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria della interpretazione". En *La Corte costituzionale e le Corti*, dirigido por Paolo Falzea, Antonino Spadaro, Luigi Ventur. Turín: 2003.
- . "Trattato costituzionale, europeizzazione dei 'controlimiti' e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno". Disponibile en <www.forumcostituzionale.it>.
- Saccomanno, Albino. "Eguaglianza sostanziale e diritti sociali nel rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario", C. Di Turi, "La protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo", ambos en Silvio Gambino director, *Costituzione italiana...*
- Salazar, Carmela. *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*. Turín: 2000.
- . "I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.: un 'viaggio al termine della notte'?". En *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, editado por Giuffrè Ferrari. Milán: Giuffrè, 2001.
- Salmoni, Fiammetta. "La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali". En *La Corte costituzionale e le Corti*, dirigido por Paolo Falzea, Antonino Spadaro, Luigi Ventur. Turín: 2003.
- Schillaci, A. "L'art. 4.2 del TUE e l'europeizzazione dei controlimiti". En *VII Jornadas sobre la Constitución europea. El Tratado de Lisboa*. s. l.: 2010.
- Sciarabba, Vincenzo. *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*. Pádua: CEDAM, 2008.
- Sciarra, Silvana. "La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law". *I Working Papers*. s. l.: Universidad de Catania, 2003.
- Serena Rossi, Lucia. "Integrazione europea al capolinea?". Disponibile en <www.affariinternazionali.it>.
- Silvestri, Gaetano. "Relazione conclusiva". En *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, dirigido por Paolo Falzea, Antonio Spadaro, Luigi Ventura. Torino: 2003.
- Sorrentino, Francesco. "La tutela multilivello dei diritti", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitari* (2005); Sergio Panunzio, editor, *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*. Milán: Giuffrè 2002.

- Toniatti, R. “Verso la definizione dei ‘valori superiori’ dell’ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”. En *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, dirigido por R. Toniatti. Pádua: 2002.
- Tosato, Gian Luigi. “L’integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente ‘Lissabon Urteil’”. Disponible en <www.astrid.eu>.
- VV. AA. *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*. Pádua: 2002.
- . *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne*. Estrasburgo: 2001.
- . *Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux?*. Bruxelles: 1973.
- Zagrebelsky, Gustavo. *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*.
- . *Il diritto mite*. Turín: 1992.
- Zanon, N., director *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*. Nápoles: 2006.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- Sent. C.G.C.E., 5 de febrero 1963, *Van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle poste* (C-26/62).
- Sent. C.G.C.E., 15 de julio 1964, *Costa c. Enel* (C-6/64).
- Sent. C.G.C.E., 12 de noviembre 1969, *Stauder c. città di Ulm* (C-29/69).
- Sent. C.G.C.E., 17 de diciembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70).
- Sent. C.G.C.E., 14 de mayo 1974, *Nold* (causa 4/73).
- Sent. C.G.C.E., 28 de octubre 1975, *Rutili c. Ministre de l’intérieur* (C-36/75)
- Sent. C.G.C.E., 23 de abril 1986, “*Les Verts*” c. Parlamento europeo (C-294/83).
- Sent. C.G.C.E., 11 de enero 2000, *Tanja Kreil contro Repubblica Federale di Germania* (C-285/98).
- Sent. C.G.C.E., 12 de junio 2003, *Eugen Schmidberger contro Repubblica d’Austria* (C-112/00).
- Sent. C.G.C.E., 14 de octubre 2004, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* (C-36/02).
- Sent. C.G.C.E., 11 de diciembre 2007, *International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union contro Viking Line ABP* (C-438/05).
- Sent. C.G.C.E., 18 de diciembre 2007, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet*.
- Sent. C.G.C.E., 3 de abril 2008, *Rüffert* (C-346/06).
- Sent. C.G.C.E., 15 de julio 2010, *Commisone c. Germania* (C-271/08).
- Sent. C.G.C.E., 26 de febrero 2013, *Melloni* (C-399/11).

- Sent. C.G.C.E., *Aklagaren* (causa C-617/2010).
- Sent. C.G.C.E., *Radu* (causa C-396/2011).
- BVerfGE, 37, *Solange I*, del 20 maggio 1974.
- BVerfGE 73, 339, *Solange II*, del 22 ottobre 1986.
- BVerfGE, *Maastricht*, sent. 7 giugno 2000.
- Corte cost. ital., sent. n. 183, del 27 dicembre 1973, *Frontini*.
- Corte cost. ital., sent. n. 170 del 1984, *Granital*.
- Corte cost. ital., n. 232/1989, *S.p.A. Fragd contro Amministrazione delle Finanze dello Stato*.
- Corte cost. ital., n. n. 1146 del 1988, *Limite dei princìpi supremi*.

Fecha de recepción: 26 de enero de 2016
Fecha de aprobación: 20 de marzo de 2016

Supremacía constitucional y control del Derecho comunitario

*Elsa Guerra Rodríguez**

RESUMEN

Los procesos de integración replantean el paradigma tradicional de Estado y generan efectos jurídicos que inciden en su modelo constitucional, relativizando su supremacía y ubicando al derecho comunitario originario y derivado sobre la Constitución.

Por ello, el control constitucional de los tratados constitutivos de integración es un mecanismo necesario para garantizar que se derive el ejercicio de las competencias a la estructura comunitaria, protegiendo derechos y garantías.

En Ecuador, la Corte Constitucional debe ejecutar un control jurídico automático y vinculante de los tratados constitutivos de procesos de integración previo a su aprobación por la Asamblea Nacional. Sin embargo, la Constitución no señala explícitamente la posibilidad de implementar un control constitucional del derecho comunitario derivado, así como el control concentrado de constitucionalidad ahora vigente en el país no permite su inaplicación como sucede en países como Colombia. Finalmente, el artículo evidencia la necesidad de fortalecer un control democrático de dicho proceso.

PALABRAS CLAVE: supremacía constitucional, primacía del derecho comunitario, tratado constitutivo de integración, control constitucional, democracia, Comunidad Andina, derecho comunitario originario y derivado.

ABSTRACT

Integration processes overhaul the traditional paradigm of the State and they generate legal effects on its constitutional model, because they make constitutional supremacy relative and place the primary and secondary Community Law above the Constitution. Therefore, monitoring of integration founding treaties is a required mechanism to ensure the derivation of the exercise of competences to the Community structure, by protecting rights and guarantees. In Ecuador, the Constitutional Court must execute an automatic and binding constitutional control of

* Docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

the integration processes and their founding treaties before their approval by the National Assembly. Nonetheless, the Ecuadorian Constitution does not establish the constitutional control of secondary Community Law, as well as it does not allow its inapplicability, as happens in Colombia. Finally, this paper shows the need to improve a democratic control of this process.

KEYWORDS: Constitutional supremacy, Community Law supremacy, founding treaties, integration processes, constitutional control, democracy, Andean Community, original and secondary Community Law.

FORO

INTRODUCCIÓN

La integración a organizaciones supraestatales es considerada una de las finalidades estratégicas del Estado ecuatoriano. Este anhelo bolivariano surge con mayor fuerza en las coyunturas actuales frente a la presión del proceso de globalización, donde se han definido con mayor claridad bloques económicos mundiales y se han consolidado estructuras de integración supraestatal hegemónicas que direccionan las relaciones internacionales, imponen reglas de juego a los Estados unitarios y a otros espacios de integración interestatal que todavía no logran arraigar cimientos firmes frente al reto de materializar fines comunes no solo en su área económica, sino de cara a una vinculación política, social y cultural.

Ecuador se ha insertado en algunas organizaciones de este tipo, siendo la Comunidad Andina el proceso integracionista que mejores resultados ha brindado a sus Estados miembros. Ahora bien, este tipo de procesos políticos reconfiguran el modelo tradicional de Estado soberano y originan efectos jurídicos que pueden irrumpir en las construcciones constitucionales de los Estados, relativizando su supremacía e imponiendo el derecho comunitario originario y derivado por sobre el marco constitucional estatal.

En este contexto, el control constitucional de dichos instrumentos internacionales se instituye en un mecanismo estratégico de limitación de la arbitrariedad del poder, así como asegura el carácter supremo de la Constitución ecuatoriana y sus funciones de ordenación, concordancia y fundamento, vigilando la supremacía como un mandato soberano de la sociedad, que reorienta la actuación de los poderes públicos hacia la materialización de los derechos constitucionales y humanos.

Con estos antecedentes, el presente ensayo pretende analizar la ejecución del control de constitucionalidad del derecho comunitario en Ecuador. Para ello, inicialmente

estudiará de forma breve la importancia del principio de supremacía constitucional y sus principales tensiones frente al derecho comunitario. En un segundo momento examinará los tipos de control de los tratados fundacionales de organizaciones supraestatales que reconoce la Constitución ecuatoriana, para continuar con un análisis sobre la trascendencia y legitimidad del control de constitucionalidad como garantía de protección de la supremacía constitucional y, finalmente, observará la forma en que la Corte Constitucional ejecuta dicho examen jurídico para la ratificación o denuncia de tratados originarios de procesos de integración, así como compartirá algunos argumentos sobre la factibilidad de implementar dicho control a las disposiciones de derecho comunitario derivado y la relación de la democracia como eje en los procesos de integración.

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA EN EL CONTEXTO DE PROCESOS DE INTEGRACIÓN

El salto cualitativo del Estado de derecho decimonónico al Estado constitucional contemporáneo replantea la forma de observar la incidencia del derecho, a partir de su efectividad y legitimidad. El Estado de derecho vinculado al positivismo jurídico clásico se definía por un “fetichismo legal”,¹ es decir, promovía la eficacia de la ley como norma de direccionamiento del comportamiento estatal y las relaciones sociales, frente a la supremacía abstracta de la Constitución, simplificándola como carta política programática.² En consecuencia, se evidenciaba a la función legislativa como la única legitimada del desarrollo jurídico del contenido constitucional.³

Sin embargo, el constitucionalismo contemporáneo⁴ –que incide en varios de los países de la región andina–, denominado por Prieto Sanchís como “constitucionalismo fuerte”, replantea esta concepción principalmente por cuatro parámetros: el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica de directa aplicación, hecho que involucra a su vez la constitucionalización estricta del sistema de fuentes, el carácter material de la Constitución, y la incidencia en la hermenéutica jurídica; la Carta cons-

1. Diego López Medina, “El Valor de la jurisprudencia como fuente del derecho en visión histórica comparada”, *Umbral: Revista de Derecho Constitucional*, No. 1 (Quito: Corte Constitucional del Ecuador-CEDEC, enero-junio 2011): 21-54.

2. Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil* (Fernández: Trotta, 2009), 33.

3. Ver Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre Neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional* (Quito, 2009).

4. Cabe destacar que varios autores refieren al constitucionalismo contemporáneo como neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo, al considerar los cambios generados en las constituciones recientes como verdaderas transformaciones del modelo de Estado de cara a la garantía de los derechos y a la visibilización de una “nueva cultura jurídica”. Ver Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed. (Madrid: Trotta, 2009). En especial sobre los diversos neoconstitucionalismo, ver Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, edit. por Miguel Carbonell, 4a. ed. (Madrid: Trotta, 2009), 75-98.

titucional como cuerpo normativo que establece directrices formales y materiales, y que se constituyen en límites de actuación; la consolidación de la rigidez constitucional; y, sobre todo, la protección de las disposiciones constitucionales a través del control jurídico-constitucional por parte de un órgano especializado en justicia constitucional con amplias competencias determinadas por la Constitución.⁵

Bajo esta perspectiva, el principio de supremacía constitucional adquiere una especial incidencia en la construcción del derecho, por cuanto cumple por lo menos con cuatro funciones: ordenación, fundacional, concordancia y su función como norma constituyente.⁶

En el primer caso, la labor de ordenación de la Constitución se traduce en el carácter jerárquico de la carta constitucional. Esta jerarquía presupone determinar a la Constitución como la norma jurídica directriz ubicada en la cúspide del derecho interno, que fija el lugar que ocupan las disposiciones en el ordenamiento jurídico por debajo de ella.⁷ La segunda función, por su parte, implica vislumbrar la supremacía constitucional desde su carácter fundacional. En otras palabras, permite observar a la Constitución como el fundamento del ordenamiento jurídico del Estado, de los límites de actuación del poder público y de la materialización de los derechos.⁸ Respecto a la función de concordancia, la Constitución dota de validez y eficacia a una norma infraconstitucional. Bajo esta concepción, la norma suprema determina la validez y eficacia de los actos jurídicos públicos y privados en tanto cumplan con los presupuestos formales (procedimiento y órgano competente señalado en la Constitución), y materiales (frente a la cristalización de los principios, derechos y garantías dispuestas en la Constitución),⁹ y, finalmente, la cuarta función refuerza el concepto de supremacía al evidenciar a la Constitución como voluntad del pueblo soberano que, al ejercer su poder constituyente, determina la estructura del Estado constitucional, otorga atribuciones al poder público, que lo instituye como poder constituido limitado por el contenido constitucional.¹⁰

Ahora bien, en la mayoría de Estados sus poderes constituidos tienen la posibilidad constitucional de sumar a su país a procesos de integración con otros Estados;¹¹ esta integración implica:

-
5. Luis Prieto Sanchís, "Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución". En *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coord. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar (México DF: Marcial Pons, 2008), 810.
 6. Calogero Pizzolo, *Globalización e Integración* (Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002), 237- 241.
 7. Prieto Sanchís, "Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución", 810.
 8. Calogero Pizzolo, *Globalización e Integración*, 237.
 9. *Ibíd.*, 237- 241.
 10. Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1999), 31.
 11. El caso de Bolivia es particular por cuanto su Constitución dispone que, antes de la ratificación de tratados que impliquen cesión de competencias institucionales a organismos supranacionales de integración, se requiere la aceptación de la población boliviana mediante un referendo popular de carácter vinculante, circunstancia que

1. la cesión de poderes a favor de un ente no estatal,¹² con el correspondiente compromiso de renuncia de su ejercicio, lo que, a su vez, implica una limitación de soberanía; y, 2. la aceptación automática en el ámbito interno, como consecuencia de la cesión de las normas y actos dictados por ese ente extraestatal.¹³

En este sentido, la inclusión de Estados a organismos supraestatales genera tensiones entre la dinámica estatal y el desarrollo del sistema de integración por dos razones. Primero, porque las organizaciones de integración han establecido una estructura parecida a la que poseen los Estados unitarios para cumplir dichos fines. Por ejemplo, organizaciones supraestatales como la Comunidad Andina tienen una estructura compuesta de órganos e instituciones, entre las que sobresalen, el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Parlamento Andino, y la Universidad Andina Simón Bolívar, entre otros; así como hegemoniza principios del derecho comunitario que aseguren su actuación dentro de cada Estado.¹⁴

En este contexto, según el Tribunal Andino de Justicia:

El orden jurídico comunitario es un sistema normativo debidamente estructurado e institucionalizado que tiene poderes y competencias propios derivados de las cesiones del ejercicio de la soberanía sobre determinadas materias, hechas por los países miembros –soberanía compartida–, con órganos y procedimientos a través de los cuales se generan, interpretan y aplican las normas jurídicas comunitarias, se determinan derechos y obligaciones de los sujetos que integran la comunidad y se establecen mecanismos de solución de controversias, así como la imposición de sanciones por violación de sus mandatos.¹⁵

La segunda razón se sostiene en que la vinculación de un país a organizaciones supraestatales exige la observancia tanto de disposiciones que regulan el comportamiento de todos los Estados a nivel internacional, como de principios y reglas de derecho comunitario, los que han provocado resistencias entre varias normas de carácter constitucional, sobresaliendo el visible conflicto entre la supremacía de la Constitución de

condiciona la actuación de los poderes constituidos. Ver Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 158, 172, 202, 255, 257, 259 y 260.

12. Cabe mencionar que existen otras posiciones que sostienen que la inserción estatal a sistemas de integración implica una transferencia y delegación de competencia y en consecuencia de soberanía, por cuanto al momento en que el Estado denuncie el tratado, estas retornan a su ejecutor inicial. Véase César Montaña, *Problemas constitucionales de la integración* (México DF: Porrúa, 2013), 86-113.
13. Pablo Pérez Tremps, “El concepto de integración supranacional en la Constitución”, *Revista de Estudios Constitucionales*, No. 13 (septiembre-diciembre 1992): 109.
14. Ver Ricardo Vigil, *La estructura jurídica de la Comunidad Andina*, 2a. ed. (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015).
15. Tribunal Andino de Justicia, Proceso No. 114-11-2004, de 8 de octubre de 2005, 52.

los Estados parte y las disposiciones de derecho internacional que le son aplicables a las organizaciones de integración.

Respecto a las disposiciones genéricas de derecho internacional, las normas que orientan las relaciones internacionales también deben ser observadas cuando un Estado se inserta en un proceso de integración, varias de ellas se encuentran reconocidas en la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, que, además de concebir el principio *pacta sunt servanda*¹⁶ y las normas imperativas de derecho internacional, a través de su artículo 27 invalida la posibilidad de que el Estado pueda aplicar normas de su ordenamiento jurídico interno con la finalidad de incumplir las disposiciones establecidas en un tratado de cualquier naturaleza.¹⁷

Estas normas internacionales podrían entrar en conflicto dentro de los Estados parte del tratado cuando, bajo el ejercicio de su soberanía, su voluntad constituyente (Constitución) establece límites formales y materiales que impiden la aplicación de normas (cualquiera sea su origen) que afecten derechos y garantías constitucionales en su carácter progresivo. Por ejemplo, respecto a esta característica, la Constitución ecuatoriana señala que “las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores”,¹⁸ circunstancia que podría relativizar estos mandatos internacionales cuando sus obligaciones derivadas atenten a los intereses de la sociedad ecuatoriana explícita en su Carta constitucional.

En el caso de la configuración de normas y principios específicos atinentes a los procesos de integración supraestatal y su tensión con las disposiciones constitucionales de cada Estado, y de forma especial con la supremacía constitucional, según Pablo Pérez Tremps, la integración:

modifica sustantivamente la Constitución en cuanto cede competencias vaciando los poderes del Estado; sin embargo, las competencias y facultades que permanecen en su seno no pueden ser modificadas desde el exterior y su régimen de ejercicio es el que determina el propio ordenamiento jurídico interno.¹⁹

Esta perspectiva implica, como bien lo señala el mismo autor, el otorgamiento a los organismos supraestatales del ejercicio de ciertos ámbitos de “competencia deri-

16. El artículo 26 de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados determina que el principio *pacta sunt servanda* señala que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

17. Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, art. 27.

18. Constitución de la República del Ecuador, Publicación del Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 416.

19. Pérez Tremps, “El concepto de integración supranacional...”, 124.

vadas de la Constitución”, ya sea de carácter normativo,²⁰ judicial y/o ejecutivo y que articuladas a los *principios de primacía, eficacia directa e incorporación inmediata y automática del derecho comunitario* generan obligaciones a los Estados parte de velar y asegurar su estricto cumplimiento dentro de cada país.²¹

Respecto al *principio de primacía*, por ejemplo, según Pizzolo, este principio “tiene dos acepciones fundamentales: a) el deber de los Estados de adecuar su legislación interna a sus obligaciones internacionales, y b) la prevalencia del Derecho internacional general sobre el Derecho interno”.²² Es decir, según este concepto, este principio podría contradecir las funciones de ordenación y concordancia de la supremacía constitucional. Primero, porque las normas de derecho comunitario derivado al instituirse como prevalentes de acuerdo al campo competencial explícito en el tratado constitutivo deben ser aplicadas de forma directa (eficacia directa) al interior del Estado, sin el ejercicio previo de un control jurídico constitucional de su contenido; y, segundo, ya que este principio obliga a las normas jurídicas dentro de cada Estado, cuyo contenido corresponda a las competencias otorgadas a la organización de integración, a adecuarse formal y materialmente a las normas de derecho comunitario, sin pensar en la Constitución como el marco de filtro de dicha adecuación.

Esta concepción integracionista ha sido reforzada por la Comunidad Andina que ha reemplazado el concepto de primacía por el de supremacía²³ del derecho comunitario andino, equiparando *a prima facie* la categoría de supremacía constitucional

20. Según Francisco Villagrán, las normas de derecho comunitario pueden ser tanto completas como incompletas. Aquellas que se caracterizan como plenas deben ser aplicadas directamente a diferencia de las incompletas que requieren de la actuación de los poderes estatales para que logren su efectividad al interior de cada Estado parte. Ver Francisco Villagrán, *Teoría general del Derecho de integración económica* (San José de Costa Rica: Editorial Universitaria Centroamericana, 1969), 365.

21. Pérez Tremps, “El concepto de integración supranacional...”, 106.

22. Calogero Pizzolo, *Globalización e Integración*, 75.

23. La primacía o prevalencia establece la obligatoriedad de aplicación de una norma jurídica de acuerdo con las competencias atribuidas por el tratado constitutivo de integración, a diferencia de la supremacía que supone la existencia de una norma jurídica que cumple con las funciones de ordenación, fundacional, concordancia, y su función como norma constituyente de un sistema jurídico infraordenado, como se ha explicado en líneas anteriores. Además, autores como Marcel Tangarife explican que “cuando existe contradicción entre una norma comunitaria y una interna, no necesariamente debe derogarse la norma interna, pero sí se aplica para resolver el caso concreto la norma jurídica andina por su prevalencia sobre la norma interna, en virtud de los principios de aplicación directa y de los efectos inmediatos ...”, circunstancia que evidencia la diferencia entre primacía y supremacía, ya que la segunda determina de hecho la validez de la normativa jerárquicamente inferior. Ver Marcel Tangarife, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina* (Bogotá: Baker & McKenzie, 2002), 203. Asimismo, el Dictamen del Tribunal Constitucional de España 1/2004 ratifica que la primacía no contradice la supremacía constitucional, al aseverar que la “primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella en el de la aplicación de normas válidas; esta, en el de los procedimientos de normación”. Dictamen del Tribunal Constitucional de España 1/2004, 13 de diciembre de 2004, 11.

con aquella de supremacía del derecho comunitario.²⁴ Por ejemplo, si bien en casos anteriores tales como el Proceso No. 2-IP-90, el Tribunal Andino de Justicia se refiere a la primacía como principio rector del sistema, en otras resoluciones como el Proceso 190-IP-2008 ha señalado que:

el Tribunal Andino ha consolidado como principio fundamental del Ordenamiento Comunitario Andino el de Supremacía del Derecho Comunitario andino soportándolo en otros principios: el de Eficacia Directa del Ordenamiento Jurídico Andino, el de Aplicabilidad Inmediata del Ordenamiento Jurídico Andino y el de Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino.²⁵

Asimismo, este organismo supraestatal ha aclarado, respecto a la función de jerarquía del principio de “supremacía” del derecho comunitario andino, que este debe ser entendido como la prevalencia del derecho comunitario frente a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sobre aquellas “materias transferidas para la regulación del orden comunitario”, cuya materialización se vinculan a los principios de derecho comunitario, que aseguran que bajo un “efecto automático” se incluyan las normas de derecho comunitario dentro de los Estados parte, y obliga a sus operadores jurídicos internos a aplicar efectivamente estas normas.²⁶

Si bien las Cortes, Tribunales o Salas Constitucionales de los países son los encargados de proteger el carácter supremo de las Constituciones, sus fallos denotan contradicciones respecto al cuidado del marco constitucional de los Estados, así como muchas de ellas han abierto el camino para consolidar la efectivización de estos principios de derecho comunitario omitiendo la interpretación rígida de supremacía constitucional.

En el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional ha señalado que la supremacía no es solo “un enunciado dogmático, al contrario, es un deber y garantía del Estado, por el cual todos los poderes del Estado, e incluso el actuar de los particulares, se someten a los principios enmarcados en la Constitución”.²⁷ Sin embargo, paradójicamente, este órgano jurisdiccional en su Dictamen de control constitucional sobre tratados internacionales ha indicado que “el Estado ecuatoriano ha sumido compromisos inter-

24. Cfr. Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso de Interpretación Prejudicial No. 190-IP-2008, de 22 de agosto de 2008. Disponible en <<http://server.tribunalandino.org.ec/ips/Pr90ip08.pdf>>. Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso de Interpretación Prejudicial No. 2-IP-90, de 20 de septiembre de 1990.

25. Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso de Interpretación Prejudicial No. 190-IP-2008, de 22 de agosto de 2008, 8.

26. Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso de Interpretación Prejudicial No. 190-IP-2008, de 22 de agosto de 2008. Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso de Interpretación Prejudicial 60-IP-2012, 24 de octubre de 2012.

27. Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 0006-09-SIS-CC, Caso No. 0002-09-IS, 3 de septiembre de 2009, juez ponente: Dr. Freddy Donoso, 4.

nacionales de los cuales no puede desligarse unilateralmente, gozando estos preceptos internacionales de aplicación directa sobre la legislación interna”,²⁸ sin aclarar, cómo se ha señalado con antelación, que el principio de eficacia directa concebido desde el derecho comunitario genera un choque con la garantía de aplicación directa de la Constitución, cuyo principio asegura su carácter normativo y supremo.

A nivel comparado, las posiciones de otros órganos de control constitucional son divergentes. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, ha minimizado la supremacía constitucional al determinar que esta cumple su fin al momento de evaluar la constitucionalidad del tratado fundacional previo a su ratificación y luego esta se relativiza frente a la primacía del derecho comunitario originario y derivado:

producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla [...].²⁹

Además, este Tribunal Constitucional ha configurado al derecho comunitario no solo como fundamento jurídico de las organizaciones supranacionales, sino de los ordenamientos internos de los Estados al señalar:

la primacía proclamada y el marco en que se desenvuelve, es que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa parte del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales básicas, y se funda en los valores que están en la base de las Constituciones de dichas Estados.³⁰

Consecuentemente, si antes los tratados internacionales constitutivos, al ser observados como norma infraconstitucional, eran considerados como derecho accesorio frente al carácter supremo de la Constitución, cuando un Estado se inserta en un proceso de integración las normas de derecho comunitario originario y derivado también

28. Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen 0005-09-DTI-CC, Caso No. 0003-09-TI, 14 de mayo de 2009, 29.

29. España, Dictamen del Tribunal Constitucional 1/2004, 13 de diciembre de 2004, 7. Este proceso fue accionado por el gobierno español frente a una presunta contradicción entre su Constitución y el artículo I-6 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. Además solicitó un análisis constitucional de los artículos II-111 y II-112 del mencionado Tratado, referentes a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Por otro lado, el poder ejecutivo requirió mediante esta acción una interpretación constitucional del artículo 93 de la Constitución española para determinar si su contenido permite la suscripción del Estado a dicho Tratado, y finalmente, pidió a este órgano jurisdiccional establezca el procedimiento de reforma constitucional a ejecutarse para dar vialidad a la adecuación del texto constitucional al contenido del Tratado en el caso de que fuera necesario. En este caso, el Tribunal Constitucional declaró la inexistencia de contradicción entre la Constitución de España y los artículos objetos de control constitucional, así como señaló que el contenido del artículo 93 de la Constitución permitiría la suscripción del Estado a dicho Tratado sin necesidad de reforma.

30. *Ibid.*, 7-8.

se convierten en la base o fundamento de la sección del derecho interno de cada Estado involucrado en el proceso de integración.

En Ecuador, si bien su Constitución se caracteriza por ser concebida como una norma jurídica que posee un sin número de garantías que aseguran su supremacía, esta también evidencia la importancia de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico y la necesaria inclusión del Ecuador en procesos de integración supraestatal circunstancia que abre el camino a una nueva forma de orden jurídico.

La Carta constitucional ecuatoriana se reconoce a sí misma como norma jerárquica, salvo cuando exista una disposición jurídica internacional de derechos humanos que proteja en mayor medida los derechos.³¹ En este sentido, como regla general, los tratados y convenios internacionales poseen una jerarquía infraconstitucional y supralegal.

Esta misma línea de análisis, la Constitución ecuatoriana al ser la norma jerárquica determina la validez y coherencia del ordenamiento jurídico; esta también dispone, como parte de las garantías constitucionales de carácter normativo, la obligación de la configuración normativa legal e infralegal a partir de los preceptos de la Constitución y de los tratados internacionales, normativa que demuestra la importancia de los tratados internacionales como eje jurídico del ordenamiento ecuatoriano.³²

Finalmente, si bien Estados como el ecuatoriano, a través de su voluntad constituyente, han ubicado a los procesos de integración supraestatal como un objetivo estratégico estatal, dicho proceso debe ir acompañado de un adecuado control por parte de los órganos y/o funciones autorizadas con el objetivo de velar la supremacía constitucional.

TIPOS DE CONTROL DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE PROCESOS DE INTEGRACIÓN SUPRAESTATAL EN ECUADOR

La supremacía constitucional se garantiza en la medida en que existan mecanismos adecuados de control que aseguren el cumplimiento de los límites materiales y formales de la Constitución y certifiquen la tutela efectiva de los derechos, mediante una fiscalización efectiva del uso del poder atribuido por la Constitución.

En este sentido, la Constitución ecuatoriana prevé dos modalidades de control de los tratados internacionales constitutivos de procesos de integración supraestatal: con-

31. Constitución de la República del Ecuador, Publicación del Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 424.

32. *Ibid.*, art. 3 y 84.

trol político y control jurídico. En el caso del control político, este es ejecutado por la Asamblea Nacional al constituirse en la representación de la voluntad soberana, previo a la ratificación de dicho tratado constitutivo por parte del presidente de la República.³³ Cabe destacar que el artículo 419 de la Constitución establece la clase de tratados internacionales que demandan aprobación legislativa como requisito imprescindible a la ratificación del mismo.³⁴

Si bien la Constitución ecuatoriana de 1998 instituía esta clase de control como el marco vinculante de aprobación de dichos tratados internacionales fundacionales para proceder a su ratificación por parte del presidente de la República,³⁵ en la actualidad el control político cumple un fin meramente formal, por cuanto es la Corte Constitucional el órgano encargado de determinar su factibilidad de ratificación, cuyo dictamen es vinculante para la Función Legislativa y Ejecutiva.

Por otro lado, el control jurídico-constitucional es considerado en el constitucionalismo actual el parámetro esencial de direccionamiento de la dinámica estatal dentro su jurisdicción y en sus relaciones con otros Estados.³⁶ Las siguientes líneas se encargarán de analizar la importancia de dicho mecanismo su legitimidad y su uso para el control de los tratados constitutivos de organizaciones supraestatales donde Ecuador puede ser partícipe, con el objetivo de velar su supremacía constitucional.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DE PROTECCIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

IMPORTANCIA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Las Constituciones se han modificado de acuerdo con las necesidades históricas, con la existencia de sectores sociales excluidos por el derecho, con la presión de las élites que direccionan el poder, con la exigencia de límites al uso indebido del poder, y

33. *Ibíd.*, art. 120.

34. Artículo 419 de la Constitución ecuatoriana. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites. 2. Establezcan alianzas políticas o militares. 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley. 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración o de comercio. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

35. Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 01, 11 de agosto de 1998, art. 171 numeral 12, y art. 130, numeral 7.

36. Alberto Wray, *Derecho procesal constitucional* (Quito: USFQ, 2002), 129.

con las demandas del reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales para la materialización de la dignidad y de los derechos humanos.³⁷

Bajo esta connotación, las cartas constitucionales han dotado a su contenido de una fuerza vinculante a través de varios mecanismos, uno de los más importantes, el control jurisdiccional. Las modalidades de este control varía de acuerdo con las particularidades de cada Estado, visibilizándose en numerosas normas supremas latinoamericanas, como las constituciones de Colombia en 1991, Ecuador en 1998 y en 2008, Bolivia en 2009, un fortalecimiento de la justicia constitucional a través de la ampliación de garantías constitucionales que tutelen los derechos, así como mediante el aseguramiento de un control constitucional de su sistema y de las actuaciones del poder por parte de un órgano jurisdiccional de cierre de corte constitucional.³⁸

Esta reconfiguración obliga a concebir una innovadora cultura jurídica distinta de la teoría paleopositivista, donde los jueces revestidos de poder constitucional deben cumplir su rol de interpretación y control del contenido constitucional. En este sentido, existe un sistema compartido de interpretación y control que implica que, además de la competencia interpretativa de la Función Legislativa, que debe ser condicionada al contenido constitucional, existe ahora una intervención activa y vinculante de la Corte o Tribunal Constitucional en el control e interpretación de la normativa vigente, con la finalidad de proteger el carácter supremo de la Constitución y la armonía del ordenamiento jurídico.³⁹

Finalmente, la inobservancia del control constitucional establece una vulneración del carácter material de la Constitución, por cuanto constituye una omisión al cumplimiento de la labor de control del poder frente a la tutela efectiva de los derechos constitucionales.

La Corte Constitucional ecuatoriana y su competencia de control constitucional del derecho comunitario

El modelo constitucional antes descrito con sus especiales particularidades se visibiliza en el caso ecuatoriano donde la Constitución determina límites y vínculos formales y sustanciales para los poderes tanto públicos como privados,⁴⁰ y la Corte

37. *Ibíd.*, 63-164.

38. Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional de Ecuador-CEDEC, 2012).

39. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000), 167.

40. Ramiro Ávila Santamaría, *El Constitucionalismo ecuatoriano; breve caracterización de la Constitución de 2008* (Quito), 961-962.

Constitucional constituye el órgano encargado de asegurar la constitucionalización del sistema y consecuentemente, de controlar que sus actos se encuentren acorde al mandato constitucional.

Estas competencias también se enmarcan en el control de cierto tipo de tratados internacionales que, por su especial impacto en el ejercicio de derechos, estructura del Estado, entre otros, requieren de un examen constitucional previo a la aprobación por parte de la Función Legislativa. Este límite constitucional radica “el ejercicio del “poder de integración” no suele considerarse absolutamente libre e incondicionado sino que se entiende que existen contenidos constitucionales irrenunciables y que por tanto, actúan como barreras de los tratados de integración”,⁴¹ que deben ser observados por los órganos de control constitucional. Inclusive busca evitar que después de que el Estado sea parte de un proceso de integración, se genere una responsabilidad internacional por denunciar un tratado constitutivo que puede tener vicios de constitucionalidad.⁴²

Ahora bien, la competencia de control otorgada a la Corte Constitucional es una innovación transformadora del desarrollo estatal y social ecuatoriano, por cuanto, hasta antes de la Constitución ecuatoriana de 2008, el control jurídico emitido por el Tribunal Constitucional era meramente indicativo y consecuentemente no orientaba de forma definitiva la actuación de la Función Legislativa en su competencia de control político, y menos aún a la Función Ejecutiva al momento de ratificar dicho tratado.⁴³ Por ello el reconocimiento de la Corte Constitucional como el máximo órgano del control e interpretación constitucional, así como de administración de justicia en materia constitucional,⁴⁴ permite a los jueces constitucionales dirigir las acciones de los poderes del Estado a partir de los límites constitucionales establecidos para inserción del Estado ecuatoriano en este tipo de organizaciones internacionales.

Consiguientemente, la Constitución ecuatoriana de 2008 vigoriza el control de constitucionalidad como una herramienta sustancial para controlar el poder ejecutivo respecto a sus atribuciones de negociar, suscribir y ratificar aquellos tratados internacionales que podrían comprometer el contenido de los derechos y garantías constitucionales, al delegar el ejercicio de determinadas competencias a estos organismos supraestatales, imponiendo que dicho control debe ser previo a la aprobación

41. Pablo Pérez Tremps, “Constitución e integración”. En *Integración política y Constitución*, coord. por Pablo Pérez Tremps (Quito: Corporación Editora Nacional, 2004), 147.

42. Germán Teruel, “El Tribunal Constitucional ante el principio de primacía del derecho comunitario”, *Revista Anales del Derecho*, No. 24 (Murcia: Universidad de Murcia, 2006): 321.

43. Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 179-186.

44. Constitución de la República del Ecuador, Publicación del Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 429.

del instrumento por parte de la Asamblea Nacional y vinculante tanto para la Función Legislativa como Ejecutiva.⁴⁵ Esta aseveración es reiterada por la Corte Constitucional ecuatoriana al señalar que:

Los Convenios internacionales asumen una suerte de instrumentos de integración entre dos o más países, por lo que se ha manifestado que la integración es una nueva forma de ejercer el poder, frente a la cual es necesario establecer mecanismos que tiendan a controlar aquel poder. El poder de integración es un poder constituido en base a un poder constituyente originario que se encuentra contenido en las Constituciones de las diferentes Repúblicas; son en estas donde se determinan los compromisos y alcances que tendrán los procesos de integración por parte de un Estado miembro; en ella, también se establecen las responsabilidades que el mismo asumirá frente a la comunidad internacional, siendo aquella –la Constitución– el germen para que se asuma un compromiso internacional.⁴⁶

En este sentido, este control se refuerza cuando la Corte Constitucional, al interpretar las disposiciones constitucionales, dispone que dicho examen, además de ser previo y vinculante, debe ser automático.⁴⁷ En otras palabras, la Corte, bajo su necesidad de precautelar la supremacía constitucional, debe ejecutar un análisis formal y material al mencionado instrumento internacional, apenas conozca de la suscripción de dicho tratado por parte del Estado ecuatoriano, sin que medie un envío oficial de este instrumento internacional.⁴⁸

Profundizando el análisis, este examen de constitucionalidad con el fin de determinar su posible eficacia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano debe verificar el cumplimiento de dos parámetros de validez: *formal* y *material*.

Respecto al parámetro formal de validez, la Corte debe verificar la observancia de los lineamientos de forma vinculados al órgano competente, así como al procedimiento constitucional y legalmente establecido.

Frente al procedimiento jurídico, es necesario destacar que no todo tratado internacional será susceptible del control político de la Asamblea Nacional, y, por lo tanto, al encontrarse ligado dicho examen al control jurídico previo por parte de la Corte Constitucional, el artículo 419 de la Constitución determina el tipo de tratado internacional que requieren de aprobación, entre ellos, aquellos vinculados a procesos de integración y de comercio, y que atribuyan competencias soberanas a un organismo

45. *Ibid.*, art. 438, No. 1.

46. Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen 0005-09-DTI-CC, Caso No. 0003-09-TI, 14 de mayo de 2009, 31.

47. Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen No. 023-10-DTI-CC, Caso No. 0006-10-TI, 24 de junio de 2010. Juez ponente: Dra. Nina Pacari, p. 19.

48. Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen 0005-09-DTI-CC, Caso No. 0003-09-TI, 14 de mayo de 2009.

supranacional.⁴⁹ Por lo tanto, el primer paso del control constitucional implicará determinar si el tratado internacional puesto en su conocimiento es susceptible de control jurídico y político. Por ello, además de la obligación del presidente de comunicar a la Asamblea Nacional del tratado internacional suscrito explicando su contenido y carácter, para que esta se pronuncie sobre la aprobación o no de dicho cuerpo normativo internacional,⁵⁰ la Corte determinará inicialmente si ese tratado requiere de dicha aprobación legislativa y consecuentemente de la ejecución de un examen de constitucionalidad de su contenido.⁵¹

En relación al órgano competente, la Corte deberá determinar si el presidente de la República cumplió con su atribución de negociar y suscribir la inclusión del Estado ecuatoriano a organizaciones supraestatales a través de un tratado fundacional.⁵²

Respecto a los parámetros de validez material, este se instituye en un lineamiento estratégico de protección constitucional, por cuanto si bien las disposiciones que componen un tratado de integración *a prima facie* no conllevan modificaciones constitucionales, sus consecuencias jurídicas podrían conducir a una “modulación o transformación material” del contenido de la Constitución.⁵³ Es decir, como lo afirma César Montaña, su inclusión podría colocarnos frente a una fuente de derecho con efectos jurídicos que se irradian a la normativa jurídica nacional incluyendo a la misma Constitución.⁵⁴

Este control *a priori* se implementa mediante la confrontación de la norma jurídica con el contenido constitucional sin necesidad de que se logre analizar su constitucionalidad en su aplicación concreta, sino solo en su ámbito abstracto formal.⁵⁵ Cabe considerar que el control de constitucionalidad involucra también el análisis del cumplimiento de los parámetros internacionales, respecto a normas que, por constituirse parte del bloque de constitucionalidad,⁵⁶ deben ser observadas en el control material, así como de aquellas normas de derecho internacional público que condicionan las

49. *Ibid.*, p. 32.

50. Constitución de la República del Ecuador, Publicación del Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 418.

51. *Ibid.*, art. 120, numeral 8.

52. *Ibid.*, art. 147, num. 10, art. 418.

53. Pérez Tremps, “Constitución e integración”, 148.

54. Montaña, *Problemas constitucionales de la integración*, 113- 135.

55. Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, 173.

56. Danilo Caicedo, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”, *FORO. Revista de Derecho*, No. 12 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009).

actuaciones del Estado ecuatoriano en sus relaciones con otros países, y con organizaciones internacionales y especiales.⁵⁷

Cabe mencionar que autores como Pablo Pérez Tremps sostienen que el control material debe guiarse por lo menos por dos límites sustanciales. El primero implica observar la Constitución como norma limitante en sí misma del proceso de integración de cara a garantizar, sin permitir reforma alguna de su contenido, que el tratado constitutivo no evidencie contradicciones frente a la norma constitucional. El segundo, en cambio, resalta la premisa de respeto a unos “contralímites”, que varían de acuerdo a cada Estado, y que se relacionan con los principios estructurales que moldean el Estado parte, y que, en el caso ecuatoriano, por ejemplo, se articularían a la protección de un Estado constitucional de derechos y justicia, democrático, intercultural, entre otros ejes transversales, como estrategia de una adecuada “constitucionalización de la integración supranacional”.⁵⁸

Ahora bien, *a prima facie* cuando la Corte Constitucional determina la inconstitucionalidad de una norma jurídica, tales disposiciones se constituyen en ineficaces frente al contenido constitucional y en consecuencia de cara al orden jurídico, de tal forma que, al aplicar el principio *stare decisis*, que obliga a los poderes públicos a acatar la decisión vinculante de este tribunal, el Estado ecuatoriano no podría formar parte de dicha organización supraestatal.

Sin embargo, este carácter estricto de control material de constitucionalidad se aligera cuando la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional demuestra la forma en que el fin del control constitucional de los tratados internacionales no busca su invalidación frente al carácter supremo de la Constitución, sino la inclusión de dicho tratado dentro de la dinámica del ordenamiento interno ecuatoriano, inclusive permitiendo que el control político de dicho tratado se suspenda provisionalmente hasta que se readece el contenido de la Constitución al carácter del tratado constitutivo y se permita su ratificación y permeación dentro del sistema jurídico ecuatoriano. Esta disposición constituye una forma de relativizar la supremacía constitucional, para comprender la Constitución como una Carta cuyo programa depende ya no solamente de la voluntad constituyente, es decir de la sociedad ecuatoriana, sino de disposiciones políticas marcadas por fuera del Estado.⁵⁹

Cabe señalar que la norma orgánica de control constitucional en Ecuador coincide con la posición de varios tribunales constitucionales europeos, como el Tribunal Constitucional Español, quienes –a pedido de los gobiernos centrales de cada Esta-

57. Montaña, *Problemas constitucionales de la integración*, 36-76.

58. Pérez Tremps, “Constitución e integración”, 147-149.

59. Ver Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 112, No. 2.

do— han convertido el control de constitucionalidad de dichos instrumentos en la guía jurisdiccional de determinación de las cláusulas abiertas que deberían contener las cartas constitucionales para adecuarse al tratado fundacional de tal forma que aseguren la inclusión de dicho instrumento internacional al ordenamiento interno de cada Estado inclusive a través de modificaciones constitucionales, obviando su papel de garantes del control material y formal de la voz del constituyente.⁶⁰ Este fenómeno no solo evidencia una desnaturalización de la supremacía constitucional, sino del control constitucional como ha sido concebido por el constitucionalismo contemporáneo.

Finalmente, si bien, a diferencia de otros Estados de la región,⁶¹ Ecuador posee *a prima facie* un control estricto de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales, en su ejercicio no cumple a cabalidad con dicho mandato constitucional.

Por ejemplo, en el Dictamen de control de constitucionalidad del Tratado constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas, la Corte Constitucional no cumplió con un adecuado examen de constitucionalidad. Respecto al examen formal no contrastó la existencia de documentos que evidencien el cumplimiento de las exigencias formales por parte del presidente de la República, tales como la negociación y firma inicial del tratado. Frente al análisis material, este órgano evaluó de forma breve y en abstracto los principios y objetivos que enmarcan el tratado con el preámbulo y algunas normas constitucionales,⁶² sin apreciar a profundidad los ámbitos competenciales transferidos mediante el tratado y estudiar minuciosamente la relación entre las disposiciones del tratado y todos los derechos constitucionales en juego.

Cabe aclarar que, como lo señalan Angélica Porras y Johanna Romero, la naturaleza del control jurídico del tratado internacional podría tener sus propias limitaciones por cuanto permite solo una comparación meramente semántica de las normas examinadas, que en la mayoría de los casos contienen principios, circunstancia que complejiza determinar incompatibilidades de las disposiciones del tratado de integración y la norma constitucional.⁶³

Finalmente, la argumentación sostenida por la Corte en el dictamen objeto de estudio, es contraria al contenido constitucional cuando señala que “el dictamen que emita esta Corte Constitucional, constituye un paso previo a la aprobación o no por

60. A manera de ejemplo, Dictamen del Tribunal Constitucional de España 1/2004, 13 de diciembre de 2004.

61. La Constitución de Perú, por ejemplo, solo observa un control político de los tratados internacionales ejecutado por su Función Legislativa. Ver artículo 56 de la Constitución de la República de Perú.

62. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No 003-09-DTI-CC, Registro Oficial No. 553, de 20 de marzo de 2009, juez ponente: Dr. Manuel Viteri. Disponible en <<http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2009/marzo/code/19212/registro-oficial-no-553---viernes-20-de-marzo-de-2009-suplemento>>.

63. Angélica Porras y Johanna Romero, *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana* (Quito: Corte Constitucional-CEDEC, 2012), 357.

parte de la Asamblea Nacional del texto del tratado en cuestión”,⁶⁴ a pesar de que el artículo 438 de la Constitución ecuatoriana dispone de forma clara que este órgano jurisdiccional debe emitir dictamen de constitucionalidad de los tratados constitutivos de procesos de integración, previo a la ratificación por parte de la Asamblea Nacional, decisión que debe ser *vinculante*.

Por otro lado, es necesario señalar que la Corte Constitucional, al ejecutar una interpretación sistemática, sobre todo de carácter legal,⁶⁵ ha reconocido como parte de sus competencias el control de constitucionalidad vinculante y previo a la aprobación de denuncia de tratado internacional por parte de la Asamblea Nacional.⁶⁶ Si bien mediante este mecanismo no se ha solicitado la denuncia de un tratado constitutivo de organización supraestatal de integración, sí ha sido activada por el presidente de la República para requerir un dictamen vinculante en la denuncia de tratados bilaterales.⁶⁷

Control constitucional del derecho comunitario derivado

Como señala César Montaña “[...] el cimientto de la creación de disposiciones jurídicas de la integración no es sólido, sino meramente programático, utilitario, finalista y carente de contenidos materiales o dogmáticos (valores, principios, derechos, garantías de los derechos)”,⁶⁸ por cuanto su razón de ser se basa en lograr consolidar un proyecto de desarrollo sobre todo de tipo económico, frente a un vigoroso proceso de globalización que demanda Estados fuertes.

De aquí radica el riesgo de permitir la vinculación del Estado a espacios supraestatales donde los países comprometen su soberanía, y con ello su institucionalidad estatal y ordenamiento jurídico, ya que como se ha sostenido en este artículo, “[e]sa “cesión” del ejercicio de determinadas competencias y, en concreto de las competen-

64. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No 003-09-DTI-CC, Registro Oficial No. 553, de 20 de marzo de 2009, juez ponente: Dr. Manuel Viteri. Disponible en <<http://www.derechoecuator.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2009/marzo/code/19212/registro-oficial-no-553---viernes-20-de-marzo-de-2009-suplemento>>.

65. Ver Angélica Porras y Johanna Romero, *Guía jurisprudencial constitucional ecuatoriana* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador-CEDEC, 2012), 420-421.

66. La competencia de aprobación de denuncia de tratado internacional por parte de la Asamblea Nacional se observa en el artículo 419 de la Constitución ecuatoriana.

67. Hasta 2010 el presidente de la República ha solicitado la denuncia de diez tratados internacionales que la Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales en su totalidad. De este resultado se puede deducir que, si bien el control jurídico surge como un mecanismo que limite la actuación de los poderes públicos al contenido constitucional, este tipo de control también puede ser instrumentalizado para imponer por encima de la decisión política representativa de la Asamblea Nacional, la posición de quien puede influir de forma definitiva en las resoluciones jurisdiccionales. Por lo tanto, el objetivo no debe ser limitar los tipos de control, sino fortalecerlos de tal forma que logren asegurar una adecuada garantía de los derechos constitucionales y del nuevo modelo de Estado constitucional.

68. Montaña, *Problemas constitucionales de la integración*, 138.

cias legislativas, va a ser la que posibilite asimismo la incorporación de un derecho supranacional como es el Derecho comunitario, con un sistema propio de fuentes que excede, en muchos casos, los principios clásicos del Derecho internacional”.⁶⁹

Estas preocupaciones han provocado la necesidad de generar un mecanismo de control constitucional del derecho comunitario derivado, que asegure el carácter garantista del modelo constitucional ecuatoriano vigente con el fin de precautelar los derechos y principios explícitos en la Constitución.⁷⁰

En contrapartida, es conocido que la pretensión del examen de las disposiciones comunitarias derivadas es contradicha por la corriente integracionista que busca demostrar el innecesario control de constitucionalidad de estas normas y que argumentan que, al ser las normas comunitarias secundarias derivadas del contenido del tratado constitutivo sometido a control constitucional previo a su ratificación por parte del Estado miembro de la organización supraestatal, estas disposiciones han sido también indirectamente controladas constitucionalmente por los Estados y gozan de eficacia.⁷¹

En esta misma línea, el Tribunal Andino de Justicia ha señalado que “en el proceso de integración supranacional andino la potestad legislativa en las materias objeto de la transferencia de competencias recae sobre el legislador comunitario, por ello el legislador nacional queda limitado para legislar sobre dicha normativa y en consecuencia modificar, sustituir o derogar el Derecho Comunitario”.⁷² Esta argumentación judicial evidencia una clara prohibición de declarar inválido el derecho comunitario derivado por parte del legislador nacional, impedimento que involucra también a la actuación de las cortes, salas o tribunales constitucionales que no solo se instituyen en legisladores negativos sino positivos al crear reglas jurisprudenciales, en el ejercicio de sus competencias constitucionales.

En la actualidad ecuatoriana, según lo dispuesto por su Corte Constitucional, existe únicamente un control concentrado de constitucionalidad a cargo de este mismo órgano⁷³ a pesar de lo señalado por su Constitución.⁷⁴ Si bien el Ecuador posee un

69. Teruel, “El Tribunal Constitucional ante el principio de primacía del derecho comunitario”, 325.

70. Un ejemplo de la forma de incidencia del derecho comunitario derivado es el carácter vinculante de la consulta o interpretación prejudicial para los jueces nacionales, así como la posibilidad de que la ciudadanía pueda exigir ante el juez la aplicación directa de una disposición de derecho comunitario derivado.

71. Calogero Pizzolo, *Globalización e Integración*, 258.

72. Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso de Acción de Incumplimiento No. 114-AI-2004, de 8 de diciembre de 2005, 48.

73. Como lo señala la Corte Constitucional en su Sentencia No. 001-13-SCN-CC existe “en el Ecuador únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez” Asimismo, afirma “bajo ningún concepto un juez podría inaplicarla (la norma) directamente dentro del caso en concreto, pues siempre, debe, necesariamente, elevar a consulta ante la Corte”, lo que determina que no existe control difuso de constitucionalidad y que la Corte Constitucional es el único órgano encargado en ejercicio del control concentrado de constitucionalidad.

74. Ver artículo 425 de la Constitución Ecuatoriana que reconoce un control difuso de constitucionalidad.

paradigma constitucional garantista, la Constitución no determina de forma explícita un control constitucional de normas supraestatales secundarias.

Países como Colombia, que poseen un control concreto y difuso a diferencia del control concentrado ecuatoriano, han señalado que “de la Constitución se desprende un deber de inaplicación de los tratados en el plano interno –con fundamento en el artículo 4o.– en aquellos supuestos en los cuales sus disposiciones se opongan a normas constitucionales”,⁷⁵ argumento que permitiría no aplicar normas de derecho comunitario derivado que atenten al contenido constitucional sin declarar su invalidez.

En esta misma línea de análisis, en territorio europeo se han evidenciado fallos de otros órganos de control constitucional, que han sorteado la posibilidad de ejecutar un examen jurídico de las normas de derecho comunitario derivado con el fin de determinar su aplicabilidad en casos donde estas disposiciones contradigan el contenido de los derechos fundamentales insertos en su Constitución, bajo el principio de no regresividad y progresividad:

ejercerá su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho secundario de la Unión y otros actos de la Unión Europea, que supone la base jurídica para una acción de los tribunales y autoridades alemanes en el ámbito de soberanía de la República federal de Alemania, únicamente en tanto que no sea ya esencialmente similar el modo en que la Unión Europea garantice una vigencia de los derechos fundamentales, según el contenido y la eficacia de la protección de los derechos fundamentales, al que se considera indispensable conforme a la Ley Fundamental de Bonn.⁷⁶

En conclusión, la experiencia de derecho comparado evidencia que han surgido innovaciones en el derecho constitucional, que buscan un adecuado proceso de integración supraestatal orientado bajo el enfoque de protección y materialización de derechos. Además, esta perspectiva obliga al Ecuador y a otros Estados a continuar idealizando nuevas formas de constitucionalizar el sistema jurídico de integración, de tal forma que abarque la garantía que el derecho comunitario derivado sea coherente con el contenido constitucional de los Estados sin que se generen acciones que reduzcan la efectividad del proceso integracionista.

75. Cfr. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 269 de 2014; Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 400 de 1998.

76. Alemania, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa, párr. 191.

BREVE ANÁLISIS SOBRE LA DEMOCRACIA COMO EJE DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

Los procesos de integración han evidenciado un preocupante “déficit democrático”,⁷⁷ a pesar de que la mayoría de Estados reconozcan la noción de democracia como un principio rector de su modelo constitucional.⁷⁸ Este principio comprende varias dimensiones que muestran una ampliación progresiva de su contenido desde su carácter representativo, directo, participativo, deliberativo,⁷⁹ hasta su interrelación con la perspectiva de democratización económica y social que se articula a la cristalización de la equidad. Si bien estos parámetros son ámbitos característicos de los Estados unitarios, es necesario su transversalización en el desarrollo de los procesos de integración con la finalidad de proteger y velar por la materialización de los derechos y evitar el uso arbitrario de las competencias transferidas a los órganos e instituciones del sistema supraestatal.

En este sentido, autores como Roberto Viciano han descrito que el principio democrático de la Constitución involucra comprender que los procesos de integración supraestatal deben ser legitimados a partir de la participación y fiscalización activa de la sociedad, tanto en la actuación del poder público en el proceso de vinculación de un tratado constitutivo de integración a la realidad estatal,⁸⁰ como en los actos de los órganos e instituciones comunitarias.

En el primer caso, la Constitución ecuatoriana permite a la sociedad, previo al cumplimiento de requisitos constitucionales, determinar mediante referéndum la ratificación o no de un tratado internacional. Así como, por paralelismo de formas, dispone que el instrumento internacional que haya sido aprobado mediante referéndum, no podrá ser denunciado sin el consentimiento ciudadano a través de esta misma consulta directa.⁸¹ En países como Bolivia se ha fortalecido este mecanismo de participación

77. Claudia Storini, “Integración y constituciones nacionales”. En *Estado, Derecho y Economía*, edit. por Agustín Grijalva, Dunia Martínez y María Elena Jara (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 285-286.

78. Ver artículo 1 de la Constitución boliviana, preámbulo y artículo 1 de la Constitución ecuatoriana, y preámbulo y artículo 1 de la Constitución colombiana vigentes.

79. Los artículos 18, 61, 62, 65, 95, 96, 98, 100, 101, 102, 103, 105, y 204 de la Constitución ecuatoriana, entre otros objetivos, replantean y fortalecen el carácter democrático de la participación en la organización y toma de decisiones del Estado al reconocer no solo una democracia de carácter representativo, sino la instauración de una democracia participativa y deliberativa. Ver análisis de democracia deliberativa en Roberto Gargarella, “Injusticia penal, justicia social”, en Roberto Gargarella y Roberto Lo Vuolo, dir., *El Castigo penal en sociedades desiguales* (Buenos Aires: Centro Interdisciplinario para el estudio de Políticas Públicas, 2012).

80. Roberto Viciano, “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 67/68 (Valencia: Universidad de Valencia, 2011).

81. Constitución de la República del Ecuador, Publicación del Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 420.

democrática, por cuanto su Constitución impone, como requisito previo y vinculante a la ratificación de todo tratado que comprometa la integración de ese país, la aceptación ciudadana mediante referéndum.⁸²

Sin embargo, el ejercicio de los derechos de participación implica la necesidad de generar nuevas acciones que direccionen el manejo del poder, en el proceso que debe cumplir un tratado constitutivo previo a la inserción estatal a la dinámica de integración. Este control democrático implicaría fiscalizar la ejecución del proceso del control político y jurídico, así como la actuación del poder ejecutivo previo a la negociación, suscripción y ratificación del tratado constitutivo de integración en, al menos, tres niveles de estudio. Primero, velar por que se cumpla con el ámbito de integración que constitucionalmente es permitido y los derechos constitucionales en juego; segundo, determinar si existe una cláusula de habilitación constitucional para el ingreso del Estado a un proceso de integración; y, tercero, analizar cuál es el órgano competente encargado de definir el grado de transferencia de competencias a la estructura supraestatal.⁸³

Por otro lado, se debe buscar la activación del principio democrático en el funcionamiento de las instituciones del proceso de integración; este logro condensaría, entre otras iniciativas, el fortalecimiento de la relación entre las decisiones de los órganos del sistema comunitario y las personas de cada Estado parte, en la inclusión supraestatal de derechos y garantías en las normas de derecho comunitario, y en la necesidad de acciones que logren un desarrollo interestatal valorando las diferencias, eliminando desigualdades y promoviendo el desarrollo en equidad.⁸⁴

CONCLUSIONES

La Constitución ecuatoriana ha expresado su voluntad de construir procesos de integración, con especial énfasis en aquellos Estados de América Latina y el Caribe, denotando su interés por consolidar un espacio de integración económica y monetaria, que impulse además estrategias comunes para desvanecer las desigualdades regionales, defienda la identidad cultural latinoamericana, promueva la interculturalidad, y logre una ciudadanía latinoamericana y caribeña. Sin embargo, esta apuesta por los procesos de integración no debe embargar su Constitución, ya que esta contiene las conquistas alcanzadas por los grupos sociales, respecto a la constitucionalización de

82. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 158, 172, 202, 255, 257, 259 y 260.

83. Storini, "Integración y constituciones nacionales", 302.

84. *Ibíd.*, 286-287.

sus derechos, condición que debe ser garantizada desde distintos mecanismos, donde la organización del Estado encuentra su razón de ser.

Líneas anteriores han explicado la forma en que Ecuador implementa el control constitucional de tratados fundacionales de organizaciones supraestatales, cuya ejecución causa serias críticas por su débil argumentación. Esta preocupación se agudiza cuando la primacía y eficacia directa del derecho comunitario son los ejes de direccionamiento de los órganos de control político y jurídico dentro de Ecuador, a pesar de que estos principios generan tensiones frente al carácter supremo de la Constitución, limitan la aplicación directa de la Constitución en los ámbitos competenciales explícitos por el tratado de integración, y podrían atentar contra los derechos y garantías constitucionales, entre otros riesgos. En este sentido, el control constitucional debe cumplir un rol fundamental, ya que debe orientar al poder ejecutivo en su labor de definir la política exterior del país y consecuentemente en la manera en que se inserta y se desenvuelve en procesos de integración supraestatal. Esta tarea requiere de una especial inventiva para buscar mecanismos que sin provocar la debacle del organismo supraestatal proteja el carácter garantista de los derechos enmarcados en la Constitución, y en el derecho internacional de derechos humanos, bajo un horizonte democrático.

Finalmente, es una demanda urgente lograr la consolidación de un idóneo proceso democrático permanente de interrelación entre las personas que residen en los Estados y las instituciones comunitarias, con el fin de resguardar los derechos constitucionales y humanos, y legitimar los procesos de integración. Para ello los gobernantes deben comprender que al ingresar un Estado a organizaciones supraestatal de integración no solo se vinculan quienes representan el poder público, sino la sociedad en su generalidad, quienes recibirán de forma directa los efectos de sus decisiones políticas.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila, Ramiro. *El Constitucionalismo ecuatoriano; breve caracterización de la Constitución de 2008*. Quito.
- . *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador-CEDEC, 2012.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1999.
- Caicedo, Danilo. “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”. *FORO. Revista de Derecho*, No. 12. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional (2009).
- Carbonell, Miguel, edit. *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell. 4a. ed. Madrid: Trotta, 2009.

- Gargarella, Roberto. "Injusticia penal, justicia social". En *El Castigo penal en sociedades desiguales*, dirigido por Roberto Gargarella y Roberto Lo Vuolo. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario para el estudio de Políticas Públicas, 2012.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- López Medina, Diego. "El Valor de la jurisprudencia como fuente del derecho en visión histórica comparada". *Umbral. Revista de Derecho Constitucional* No. 01, Corte Constitucional del Ecuador. Quito: Corte Constitucional del Ecuador-CEDEC (2011).
- Montaño, César. *Problemas constitucionales de la integración*. México DF: Porrúa, 2013.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- Pérez Tremps, Pablo. "Constitución e integración". En *Integración política y Constitución*, coordinado por Pablo Pérez Tremps, Quito: Corporación Editora Nacional, 2004.
- . "El concepto de integración supranacional en la Constitución". *Revista de Estudios Constitucionales*, No. 13 (1992).
- Pisarello, Gerardo. "Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada 'desde abajo'". En *La protección judicial de los derechos sociales*, editado por Ramiro Ávila y Christian Courtis, Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009.
- Pizzolo, Calogero. *Globalización e integración*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002.
- Porras, Angélica y Johanna Romero. *Guía Jurisprudencial Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador-CEDEC, 2012.
- Prieto Sanchís, Luis. "Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución". En *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coordinado por Eduardo Mac-Gregor Ferrer y Arturo Zaldívar, México DF: Marcial Pons, 2008.
- Storini, Claudia. "Integración y constituciones nacionales". En *Estado, Derecho y Economía*, editado por Agustín Grijalva, Dunia Martínez y María Elena Jara. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
- Tangarife, Marcel. *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*. Bogotá: Baker & McKenzie, 2002.
- Teruel, Germán. "El Tribunal Constitucional ante el principio de primacía del derecho comunitario". *Revista Anales del Derecho*, No. 24. Murcia: Universidad de Murcia (2006).
- Viciano, Roberto. "Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales". *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 67/68. Valencia: Universidad de Valencia (2011).
- Vigil, Ricardo. *La estructura jurídica de la Comunidad Andina*, 2a. ed. Quito: Corporación Editora Nacional, 2015.

Villagrán, Francisco. *Teoría general del Derecho de integración económica*. San José de Costa Rica: Editorial Universitaria Centroamericana, 1969.

Wray, Alberto. *Derecho Procesal Constitucional*. Quito: USFQ, 2002.

Zavala Egas, Jorge. *Apuntes sobre Neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional*. Quito, 2009.

Zagrebel'sky, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Fernández: Trotta, 2009.

JURISPRUDENCIA

- Alemania, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T213A/11, de 28 de marzo de 2011.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 269, 2014.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 400, 1998.
- Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso de Interpretación Prejudicial No. 190-IP-2008, de 22 de agosto de 2008.
- Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso 60-IP-2012, 24 de octubre de 2012.
- Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso No. 114-11-2004, de 8 de octubre de 2005.
- Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso de Interpretación Prejudicial No. 2-IP-90, de 20 de septiembre de 1990.
- Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso de Acción de Incumplimiento No. 114-AI-2004, de 8 de diciembre de 2005.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 0006-09-SIS-CC, Caso No. 0002-09-IS, 3 de septiembre de 2009, juez ponente: Dr. Freddy Donoso.
- Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen 0005-09-DTI-CC, Caso No. 0003-09-TI, 14 de mayo de 2009.
- Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen 0005-09-DTI-CC, Caso No. 0003-09-TI, 14 de mayo de 2009.
- Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen No. 023-10-DTI-CC, Caso No. 0006-10-TI, 24 de junio de 2010. Juez ponente: Dra. Nina Pacari.
- Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 003-09-DTI-CC, Registro Oficial No. 553, de 20 de marzo de 2009, juez ponente: Dr. Manuel Viteri. Disponible en <<http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2009/marzo/code/19212/registro-oficial-no-553---viernes-20-de-marzo-de-2009-suplemento>>.
- España, Dictamen del Tribunal Constitucional 1/2004, 13 de diciembre de 2004.
- España, Dictamen del Tribunal Constitucional 1/2004, 13 de diciembre de 2004.

NORMATIVA

- Constitución de la República del Ecuador, Publicación del Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 01, 11 de agosto de 1998.
- Constitución de la República de Perú, 1993.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.
- Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Austria, 23 de mayo de 1969.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Publicación del Registro Oficial suplemento No. 52, 22 de octubre de 2009.

Fecha de recepción: 27 de enero de 2016

Fecha de aprobación: 21 de febrero de 2016

El compromiso de adecuar la ley a un tratado: coalición o colisión

Diego Mogrovejo*

RESUMEN

El proceso de integración parte de la premisa de que una obligación supranacional es asumida por el Estado en ejercicio de su soberanía, por lo que no puede estar sujeto a imposiciones. Surge aquí el dilema: el legislador nacional, en el momento de adaptar la ley al tratado, debe aplicar la teoría monista para conectar el orden internacional con el interno o la teoría dualista para distinguirlos. El tratamiento viene dado por la Constitución, en cuanto ha reconocido categoría constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos y jerarquía supralegal al resto de tratados. Esto implica que la ley debe asegurar la conformación de una coalición con el tratado que debe cumplirse de buena fe por el *pacta sunt servanda*, luego de un debate democrático que considere el principio de legalidad, la proscripción de sometimientos y la reserva de ley en materia penal y tributaria para evitar una colisión entre ordenamientos.

PALABRAS CLAVE: *pacta sunt servanda*, principio de legalidad, reserva de ley, soberanía estatal, teoría dualista y monista del derecho internacional

ABSTRACT

Integration process comes from the premise of that a supranational obligation is assumed by the exercise of the State sovereignty; thus, it cannot be subject to inflections. The dilemma emerges from this point: the national legislator, at the moment of adapting the law to the treaty, must apply the monist theory to connect the international system to the national one or apply the dualist theory to distinguish them. The Ecuadorian Constitution has tilted by the dualist system as soon as the international human rights treaties have been provided with constitutional status and the rest with legal status. As a result, the legislature must ensure that there is a correspondence between the contents of the law and the treaty, to first guarantee respect for the principles of *pacta sunt servanda*, legality and legal reserve in Criminal and Tax Law; and second, to ensure there is no collision between them.

KEYWORDS: *Pacta sunt servanda*, legality principle, legal reserve, State sovereignty, monist theory, dualist theory, International Law.

FORO

* Estudiante del Doctorado en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

INTRODUCCIÓN

Al asumir compromisos derivados de instrumentos internacionales (acuerdos, convenios, pactos, tratados), el Estado lo hace en ejercicio de la soberanía del pueblo al que representa (luego de un proceso de negociación, suscripción y ratificación). Estas relaciones de la órbita supranacional en distintas materias (comercio, derechos humanos, integración) han sido explicadas desde la teoría monista que conecta a las normas internas e internacionales como un solo sistema normativo (coalición), o desde una tesis dualista que distingue el derecho interno y el derecho internacional en el que no están excluidos los conflictos (colisión).

En este contexto se ha discutido si la situación específica de cuando el Estado en un tratado se compromete a expedir, modificar o derogar una ley (art. 419 No. 3 de la Constitución ecuatoriana) implica la armonización normativa, o, en su lugar, el condicionamiento del ejercicio de la potestad legislativa, que se ha concebido como una prerrogativa estatal exclusiva, privativa y soberana.

El compromiso de adecuar la ley al tratado es un asunto que se debe analizar a partir del estudio de los conceptos involucrados como: el principio de legalidad, la reserva de ley, pacta sunt servanda y soberanía estatal, a fin de dilucidar si se trata de una coalición monista que permite una imbricación conciliable (a partir del principio de adaptabilidad e inoponibilidad del derecho interno) o de una colisión dualista que produce una imposición jurídica irreconciliable (en virtud de la configuración de un sometimiento).

LA POTESTAD LEGISLATIVA ESTATAL

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA

El Estado como organización jurídica y política de la sociedad es un instrumento para la coexistencia social, habiéndose explicado su origen y naturaleza en la existencia de un acuerdo, contrato o pacto entre las personas para la instauración de la estructura estatal.

La doctrina autorizada en el análisis de la teoría contractualista del Estado ha efectuado, por una parte, una distinción de sus derivaciones en el tiempo (absolutistas, liberales, democráticas), y, por otra parte, ha enfatizado su denominador común conceptual (creación humana para la convivencia). En este sentido, Pedro de Vega expone lo siguiente:

aunque el pensamiento contractualista no sea un pensamiento homogéneo, en la base de su razonamiento existe un indiscutible presupuesto común. Nada tienen que ver, ciertamente, las conclusiones autoritarias que derivan del contenido del pacto, tal como lo formulan Hobbes, Spinoza o Puffendorf, con las deducibles del democratismo radical implícito en el contrato social de Rousseau, o con las derivadas de la lógica liberal que Locke o Kant imprimen a su discurso. No obstante, en lo que todos coinciden es en la idea de que el Estado es el resultado de un contrato, el Estado es una obra humana.¹

El Estado, por lo tanto, es un producto de la sociedad, debiendo el poder estatal en la fase actual del constitucionalismo democrático moderno ser una expresión indefectible de la soberanía del pueblo, que es su fundamento y justificación última. Pedro de Vega al respecto indica:

aparece así el Estado moderno, no como gestión misteriosa de los dioses, sino como la creación racional de los hombres, en la que la voluntad del pueblo se conjuga y se expresa en la propia voluntad del poder. La idea de soberanía que constituye sin duda su nota más característica y diferenciadora no debe centrarse en consecuencia tanto en el hecho de no reconocer a ningún otro poder como superior (en el *superiorem non riconoscere*) como en la circunstancia de que se trata de un poder que tiene en el pueblo su última y definitiva justificación. Fue algo que en el fondo no le pasó inadvertido a Bodino... al definirse y personificarse el poder en una *majestas personalis*, dependiente y tributaria de una *majestas superior*... que se hacía radicar en el pueblo, el principio democrático del constitucionalismo.²

En este punto cabe citar a Georg Jellinek que enfatiza que el pueblo tiene el poder de mando (mandante soberano) y el Estado es la corporación que lo representa (y por lo tanto está al servicio del pueblo): “como concepto de Derecho es, pues, el Estado, la corporación formada por un pueblo, dotada de poder de mando originario y asentado en un determinado territorio”.³

En definitiva, el titular de la soberanía es el pueblo y la ejerce de forma directa o a través de los órganos estatales, siendo esta la expresión del poder de mando del pueblo y encuentra en la estructura estatal un mecanismo para ejercerla. Por lo tanto, el Estado ejerce la soberanía en nombre del pueblo que detenta su titularidad y, en tal virtud, el Estado es soberano porque su pueblo lo es.

1. Pedro de Vega García, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. En *Estado constitucional y globalización*, comp. por Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (México: Porrúa, 2003), 180.

2. *Ibid.*, 180.

3. Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, trad. por Fernando de los Ríos de la edición original en alemán de 1900 (Buenos Aires: Albatros, 1954), 135.

Siguiendo a Jellinek, Julio César Trujillo reconoce al Estado soberano tres atributos: independencia, supremacía y autodeterminación; en dos dimensiones: una interna, para la adopción de decisiones dirigidas al acatamiento sin apelación a poder superior, y otra externa, que le impide imponerlas fuera de su territorio; e indica:

todos coinciden también en reconocer al Estado el atributo de soberanía en su triple acepción de poder independiente de otro poder superior, poder supremo porque al interior de su territorio todo otro poder le está sometido, y poder con capacidad de autodeterminarse.

[...] Jellinek propone dos conceptos del Estado, desde la perspectiva social... lo concibe como una asociación de personas, asentadas en un territorio sobre el cual tiene el poder de dominación... Jellinek, además, al espacio físico le atribuye dos funciones: la una positiva y por ella solo el Estado, del que el espacio físico es parte, tiene la facultad para tomar decisiones y obtener de parte de los que lo habitan, el acatamiento a sus decisiones; la otra es negativa, dice el maestro alemán, que es el límite a la intromisión de cualquier otro Estado o potencia, que por lo mismo no puede pretender que sus decisiones sean acatadas por los habitantes del territorio que no es el suyo.

[...] En todo caso, aquí el término soberanía es empleado como poder supremo de dar órdenes o dictar reglas de conducta y de organización, sin recurso de apelación ante otro poder superior.⁴

Por lo tanto, el Estado no admite un poder superior ya que el pueblo soberano, que es el fundamento de su autoridad, exige que las decisiones no le sean impuestas arbitrariamente, sino que sean producto de un proceso democrático en el cual haya participado y de esta manera se establezcan las atribuciones y competencias de los órganos de poder público, expresamente asignadas en la Constitución y la ley.

Se configura así el denominado principio de legalidad del Derecho Público, por el cual solo la Constitución del Estado y la ley expedida por el Legislativo Nacional representante del pueblo, establecen las potestades públicas.

Ernesto Rey Cantor señala que la juridicidad atañe la legalidad jurídica y la legitimidad democrática como reflejo de la soberanía popular; así:

El principio de legalidad puede ser entendido de dos formas. La primera de manera genérica como principio de juridicidad, esto es, sometimiento de los poderes públicos y principalmente la administración, al derecho, a las normas jurídicas. La segunda en sentido estricto, sometimiento de los poderes públicos a la ley del Congreso, a la ley en sentido formal, la sujeción de los poderes públicos a la ley, entendida como tal la norma jurídica producida en

4. Julio César Trujillo Vásquez, *Teoría del Estado en el Ecuador: estudio de derecho constitucional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2006), 53, 70-71, 78.

el Congreso de la República con el nombre de “ley”, una vez desarrollada todas las etapas del procedimiento legislativo previsto en la Constitución.

[...] la voz de los congresistas (representantes) es la voz del pueblo (representado) cuando votan la ley que se considera el reflejo de la voluntad general del pueblo, lo que significa un consenso parlamentario (fruto de la convergencia de las diferentes ideologías políticas) que le asigna legitimidad al trabajo legislativo en ejercicio de la soberanía popular como principio fundamental democrático.

[...] el principio de legalidad en una sociedad democrática, está vinculado inseparablemente al principio de legitimidad, es decir que los órganos que expidan las normas jurídicas han de ser elegidos por el pueblo.⁵

Así, solo la Constitución y la ley pueden asignar atribuciones y competencias en el Estado, ya que este con base en la soberanía popular lo hace de forma exclusiva y privativa en función del interés general, sin que a priori se le pueda imponer una obligación externa al respecto.

Vale enfatizar que la órbita internacional “no implica ni remotamente siquiera el hallazgo de una válvula de escape a las seguridades que contiene la Carta Política para el respeto de los derechos fundamentales, de la organización política y administrativa del Estado, y de las decisiones del detentador supremo de la soberanía (pueblo)”.⁶ Tanto más que la Constitución ecuatoriana promulgada el 20 de octubre de 2008 en el art. 1 incisos primero y segundo consagra que en el Estado constitucional de derechos de carácter democrático, la soberanía que radica en el pueblo es el fundamento de la autoridad y se ejerce de forma directa o por los órganos de poder público; en el art. 118 No. 6 determina como atribución de la Asamblea Nacional expedir, modificar, interpretar y derogar las leyes; y, en el art. 226 dispone que solo la Constitución y la ley asignan las competencias y potestades públicas.⁷

-
5. Ernesto Rey Cantor, “Principio de legalidad y derechos humanos: análisis desde la perspectiva del derecho constitucional procesal”. En *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coord. por Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (México: UNAM, 2002), 529 y 562.
 6. César Montaña Galarza, “Armonización Tributaria en la Comunidad Andina: el impuesto sobre el valor agregado”. En *Manual de Derecho Tributario Internacional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2006), 338.
 7. Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Art. 120. La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. Art. 226. Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les

Como se evidencia, es voluntad del constituyente que el ejercicio de la potestad legislativa estatal, que por esencia es una característica del Estado constitucional y democrático, le corresponda al Poder Legislativo Nacional, al ser el representante legítimo del pueblo para dictar las leyes, contando el legislador con una libertad de configuración legal ejercida conforme los límites establecidos en la Constitución, como una expresión de la soberanía popular que no admite un poder superior (y en este sentido a priori no puede condicionarse a una exigencia internacional).

Roberto Viciano categóricamente expone el carácter indelegable del principio de legalidad al señalar: “una de las cuestiones indelegables por el poder constituyente es la determinación de los órganos del poder público y de los mecanismos básicos del ejercicio del mismo”.⁸ César Montaña, por su parte, contundentemente concluye: “la construcción de una organización supranacional productora de normativa asimilable a la ley, sin contar para ello con un órgano similar al que encabeza el poder legislativo nacional, viola flagrantemente la garantía de reserva de la elaboración de la ley”.⁹

Esto significa que, al ser el Legislativo el órgano constitucionalmente establecido para determinar las leyes en función de las necesidades del pueblo, no podría vía relaciones internacionales supeditarse en el ejercicio de la potestad legislativa. Esto porque se pondría en riesgo la soberanía estatal y el principio de legalidad, ya que el representante del pueblo no legislaría por sí mismo, sino por la exigencia del tratado internacional.

LA RESERVA DE LEY COMO EXCLUSIVIDAD ESTATAL

Puesto que la titularidad de la soberanía corresponde al pueblo, y que se ejerce en el constitucionalismo democrático representativo a través de los órganos de poder público, la potestad legislativa se erige en una característica expresión de esta soberanía popular, ya que el Legislativo como detentador de la voluntad general determina el alcance, contenido y efecto de la ley, norma general de interés común dentro del Estado.

En virtud de la reserva de ley, solo el legislador nacional puede regular materias que por sus características deben ser democráticamente debatidas y difundidas, como

sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

8. Roberto Viciano Pastor, “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”. En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 67/68 (Valencia: Universidad de Valencia, 2011): 95.

9. César Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración* (México: Porrúa, 2013), 153.

es evidente en el caso penal y tributario de gran connotación e importancia, ya que solo la ley establece las infracciones y sus sanciones, así como los impuestos.

Sergio Rey Cantor expone la íntima vinculación del principio de legalidad y de la reserva de ley penal y tributaria, con el derecho al debido proceso, así:

En el desarrollo posterior del derecho inglés encontraremos la gran conquista democrática en materia de regulación al debido proceso, siendo el parlamento el competente para expedir la ley que reconocerá su ejercicio, constituyéndose así lo que más tarde se denominaría reserva de ley; fruto de la revolución inglesa que acuñó dos principios: el principio de legalidad tributaria (no ser privado de tierra o propiedad, impuestos con el consentimiento del pueblo representado por los miembros que integran el Parlamento) y el establecimiento de los impuestos (con el consentimiento del Parlamento) y el principio de legalidad penal (no ser privado de la libertad física)... En síntesis la preceptiva inglesa reconoció la reserva de ley como corolario del debido proceso.¹⁰

La reserva de ley tiene como fundamento primordial la propia naturaleza jurídica de la norma legal, definida como “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, permite o prohíbe”.¹¹

César Montaña expone el carácter irrenunciable de la legalidad y reserva de ley en materia tributaria, ya que configuran el principio de “autoimposición”, es decir, solo el pueblo a través del Legislativo Nacional y mediante ley establece impuestos, no así la norma comunitaria, al señalar:

los principios constitucionales de la tributación, especialmente los de legalidad y de reserva de ley son irrenunciables, al examinar la posibilidad de que órganos comunitarios mediante disposiciones de derecho comunitario derivado o secundario puedan afectar aspectos sustanciales de los tributos estatales, estos claramente aún en manos de los parlamentos nacionales para su creación, modificación o extinción, por virtud del poder tributario como expresión de la soberanía fiscal estatal.

[...] los aspectos sustanciales del impuesto al valor agregado deben ser regulados por una ley emanada del parlamento nacional y no por disposición de derecho comunitario derivado andino, por carecer esta última del necesario sustento democrático... Normalmente en las Constituciones también se encuentra implícitamente otro principio que es amplio y de gran alcance: se trata del de la autoimposición.¹²

10. Rey Cantor, “Principio de legalidad y derechos humanos”, 548.

11. Código Civil Ecuatoriano, artículo 1. Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

12. Montaña Galarza, “Armonización Tributaria en la Comunidad Andina”, 337 y 338.

La Constitución ecuatoriana de 2008 en el art. 130 en su primer inciso consagra la reserva de ley para las materias que deben ser normas generales de interés común; en su número 2 la dispone para establecer infracciones y sus sanciones; y en el número 3 la determina para establecer los tributos.¹³ La reserva de ley implica una garantía jurídica, ya que la ley se encuentra dotada de las características de generalidad y abstracción (se aplican a todas las personas y casos), produce efectos erga omnes (no individuales), es expedida por el órgano legislativo competente (función legislativa) y es sometida a una serie de pasos para lograr un grado de seguridad jurídica mayor a otras normas jurídicas (inicia como proyecto de ley, prosigue el procedimiento parlamentario y es susceptible de control constitucional).

En tal virtud solo al legislador nacional le compete emitir leyes que prevengan a las personas de lo que se encuentra permitido y prohibido jurídicamente, ya que la sociedad le ha confiado la calidad de su representante legítimo para regular materias tan gravitantes como las indicadas penal y tributaria.

EL NIVEL DE CONFLICTO CONSTITUCIONAL DE ESTA MATERIA

COALICIÓN MONISTA QUE PERMITE UNA IMBRICACIÓN CONCILIABLE POR EL PRINCIPIO DE ADAPTABILIDAD E INOPONIBILIDAD DEL DERECHO INTERNO

Las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional han sido abordadas por la doctrina y jurisprudencia internacionalista bajo dos enfoques: la teoría monista, que expone la interconexión de los dos ordenamientos, y la teoría dualista, que formula su separación.

Modesto Seara Vásquez da cuenta de estas dos teorías, la dualista defendida por Triefel y la monista respaldada por Blackstone, adhiriéndose a esta última que es la que ha sido recogida de modo general por la jurisprudencia internacional:

13. Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 132. La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. 3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.

El problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ha recibido la particular atención de la doctrina que al tratar de resolverlo, ha adoptado diversas posiciones que prácticamente agotan todas las posibilidades... 1) el derecho internacional y el derecho interno son órdenes jurídicos distintos y separados... esta es la teoría dualista, cuyo principal representante, Triefel, la desarrolló plenamente en su obra *Völkerrecht und Landesrecht* (1899); 2) el derecho internacional y el derecho interno, no pueden ser más que partes del mismo sistema de derecho, porque el derecho es uno, hay una construcción jurídica universal.

[...] Un Estado no puede ordenar su sistema jurídico interno sin tener en cuenta y respetar las normas jurídicas internacionales... Por todo ello no podemos sino defender la existencia de una relación íntima entre el derecho internacional y el derecho interno. El otro problema de la superioridad del sistema interno o del sistema internacional nos parece un problema artificial, al plantearlo en forma demasiado rígida. Creemos que lo procedente es considerar en cada caso la jerarquía de la norma particular en conflicto.

[...] La jurisprudencia de la mayor parte de los países muestra una tendencia general a aceptar e incorporar las normas del derecho internacional en el ámbito interno, lo que en realidad no es más que el reflejo de las tendencias observadas también en las respectivas legislaciones nacionales. Tal tendencia encuentra su expresión en la célebre frase de Blackstone de que el derecho internacional es *part of the law of the land*.¹⁴

Humberto Henderson manifiesta que en la *Constitución* de cada país se encuentra la adhesión a una de las dos teorías indicadas, refiriendo que “en la actualidad la mayoría de las Constituciones latinoamericanas han adoptado la teoría monista... la mayoría de las Constituciones nacionales de las Américas disponen expresamente que el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional forma parte del derecho de cada Estado”.¹⁵

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969¹⁶ en la Parte III “Observancia, aplicación e interpretación de los tratados”, sección primera “Observancia de los tratados”, en el art. 26 determina el principio de derecho internacional

14. Modesto Seara Vázquez, “Los conflictos de la ley nacional con los tratados internacionales”. En *Derecho Internacional Público* (México: UNAM 2004): 115-118. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/828/9.pdf>>.

15. Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, *Revista del Instituto Interamericano de Derecho Humanos IIDH*, Volumen 29 (San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH, 2004): 74. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>>.

16. Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas ONU, reunida en la capital austriaca el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980, fue objeto de ratificación por parte de la República del Ecuador mediante Decreto Ejecutivo No. 619 publicado en el Registro Oficial No. 134 de 28 de julio de 2003, cuenta con el depósito del instrumento de ratificación en la Secretaría General de la ONU del 1 de febrero de 2005, entrando en vigencia para el Ecuador el 11 de marzo de 2005 y su texto se encuentra publicado en el Registro Oficial No. 6 de 28 de abril de 2005.

“pacta sunt servanda” y en el art. 27 dispone el principio de inoponibilidad del derecho interno:

Artículo 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

La Comunidad Andina, integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, tiene como instrumento constitutivo el Acuerdo de Cartagena de 1969, habiéndose regulado las actividades de las Instituciones el Sistema Andino de Integración con la emisión de sus respectivos instrumentos; así, en específico, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 1979, que es el órgano jurisdiccional de la integración andina en funciones efectivas desde 1984, se determina en el art. 3 que las normas comunitarias son de aplicación directa salvo que estas dispongan su incorporación al derecho interno, y se establece en el art. 4 que los países miembros por una parte adoptarán las medidas de cumplimiento de las normas comunitarias y por otra parte que no adoptarán ninguna medida contra dichas normas, así:

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

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

Artículo 4. Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.¹⁷

Esto implica que a los Estados Miembros de la Comunidad Andina se les aplica el principio de “aplicación inmediata” y “efecto directo” de las normas comunitarias como expresión de los principios del derecho internacional de “adaptabilidad” e “inoponibilidad” del derecho interno y de la “teoría monista” de las relaciones entre el

17. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 1979. Disponible en <<http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/TCREACION.pdf>>.

derecho interno y el derecho internacional que bajo este enfoque se articulan y armonizan en una especie de “coalición” normativa.

En virtud de ello, cuando el país miembro adoptó el instrumento constitutivo de la comunidad y el tratado de creación del órgano jurisdiccional comunitario, habría optado por una medida de adaptabilidad, que no afectaría su soberanía estatal ya que voluntariamente ha accedido a no alegar la inoponibilidad del derecho interno. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha sostenido aquello en sus dos primeras líneas jurisprudenciales.

En una primera línea jurisprudencial se ha determinado que el ordenamiento de la integración es la manifestación de una “soberanía conjunta y compartida”, por lo que no puede ser desconocido ni alterado (Sentencia del Proceso 1-N-86 de 10 de junio de 1986); que el derecho comunitario forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales sin que pueda oponerse a él medidas unilaterales (Sentencia del Proceso 1-IP-87 de 3 de diciembre de 1987); que la regla interna queda desplazada por la comunitaria que no puede contrariarse (Sentencia del proceso 2-IP-88 de 25 de mayo de 1988); lo cual es ratificado en la Sentencia del Proceso No. 5-IP-89 de 26 de octubre de 1989.¹⁸

En una segunda línea jurisprudencial se ha establecido que el legislador nacional queda imposibilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común cuando el legislador comunitario ha ocupado efectivamente ese terreno con normas obligatorias (Sentencia del Proceso 2-IP-90 de 20 de septiembre de 1990); que en aplicación del principio de “complemento indispensable”, la legislación nacional solo puede desarrollar por excepción el derecho comunitario cuando es necesario para su correcta aplicación (Sentencia del Proceso 10-IP-94 de 20 de abril de 1995); que los países miembros han delegado al órgano comunitario la capacidad de legislación exclusiva sobre materias de su competencia (Sentencia del Proceso No. 3-AI-96 de 24 de marzo de 1997); y, que esta delegación es soberana de cada Estado para llegar a la anhelada integración (Sentencia No. 10-IP-95 de 26 de junio de 1998).¹⁹

En este punto, Julio César Trujillo expone que, debido al proceso de internacionalización actual no cabe hablar de un concepto de soberanía absoluta, ya que esta se relativiza en la práctica, pasando de una soberanía nominal a una soberanía real en el cual los procesos de integración son compatibles, como el de la Comunidad Andina

18. La Sentencia del Tribunal Andino de la Comunidad Andina del Proceso No. 5-IP-89 de 26 de octubre de 1989, cita las Sentencias en los Procesos No. 2-N-86, 1-IP-87 y 2-IP-87.

19. La Sentencia del Tribunal Andino de la Comunidad Andina del Proceso No. 3-AI-96 de 24 de marzo de 1997, cita las Sentencias en los Procesos No. 2-IP-90 y 10-IP-94. La Sentencia del Tribunal Andino de la Comunidad Andina del Proceso No. 10-IP-95 de 26 de junio de 1998, cita las Sentencias en los Procesos No. 1-IP-87 y 10-IP-94.

cuyo Acuerdo Constitutivo codificado en 2003 confiere la primacía de la normativa comunitaria a la interna, así indica:

La creciente internacionalización de la vida y actividad del Estado y la consiguiente positivización o sometimiento de ellas a normas jurídicas, no todas derivadas de su voluntad rechazan la concepción de la soberanía absoluta.

[...] Las normas que proclaman la soberanía del Estado y las que propugnan la integración son compatibles, al decir de los institutos especializados y creemos que esto es así siempre que al término soberanía se lo entienda en términos relativos arriba enunciados y que el Ecuador, por medio de la integración, busque pasar de la soberanía nominal, que hasta ahora hemos vivido, a la soberanía real, en un mundo de equitativa interdependencia.

El Ecuador, en ejercicio de la autorización del art. 4.5 de la Constitución forma parte de la Comunidad Andina –CAN–, cuyo Acuerdo Constitutivo, en la versión actualmente vigente consta en el R.O. No. 163 de 5 de septiembre de 2003 y ya prevé el principio de primacía del Derecho a la Integración sobre el Interno²⁰

La Codificación del Acuerdo Constitutivo de la CAN promulgada el 5 de septiembre de 2003 en el Considerando No. 3 enfatiza que la soberanía de los Estados miembros es el sustento del Proceso de Integración Subregional Andino y en el art. 3.b establece que la armonización y aproximación gradual de las legislaciones nacionales es un objetivo del acuerdo.²¹

El Tribunal Andino de la Comunidad Andina, sobre la primacía del derecho comunitario al derecho interno, ha emitido una tercera línea jurisprudencial: que la transferencia de competencias recae sobre el legislador comunitario, por ello el legislador nacional queda limitado para legislar sobre dicha normativa, dada las “cesiones del ejercicio de la soberanía” sobre determinadas materias (Sentencia del Proceso No. 114-AI-2004 de 8 de octubre de 2005); que la “supremacía” del derecho comunitario se soporta en los principios de eficacia directa, aplicabilidad inmediata y autonomía de ordenamiento jurídico andino, razón por la que en caso de antinomias entre derecho comunitario y derecho interno prevalece el primero (Sentencia del Proceso No. 190-IP-2007 de 19 de febrero de 2008); y, que la prevalencia de la norma comunitaria tiene como soporte la cesión de soberanía de los países miembros en ciertas materias (Sentencia del Proceso No. 90-IP-2008 de 22 de agosto de 2008).

20. Trujillo Vásquez, “Teoría General del Estado”, 116 y 119.

21. Codificación del Acuerdo Constitutivo de la CAN publicado en el Registro Oficial No. 63 de 5 de septiembre de 2003: [...] CONSCIENTES que la integración constituye un mandato histórico, político, económico, social y cultural de sus países a fin de preservar su soberanía e independencia. Art. 3. Para alcanzar los objetivos del presente acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes: b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes.

Esto significaría que si una norma comunitaria le exige al Estado expedir, reformar o derogar una ley nacional, no le generaría ningún conflicto constitucional porque, en ejercicio de la “soberanía compartida”, ha aceptado que la ley interna no puede afectar a la norma comunitaria (primera línea), ya que la legislación nacional debe ser “complemento indispensable” en el proceso de armonización y aproximación gradual del proceso de integración (segunda línea); más aún si la “supremacía” del derecho comunitario se basa en la “cesión de soberanía” sobre determinadas materias (tercera línea).

Cabe enfatizar que la Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008 autoriza expresamente que el Legislativo apruebe el instrumento internacional cuya materia comprometa a condicionar el ejercicio de la potestad legislativa nacional; y establece expresamente la jerarquía infraconstitucional y supralegal de los tratados y convenios internacionales de cooperación e integración.

Así, la Norma Suprema ecuatoriana determina la posibilidad de expedir, reformar o derogar una ley si el compromiso internacional así lo exige (art. 419 No. 3); dispone que los tratados internacionales de cualquier materia que no sea relativa a los derechos humanos, como sería el caso de los relativos al compromiso de expedir, modificar o derogar una ley cuentan con jerarquía infraconstitucional y supralegal, debiendo en caso de conflicto aplicarse este principio jerárquico normativo (art. 425 primer y segundo incisos); y establece su control de constitucionalidad (art. 438 No. 1), que una vez efectuado podría reafirmar la necesidad de la adaptabilidad de la ley interna.²²

La Corte Constitucional del Ecuador al respecto ha emitido los siguientes dictámenes de relevancia: en el Dictamen No. 0002-2008-CI de 17 de marzo de 2009 consideró que el tratado internacional sujeto a control constitucional se encasillaba en el art. 419 No. 3 de la Constitución y obligaba al Estado a sancionar las infracciones al convenio, debiéndose instrumentar mediante la expedición de la ley respectiva a su tipificación conforme al principio de legalidad.²³ En el Dictamen No. 011-11-DTI-CC

-
22. Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley. Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. Art. 438. La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.
23. Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 0002-2008-CI de 17 de marzo de 2009, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 584 de 6 de mayo de 2009: “Esta Corte advierte que en el contenido del Convenio se encuentra implícito el compromiso de expedir las normas legales que viabilicen sus contenidos, así se determina de lo dispuesto en el artículo 8, que señala “Toda infracción de las disposiciones del presente Convenio

de 1 de septiembre de 2011 consideró que la materia contenida en el art. 419 No. 3 de la Constitución sobre el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley, se encuadra dentro de una materia inviolable con categoría de *ius cogens*, como es la “convivencia pacífica internacional” para la búsqueda de la paz e integración mundial, y se relaciona con el art. 419 No. 6 sobre los acuerdos de integración y de comercio así como con el art. 419 No. 7 sobre la atribución de competencias a un organismo internacional o supranacional.²⁴

Juan Carlos Cassagne señala que debido a la jerarquía suprallegal del tratado internacional se ha producido un proceso de “fragmentación” de la ley, que resulta compatible con la reserva de ley en ciertas materias:

El panorama de las fuentes del Derecho se caracteriza así por la declinación de la ley positiva, a la que se suma el hecho de que como consecuencia de la primacía de las normas comunitarias o de las emanadas de los tratados internacionales, la ley ha perdido la prevalencia jerárquica que antes tenía en los ordenamientos nacionales, la cual resulta desplazada por el predominio de la norma internacional, que se considera de superior jerarquía... De este modo siempre existe la posibilidad del ejercicio de poderes de legislación residuales en aquellos campos en que ha operado la fragmentación de la ley.

[...] Ello no quita, desde luego, la trascendencia, que cabe reconocerle al principio democrático en la definición de la ley, entendida como el producto del consentimiento de los representantes del pueblo, que cuenta por la vía de representación popular en el Parlamento, con la aprobación de sus destinatarios. Sin embargo, al haberse fragmentado, como antes se vio, las fuentes de producción de las normas, la fortaleza de la ley se ha mantenido en aquellas materias que configuran la reserva legal.²⁵

estará penada con las sanciones que a tal efecto establecerá la legislación de la administración del buque de que se trate, independientemente, de donde ocurra la infracción” (...). Dado que el Estado ecuatoriano puede encontrarse en una y/u otra situación prevista en la definición, deberá establecer las sanciones aplicables a las infracciones al Convenio, sanciones que deberán estar previstas legalmente, observando el principio de legalidad (...) Consecuentemente, la aplicación del Convenio conlleva la obligación de emitir leyes, razón por la que deberá ser aprobado por la Asamblea Nacional, conforme prevé el artículo 419 No. 3”.

24. Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 011-11-DTI-CC de 1 de septiembre de 2011, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 572 de 10 de noviembre de 2011: “La Constitución de la República del Ecuador establece en el artículo 419 la necesidad de aprobación por parte de la Asamblea Nacional, previo a la ratificación o denuncia de los tratados internacionales, tratándose de las siguientes materias (...) Realizando una interrelación de las materias inviolables que generan una norma imperativa internacional dotada de *ius cogens* expuestas por la doctrina internacionalista con la presente disposición constitucional se evidencian las siguientes vinculaciones (...) La convivencia pacífica internacional (para la búsqueda de la paz e integración mundial) con el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley (artículo 419 numeral 3); los acuerdos de integración y de comercio (artículo 419 numeral 6) y la atribución de competencia propia del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional (artículo 419 numeral 7)”.
25. Juan Carlos Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2009), 118-119 y 123.

La Constitución es una expresión del poder constituyente, en tanto que la ley es manifestación de un poder constituido, y si el propio constituyente ha habilitado que el legislador nacional adapte la ley al compromiso internacional, y le ha conferido al tratado internacional la jerarquía infraconstitucional y supralegal, no se afectaría la soberanía.

En definitiva, bajo los principios del derecho internacional de adaptabilidad e inoponibilidad del derecho interno que configuraría una especie de coalición normativa monista, no habría conflicto constitucional, si un tratado internacional compromete al Estado a expedir, reformar o derogar una ley interna, para la armonización normativa con la órbita internacional, reservándose en materia penal y tributaria la libertad de configuración legal del asunto.

COLISIÓN DUALISTA QUE PRODUCE UNA IMPOSICIÓN JURÍDICA IRRECONCILIABLE POR LA CONFIGURACIÓN DE UN SOMETIMIENTO

Juan Pablo Pampillo Baliño considera que parte de la doctrina plantea una superación de la teoría “monista” en las relaciones internacionales y la “redefinición” de la soberanía:

De la misma manera, como observa el profesor Zolo, dicho derecho debiera “rechazar la idea monista y normativista” de un “único omnicompreensivo ordenamiento jurídico”, dando cabida a una serie de “fuentes descentralizadas de producción y aplicación del Derecho”.

[...] En la misma línea de pensamiento pueden retomarse también algunas ideas anteriormente expuestas sobre el Derecho Global propuestas por el Profesor Rafael Camino, quien lo perfila como un derecho que... c) Implicará la redefinición de la igualdad soberana de las naciones y supondrá la cesión de la misma para la conformación de instituciones e instancias de justicia globales *ratione materiae*.²⁶

Se trata entonces de la afirmación de la teoría “dualista” que sostiene la separación entre el derecho interno y el derecho internacional, rescatando la potestad legislativa estatal para que “internalice” el instrumento internacional mediante una ley, como acto normativo que es expresión de su soberanía, de tal forma que si el Parlamento nacional aprecia que el tratado entra en “colisión” con su normativa interna, no podrá ratificarlo ni expedir la norma legal condicionada al mismo.

26. Juan Pablo Pampillo Baliño, *Hacia un nuevo ius commune americano: reflexiones y propuestas para la integración jurídica* (Bogotá: Ibáñez, 2012), 164 y 165.

Por su parte, Manuel Becerra Benítez explica la teoría dualista de la siguiente forma:

Esta concepción parte de la premisa de que el derecho internacional y el derecho interno, al ser dos sistemas jurídicos distintos que operan separadamente, postula que el derecho internacional para que tenga efectos jurídicos, dentro de la jurisdicción doméstica, debe —expresa y específicamente— ser transformada en norma de derecho interno por medio del acto del aparato legislativo, por medio de una ley

[...] En virtud del principio de la soberanía de los Estados, cada uno de los Estados tiene la facultad de determinar el tipo de norma internas de recepción de los tratados internacionales.²⁷

La colisión entre el derecho interno y el derecho internacional se da justamente bajo la teoría dualista porque el tratado en materia de comercio e integración no cuenta con una jerarquía suprallegal inmediata, ya que es objeto de internalización por parte del legislativo nacional, que se reserva el ejercicio de la soberanía como representante del pueblo para autoimponerse sus leyes.

John H. Jackson indica: “existen buena razones para que un sistema jurídico nacional con instituciones democráticas típicas evite la combinación de la aplicación legal interna directa y un estatus superior para las normas de los tratados sobre la legislación interna expedida posteriormente”.²⁸

Carlos Bernal Pulido advierte que en el contexto internacional actual se ha desdibujado la soberanía dada la multiplicidad de actores supranacionales y transnacionales, y, siguiendo a Dieter Grimm, critica este déficit democrático, enfatizando que sin intervención estatal no se despliega la función prescriptiva de la Constitución a través del principio de legalidad y de reserva de ley:

Los rasgos de la soberanía se desdibujan cuando el poder político sitúa sus expectativas y comportamientos en la trayectoria de estos canales de los sistemas económico y científico. Frente a ellos, el poder estatal no puede ejercerse... Sobre otros tantos, no tiene legitimidad para obrar pues sus actores tienen índole transnacional o supraestatal... Dieter Grimm de-

27. Manuel Becerra Ramírez, “Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en segundo plano respecto de la Constitución Federal”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3, Sección Comentarios Jurisprudenciales (México: UNAM, 2000): 172-173. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/3/cj/cj7.pdf>>.

28. John H. Jackson, “Status of treaties in domestic systems: a policy analysis”, *American Journal of International Law*, Volumen 86, No. 2 (EE. UU.: 1992): 313, citado por Sergio López Ayllón, “La jerarquía de los tratados internacionales”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3, Sección Comentarios Jurisprudenciales (México: UNAM, 2000): 207. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/3/cj/cj7.pdf>>.

fiende una tesis al extremo escéptica: “la extensión de las funciones del moderno Welfare State trae consigo un déficit de reglamentación constitucional” y un déficit operativo para la democracia. (Grimm, “Die Zukunft der Verfassung”, 1990,160)

[...] Dado que la Constitución de la democracia se dirige a regular la intervención estatal; donde esta no se produce, la Constitución no puede operar. “Sin intervención no hay reserva de ley; sin reserva de ley, no hay legalidad de la administración pública, y sin legalidad de la administración pública no hay control de legitimidad por parte de los jueces”. En otros términos, la existencia de un acto estatal es un presupuesto apodíptico para el despliegue de la función prescriptiva de la Constitución. El sometimiento de la ley a la Constitución y de los actos administrativos a la ley, no puede verificarse de no mediar una ley.²⁹

Este autor continúa su exposición, siguiendo por una parte a Peter Häberle, para exponer que la soberanía popular, los principios de constitucionalidad y de legalidad son elementos irrenunciables del Estado constitucional democrático; y, por otra parte siguiendo a Dieter Grimm, para indicar que es necesario hacer frente a la ideología predominante sobre la supeditación del Estado a la órbita internacional o supranacional, reclamando la máxima rousseauiana de la participación democrática activa en estos procesos:

La soberanía popular, la exigencia de legitimación jurídica y de límites al poder estatal, la garantía de la libertad individual y de la igualdad y los principios de legalidad y constitucionalidad conforman un acervo constitucional irrenunciable. Ellos son elementos del Estado constitucional democrático (Häberle, Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional, Madrid: Trotta, 1998, 67)

[...] La consecución de estos loables propósitos está supeditada, antes que nada, a decisiones de política económica; algunas de ellas, son ajenas al Estado. Son medidas adivinadas, surgidas de organismos internacionales o supranacionales, a los cuales el Estado ha transferido parte de sus competencias, como parte de su participación en procesos de integración o globalización

[...] Dieter Grimm ha concientizado acerca de la poca capacidad de la Constitución democrática para hacer frente a las consecuencias de la *mise en oeuvre* de esta ideología predominante... El único camino que parece restar es evocar a Rousseau para reclamar la participación ciudadana en las instancias de decisión económica y política, dentro y fuera del Estado. Solo la democracia puede salvaguardar la libertad, donde la Constitución desfallece. Las voluntades individuales y colectivas deben tomar parte activa en los procesos de decisión en todos los niveles: regional, estatal supranacional e internacional.³⁰

29. Carlos Bernal Pulido, “La democracia como principio constitucional en América Latina”. En *Constitución e Integración*, edit. por Myriam Salcedo Castro (Bogotá: Universidad del Rosario, 2006), 106 y 107.

30. *Ibid.*, 109, 110 y 113.

Resulta trascendental enfatizar la esencia del principio de legalidad y de reserva de ley; primero, cuenta con contenido constitucional, es decir, no es un mero trámite de orden formal, sino de implicación material; y, segundo, es una expresión del constitucionalismo democrático; razón por la cual condicionar la expedición, reforma o derogación de una ley interna a una exigencia internacional, no se resolvería únicamente considerando que ha existido una armonización de la potestad normativa legal en aplicación del principio de adaptabilidad e inoponibilidad del derecho interno.

Roberto Viciano enfatiza que, al ser la órbita de relaciones internacionales un poder constituido, no puede alterar al poder constituyente que ha establecido el procedimiento constitucional para la emisión de la ley como norma de alcance general por parte el órgano democrático representativo, así:

El fundamento del orden constitucional radica en que los ciudadanos determinamos, a través de procedimientos democráticos, cuáles son las instituciones que ejercen el poder público y, por consiguiente aceptamos nuestra sujeción a las decisiones jurídicas que adopten, siguiendo los procedimientos constitucionalmente establecidos.

[...] Sería absurdo políticamente, e inconstitucional jurídicamente hablando, que mediante una decisión adoptada por los poderes constituidos (Gobierno y Parlamento) se alteren las determinaciones realizadas por el poder constituyente sobre las garantías que deben respetar las instituciones que ejercen poder público

[...] Es más se ha convertido en principio articulador del Estado constitucional que las normas jurídicas de alcance general deben ser elaboradas por un órgano representativo de las diferentes tendencias políticas de la sociedad, elegido directamente a través del sufragio universal, libre y directo.³¹

El principio de legalidad y de reserva de ley se ha estatuido entonces para que las materias más relevantes deban ser ejercidas con exclusividad por el Estado, a través de la potestad legislativa, que establece democráticamente normas abstractas y generales en la regulación de la vida social. Es decir, en el momento de implementar el principio de legalidad y reserva de ley, el Estado no debe estar condicionado, dominado o sometido a ningún otro poder, so pena de disminuir su soberanía.

La Corte Constitucional del Ecuador ha emitido los siguientes pronunciamientos al respecto:

En los Dictámenes sobre los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TPRI) que permitían la cesión de jurisdicción soberana al arbitraje comercial internacional ha declarado la inconstitucionalidad de los artículos correspondien-

31. Viciano Pastor, "Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales", 94 y 96.

tes por contravenir el art. 422 de la Constitución y la procedencia de su denuncia por parte de la Asamblea Nacional en este punto, señalando: que aquello no solo contraría la supremacía constitucional sino que también es un atentado a la soberanía popular (Dictamen No. 023-10-DTI-CC de 24 de junio de 2010 en TPRI con Alemania); que es un deber primordial estatal la defensa de la soberanía que se expresa su más amplia concepción administrativa, económica, jurídica y política, tanto más si dicho arbitraje ha desconocido la soberanía tributaria del país receptor de la inversión (Dictamen No. 035-10-DTI-CC de 7 de octubre de 2010 en TPRI con Canadá); y, que la excepción constitucional que permite el arbitraje en los procesos de integración latinoamericana y regional no se aplica al caso de inversiones (Dictamen No. 043-10-DTI-CC de 25 de noviembre de 2011 en TPRI con EE.UU.).³²

En el Dictamen No. 016-11-DTI-CC de 15 de diciembre de 2011 por una parte efectuó una sistematización de las materias contenidas en el art. 419 de la Constitución, indicando que el numeral 3 relativo al compromiso de expedir, reformar o derogar una ley se relaciona con el numeral 6 referente a los acuerdos de integración y de comercio, encuadrándose las dos materias dentro del principio internacional de

32. Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 023-10-DTI-CC de 24 de junio de 2010 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 249 de 3 de agosto de 2010: “Es por ello que de acuerdo a la corriente constitucionalista, nada está exento del control de constitucionalidad, por ende, no se puede permitir la creación de estos tribunales arbitrales para la solución de controversias que se suscitaren del presente tratado, ya que aquello iría en contra, no solo de disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República (artículo 422 de la Constitución)”. Dictamen No. 035-10-DTI-CC de 7 de octubre de 2010 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 313 de 4 de noviembre de 2010: “La Constitución de la República establece como uno de sus primordiales deberes el “*garantizar y defender la soberanía nacional*” la misma que en el ámbito nacional se traduce en la voluntad del pueblo que legitima en última instancia las decisiones de la autoridad; mientras que en ámbito internacional comprende la base de las relaciones entre los Estados, pues parte de la autoridad que cada Estado tiene sobre sí (...) En este sentido, el artículo 416 de la Constitución de la República establece que las relaciones internacionales responden a los intereses del Pueblo; además de condenar cualquier tipo de injerencia de los Estados en los asuntos internos, propugna la soberanía en su más amplia concepción, esto es, la soberanía política, económica, jurídica y administrativa (...) a pesar de que en la mayoría de los convenios se ha respetado la soberanía tributaria de los países receptores de inversión, los tribunales arbitrales eventualmente las desconocen, al estimar que una medida tributaria es “confiscatoria”, lo que evidentemente habría lesionado el interés nacional, justificándose de esta manera la intención de *denunciar* por parte del Presidente Constitucional de la República al *Convenio* en mención”. Dictamen No. 043-10-DTI-CC de 25 de noviembre de 2010 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 359 de 10 de enero de 2011: “La excepción a la disposición constitucional contenida en el artículo 422 está dada por “los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir Jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia” (...) Del análisis de los artículos VI y VII de este instrumento internacional, se observa que el mismo no tiende hacia un proceso de integración regional, sino a un instrumento que compromete a los estados, particulares y sociedades del Ecuador y Estados Unidos de América en un tema específico que son las inversiones; por ende, no se encasilla dentro de la salvedad que contempla el texto constitucional. Por tanto, los artículos VI y VII del tratado internacional, objeto de análisis, es claramente contrario a la Constitución de la República del Ecuador”.

“convivencia pacífica” para la armonización legislativa; en tanto que el numeral 5 relativo al no comprometimiento a condiciones financieras transnacionales se relaciona con el numeral 7 referente a la atribución de competencias a organismos internacionales o supranacionales, enmarcándose las dos en la “prohibición de neocolonialismo” que rechaza las imposiciones jurídicas y sometimientos financieros; y, por otra parte señaló que al tratarse el instrumento internacional en examen de un convenio para evitar la doble imposición internacional, ello opera solo sobre los impuestos vigentes en el Ecuador no obligando al Estado a crear ningún otro en aplicación del principio de legalidad y reserva de ley en materia tributaria que se ejerce acorde a la conveniencia y al “interés nacional”.³³

César Montaña enfatiza que las relaciones internacionales no pueden configurar una “cesión” sino una “delegación” de competencias y, por lo tanto, la integración supranacional es un poder constituido que no puede relativizar la soberanía estatal ni la supremacía constitucional, y relieves que en este ejercicio el Estado mantiene la “competencia de la competencia”:

Para nosotros en realidad no ocurre “cesión” de poder en estricto sentido jurídico, sino una entrega o atribución a título de delegación de competencias por parte de los estados miembros a la comunidad, en uso de la soberanía que pasa a compartirse.

[...] La integración supranacional como poder constituido que es, produce entre otras cosas, normativa jurídica aplicable en los territorios de los estados miembros, pero este nuevo

33. Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 016-11-DTI-CC de 15 de diciembre de 2011 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 619 de 16 de enero de 2012: “Constitucionalmente, la materia del instrumento internacional incluida en la necesidad de aprobación legislativa (artículo 419) marca la distinción entre el procedimiento simple y el complejo. La Constitución de la República del Ecuador establece la necesidad de aprobación por parte de la Asamblea Nacional de aquellos instrumentos internacionales, cuyas materias se encuadren en los 8 numerales del artículo 419, mismos que pueden sistematizarse así (...) El numeral 3 sobre del compromiso de expedir, modificar o derogar una ley, y el numeral 6 respecto de los acuerdos de integración y de comercio, connotan la convivencia pacífica internacional para la armonización legislativa, cooperación e integración económica. El numeral 5 respecto del no comprometimiento de la política económica estatal establecida en el Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales, y el numeral 7 sobre la atribución de competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional, implican la prohibición de neocolonialismo que rechaza las imposiciones jurídicas y sometimientos financieros (...) el presente convenio es aplicable actualmente solo al impuesto a la renta de personas naturales y sociedades normado en la *Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno LORTI* (Título I, Capítulos I a XI, art. 1 a 51), mas no al impuesto al patrimonio que no se encuentra actualmente previsto en la legislación ecuatoriana (...) Por esta razón se justifica que el que el presente convenio se circunscriba actualmente al impuesto a la renta en el caso ecuatoriano, pues nuestro ordenamiento interno no prevé el impuesto al patrimonio cuya instauración les corresponde a las funciones Ejecutiva y Legislativa de la República del Ecuador, siempre que los estimen oportunos y convenientes para el interés nacional. En este sentido se precisa que la referencia al impuesto al patrimonio en el presente convenio bilateral con la República del Uruguay no genera la imperatividad de crearlo, sino que en caso de que sea instaurado entrará al ámbito de aplicación del convenio mediante la notificación respectiva.

sistema jurídico carece de capacidad para relativizar, y peor aún para desconocer sin más la supremacía constitucional... dejando así seriamente cuestionada la soberanía estatal así como la capacidad del pueblo organizado en una nación

[...] ponemos en relieve... la afirmación de la soberanía estatal, cuando únicamente concibe la entrega de competencias a la organización supranacional para el ejercicio de las mismas, así la competencia de la competencia se mantiene en poder del Estado.³⁴

En la misma línea, Claudia Storini subraya la necesidad de rescatar el marco de libertad de los Estados cuando entablan relaciones externas, de tal forma que puedan adherirse o retirarse libremente y, de esta forma, mantener la soberanía del Estado a salvo, como titular de la última palabra soberana en el contexto internacional que en contraste condiciona esta libertad de acción:

Por tradición, un Estado es soberano en tanto sea dueño absoluto de las decisiones tanto en el ámbito interno como con respeto a los compromisos que acepte con otros Estados. La capacidad de involucrarse en acuerdos internacionales no tiene sentido a no ser que sea usada en un marco de libertad de acción de las partes contrayentes. Estas partes serán libres de establecer qué obligaciones tomar y también serán libres de decidir retirarse de ellas, de acuerdo por supuesto a los límites que pueden haber sido establecidos por cada tratado en particular. De esta manera, la soberanía de las partes contrayentes está a salvo.

[...] A este respecto no hay que olvidar que como ya se puso de relieve, uno de los elementos básicos del concepto de soberanía nacional es justamente el privilegio de tener la última palabra acerca de las normas que se aplican dentro de su propio ordenamiento. El contraste entre soberanía e integración se hace por tanto palpable cuando se impone el deber de aplicar las normas comunitarias en contra de las normas legales nacionales o hasta del mismo orden constitucional... De ahí que surja la pregunta de si es realmente posible, sin abandonarlo –y de esta manera inscribirse en alguna forma de revolución–, combinar una doctrina de la soberanía de los estados con una realidad que condiciona de manera tan fuerte la libertad de acción de estos últimos a través del tipo de jerarquía legal que impone el ordenamiento comunitario.³⁵

En suma, el poder constituido de potestad normativa legal no puede abstraerse del poder constituyente que ha consagrado la relevancia y trascendencia constitucional del principio de legalidad para establecer competencias y del principio de reserva de ley especialmente en materia penal y tributaria, en los cuales se debe entonces asegurar la soberanía estatal, con libertad de acción y de decisión.

34. Montaña Galarza, “Problemas constitucionales de la integración”, 64, 160 y 163.

35. Claudia Storini, “Integración y Constituciones Nacionales”. En *Estado, Derecho y Economía*, edit. por Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez (Quito: Corporación Editora nacional, 2013), 290 y 291.

CONCLUSIONES

El Derecho constitucional, que estructura y limita el poder estatal, y el Derecho internacional, que regula las relaciones interestatales, tienen una conexión fundamental, los dos atañen el ejercicio de la soberanía del Estado, y sus decisiones deben adoptarse en función de la conveniencia colectiva, el interés general y la participación democrática que debe asegurarse a nivel interno y externo.

El compromiso internacional que adquiere el Estado para expedir, reformar o derogar una ley debe cumplirse de buena fe conforme al principio *pacta sunt servanda*, tanto más si los instrumentos internacionales de derechos humanos cuentan con la misma jerarquía constitucional y los tratados de otras materias como el comercio y la integración cuentan con una jerarquía infraconstitucional y supralegal.

La autorización al Estado para asumir un compromiso internacional que le conlleve la expedición, reforma o derogación de una ley deriva de una atribución, mas no de la cesión de competencias en la órbita internacional, es un poder constituido que no puede enervar el poder constituyente que ha resguardado la soberanía popular para a través del Legislativo Nacional pueda dar la configuración legal al tratado y lograr la adaptabilidad y armonización de la legislación interna a las normas comunitarias y de integración supranacional, en una especie de coalición normativa monista.

El principio de legalidad, por el cual solo la Constitución y la ley asignan competencias, da certeza a los ciudadanos de que estas han sido atribuidas luego de un debate democrático; el principio de reserva de ley, por el cual solo la norma legal puede regular los asuntos de interés general, dota a las personas de la previsibilidad de las conductas que les acarrearán consecuencias especialmente en materia penal y tributaria; por ello el condicionamiento de la potestad legislativa estatal, no debe incurrir en la prohibición de neocolonialismo que proscribire la imposición y sometimiento a condiciones jurídicas y financieras transnacionales, evitando una colisión normativa dualista.

BIBLIOGRAFÍA

Becerra Ramírez, Manuel. “Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en segundo plano respecto de la Constitución Federal”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3. México: UNAM (2000). Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/3/cj/cj7.pdf>>.

- Bernal Pulido, Carlos. “La democracia como principio constitucional en América Latina”. En *Constitución e Integración*, editado por Myriam Salcedo Castro. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.
- Cassagne, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- De Vega García, Pedro. “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. En *Estado constitucional y globalización*, compilado por Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez. México: Porrúa, 2003.
- Henderson, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”. *Revista del Instituto Interamericano de Derecho Humanos IIDH*, vol. 29. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>>.
- Jackson, John H. “Status of treaties in domestic systems: a policy analysis”. *American Journal of International Law*, vol. 86, No. 22, EE. UU. (1992), citado por Sergio López Ayllón, “La jerarquía de los tratados internacionales”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3, México: UNAM (2000). Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/3/cj/cj7.pdf>>.
- Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Traducido por Fernando de los Ríos de la edición original en alemán de 1900. Buenos Aires: Albatros, 1954.
- Montaño Galarza, César. “Armonización Tributaria en la Comunidad Andina: el impuesto sobre el valor agregado”. En *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006.
- . *Problemas constitucionales de la integración*. México: Porrúa, 2013.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo. *Hacia un nuevo ius commune americano: reflexiones y propuestas para la integración jurídica*. Bogotá: Ibáñez, 2012.
- Rey Cantor, Ernesto. “Principio de legalidad y derechos humanos: análisis desde la perspectiva del derecho constitucional procesal”. En *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coordinado por Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa. México: UNAM, 2002.
- Seara Vásquez, Modesto. “Los conflictos de la ley nacional con los tratados internacionales”. En *Derecho Internacional Público*. México: UNAM, 2004. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/828/9.pdf>>.
- Storini, Claudia. “Integración y Constituciones Nacionales”. En *Estado, Derecho y Economía*, editado por Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
- Trujillo Vásquez, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador: estudio de derecho constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006.
- Viciano Pastor, Roberto. “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 67. Valencia: Universidad de Valencia (2011).

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

- Código Civil ecuatoriano publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas ONU, reunida en la capital austriaca el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980.
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 1979 disponible en <http://www.tribunalandino.org.ec/site/jca/TCREACION.pdf>.
- Codificación del Acuerdo Constitutivo de la CAN publicado en el Registro Oficial No. 63 de 5 de septiembre de 2003.

Fecha de recepción: 13 de enero de 2016

Fecha de aprobación: 5 de febrero 2016

Interpretación prejudicial y restricciones a la potestad jurisdiccional de los Estados miembros de la CAN

*Gabriel Santiago Galán Melo**

RESUMEN

Este ensayo tiene por objeto determinar si la interpretación prejudicial que realiza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de las normas del régimen común de propiedad industrial restringe el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los jueces nacionales de los Estados parte de dicha comunidad. El presente trabajo tiene tres partes: la primera contextualiza y determina la problemática en cuestión, la segunda caracteriza el mecanismo de la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina, y la tercera establece las facultades que emanan de la jurisdicción y los límites de su ejercicio que podrían verse restringidos por la interpretación prejudicial que ejecuta el tribunal comunitario.

PALABRAS CLAVE: Comunidad Andina, régimen común de propiedad industrial, interpretación prejudicial, jurisdicción.

ABSTRACT

The purpose of this essay is to establish if the preliminary rulings of industrial property regulations done by the Andean Court of Justice, restricts the exercise of the jurisdictional power of the Member State Judges. Therefore, this work is divided into three parts: the first part contextualizes and determines the problem; the second one characterizes the preliminary ruling mechanism of the Andean Community; the last section establishes the arisen power of the jurisdiction and the limits of its exercise that may look restricted by the preliminary rulings of the Andean Court of Justice.

KEYWORDS: Andean Community, common industrial property regime, preliminary rulings, jurisdiction.

FORO

* Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de Cartagena –en su texto original– había dispuesto que antes del 31 de diciembre de 1970 la Comisión del Acuerdo de Cartagena debía aprobar y someter a la consideración de los Países Miembros un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.¹ Este régimen fue aprobado el 31 de diciembre de 1970, mediante la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. No obstante, esta Decisión no fue aplicada directa e inmediatamente porque dependía, por una parte, de un reglamento que debía adoptar la Comisión, a propuesta de la Junta, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Decisión,² y, por otro, la Decisión entraría en vigor cuando todos los Países Miembros hubiesen depositado en la Secretaría de la Junta los instrumentos por los cuales ponían en práctica tal Decisión en sus respectivos territorios.³

El 5 de junio de 1974 la Comisión aprobó la Decisión 85: Reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial, la cual tampoco fue de aplicación directa e inmediata, pues, a través de esta, los gobiernos de los países miembros se comprometieron a adoptar las providencias necesarias para incorporar dicho reglamento en sus ordenamientos jurídicos internos, dentro de los seis meses siguientes a la aprobación de tal Decisión.⁴ Esta Decisión fue sustituida por la Decisión 311,⁵ la cual no supeditó su aplicación –por primera ocasión– a condición alguna, y, por ello, entró en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, el 12 de diciembre de 1991, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.⁶

La Decisión 311, a su vez, fue sustituida por la Decisión 313.⁷ Esta fue directamente aplicable, asimismo, en los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, el 14 de febrero de 1992. Esta Decisión fue sucedida

1. Acuerdo de Cartagena (1969), Capítulo III, artículo 27.

2. Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 24* (1970), Disposiciones Transitorias, artículo G.

3. *Ibíd.*, Disposiciones Transitorias, artículo A.

4. Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 85* (1974), artículo 86.

5. Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 311* (1991).

6. Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia (1979): “Artículo 3. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro”.

7. Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 313* (1992).

por la Decisión 344 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo, el 29 de octubre de 1993, pero entró en vigencia el 1 de enero de 1994, por disposición de la misma Decisión,⁸ sin que esta prórroga haya obstaculizado su aplicación directa a partir de dicha fecha. Finalmente, la Decisión 344 fue sustituida por la Decisión 486, vigente desde el 1 de diciembre de 2000,⁹ que es la que regula hasta el momento el régimen común sobre propiedad industrial reconocido, actualmente, sin condición alguna por el Acuerdo de Integración Subregional Andino.¹⁰ De modo que, a la fecha, en la Comunidad Andina existe un régimen común de propiedad industrial vigente y de aplicación directa,¹¹ esto es, incorporado a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros,¹² el cual subsiste –se espera– en armonía con otras regulaciones contenidas en las legislaciones internas sobre los asuntos de propiedad industrial no comprendidos en el régimen común.¹³

Ahora bien, la norma comunitaria contenida en el régimen común de propiedad industrial, tal como ocurre con cualquier norma jurídica al aplicarse a un caso concreto, está sujeta a la interpretación de los diferentes operadores jurídicos: jueces colombianos, ecuatorianos, peruanos y bolivianos.¹⁴ Si dicha interpretación fuese libre, sin restricción alguna, más que los principios generales de la lógica y la experiencia de tales operadores –como ocurre al interno de sus respectivos órdenes jurídicos–, podrían concurrir tantas interpretaciones sobre una misma norma comunitaria (contextualizada por las reglas complementarias internas de cada país) como jueces existiesen en el territorio de la Comunidad Andina.¹⁵

8. Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 344* (1994), Disposiciones Transitorias, Segunda.

9. Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 486* (2000), artículo 274.

10. Acuerdo de Integración Subregional Andino, *Decisión 563* (2003), artículo 55.

11. Es un rasgo característico del ordenamiento jurídico de la comunidad andina que tenga, por lo general, vigencia inmediata y aplicación directa en los países miembros. Cfr. María Antonieta Gálvez Krüger, “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina”, *Themis Revista de Derecho*, No. 42 (2001): 132. César Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración* (México: Porrúa, 2013), 123-129.

12. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87, 3 de diciembre de 1987, 3: “El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. El ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales, sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los países miembros [...] las normas adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia”.

13. Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 85* (1974), artículo 84; cfr. Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 344* (1994), artículo 144; cfr. Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 486* (2000), artículo 276.

14. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 4-IP-89, 2 de mayo de 1990, 3: “Además debe tenerse en cuenta que los jueces nacionales, que son por supuesto autónomos para la interpretación y aplicación del derecho interno, son los ordinarios, naturales, o de derecho común para la aplicación del derecho comunitario andino”.

15. Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 149-IP-2011, 10 de mayo de 2012, 7; cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 60-IP-2012, 24 de octubre de 2012, 8.

Por ello, para evitar una posible ruptura del sistema normativo comunitario, y con el fin de garantizar la validez y la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la comunidad,¹⁶ el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina entregó a dicho órgano jurisdiccional la función de interpretar la normativa andina para lograr, precisamente, su aplicación de una manera uniforme en todo el territorio comunitario,¹⁷ a través de la consulta o interpretación prejudicial, la cual puede ser facultativa u obligatoria.¹⁸ Es facultativa si la decisión del juez nacional, que solicitó la interpretación prejudicial, es susceptible de recurso judicial (ordinario) dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado parte, y, en consecuencia, su resolución no es de última instancia.¹⁹ Es obligatoria, por el contrario, si la decisión del juez nacional es de última o única instancia y, en consecuencia, no es susceptible de recurso judicial (ordinario) alguno.²⁰ Sin embargo, una vez requeridas, ambas son vinculantes (de acatamiento obligatorio) para los jueces nacionales que solicitaron, voluntaria u obligatoriamente, la consulta o interpretación prejudicial de una norma comunitaria en particular, no pudiendo alejarse de tal interpretación en sus decisiones judiciales.²¹

-
16. Manuel Pachón Muñoz, “La Acción de Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”, *Themis Revista de Derecho*, No. 23 (1992): 76. Gálvez Krüger, “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina”, 132. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87, 3 de diciembre de 1987, 2.
 17. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996): “Artículo 32. Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros. Artículo 33. Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”.
 18. Alejandro Daniel Perotti, “Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho andino”, *Dikaion Revista de Actualidad Jurídica*, No. 11 (2002): 129-130.
 19. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, *Decisión 500: Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (2001): “Artículo 122.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.
 20. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, *Decisión 500* (2001): “Artículo 123. De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”.
 21. Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-96, 9 de diciembre de 1996, 16; cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 10-IP-94, 17 de marzo de 1995, 19-20; cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 3-IP-90, 25 de septiembre de 1990, 8; cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad

Aquí surge la inquietud que es objeto de este breve ensayo. A través de la actividad interpretativa los jueces determinan el sentido y el alcance de las normas jurídicas que aplican a un caso concreto.²² Esta es parte del poder de decisión que emana del ejercicio de la potestad de juzgar, con la que han sido investidos soberanamente²³ los jueces nacionales. La jurisdicción: la potestad pública de administrar justicia (de juzgar y ejecutar lo juzgado),²⁴ es una de las funciones del poder público y los límites a su ejercicio son de orden constitucional y legal.²⁵ El tribunal andino de justicia, por su parte, fue creado por acuerdo entre los gobiernos de Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia²⁶ y no ha sido legitimado democráticamente por los receptores directos de las normas comunitarias.²⁷ Sin embargo, son los jueces andinos quienes interpretan las normas del régimen común de propiedad industrial que aplican los jueces nacionales,²⁸ en cuyo caso cabe preguntarse si la interpretación prejudicial en dicho régimen constituye o no una restricción a la potestad jurisdiccional de los Estados parte de la Comunidad Andina.

A dicho efecto se caracterizará, a continuación, la interpretación prejudicial en el régimen común de propiedad industrial, para luego confrontarla con las facultades que emanan de la jurisdicción y los límites del ejercicio jurisdiccional de los jueces de los Estados parte, a fin de concluir –finalmente– si la primera constituye o no una restricción a la potestad jurisdiccional de los jueces nacionales.

Andina, Proceso 1-IP-87, 3 de diciembre de 1987, 16; vid. Perotti, “Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial”, 131-132.

22. Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87, 5.
23. Constitución Política de Colombia (1991), artículo 3; vid. Constitución de la República de Ecuador (2008), artículo 1, inc. 2; vid. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), artículo 178.I.; vid. Constitución Política del Perú (1993), artículo 138.
24. Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal. Teoría general del proceso*, tomo I, 15a. ed. (Bogotá: Temis, 2012), 66.
25. *Ibíd.*, 66-72.
26. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996).
27. Cabe destacar que el Estado Plurinacional de Bolivia presenta una situación particular. El artículo 410.II de su Constitución Política declara que su bloque de constitucionalidad está integrado, entre otras, por las normas comunitarias ratificadas por el Estado (entre ellas el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). La Constitución fue aprobada por referéndum realizado el 25 de enero de 2009, por lo que –en apariencia– en este Estado la labor jurisdiccional del Tribunal comunitario está legitimada democráticamente a la vez que los límites en el ejercicio de tal labor son de orden constitucional.
28. Al respecto, Montaña Galarza manifiesta: “en múltiples ocasiones el ordenamiento del proceso de integración es aplicado por los jueces nacionales. Para ello, por mandato de los tratados que instituyeron la organización supranacional, estos administradores de justicia están obligados a contar previamente a decidir en cada asunto sometido a su conocimiento, con la interpretación de la corte comunitaria. Este mecanismo esencialmente comunitario, denominado formalmente consulta o interpretación prejudicial, juega un rol preponderante para fortalecer la autonomía de esta disciplina. La consulta o interpretación prejudicial se cuenta entre las competencias judiciales de los tribunales andino, centroamericano y europeo”. *Problemas constitucionales de la integración*, 136.

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL RÉGIMEN COMÚN DE PROPIEDAD INDUSTRIAL EN LA COMUNIDAD ANDINA

Tal como se ha anotado, el Tribunal Andino de Justicia es el único competente para interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina –entre estas las del régimen común de propiedad industrial–, con el objeto de garantizar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados parte. Por tal motivo, precisamente, se instituyó –conjuntamente con la creación del tribunal andino– la interpretación prejudicial vinculante, la cual debe ser pedida (de manera obligatoria) por todos los jueces nacionales de última o única instancia que deben aplicar una norma comunitaria a un caso en particular (consulta obligatoria);²⁹ pudiendo también ser pedida –con carácter facultativo– por aquellos jueces nacionales de primer nivel, en los que sus decisiones pueden ser revisadas ordinariamente –a través del recurso de apelación– por un juez superior (consulta facultativa).³⁰ Así se ha hecho y lo siguen haciendo con aparente regularidad los jueces de los países miembros en materia de propiedad industrial, ya que, tratándose de un régimen común: la Decisión 486, las normas que la regulan son esencialmente comunitarias... de aplicación inmediata y efecto directo.³¹

El ordenamiento jurídico comunitario andino, por regla general y en virtud de los principios de aplicación inmediata y efecto directo, entra a formar parte y a tener efecto automático en el sistema jurídico interno de los Países Miembros. En tal sentido, los operadores jurídicos internos deben aplicar el ordenamiento jurídico comunitario andino vigente.³²

La interpretación prejudicial –según lo ha manifestado el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina– tiene las siguientes características: a) es de aplicación

29. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87, 4-5.

30. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 3-IP-90, 3-4.

31. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87, 6: “La regulación del derecho a la marca comercial, tema de las normas comunitarias [...] aparte de constituir un capítulo especialmente complejo y dinámico del moderno derecho comercial, reviste señalada importancia para el derecho de la integración, especialmente ante la necesidad de armonizar el derecho exclusivo a una marca con las normas protectoras de la libre competencia y con el principio de la libre circulación de mercancías. El derecho comunitario europeo ha encontrado muy serias dificultades, aún en vía de superación, para resolver esos conflictos y el que plantea además la subsistencia de las marcas nacionales en el seno del mercado común. Es consciente el Tribunal de que el derecho comunitario andino de propiedad industrial habrá de encontrar dificultades similares a medida que se desarrollen los programas de liberación previstos y se haga más necesario armonizar las legislaciones, por lo cual para resolver el caso que se analiza se ha de tener en cuenta sus amplias proyecciones y el aporte de la jurisprudencia para el futuro de la integración”.

32. Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 149-IP-2011, 7.

obligatoria, b) es una herramienta directa, c) es un incidente procesal no contencioso, no una prueba, d) puede solicitársela en cualquier momento del proceso antes de dictarse sentencia, e) suspende el proceso si la consulta es obligatoria, no lo suspende si la consulta es facultativa,³³ y f) debe solicitársela en todos los procesos aun si existiesen pronunciamientos anteriores sobre una misma materia.³⁴

De modo que, a breves rasgos, la interpretación prejudicial es vinculante para los jueces nacionales; su solicitud no requiere revestimiento diplomático alguno ni el cumplimiento de ninguna formalidad procedimental específica como el exhorto u otra similar, ya que, pese a la naturaleza convencional e internacional del tribunal andino de justicia, la relación y comunicación *inter iudices* es directa. La consulta prejudicial es un acto procesal previo e indispensable para la emisión de la sentencia y puede ser solicitada (por requerimiento de las partes o de oficio) en cualquier etapa del proceso, aunque por la finalidad implícita en ella: determinar el contenido y alcance de una norma en particular, parece razonable realizarla una vez que hayan precluido todas las etapas procesales anteriores a la sentencia y se cuenten con todos los elementos relacionados a dicha resolución final.³⁵ Sus efectos son *inter partes*, no *erga omnes*,³⁶ en cuyo caso las interpretaciones prejudiciales realizadas por los jueces comunitarios no constituyen –en definitiva– un precedente jurisprudencial único y estático; los jueces nacionales están obligados a solicitarla en todos los casos que conozcan más allá del uso recurrente de una misma norma que constantemente va a ser reinterpretada en el contexto de cada asunto específico.

Vista así, la interpretación, la consulta o el reenvío prejudicial –para algunos– constituyen el catalizador³⁷ de un aparente sistema judicial de cooperación o colaboración entre los jueces nacionales y el tribunal comunitario.³⁸ Autores como Alejandro Perotti

33. Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 60-IP-2012; 9-10, cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 149-IP-2011, 8-11.

34. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 3-IP-93, 13 de julio de 1993, 5: “De allí se desprende que la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida de un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de requerir la interpretación. Asimismo, bien podría el Tribunal variar y aun cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo”.

35. Vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 60-IP-2012, 10.

36. Vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87, 4; vid. Perotti, “Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial”, 133. Gálvez Krüger, “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina”, 136-137.

37. Ricardo Vigil Toledo, *La estructura jurídica de la Comunidad Andina* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 159-160.

38. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 142-IP-2003, 18 de febrero de 2004, 5: “Esta relación de colaboración se realiza con la finalidad de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico y que consiste en explicar el significado de la norma para poder determinar su alcance y sentido jurídico; tiene como propósito, mantener la unidad de criterio sobre la legislación comunitaria en los Países Andinos, evitando que se

han sostenido que el mecanismo de la interpretación prejudicial “encarna el nivel último y más importante de esta relación de cooperación”,³⁹ refiriéndose *grosso modo* a los procesos de integración en general. Su importancia y utilidad práctica se denota entonces en la presencia constante de este mecanismo en los procesos de integración europeo, andino y centroamericano,⁴⁰ y en los efectos que el mismo produce, sobre todo en Europa, en la que unos –contrario a lo que ocurre en la Comunidad Andina– relievan el hecho de que las sentencias interpretativas del contenido de una norma comunitaria no son solo obligatorias para el juez que planteó la cuestión, sino que constituyen, además, precedentes jurisprudenciales en todos los asuntos semejantes que los demás jueces de los Estados miembros deben tomar en consideración antes de resolver.⁴¹

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por su parte, ha institucionalizado ya el *principio de cooperación judicial* sobre la base de que la consulta prejudicial en la Comunidad Andina establece relaciones de cooperación, no de subordinación, entre las cortes nacionales y la corte de justicia comunitaria,⁴² en el marco de un sistema de división de trabajo y de colaboración armónica en la que, frente a un caso concreto, los jueces nacionales aplican la norma comunitaria y los jueces andinos –privativamente– la interpretan:

El Juez Nacional [...] de conformidad con los principios del Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, en especial los principios de primacía, autonomía, efecto directo, aplicación inmediata y cooperación judicial, es el garante, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de la correcta aplicación de la norma comunitaria en el ámbito nacional. Son ciertamente jueces comunitarios, ya que en colaboración con el Tribunal Supranacional tienen la ardua labor de garantizar la validez y eficacia de todo el sistema jurídico comunitario. Su labor no solo se limita a aplicar una norma a determinado caso concreto, sino que su actividad consiste en estructurar su quehacer judicial dentro del escenario jurídico subregional, aplicando, balanceando y armonizando la normativa nacional con la comunitaria, dándole la primacía a la segunda sobre temas específicos reglados por la misma.⁴³

produzcan tantas y diferentes interpretaciones que impidan la aplicación uniforme de la Norma Jurídica Andina”; vid. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, *El sistema judicial de la integración andina*, ponencias del seminario realizado en Caracas, Venezuela (Ecuador: 1989), 59.

39. Perotti, “Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria”, 152. Montaña, *Problemas Constitucionales de la Integración*, 136.
40. Montaña Galarza, *Problemas Constitucionales de la Integración*, 136.
41. José Luis García Orio-Zabala de la Maza, José Ramón Pérez Aparicio, “El recurso prejudicial de interpretación (ART.177 T. CEE): Instrumento de garantía de la unidad y la uniformidad del derecho comunitario”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, No. 4 (1986): 223-224.
42. Pachón Muñoz, “La Acción de Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”, 78.
43. Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 3-AI-2010, 26 de agosto de 2011, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1985, 11 de octubre de 2011, 19.24.

De modo que los jueces nacionales, de acuerdo con el principio de cooperación judicial, son jueces comunitarios con tres funciones específicas (enmarcadas dentro de su competencia *ratione materiae*): a) aplicar directamente –en los términos interpretados por el tribunal andino– las normas del derecho comunitario a todos los asuntos que han llegado a su conocimiento; b) aplicar a los conflictos concretos la normativa nacional en aquellos casos que la normativa comunitaria así lo prevea, pero en armonía con esta última; y c) inaplicar la normativa nacional que se oponga a la normativa comunitaria. Estas, a su vez, son consecuencias ciertas del principio de primacía o prevalencia sobre el que se asienta el derecho comunitario.⁴⁴ En tanto que los jueces del tribunal comunitario tienen –aparentemente– una única función: interpretar con carácter vinculante, según le soliciten, las normas comunitarias que van a aplicar los jueces nacionales (como jueces comunitarios) a un caso concreto;⁴⁵ cristalizando de esta manera, en esta interrelación de funciones, el sistema de cooperación o colaboración judicial de la Comunidad Andina.⁴⁶

Sin embargo, aquella función no es la única relacionada con la vinculación entre el ordenamiento jurídico comunitario y el nacional, a través de la consulta previa. Desde el punto de vista del desacato o desobediencia de la interpretación prejudicial por parte del juez nacional, o por el solo hecho de no haberla requerido, se observa

-
44. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 2-IP-90, 20 de septiembre de 1990, 5: “El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los países miembros [...] La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno del legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno [...] y el juez nacional cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común”; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 190-IP-2007, 19 de febrero de 2008, 20: “El Tribunal Andino ha consolidado como principio fundamental del ordenamiento comunitario andino el de ‘supremacía del derecho comunitario andino’ soportándolo en otros principios: el de eficacia directa del ordenamiento jurídico andino, el de aplicabilidad inmediata del ordenamiento jurídico andino y el de autonomía del ordenamiento jurídico andino. Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del ordenamiento jurídico andino, ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los países miembros y respecto de las normas del derecho internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. En este caso ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el derecho comunitario andino y el derecho interno de los países miembros, prevalece el primero, al igual que al presentarse antinomias entre el derecho comunitario y el derecho internacional”.
45. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 4-IP-89, 3: “Además debe tenerse en cuenta que los jueces nacionales, que son por supuesto autónomos para la interpretación y aplicación del derecho interno, son los ‘ordinarios’, ‘naturales’, o de ‘derecho común’ para la aplicación del derecho comunitario andino, y que este Tribunal tan solo tiene competencia excepcional, específica o de mera ‘atribución’ para interpretar el derecho integracionista por la vía prejudicial, a fin de procurar la indispensable uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho común. Esta competencia sui géneris, por lo demás tiene una finalidad eminentemente práctica ya que obedece a un mecanismo de cooperación o articulación judicial con inevitable incidencia en la sentencia que haya de dictar el juez nacional, pero tan solo cuando deba aplicar el derecho comunitario”.
46. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87, 2-4; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 60-IP-2012, 8-15.

otra función del tribunal andino de justicia: conocer y resolver las acciones de incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario al tenor de lo dispuesto por los artículos 23 al 31 del tratado de creación de dicho tribunal,⁴⁷ en cuyo caso el Estado parte es responsable por el incumplimiento de sus jueces nacionales; responsabilidad que en materia del régimen común de propiedad industrial se traduce en una acción indemnizatoria de reparación del particular –directamente afectado por la decisión judicial– en contra del Estado, al interno del ordenamiento jurídico de aquel Estado parte que ha incumplido, en la que, la sentencia de incumplimiento constituirá título legal y suficiente para que el juez ordene la indemnización de daños y perjuicios que corresponda.⁴⁸

Asimismo, la desobediencia de la interpretación prejudicial o la ausencia del requerimiento por parte del juez nacional de última o única instancia (en la consulta obligatoria) acarrearán la nulidad de la sentencia por el quebrantamiento del proceso, pues, la consulta prejudicial, sin la cual no puede decidirse en última instancia la causa, es un acto procesal previo, de carácter imperativo e incorporado en la normativa nacional por la imbricación (primacía, prevalencia o supremacía)⁴⁹ de la normativa comunitaria, en cuyo caso su incumplimiento constituiría un severo quebrantamiento a las garantías del debido proceso.⁵⁰

En tal virtud, con especial atención a las dos consecuencias anotadas en los párrafos que anteceden: lo referente a la acción de incumplimiento y a la nulidad de sentencia, y al hecho de que en el régimen común de propiedad industrial los legisladores nacionales solo puedan legislar –complementariamente– en aquellos temas

47. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996), artículos 23-31. Cfr. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, *Decisión 500* (2001), artículo 128.

48. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 60-IP-2012, 11; vid. Secretaría General de la Comunidad Andina, Dictamen de incumplimiento No. 38 de 2000, Resolución 459 de 5 de diciembre de 2000; vid. Secretaría General de la Comunidad Andina, Dictamen de incumplimiento No. 173 de 2003, Resolución 771 de 22 de septiembre de 2003.

49. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 114-AI-2004, 8 de octubre de 2005, 7-51; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 2-IP-90, 5-8. Cabe aclarar que el objeto del presente ensayo no es distinguir la primacía de la supremacía, por lo que, a pesar de la creencia de este autor de que existen diferencias entre estas, utilizamos indistintamente tales términos ya que para efectos de este trabajo tales distinciones no afectan la conclusión a la que se pretende llegar.

50. Gálvez Krüger, “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina”, 142-143: “Una sentencia dictada sin cumplir con lo establecido por el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA es igual de nula, por ejemplo, que una sentencia emitida sin contar con el dictamen del Ministerio Público en un proceso contencioso administrativo [...] Contra una sentencia que haya adquirido calidad de cosa juzgada y que adolezca del vicio antes señalado cabría, en principio, demandar su nulidad alegando que se ha afectado el debido proceso (nulidad de cosa juzgada fraudulenta). Asimismo, podría intentarse una acción de amparo alegando que se trata de una resolución judicial emanada de un proceso irregular que viola el derecho a un debido proceso”. Vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 106-IP-2009, 21 de abril de 2010; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 01-IP-2010, 19 de mayo de 2010.

no tratados por la Decisión 486 y, de hacerlo, realizarlo armónicamente con aquella, parece claro que la relación de coordinación y cooperación *inter iudices* descrita ha quedado matizada con ciertas consecuencias que lógicamente devienen de una relación de subordinación –no de coordinación–, como son las del control⁵¹ y sanción, que ejecuta una autoridad y que en los procesos de integración vienen aparejadas con el principio de primacía del derecho comunitario, por el que parece que la institución jurisdiccional comunitaria asimismo subyuga –con mayor o menor intensidad– a las instituciones nacionales restringiendo una de las facultades del poder jurisdiccional: la actividad interpretativa del juez; límite al ejercicio de la potestad de juzgar que no es de carácter constitucional o legal, sino convencional: por acuerdo de los gobiernos de los Estados parte de la Comunidad Andina.

En tales circunstancias conviene, entonces, a fin de concluir definitivamente si la aparente delimitación de una de las facultades que emana del poder jurisdiccional de los países miembros del proceso de integración andino: la de interpretación de las normas aplicables a un caso concreto, restringe el ejercicio de dicho poder público, encuadrar la caracterización de la herramienta de la consulta previa realizada en el discurso jurídico procesal común de los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros de la comunidad.

FACULTADES QUE EMANAN DE LA JURISDICCIÓN Y LÍMITES DEL EJERCICIO JURISDICCIONAL DE LOS JUECES NACIONALES DE LOS ESTADOS PARTE DE LA COMUNIDAD ANDINA

La jurisdicción es la potestad pública de administrar justicia: de juzgar y ejecutar lo juzgado. Es una de las funciones del poder público y los límites a su ejercicio están dispuestos en la Constitución y en la ley⁵² –de cada uno de los Estados parte de la Comunidad Andina–. El poder de administrar justicia ha sido uno de los poderes constitutivos primigenios en la construcción del Estado moderno levantado sobre la base de la separación de los poderes y de la limitación de su ejercicio.⁵³ De ahí que, a partir de la constitución del Estado liberal (1776-1789) hasta la concepción del Es-

51. De conformidad con el artículo 128 de la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), el juez nacional que solicitó una interpretación prejudicial debe enviar al tribunal comunitario una copia de la decisión tomada en el proceso interno, a efectos de que pueda realizar el control que corresponde.

52. Devis Echandía, *Compendio de Derecho procesal. Teoría general del proceso*, 66-69.

53. Roberto L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal* (Madrid: Alianza, 1994), 37-55, 74-82, 89-104 y 229-249.

tado constitucional actual, han sido los textos constitucionales⁵⁴ y los legales –en el *civil law*– los que han estructurado la función judicial del Estado,⁵⁵ y ha sido la ley, en particular, la que ha desarrollado la jurisdicción como un derecho subjetivo público de los habitantes del Estado y a su vez como una obligación del mismo hacia aquellos.⁵⁶

Desde el punto de vista funcional y general, pero en sentido estricto, podemos definir la jurisdicción como la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humana, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar o sancionar los delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.⁵⁷

Aquí, entonces, un primer inconveniente respecto de las potestades judiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en torno al régimen común de la propiedad industrial en la que los directamente afectados son los habitantes de los Estados parte de la comunidad y no estos últimos: los jueces nacionales han sido investidos soberanamente⁵⁸ del poder público de administrar justicia y el apego de sus decisiones a la Constitución y la ley –que son esencialmente actos del soberano: el pueblo– legitiman el ejercicio de tal potestad en la medida que la restringen. Por el contrario, el tribunal andino de justicia fue creado por acuerdo entre los gobiernos de Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia,⁵⁹ y tal conformación (en cuanto a sus atribuciones, limitaciones y su estructura orgánica) no ha sido directamente admitida por los receptores directos de tal norma comunitaria:⁶⁰ la Decisión 486; incompatibilidad que

54. Por ejemplo, la función judicial de los Estados miembros de la Comunidad Andina se encuentra actualmente estructurada en los artículos: 116 de la Constitución Política de Colombia (1991), 178 de la Constitución de la República de Ecuador (2008), 143 de la Constitución Política del Perú (1993) y 179 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009). En ninguna de ellas se hace mención de la interacción o de la relación de cooperación con el tribunal de justicia comunitario.

55. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 214-249.

56. Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal. Teoría general del proceso*, 69-70.

57. *Ibíd.*, 69.

58. Constitución Política de Colombia (1991), artículo 3; vid. Constitución de la República de Ecuador (2008), artículo 1, inc. 2; vid. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), artículo 178.I.; vid. Constitución Política del Perú (1993), artículo 138.

59. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996).

60. Cabe destacar que el Estado Plurinacional de Bolivia presenta una situación particular. El artículo 410.II de su Constitución Política declarada que su bloque de constitucionalidad está integrado entre otras por las normas comunitarias ratificadas por el Estado (entre ellas el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). La Constitución fue aprobada por referéndum realizado el 25 de enero de 2009, por lo que –en apariencia–, en este Estado en específico, la labor jurisdiccional del Tribunal comunitario está legitimada democráticamente a la vez que los límites en el ejercicio de tal labor son de orden constitucional.

muestra una aparente ausencia de legitimidad democrática en la institucionalización de dicho órgano de justicia y de posible inconformidad o desavenencia pública de sus decisiones. En todo caso, esta problemática en particular⁶¹ no es objeto de este ensayo y por ello no ahondaremos en ella.

Sin embargo, debemos advertir que cualquier limitación o restricción al ejercicio de un poder público o de un derecho subjetivo público, como el de la tutela judicial,⁶² deben ser convenidas por el soberano, en cuyo caso, si la interpretación prejudicial que realiza el tribunal comunitario llegase a constituir una restricción al poder jurisdiccional de los Estados parte de la Comunidad Andina, adolecería asimismo del elemento legitimador democrático, quedando en entredicho la obligatoriedad de sus contenidos en las decisiones que los jueces nacionales sí las toman de manera legítima. Cabe advertir también que dicha disfunción se trasladaría asimismo a la potestad legislativa con la que se dictó en la Comunidad Andina el régimen común de la propiedad industrial.

Retomando el objeto de este ensayo, existe un segundo inconveniente respecto de las potestades jurisdiccionales o judiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en torno al régimen común de la propiedad industrial. El poder de administrar justicia está constituido, a su vez, por los poderes de decisión, coerción, documentación o investigación, y ejecución,⁶³ todos enlazados al objeto del proceso, su devenir y su decisión final. La actividad interpretativa de los jueces, por su parte, es una de las prerrogativas del primero: del poder de decisión; por esta, los jueces determinan el sentido y el alcance de las normas jurídicas que aplican a un caso concreto.⁶⁴ Y, por ello, un juez es tal: es juez en la medida en la que goza de todas las prerrogativas anunciadas. No obstante, en el sistema de colaboración promovido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el juez nacional es el juez comunitario y en consecuencia es quien califica los hechos materia del proceso pero sin la capacidad de interpretar las normas comunitarias que debe aplicar al caso concreto, en tanto que, el Tribunal Andino de Justicia es un juez que goza —en lo que respecta al régimen común de propiedad industrial— únicamente de una competencia excepcional (y privativa) para interpretar el derecho de integración. Este Tribunal de acuerdo al artículo 30 del Tratado de su creación, no puede:

Interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso. Además debe tenerse en cuenta que los jueces nacionales, que son por supuesto

61. Montaña Galarza, *Problemas Constitucionales de la Integración*, 85-119.

62. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 6/86*, 9 de mayo de 1986.

63. Echandía, *Compendio de Derecho Procesal. Teoría general del proceso*, 69-70.

64. Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87, 5.

autónomos para la interpretación y aplicación del derecho interno, son los “ordinarios”, “naturales”, o de “derecho común” para la aplicación del derecho comunitario andino, y que este Tribunal tan solo tiene competencia excepcional, específica o de mera “atribución” para interpretar el derecho integracionista por la vía prejudicial, a fin de procurar la indispensable uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho común. Esta competencia *sui generis*, por lo demás tiene una finalidad eminentemente práctica ya que obedece a un mecanismo de cooperación o articulación judicial con inevitable incidencia en la sentencia que haya de dictar el juez nacional, pero tan solo cuando deba aplicar el derecho comunitario.⁶⁵

De manera que, en lugar del sistema de colaboración *inter iudices* asimilado por el discurso integracionista, la interacción entre jueces nacionales (de última o única instancia) y andinos permite entrever, más bien, un *régimen de juez dividido*, en el que, dada la segmentación de los poderes constitutivos de la jurisdicción, ni los jueces nacionales ni los jueces andinos son en verdad jueces, llegando a serlo únicamente en su conjunto: con la inevitable participación y adición de ambos elementos, en cuyo caso la validez de sus actuaciones no pasa únicamente por el cumplimiento o no de una norma comunitaria por parte de los habitantes de los Estados miembros del proceso de integración, sino por la correcta conformación del juez o tribunal que juzga y que finalmente aplicará a un caso concreto entre particulares normas de un régimen comunitario único para una materia en específico: propiedad industrial.

En dicho caso, el juez comunitario no es sino la sumatoria de los poderes jurisdiccionales que se encuentran seccionados entre autoridades nacionales y otras similares andinas, estado *sui generis* que ha sido posible por la sola restricción que las normas comunitarias han hecho del poder jurisdiccional de los países miembros del proceso de integración, de modo que, los jueces nacionales (de última o única instancia) quedan incapacitados para juzgar por sí solos los conflictos entre particulares en materia de propiedad industrial, así se tratase de litigios entre sus nacionales, tal como el tribunal de justicia andino ha quedado incapacitado para decidir totalmente sobre los casos concretos que se presentasen entre los habitantes del territorio comunitario. De modo que, en lo que conviene al ámbito de la justiciabilidad del régimen común de propiedad industrial, los jueces nacionales de última o única instancia y los jueces andinos son *jueces sin serlo*, es decir, lo son en su conjunto y adición, pero no por separado o aislados unos de otros.

Lo expuesto se percibe manifiestamente en las mismas decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En la interpretación prejudicial del proceso No. 1-IP-87: Interpretación prejudicial de los artículos 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la

65. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 4-IP-89, 3.

Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, de 3 de diciembre de 1987 –la cual ha servido, *inter alia*, de guía en el desarrollo de la dogmática tras la institución de la consulta previa–, el tribunal sostuvo que su función es “únicamente la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico”,⁶⁶ señalando, además, que por aquella “debe entenderse la búsqueda de la significación de la norma para precisar su alcance y su sentido jurídico, tarea esencialmente distinta a la de aplicar la norma a los hechos, la cual está reservada al juez nacional”,⁶⁷ no pudiendo, en tal caso, el tribunal realizar “el cotejo y adaptación entre el contenido general de la norma que interpreta y los hechos concretos y particulares”.⁶⁸

No obstante de tales aseveraciones por las que, *prima facie*, podría concluirse que la labor interpretativa del tribunal comunitario carece de incidencia concreta en la decisión final del juez nacional, el mismo, inmediatamente, realiza una precisión respecto de la obligación estatutaria de conocer los hechos relevantes del caso concreto, previamente a emitir su dictamen, y de remitirse –es más– a ellos de ser necesario.⁶⁹

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 este se ha de pronunciar sobre ellos [...] sino para que, conociéndolos, pueda el Tribunal enfocar u orientar la doctrina de suerte que su interpretación resulte útil para el juez nacional que debe fallar. De otro modo, la interpretación que adopte el Tribunal podría resultar demasiado general y abstracta, en el inagotable universo de la teoría jurídica e inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario.⁷⁰

Por lo que, si bien el Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina prohíbe en la interpretación prejudicial realizar una caracterización de los hechos del caso en particular,⁷¹ por regla general sus resoluciones interpretativas lo terminan haciendo,⁷²

66. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87, 2.

67. *Ibid.*

68. *Ibid.*

69. Cfr. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, *Decisión 500* (2001), artículo 125, letra d.

70. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87, 2.

71. Cfr. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, *Decisión 500* (2001), artículo 126, inc. 3.

72. Vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 60-IP-2012; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 149-IP-2011; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 01-IP-2010; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 106-IP-2009; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 190-IP-2007; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 142-IP-2003; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-96; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 10-IP-94; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 3-IP-93; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 3-IP-90; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 2-IP-90; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 4-IP-89; vid. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87.

en mayor o menor grado, precisamente, para incidir suficientemente en la decisión judicial final, por lo que, en definitiva, la resolución del caso concreto la realizan ambos jueces en conjunto, el nacional y el andino; este último, con la interpretación que realiza atendiendo los hechos relevantes del caso concreto, tiene una “inevitable incidencia en la sentencia que haya de dictar el juez nacional”.⁷³

Finalmente, existe un tercer inconveniente respecto de las potestades jurisdiccionales o judiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en torno al régimen común de la propiedad industrial: la garantía de independencia e imparcialidad de los jueces nacionales. Este no es objeto del presente estudio, sin embargo, su problemática ejemplifica puntualmente la restricción del poder jurisdiccional de los Estados parte por el ejercicio de la consulta interpretativa prejudicial por parte del tribunal andino. La independencia y la imparcialidad son valores, principios y deberes que imbuyen naturalmente al juez, sea este nacional o comunitario, ya que el sistema de separación de poderes supone además uno de frenos y contrapesos,⁷⁴ en el que la independencia del órgano judicial e imparcialidad externa e interna de los jueces garantizan la justicia en sus decisiones. Sin embargo, la conformación y la actuación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deviene exclusivamente de un tratado internacional fundacional entre Estados, esto es, de la voluntad de los órganos del poder ejecutivo de los Estados parte, a pesar de que un régimen común como el de propiedad industrial afecta directamente a los habitantes de tales Estados y no a estos, a sabiendas que, en tal caso, los mecanismos de interpretación utilizados por el tribunal quedan sesgados a los métodos propios del Derecho Internacional Público, entendiéndose los intereses en litigio *inter partes* a otros ajenos de naturaleza económica y política:

En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el aporte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, Tribunal único de las Comunidades Europeas en la aplicación de este derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, sin perder de vista el fin permanente de la norma. Por estas consideraciones corresponde el empleo preferente de los métodos de interpretación llamados “funcionales”, como los métodos sistemáticos y de interpretación teleológica, sin dejar de utilizar, si fuese el caso, los demás universalmente admitidos, con la advertencia de que el método teleológico, que adquiere connotación especial en el derecho comunitario como normativa de un proceso de realizaciones conjuntas para el logro de un objetivo común, es el que mejor se adapta a la naturaleza propia de la decisión prejudicial en cuanto tiene en cuenta el “objeto y fin” de la norma, o sea, en último término,

73. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 4-IP-89, 3.

74. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 183-200 y 207-249.

el proceso de integración de la Subregión Andina que es el propósito que inspira la suscripción del Acuerdo de Cartagena.

El límite fundamental denominado *sana crítica*⁷⁵ con el que actúan independiente e imparcialmente los jueces nacionales en la labor de decidir un caso concreto aplicando las normas vigentes, tratándose del régimen comunitario de propiedad industrial, en el que la actividad del legislador nacional es marginal, quedaría también condicionado en último término al objeto y fin del proceso de integración de la Subregión Andina.

Las reglas de la sana crítica “no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”;⁷⁶ es decir, “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”;⁷⁷ las cuales, en el caso de los jueces nacionales, aparentemente quedarían sometidas a la interpretación prejudicial del tribunal comunitario, por lo que los jueces nacionales dejarían de ser plenamente críticos debiendo subordinar su criterio judicial al del tribunal andino de justicia. Por otra parte, la sana crítica que debe servir de límite asimismo a los jueces del tribunal comunitario finalmente quedaría delimitada a los fines del proceso de integración, no al fin último de la norma que correspondería *per se* a un método de interpretación teleológico; fines que se caracterizan por su contenido político y económico, y que responden a los intereses de los gobiernos que acordaron su conformación.

De manera que parece evidente la restricción a la potestad jurisdiccional de los Estados miembros de la Comunidad Andina por la interpretación prejudicial que realiza el tribunal andino de justicia sobre las normas del régimen común de propiedad industrial.

CONCLUSIONES

- a) La consulta o interpretación prejudicial (que realiza el Tribunal Andino de Justicia) es una herramienta de notable utilidad práctica, ya que garantiza la validez y la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la comunidad y evita una posible ruptura del sistema normativo comunitario que debe ser aplicado

75. Eduardo Couture, *Estudios de Derecho procesal civil*, tomo II (Buenos Aires: Depalma, 1979), 195; Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial* (Buenos Aires: Ediar, 1956), 127.

76. Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, 127.

77. Couture, *Estudios de Derecho procesal civil*, 195.

por los jueces nacionales de los diferentes Estados parte del proceso de integración de la subregión andina (conjuntamente con los jueces andinos). Sin embargo, es un mecanismo que carece de legitimidad democrática pese a ser el resultado del ejercicio de un poder público: la jurisdicción, y que los destinatarios directos del régimen común de propiedad industrial son los habitantes del territorio comunitario y no los Estados miembros de la comunidad.

- b) El Tribunal de la Comunidad Andina, de modo privativo, determina el sentido y el alcance de las normas jurídicas del régimen común de propiedad industrial que los jueces nacionales aplican a un caso concreto; en consecuencia, son los únicos operadores de la actividad interpretativa judicial. Esta es parte del poder de decisión de los jueces, el cual emana, a su vez, del ejercicio de la potestad de administrar justicia, con la que han sido investidos soberanamente los jueces nacionales; investidura de la que adolecen los jueces del tribunal comunitario, quienes son el resultado del acuerdo –coyuntural– de voluntades de los gobiernos de los países miembros de la Comunidad Andina (en cuanto a sus atribuciones y su estructura), en cuyo caso la recepción, asimilación y conciencia ciudadana de sus actuaciones no se asienta en el pacto social o constitución de los Estados, sino en las sanciones que a estos les impone el sistema por el incumplimiento de las normas comunitarias.
- c) La interpretación prejudicial en el régimen común de propiedad industrial es una restricción a la potestad jurisdiccional de los Estados miembros de la Comunidad Andina, ya que sus jueces han perdido la capacidad de interpretar las normas que van a aplicar a un caso concreto, debiendo someterse al ejercicio interpretativo que realice el tribunal comunitario sobre los hechos relevantes de dicho caso, pero sin poder decidir en definitiva sobre el mismo; por lo que ni los jueces nacionales ni los jueces andinos son individualmente jueces frente a los litigios en materia de propiedad industrial, pues ninguno ostenta todos los poderes naturales que instituyen formalmente a un juez, convirtiéndose, en todo caso, finalmente y en conjunto en uno comunitario por la adición de sus poderes, de manera que la dimensión del sistema de colaboración judicial entre aquellos, promovida por el mismo tribunal, pierde certeza pues dicha colaboración supondría la coordinación de jueces nacionales y andinos en un régimen específico de división de trabajo, pero, dadas las restricciones anotadas, la interacción se produce en realidad entre autoridades públicas con prerrogativas judiciales que se ensamblan para formar un juez comunitario con el objeto de ejecutar una labor específica: dictar una sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1956.
- Blanco Valdés, Roberto L. *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza, 1994.
- Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho procesal civil*. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho procesal. Teoría general del proceso*. Tomo I. 15a. ed. Bogotá: Temis, 2012.
- Gálvez Krüger, María Antonieta. “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina”. *Themis Revista de Derecho*, No. 42 (2001).
- García Orio-Zabala de la Maza, José Luis. y José Ramón Pérez Aparicio. “El recurso prejudicial de interpretación (art. 177 T.CEE): Instrumento de garantía de la unidad y la uniformidad del derecho comunitario”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, No. 4 (1986).
- Montaño Galarza, César. *Problemas Constitucionales de la Integración*. México: Porrúa, 2013.
- Pachón Muñoz, Manuel. “La Acción de Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario Andino”, *Themis Revista de Derecho*, No. 23 (1992).
- Perotti, Alejandro Daniel. “Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho andino”. *Dikaion Revista de actualidad jurídica*, No. 11 (2002).
- Vigil Toledo, Ricardo. *La Estructura Jurídica de la Comunidad Andina*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2015.

SENTENCIAS

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 6/86, 9 de mayo de 1986.
- Secretaría General de la Comunidad Andina, Dictamen de incumplimiento No. 173 de 2003, Resolución 771 de 22 de septiembre de 2003.
- Secretaría General de la Comunidad Andina, Dictamen de incumplimiento No. 38 de 2000, Resolución 459 de 5 de diciembre de 2000.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 60-IP-2012, 24 de octubre de 2012.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 149-IP-2011, 10 de mayo de 2012.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 3-AI-2010, 26 de agosto de 2011.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 106-IP-2009, 21 de abril de 2010.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 190-IP-2007, 19 de febrero de 2008.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 114-AI-2004, 8 de octubre de 2005.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 142-IP-2003, 18 de febrero de 2004.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-96, 9 de diciembre de 1996.

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 10-IP-94, 17 de marzo de 1995.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 3-IP-93, 13 de julio de 1993.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 3-IP-90, 25 de septiembre de 1990.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 2-IP-90, 20 de septiembre de 1990.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 4-IP-89, 2 de mayo de 1990.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 1-IP-87, 3 de diciembre de 1987.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 01-IP-2010, 19 de mayo de 2010.

NORMAS COMUNITARIAS

- Acuerdo de Cartagena (1969).
- Acuerdo de Integración Subregional Andino, *Decisión 563* (2003).
- Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 24* (1970).
- Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 85* (1974).
- Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 311* (1991).
- Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 313* (1992).
- Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 344* (1994).
- Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 486* (2000).
- Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, *Decisión 500: Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (2001).
- Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia (1979).
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996).

NORMAS NACIONALES

- Constitución Política de Colombia (1991).
- Constitución Política del Perú (1993).
- Constitución de la República de Ecuador (2008).
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009).

Fecha de recepción: 13 de enero de 2016
Fecha de aprobación: 29 de enero de 2016

Viking y Laval en el contexto del pluralismo constitucional y la posibilidad de diálogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Gabriel Moreno González*

RESUMEN

Este artículo pretende abordar la jurisprudencia asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los asuntos Viking y Laval, relativa al derecho de huelga, en tanto otorga prevalencia jerárquica a las libertades económicas frente a los derechos fundamentales. Partiendo de esta doctrina, se analizará a su vez el tratamiento de la huelga por parte del Tribunal de Estrasburgo y la posibilidad de que, sirviéndose del marco pluralista europeo, desarrolle en un futuro un diálogo judicial con el de Luxemburgo que fuerce a este un cambio de su jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Pluralismo constitucional, diálogo judicial, libertades económicas, derechos fundamentales, Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

ABSTRACT

This paper intends to analyse two decisions of the European Court of Justice about the right to strike: *Viking and Laval*. In both cases, the Court determined that economic freedoms have preeminence over fundamental rights. It will also address to demonstrate how the European Court of Human Rights has developed the right to strike. In this context, a future judicial dialogue between both Courts that force a change in their jurisprudence will be examined in the European pluralist framework.

KEYWORDS: Constitutional pluralism, judicial dialogue, economic freedoms, fundamental rights Rights, European Union, European Convention on Human Rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union.

FORO

INTRODUCCIÓN

En unas declaraciones al semanario alemán *Der Spiegel* de octubre de 2012, el presidente del Banco Central Europeo, Mario Draghi, afirmaba sin ambages: “los gobiernos deben darse cuenta de que perdieron su soberanía nacional hace tiem-

* Doctorando en Derecho, Institut de Drets Humans, Universidad de Valencia.

po”. Este rotundo aserto, que pasó prácticamente inadvertido entre la prensa europea, cristaliza la llamada “crisis del Estado”. analizada desde hace ya décadas por gran parte de la doctrina,¹ y que viene acentuándose sobremanera en Europa mediante su original proceso de integración supranacional. La Unión Europea obliga a adaptar, cuando no reinventar, los conceptos clásicos del Derecho Constitucional vinculados a la concepción tradicional del Estado-Nación westfaliano, poniendo en jaque las ideas básicas que vertebran nuestra visión de la democracia. La utilización sui generis que la Unión realiza de las categorías constitucionales nacidas al calor de la consolidación del Estado constitucional (división de poderes, garantía de derechos, extensión del principio democrático...) constituye un objeto de estudio para la doctrina que impele a esta a desprenderse de las clásicas construcciones conceptuales.²

Sin embargo, superar la visión estatista de la democracia no es ni tan fácil ni, posiblemente, tan deseado.³ Las voces que proclaman la muerte del Estado soberano se enfrentan a retos aún más difíciles de vencer.⁴ Los problemas de escala aparejados a la creación de unidades políticas supraestatales sin un *demos*⁵ definido y sin conciencia (identitaria)⁶ de serlo pueden llegar a inmutar la misma esencia de la democracia.⁷

A pesar de ello, el proyecto de integración europea ha seguido su curso y alcanzado cotas que décadas atrás eran impensables, hasta el punto de que se puede hablar de

-
1. Neil Mackormick, “Beyond the Sovereign State”. *Modern Law Review*, No. 56 (1993): 1-18. Para un reciente análisis de la “crisis del Estado” como ideología, puede verse Marcos Criado de Diego, “La crisis del Estado como ideología”. En *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Albert Noguera Fernández (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 123-151. Asimismo, y circunscrito al ámbito europeo, de nuevo Neil Mackormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth* (Oxford: Oxford University Press, 1999).
 2. Pedro de Vega García, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. *Revista de Estudios Políticos*, No. 100 (Madrid: 1998): 13-56.
 3. Juan Carlos Bayón Mohino, “¿Democracia más allá del Estado?”. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*, No. 28 (2008): 27-52.
 4. Incluidas aquellas que defienden abiertamente un nuevo constitucionalismo mundial, como Luigi Ferrajoli, “Beyond sovereignty and citizenship: a global constitutionalism”. *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, No. 57 (1996): 151-160. Autores como Ulrich Beck, Baurman o Habermas, defensores de ese gobierno global han sido denominados por Hedley Bull como “Western globalists” en Hedley Bull, “The State’s Positive Role in World affairs”. *Dedalus*, vol. 108, No. 4 (1979): 111-123.
 5. Weiler sostiene, muy al contrario, y en una postura que consideramos ciertamente insostenible, que sí existe un auténtico *demos* europeo con conciencia de serlo, y que ha logrado manifestarse como tal mediante la adopción de los diversos tratados que jalonan el proceso de integración. Puede verse Joseph Weiler, “Does Europe need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and Ethos in the German Maastricht Decision”. En *The Question of Europe*, Gowan y Perry Anderson (Londres/Nueva York: 1997).
 6. La extensa obra de Kymlicka es ilustrativa de las tensiones que se producen entre las unidades políticas y las comunidades que albergan sin que exista una identidad común y, por consiguiente, fidelidad a un mismo *nomos*. Puede verse Will Kymlicka, *Liberalism, community and culture* (Oxford: Oxford University Press, 1989).
 7. En este sentido, el dilema que plantea Robert Dahl, “A Democratic Dilemma: System Effectiveness versus Citizen Participation”. *Political Science Quarterly*, No. 109 (1994): 23-34.

un doble proceso de constitucionalización de la integración y europeización de las Constituciones nacionales.⁸

Si antaño las normas constitucionales revestían una pretensión de globalidad, de normar todo el orden social y la vida del Estado, en la actualidad la apertura *ad intra* y *ad extra* del modelo constitucional ha atenuado dicha pretensión hasta hacerla irreconocible, conformando una suerte de “constitucionalidad compleja”.⁹ Por su propia naturaleza, ámbitos que no están reconocidos en el texto constitucional, que lo rebasan y lo expanden, se convierten también en constitucionales en la medida en que establecen centros de decisión con capacidad normativa amparados en criterios propios de legitimidad y garantía de derechos. Siguiendo al profesor Bustos, “la Unión Europea es un ente supraestatal que ejerce sus poderes de acuerdo con las categorías y conceptos propios del derecho constitucional”.¹⁰ En consecuencia, podemos hablar de un “derecho constitucional europeo”, imbricado y desprendido del derecho constitucional nacional, pero con las atribuciones necesarias y suficientes para ser autónomo. Estamos en presencia, pues, de dos actores con naturaleza constitucional, autónomos pero interdependientes entre sí, que compiten estratégicamente en aparente plano de igualdad.¹¹

El monismo constitucional, caracterizado por la centralidad de la Carta Magna nacional, da paso así al “pluralismo constitucional”,¹² entendido en palabras de MacCormick, como “aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez”,¹³ Al no afirmarse la supremacía de una sobre otra, ante la ausencia de criterio jerárquico que dé certeza en la resolución de los conflictos últimos, se generan tensiones a las que el derecho constitucional, desde la teoría, y los poderes derivados, desde la praxis, han de dar respuesta.

La relación Unión Europea-Estados miembros, como paradigma del modelo descrito, acoge en su seno no pocas tensiones cuyas pretendidas soluciones comportan otras tantas controversias. La cuestión que gravita en torno a la problemática que rodea cualquier conflicto entre dos ámbitos constitucionales conectados entre sí y sin

8. Pablo Pérez Tremps, “Constitución española y Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 71 (2004).

9. Pedro Cruz Villalón, *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa* (Madrid: Trotta, 2004), 137.

10. Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial* (México: Porrúa, 2012), 4.

11. Häberle, *Pluralismo y Constitución: estudios de...*, 263. Häberle sostiene la idea de que el pluralismo constitucional es instrumento del Estado cooperativo nacido tras la II Guerra Mundial, “Estado que toma plenamente conciencia de la colaboración internacional y se responsabiliza también de ella como parte de la propia solidaridad”.

12. Neil Walker, “The idea of Constitutional Pluralism”. En *EUI Working Paper* (Florencia: 2002), 27.

13. Mackormick, “Beyond the Sovereign State”, 15 y 16.

relación de jerarquía, es siempre la determinación de quién ha decidir en última instancia. Para Mayer, ambos niveles, europeo y estatal, forman parte de un mismo sistema unitario en cuanto a función e instituciones,¹⁴ cuya característica principal reside en que su estructuración no es jerarquizada a pesar de la importancia que pueda tener el principio de primacía.¹⁵ Por el contrario, Pernice llega a admitir que debe otorgarse la última voz a las instituciones y normas europeas, no por el principio de jerarquía, sino por el de funcionalidad, ya que son estas las que buscan como objetivo último la uniformidad del derecho de la Unión, para cuya efectividad es esencial un mínimo grado de igualdad.¹⁶

Sin embargo, quizás en este intento por parte de la doctrina de determinar el centro de decisión última en caso de conflicto, pervive aún una férrea visión estatista de la democracia, que le lleva a buscar una certeza monista donde aparentemente todo es más plural y complejo. Como dice el profesor Bustos, para determinar la norma constitucional aplicable y establecer así quién tiene la última (y decisiva) palabra, no necesariamente hemos de buscar una unidad constitucional concreta, ya que la interacción de múltiples unidades puede derivar en una solución interpretativa resultado de un enriquecimiento mutuo entre los actores en juego.¹⁷ Ello, claro está, sin olvidar la debida coherencia que ha de guiar todo el sistema, coherencia que puede alcanzarse mediante continuas operaciones de inclusión en el sistema constitucional visto en su conjunto y complejidad.¹⁸

Claro que, para que exista esa interacción enriquecedora en pie de igualdad entre los dos ámbitos constitucionales, debe darse un *mínimum* de homogeneidad entre las disposiciones constitucionales a nivel supraestatal, entre estas y las constitucionales nacionales, y entre estas entre sí. Häberle acude aquí a su famosa construcción del “Derecho constitucional común europeo”, al advertir, como ya hiciera el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que existen una serie de valores y principios comunes entre las diferentes tradiciones constitucionales.¹⁹ Sobre ese sustrato, y a partir de él, las diferencias conflictuales pueden canalizarse a través de mecanis-

14. Siguiendo a Bustos, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, 12: “la ruptura de la unidad documental no significa la ruptura de la unidad conceptual”.

15. Franz Mayer, *The European Constitution and the Courts, Adjudicatin European Constitutional Law in a Multi-level System* (Berlín: Walter Hallstein Institut, 2003), 31 y s.

16. Ingolf Pernice, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”. *European Law Review*, No. 5 (2002): 511-529. Es muy de notar el optimismo democrático que Pernice deposita en el proceso de integración europea.

17. Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, 42.

18. Cruz Villaón, *La Constitución inédita: estudios ante...*, 149 y s.

19. Peter Häberle, “Derecho constitucional común europeo”. *Revista de Estudios Políticos*, No. 79 (1993): 7-46.

mos de resolución dialógicos,²⁰ potenciando un diálogo (jurisdiccional o no) entre los ordenamientos para alcanzar una solución armoniosa.²¹

Empero, el problema reside en aquellos “fenómenos de fricción”, como los denomina Mayer,²² donde la convergencia de las diferentes tradiciones constitucionales y la normatividad supraestatal de la UE es difícil de alcanzar. Esta fricción aparentemente irresoluble desde parámetros pluralistas es potenciada en el ámbito de los derechos sociales, en tanto el modelo de constitucionalismo social propio de los Estados miembros no tiene su reflejo en el constitucionalismo europeo, produciéndose así una asimetría que, para parte de la doctrina, conlleva la disolución del primero en la naturaleza liberal y mercantilista del segundo.²³ Y es precisamente en este campo donde se da una de las mayores tensiones constitucionales en el seno de la UE: el conflicto entre los derechos fundamentales y las libertades económicas.

En este sentido, en el presente trabajo abordaremos dicho conflicto a través de la que quizás sea su manifestación más clara, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el derecho de huelga. Partiendo de un análisis general de la posición de los derechos fundamentales respecto a las libertades económicas en el ordenamiento comunitario, se estudiarán los argumentos que el Tribunal de Luxemburgo utiliza para construir la polémica doctrina que sitúa estas libertades en un aparente plano de superioridad sobre los derechos. A continuación, y sobre la base de un escenario de pluralismo constitucional como el que se da en Europa, se examinará el posible contexto de interacción entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en cuanto al derecho de huelga, y la consiguiente probabilidad de que, en un futuro no tan lejano, el máximo garante del derecho comunitario modifique su propia jurisprudencia mediante los ahora tan afamados diálogos judiciales.

20. Rafael Bustos Gisbert, “La función jurisdiccional en escenarios de pluralismo constitucional”. En *Integración Europea y Poder Judicial*, coord. por Arnaiz Saiz (Guipúzkoa: Instituto Vasco de Administración Pública, 2006).

21. Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, 48: “La presencia de jurisprudencias constitucionales contradictorias entre los diversos lugares constitucionales no es solo inevitable, sino característico de un ordenamiento constitucional pluralista”.

22. Mayer, *The European Constitution and the Courts...*, 37.

23. Carlos de Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución* (Madrid: Trotta, 2010), 106-133, y Ainhoa Lasa López, *Los derechos sociales en el constitucionalismo de mercado: aporías de la dimensión social de la Unión Europea* (Bilbao: Universidad del País Vasco, 2012).

DERECHOS FUNDAMENTALES VERSUS LIBERTADES ECONÓMICAS

De sobra es conocido que en el proceso de integración europea primó desde el inicio la dimensión económica sobre la protección de los derechos, en tanto estos gozaban ya de un nivel de garantía suficiente a través de los instrumentos normativos del Consejo de Europa y sus instituciones (no solo jurisdiccionales) de salvaguarda.

No obstante, los avances en la integración tuvieron necesariamente que enfrentarse a la aceptación progresiva de los derechos fundamentales, puesto que el aumento de las competencias y de los escenarios donde las Comunidades Europeas intervinieran, hacía obligatorio una protección de tales derechos en la medida en que pudieran ser conculcados. Así, la integración fue cobrando con el tiempo un carácter aún más constitucional, al sumarse a su acervo, aunque fuera mínimamente, las referencias a derechos fundamentales.²⁴

En un principio, el Tribunal de Justicia de las entonces Comunidades Europeas se mantuvo reacio a fiscalizar las normas comunitarias a la luz de unos derechos que para él se mostraban vagos y, sobre todo, faltos de positivización en su campo de conocimiento. Así, en la temprana sentencia *Store*, de 1959, consideró que la lesión de derechos fundamentales no era causa de invalidez de una norma o acto de derecho comunitario.²⁵ No obstante, la construcción jurisprudencial del principio de primacía del derecho comunitario, y los riesgos y posibilidades que entraña en el campo de los derechos fundamentales, hará cambiar dicha jurisprudencia de manera radical, constituyendo un verdadero punto de inflexión en la dinámica del Tribunal.²⁶

En la sentencia *Stauder c. Ciudad de Ulm*,²⁷ de 1970, Luxemburgo reconoce que ha de tener en cuenta la tradición constitucional común europea en la que están insertos los derechos fundamentales, convertidos ahora en principios generales del Derecho

24. Joaquín Sarrión Esteve, “El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales”. En *Ceflegal Revista Práctica de Derecho*, No. 121 (2011): 53-111.

25. Sentencia del asunto *Store*, C-1/58, de 4 de febrero de 1959.

26. La importancia de la creación del principio de primacía en la aceptación de los derechos fundamentales como referencia a tener en cuenta por parte del Tribunal de Justicia, es indicada por Alec Stone Sweet, “Constitutional Dialogues in the European Community”. En *Robert Schuman Working Paper*, No. 95/38 (Florenia: European University Institute, 1995), 317.

27. C-26/69, de 12 de noviembre de 1970. En el párrafo 7 se concluye: “los derechos fundamentales de la persona son subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”.

comunitario.²⁸ Poco a poco va así aceptando la idea de que hasta el propio derecho comunitario debe respetar un *mínimum* en cuanto al contenido de los derechos que son inherentes a los sistemas constitucionales de los Estados miembros. Hasta el punto de que, en 1991, en el caso *Elliniki*, el Tribunal establece que los Estados no pueden conculcar los derechos fundamentales aun cuando aplican el Derecho derivado de la Comunidad Europea, y aun cuando dicho respeto implique una excepción a las obligaciones de los Tratados.²⁹ Y en estas obligaciones el TJCE incluye expresamente a las libertades económicas, por lo que cuando un Estado miembro adopte medidas para restringir una de dichas libertades, no solo tendrá que velar por su justificación, sino que también deberá respetar los derechos fundamentales reconocidos por Luxemburgo como principios generales del Derecho de la Unión.³⁰

Asimismo, el Tribunal llega a reconocer como fuentes de concreción de esos derechos fundamentales no solo las tradiciones constitucionales comunes en los Estados miembros (materia por lo demás excesivamente difusa), sino también los instrumentos de defensa y garantía de derechos firmados por estos últimos, en clara referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).³¹

Claro que esta nueva realidad debe ser comparada, por parte del TJCE, con los parámetros que sí expresamente guían su actividad, es decir, las libertades económicas establecidas en los Tratados (de establecimiento, mercancías, prestación de servicios, movimiento de capitales, etc). Estas son las que vertebran los Tratados y las que sirven como medio para alcanzar los fines de la Unión (y anteriormente de la Comunidad): establecer y consolidar un mercado interior en el contexto de una economía de libre mercado competitiva.³²

En la medida en que es reconocida virtualidad jurídica a los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia, pueden surgir conflictos entre estos y las liber-

28. Para un análisis de la posición que esta nueva categoría ocupa en el ordenamiento comunitario y sus consecuencias tanto teóricas como prácticas, puede verse Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

29. Sentencia de 18 de junio de 1991, *Elliniki Radiophonia Tilérossasi AE et Panellina Omospondia Syllogon prospoilou c. Dimotiki Etarrilla Plirosoforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas y otros*, asunto C-260/89.

30. Francis Jacobs, "Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice", *European Law Review*, No. 4, 331-337.

31. Interesante al respecto es la propia opinión del Tribunal de Justicia en el *Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, en cuyo párrafo 33 se llega a decir que "los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, inspirados en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados así como en los instrumentos internacionales [...], en los que el Convenio reviste un significado particular".

32. Ainhoa Lasa López, "Derechos de conflicto y razones de mercado. Caracterización jurídica de la huelga en el Derecho comunitario europeo", *Revista de Derecho Constitucional europeo*, No. 13 (2010): 309 y s.

tades económicas (dada la especial posición que ocupan en el derecho originario), y cuyas soluciones pueden presentarse de tres maneras diferentes: resolver el conflicto tratando ambas dimensiones en pie de igualdad, enjuiciarlo reconociendo una relación de jerarquía a favor de los derechos fundamentales o, en definitiva, asumir dicha relación de jerarquía a favor de las libertades económicas.³³ Como hemos podido apreciar, con Stauder y Elliniki se abre una línea jurisprudencial que se mueve dentro de los dos primeros supuestos, una tendencia “garantista” que continuaría con todas las libertades económicas, cuyas restricciones son avaladas por el Tribunal en base al respeto de los derechos fundamentales.³⁴ Así, en el asunto Carpenter, la libre circulación de personas y trabajadores queda restringida cuando colisione con el derecho a la vida familiar;³⁵ o, en el caso Karner, donde es esta vez la libre circulación de mercancías la que no puede justificar una vulneración de la libertad de expresión.³⁶

Pero donde de verdad el TJCE quedará asentada la ausencia de primacía de las libertades económicas frente a los derechos fundamentales, será en dos famosos casos muy cercanos en el tiempo: Schmidberger y Omega.

En la sentencia Schmidberger,³⁷ el derecho a la libertad de expresión y de reunión queda amparado frente a la libre circulación de mercancías, considerándose justificada la restricción de esta última con ocasión de un bloqueo en el tráfico transfronterizo provocado por asociaciones ecologistas. Dicha acción estaría amparada en los artículos 10 y 11 del CEDH, que garantizan las libertades de expresión y de reunión, y que sirven para conformar una visión homogénea de tales derechos fundamentales en tanto integrantes de los principios generales del Derecho comunitario.

Por su parte, en el polémico asunto Omega,³⁸ el Tribunal de Luxemburgo da la razón a las autoridades alemanas, que impidieron el establecimiento de un centro de juego con rayos láser por considerarlo contrario a la dignidad humana. La libre

33. Joaquín Sarrión Esteve, “Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Revista de Derecho Político*, No. 81 (2011): 383.

34. No obstante, los casos y las soluciones que se plantean distan entre sí. Como ha apuntado Spaventa, hemos de diferenciar entre aquellos asuntos donde la restricción a las libertades económicas viene avalada por el propio Tratado, como en la sentencia Elliniki; y aquellos otros donde Luxemburgo contempla, a la luz de los derechos fundamentales, posibilidades de excepcionar la libertad económica por razones de interés general (*mandatory requirements*). Esta distinción, sobre la que volveremos más adelante, es analizada en Eleanor Spaventa, “On discrimination and the theory of mandatoy requirements”. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, No. 3 (2002): 457-478.

35. Sentencia de 11 de julio de 2002, Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department, asunto C-60/00.

36. Sentencia de 25 de marzo de 2004, Herbert Karner Industrie-Auktionen GMBH c. Troostwijk GMBH, asunto C-71/02.

37. Sentencia de 12 de junio de 2003, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge, asunto C-112/00.

38. Sentencia de 14 de octubre de 2004, Omega, asunto C-36/02.

prestación de servicios, una de las libertades económicas, queda de nuevo restringida por un derecho fundamental, aun cuando la interpretación extensiva *sui generis* que realiza el Estado alemán no sea propia de la tradición constitucional europea. Es decir, el Tribunal no enjuicia aquí el derecho fundamental a la luz de los estándares europeos en tanto principios generales del Derecho comunitario, sino que avala la limitación de la libertad económica desde la sede nacional del derecho en cuestión, que opera sin necesidad de ser “comunitarizada”. Quizás pesaron en el Tribunal sobremanera las amenazas de un siempre vigilante Tribunal Constitucional Alemán, al que se le ha llegado a denominar como “señor del constitucionalismo europeo”.³⁹ Lo que nos lleva a pensar, recordando la célebre frase de George Orwell, que todos los países son, en efecto, soberanos, pero unos más que otros.

Sea como fuere, los derechos fundamentales parecen operar en el marco comunitario de manera única y exclusivamente limitativa o defensiva.⁴⁰ Como en el constitucionalismo clásico, los derechos individuales, subjetivos, actúan como meros límites negativos, sin actuación positiva por parte de los poderes constituidos que, en este caso, están formados por las instituciones comunitarias.⁴¹ Proteger y promover su realización quedan, por tanto, fuera del ámbito europeo.

Sin embargo, con las dos últimas resoluciones nombradas, Schmidberger y Omega, Luxemburgo parecía haber primado los derechos fundamentales por encima de las libertades económicas, en una posición aparentemente inversa de jerarquía,⁴² y en lo que podríamos llamar tratamiento positivo (a favor de los derechos) del conflicto. No obstante, y como veremos a continuación, el Tribunal ha ido cambiando poco a poco su propia jurisprudencia, estableciendo un criterio interpretativo que sobredimensiona la posición de las libertades económicas en el ordenamiento comunitario en detrimento de los derechos fundamentales.⁴³

39. Esta denominación se debe a Peter Häberle, Amaya Úbeda de Torres, “La evolución de la condicionalidad política en el seno de la Unión Europea”, *Revista de derecho comunitario europeo*, No. 32 (2009), 51.

40. José Cabrera Rodríguez, “Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario: la jurisprudencia Viking y Laval”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 99 (septiembre-diciembre, 2013): 371-428.

41. Oliver Schutter, “The Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination”, *Jean Monnet Working Paper*. (2004): 4 y s.

42. Así lo ve Morijn, “Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law. Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution”, *European Law Journal*, No. 15, 31-33; y Gonzales, “EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v. Austria”, *Legal Issues of Economic Integration*, No. 3 (2004): 219-229. No compartimos, sin embargo, esta visión tan optimista, ya que los derechos fundamentales siguen siendo tratados como meras excepciones frente a las libertades económicas.

43. Esta denominación es utilizada por Joanna Krzeminska-Vamvaka, “Free speech Meets Free Movement. How fundamental really is “Fundamental”? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law”, *ZERP-Diskussionspapier*, No. 3 (2005).

LA DOCTRINA DE LOS ASUNTOS “VIKING” Y “LAVAL”

CONTEXTO Y SUPUESTOS DE HECHO

Como apunta Krzeminska,⁴⁴ el interés del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales viene motivado en la medida en que la homogeneización interpretativa de estos cuando se aplica derecho comunitario sirve secundariamente a la uniformidad de los límites que puedan imponerse a las libertades económicas.

Sin embargo, no toda homogeneización interpretativa que parta de las tradiciones constitucionales comunes y del propio derecho comunitario, es, en términos constitucionales, pacífica. Ya apuntamos al inicio que existen “puntos” o “fenómenos de fricción” entre los intereses constitucionales en juego (los derechos fundamentales emanados de los sistemas estatales y las libertades económicas propias del ordenamiento comunitario), especialmente difíciles de resolver, por cuanto la determinación de una de las soluciones posibles comporta un desequilibrio de la balanza a favor de un orden normativo u otro. En ocasiones, el Tribunal de Justicia se encuentra ante casos difíciles, equiparables para algunos autores a los famosos *hard cases* que formulara Dworkin,⁴⁵ donde debe readaptar los parámetros interpretativos que ha venido siguiendo hasta el momento, sin justificar ello un cambio de las líneas esenciales de su jurisprudencia. Viking y Laval, ambos cercanos en el tiempo (de 2007), son casos que bien se pueden encuadrar en esta tipología, y que, por ello, han recibido un tratamiento especial y pormenorizado de la doctrina.

En Viking,⁴⁶ una empresa finlandesa (Viking Line) de barcos transbordadores, que ejercía su actividad entre Finlandia y Estonia, quiso trasladarse a este último país donde las condiciones laborales eran más flexibles y los sueldos más bajos, para desde allí continuar prestando sus servicios. Un sindicato finlandés (FSU), en consecuencia, intentó evitarlo y amenazó con llevar a cabo huelgas y boicots si la empresa se negaba a mantener los niveles salariales. Viking Line demandó al sindicato ante los tribunales de Londres, solicitando que se anularan las circulares internas de solidaridad entre los sindicatos que recogían, al tiempo, las instrucciones para llevar a cabo conflictos co-

44. *Ibid.*, 22.

45. Así lo defiende Eric Engle, “The Rights Orchestra: Proportionality, Balancing, and Viking”, *New England Journal of International Law and Comparative Law* (2011): 5, citado en Cabrera Rodríguez, “Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario: la jurisprudencia Viking y Laval”, 387.

46. STJCE, de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers Federation and Finnish Seamen’s Union c. Viking Line ABP*, C-438/05.

lectivos.⁴⁷ Al llegar el asunto a la *Court of Appeal*, esta elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo, donde, entre otras cosas, se le preguntaba si la libertad económica en cuestión (la de establecimiento) tiene efecto directo y horizontal hasta el punto de que pueda oponerse por parte del empresario ante las acciones de conflicto colectivo (ejercicio del derecho de huelga), y si dichas acciones pueden justificar una restricción a dicha libertad comunitaria.⁴⁸

El Tribunal respondió a las cuestiones planteadas estableciendo que las medidas de conflicto colectivo, al tener por objeto impedir la realización de una de las libertades económicas, han de ser consideradas ilícitas de acuerdo con el derecho comunitario, pudiendo el empresario invocar tal libertad económica frente a los sindicatos intervinientes. El Tribunal no obvia que las medidas de conflicto colectivo forman parte del núcleo esencial del derecho fundamental de huelga, al que ve como parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, pero dice que el ejercicio de dicho derecho fundamental, para estar justificado, ha de estar sujeto al principio de proporcionalidad, principio que no se respeta en el presente caso al no apreciarse una puesta en peligro clara de los puestos de trabajo.

Por su parte, en el asunto Laval⁴⁹ se ventila de nuevo una cuestión prejudicial planteada por un tribunal sueco ante la demanda interpuesta por la empresa de construcción letona “Laval un Partneri”, adjudicataria de un contrato público para la construcción de una escuela, construcción que ya había empezado a ejecutar a través de una filial constituida bajo derecho sueco y con mano de obra desplazada desde Letonia. Ante la negativa de Laval a adherirse al convenio colectivo del sector, tal y como le pedían los sindicatos suecos de la construcción, estos iniciaron medidas de conflicto colectivo que lograron frenar las obras iniciadas.

Aquí el Tribunal se enfrenta a una dificultad añadida, que no está presente en Viking. Suecia no posee un sistema de aplicación general de los convenios colectivos, por lo que, de acuerdo con las Conclusiones del Abogado General Mengozzi, lo que se tiene que dilucidar es si, la *Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, puede interpretarse:

en el sentido de que se oponga a que las organizaciones sindicales de trabajadores de un Estado miembro adopten, de conformidad con el derecho interno de dicho Estado, medi-

47. La confederación de sindicatos “International Transport Workers’ Federation” (ITF) apoyó desde un inicio las reivindicaciones de la FSU finlandesa, elevando de escala el conflicto.

48. Una exposición de los hechos puede verse en las conclusiones del Abogado General, Poiares Maduro, de 23 de mayo, párrafos 2-15, asunto C-438/05.

49. STJCE, de 18 de diciembre de 2007, C-341/05.

das de conflicto colectivo con el fin de obligar a un prestador de servicios de otro Estado miembro a suscribir un convenio colectivo en beneficio de los trabajadores desplazados temporalmente por dicho prestador al territorio del primer Estado, incluso cuando dicho prestador esté ya vinculado por un convenio colectivo celebrado en el Estado miembro de su establecimiento (Letonia).⁵⁰

El TJUE respondió a la cuestión planteada en términos similares a los utilizados en el asunto Viking, estableciendo que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, en tanto derecho fundamental, puede constituir una restricción justificada a las libertades económicas, restricción que en el presente caso no se justifica al ser incompatible con la Directiva 96/71 el hecho de que un sindicato intente obligar a una empresa a mejorar las condiciones laborales aun por encima del mínimo establecido en las leyes. A su vez considera que las otras exigencias son, directamente, materias que no vienen planteadas en la propia Directiva. Tal y como explica Mengozzi, Suecia tiene un peculiar sistema de relaciones laborales donde la ley apenas impone condiciones mínimas, dejando casi toda la regulación al albur de unos convenios colectivos que no son de aplicación general (como sí ocurre en España).⁵¹ Por tanto, al estar una parte de las exigencias de los sindicatos fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, y la otra parte, fuera de ese mínimo legal que establece el ordenamiento sueco, y que justificaría por orden público la limitación de la libertad económica, las medidas de conflicto colectivo son declaradas ilegales y contrarias al derecho comunitario por el Tribunal.

LA DERROTABILIDAD DE SUS ARGUMENTOS

Ambas decisiones de Luxemburgo responden a una tendencia jurisprudencial de expansión de la eficacia horizontal de las libertades económicas a las regulaciones establecidas por particulares. Y es que, en un inicio, el Tribunal amplió dicha eficacia a todas aquellas organizaciones con naturaleza semipública y semilegislativa,⁵² pero poco a poco fue aumentando el ámbito subjetivo de eficacia hasta que, con el asunto Ferlini,⁵³ se bendijo la eficacia de las libertades económicas frente a cualquier grupo u

50. Conclusiones de 23 de mayo de 2007, relativas al asunto Laval (C-341/05), del Abogado General P. Mengozzi, párrafo 1. En los párrafos 21 y 25, Mengozzi explica el peculiar sistema de relaciones laborales sueco, donde la Ley apenas impone las condiciones laborales mínimas, dejando casi toda la regulación al albur de los convenios colectivos que se firman entre las asociaciones de empresarios y los sindicatos.

51. *Ibid.*, párrafos 21 y 25.

52. Asuntos Royal Pharmaceutical Society (C-267/87), Comisión c. Alemania (C-325/00), o Angonese (C-281/98), *inter alia*.

53. Ferlini (C-411/98).

organización privada que pueda imponer a los particulares condiciones tales capaces de limitar el ejercicio de dichas libertades.

Tanto en Viking como en Laval, el Tribunal utiliza esta doctrina de la eficacia horizontal, amparada en su previa jurisprudencia expansiva, de forma cuanto menos discutible. En los casos anteriores eran reglamentos semipúblicos y colectivos los que directa o indirectamente impedían la plena realización de las libertades económicas. Sin embargo, en estos dos casos, la libertad de establecimiento (Viking), y la de prestación de servicios (Laval), no se ven amenazadas por una regulación colectiva de un determinado sector, sino por el ejercicio de un derecho fundamental como es la huelga, que tiene por objetivo, eso sí, llegar a adoptar tales regulaciones, pero que en sí mismo considerado debería considerarse limitación justificada a las libertades económicas. Además, como indica Cabrera Rodríguez, los casos anteriores que le sirven al Tribunal como parámetro interpretativo, nada tienen que ver con las prerrogativas propias de los sindicatos, “consistentes en negociar con los empresarios o con la patronal la adopción de acuerdos en los que se establezcan condiciones laborales recíprocamente pactadas y que en ningún caso estarían en condiciones de imponer unilateralmente al empresario”.⁵⁴

Lo que hace el Tribunal en Viking y en Laval es renunciar a una sistematización general del ámbito subjetivo de aplicación y expansión de las libertades económicas mediante un proceso de objetivación. Con la doctrina asentada en ambas sentencias en la mano, no hace falta ya analizar quién es el sujeto que restringe o tiene capacidad para restringir una libertad económica: basta solo con que esta se vea potencialmente amenazada en su realización para declarar contrarios a Derecho los actos que la restrinjan.⁵⁵ Y, en este sentido, da igual si el sujeto es un sindicato y si está amparado por su normativa estatal. Por si fuera poco, el Considerando 22 de la Directiva 96/71/CE, la que sirve precisamente para enjuiciar el asunto Laval, establece que “la presente Directiva no afecta a la situación de la normativa de los Estados miembros en materia de acción colectiva para la defensa de los intereses profesionales”. Paradojas de la interpretación.

Una incoherencia más del Tribunal viene dada por el precedente del asunto Comisión c. Francia, donde las protestas de los agricultores franceses consiguieron impedir la libre circulación de productos en la frontera. En este caso, el TJCE negó eficacia

54. Cabrera Rodríguez, “Derechos fundamentales y libertades económicas...”, 394.

55. Un análisis más extenso de la eficacia horizontal de las libertades económicas en referencia al asunto Viking, puede verse en Joanna Krzeminska-Vamkava, “Horizontal effect of fundamental rights and freedoms. Much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared alter Viking Line”, *Jean Monnet Working Paper* (New York: 2009).

horizontal a las libertades económicas e imputó la restricción al Estado francés, no a los agricultores.⁵⁶

Viking y Laval implican, como pone de manifiesto buena parte de la doctrina más autorizada,⁵⁷ un cambio sustancial en el tratamiento del conflicto “derechos fundamentales-libertades económicas”. Siguiendo a Cabrera:

El Tribunal de Justicia, tras apartarse definitivamente de su jurisprudencia anterior en la materia al expandir el ámbito subjetivo de eficacia horizontal directa de las libertades económicas de forma incoherente con respecto a sus anteriores pronunciamientos, ha terminado articulando las relaciones de conflicto entre derechos fundamentales y libertades económicas en torno a un principio de jerarquía que se resuelve a favor de estas últimas.⁵⁸

Así se reconoce, de hecho, por el propio abogado general Trstenjak en las conclusiones del caso Comisión c. Alemania: “se sugiere la existencia de una relación jerárquica entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales en la que estos últimos están supeditados a las primeras, a las que solo pueden restringir si concurre una causa de justificación, escrita o no”.⁵⁹

Por tanto, la balanza que en un inicio parecía equilibrar ambas dimensiones se inclina ahora, con este trascendental cambio jurisprudencial, a favor de las libertades económicas,⁶⁰ a las que se les atribuye una especie de virtualidad subjetiva de la que se desprenden para sus titulares un complejo haz de facultades oponible frente a los derechos fundamentales. O lo que es lo mismo: las libertades económicas son configuradas por el Tribunal de Justicia con las características propias de los derechos fundamentales.

Con base en este planteamiento, si el Tribunal, como defiende algún autor,⁶¹ trata *ab initio* ambas categorías como equivalentes y de igual jerarquía, y cuyos conflictos

56. C-265/95.

57. Un resumen de dichas aportaciones doctrinales puede encontrarse en Lasa López, “Derechos de conflicto y razones de mercado”.

58. Cabrera Rodríguez, “Derechos fundamentales y libertades económicas...”, 372.

59. Conclusiones del Abogado General V. Trstenjak de 14 de abril de 2010, asunto Comisión c. Alemania (C-271/08), párrafos 183 a 185. Al hacer esta última diferenciación, lo que nos quiere decir el Abogado General es que, efectivamente, existen dos tipos de causas justificativas: aquellas que vienen expresamente recogidas por los Tratados y que reconocen excepciones a las libertades económicas, y aquellas otras, no escritas en el tenor de los tratados, que pueden ser esgrimidas por razones de orden público o interés general (*mandatory requirements*).

60. Este punto de vista es compartido también por Adoración Guamán Hernández, “La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line”, *Aranzadi Social*, No. 79 (2009).

61. Tomás de la Quadra-Salcedo Jaini, “TJCE: Sentencia de 18/12/2007, Laval C-341/05: libre prestación de servicios y desplazamiento de trabajadores. La supuesta legalización del dumping social en el interior de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 31 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre, 2008): 835-848. A pesar de la visión deferente que el autor presenta para con el

ha resuelto, tanto en Viking como en Laval, mediante la técnica de la proporcionalidad... ¿por qué no acude entonces a la ponderación? En efecto, ante conflictos entre derechos de similar naturaleza, es la ponderación,⁶² y no la proporcionalidad, la que debe operar.⁶³ Y es que, como es sabido, el principio de proporcionalidad lo que persigue es limitar la intervención de los poderes públicos en el ámbito de disfrute de los derechos fundamentales, teniendo que estar justificadas dichas intervenciones en la medida en que sirvan a la consecución de un interés público mayor a las lesiones provocadas en el derecho en cuestión. Y estas características no son, precisamente, las propias de los dos conflictos que ventila el TJCE.

Lo anteriormente expuesto demuestra una aplicación discrecional por parte del Tribunal de su jurisprudencia anterior, de la que se desvía, y de las técnicas interpretativas que tiene a disposición, con el único objeto de justificar la supeditación de un derecho fundamental, como es en este caso el de huelga, al ejercicio de las libertades económicas.

Este giro jurisprudencial viene a significar, para algunos autores, la demostración más palmaria de la asimetría de naturaleza constitucional que se produce entre el ordenamiento comunitario tendente al libre mercado, y el constitucionalismo social propio de los regímenes democráticos de los Estados miembros.⁶⁴ Nos enfrentaría por tanto a un juego de interferencias entre el llamado “constitucionalismo de mercado”, en el ámbito comunitario, y el constitucionalismo social, en el terreno de los Estados,⁶⁵ en el que el diálogo entre tribunales y la resolución mediante síntesis de los conflictos, puede desenvolverse con relativa facilidad y lograr, siquiera mínimamente, un acercamiento entre ambos polos; acercamiento que conseguiría neutralizar proba-

Tribunal, llega a criticar en ocasiones la controvertida técnica interpretativa que sigue, así como alguno de sus fundamentos principales, en concreto en las páginas 838 y 839. Sin embargo, la opinión general es positiva y concurrente con la del Tribunal: “la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar una restricción a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado como libre circulación de mercancías o libre prestación de servicios. Ahora bien, el ejercicio de tales derechos fundamentales, en el caso del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos derivados de las libertades que se encuentran protegidos por dicho Tratado y que debe ser conforme con el principio de proporcionalidad”.

62. Sobre la ponderación, Manuel Atienza Rodríguez y José Antonio García Amado, *Un debate sobre la ponderación* (Lima: Palestra, 2012).
63. La utilización de esta técnica ha sido muy criticada en Nikolett Hös, “The principle of proportionality in the Viking and Laval cases: and appropriate Standard of judicial review?”, *Working Papers Law*, No. 6 (Florenca, European University Institute, 2009).
64. Así lo ve Carlos de Cabo Martín, “El Tratado Constitucional Europeo y el constitucionalismo del Estado Social”, *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 9 (2007); Gonzalo Maestro, “Estado, Mercado y Constitución económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 8 (2007).
65. Fritz Scharpf, “The asymmetry of european integration, or why the EU cannot be a ‘social market economy’”, *Socio-Economic Review*, No. 8 (2010): 211-250.

bles consecuencias perjudiciales para la dimensión social que debiera acompañar el proceso de integración europea.⁶⁶

ENTRADA EN ESCENA DEL TEDH

La pretendida igualdad de los dos planos con naturaleza constitucional, el europeo y el estatal, unida a un alto grado de integración muy jurisdiccionalizada, hace del escenario europeo un marco único para el desarrollo de diálogos constitucionales que busquen, a través de la interacción, soluciones integradoras para evitar conflictos irresolubles.

En este sentido, en el tema que estamos abordando, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se presenta como un actor de primer nivel por su naturaleza, relevancia y simetría espacial con la UE,⁶⁷ y ello a pesar de no actuar específicamente en su ámbito. En efecto, si lo que estamos dilucidando es un posible diálogo constitucional en el conflicto entre derechos fundamentales y libertades económicas que posibilite una síntesis a favor de los primeros, en tanto el TEDH tiene como misión la protección y garantía de estos, puede plantearse la posibilidad de que ambas *autorictas* lleguen también a un conflicto entre jurisdicciones, conflicto y resolución que son impulsados en un contexto de pluralismo constitucional.

En múltiples ocasiones el TEDH, en aplicación del Convenio Europeo, y el Tribunal de Luxemburgo, en aplicación de los Tratados comunitarios y el derecho derivado, se han “enfrentado” por la salvaguarda, o no, de los derechos fundamentales. Enfrentamiento que no se produce por un prurito entre Altos Tribunales, sino por las distintas naturalezas de las normas que entran en el campo de su conocimiento. De hecho, ya en 1979, el Tribunal de Justicia había solicitado expresamente al Consejo y a la Comisión la adhesión por parte de la UE al Convenio Europeo,⁶⁸ obteniendo respuesta en forma

66. Eliasoph incluso ha trazado un paralelismo entre la línea jurisprudencial abierta en Viking y Laval, con la famosa etapa del “lochnerism” de la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde las libertades de comercio contempladas en la atávica Constitución Federal le sirvieron a la Corte para frenar las incipientes leyes sociales en la Norteamérica de principios del siglo XX. Esta comparación puede verse en Ian Eliasoph, “A ‘switch in time’ for the european community? Lochner discourse and the recalibration of economic and social rights in Europe”, *The Columbia Journal of European Law*, No. 3 (2008). Para un análisis de la Era Lochner en Estados Unidos, Edouard Lambert, *El gobierno de los jueces* (Madrid: Tecnos, 2010).

67. Los 28 Estados que conforman la UE han firmado el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

68. Dos años antes, las altas instituciones de la Comunidad se habían expresado, políticamente, a favor de dicha adhesión en la *Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, sobre derechos fundamentales*, de 5 de abril de 1977, Diario Oficial, C-103, 27 de abril de 1977.

de pregunta diecisiete años después, con ocasión del dictamen que la propia Comisión pidió al Tribunal sobre la legalidad de dicha adhesión.⁶⁹

La incorporación de la UE al Convenio hubiera evitado, de esta manera, no pocos problemas a los que los tribunales en juego tendrán que hacer frente. La primera vez que el TEDH enjuicia la convencionalidad del derecho comunitario en materia de derechos fundamentales es en el asunto *Matthews vs. Reino Unido*, en 1999,⁷⁰ llegando casi al temido “choque de trenes” en el conocido caso *Bosphorus vs. Irlanda*, en 2005.⁷¹ Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo, en un verdadero ejercicio de autocontención, nunca ha llegado a “anular” una norma comunitaria por vulnerar derechos fundamentales. Para ello, ha acudido a la doctrina alemana de “la protección equivalente”, en virtud de la cual se presupone a priori un nivel de respeto de los derechos fundamentales por parte de las instituciones de la UE y del derecho derivado de ellas.⁷² Lo cual no obsta a que el TEDH pueda analizar la compatibilidad del derecho de la Unión con el Convenio y retirar la presunción de respeto del que goza este si se demuestra que el Derecho comunitario no ofrece la protección equivalente debida. Por “equivalente”, Estrasburgo entiende, en este sentido, una protección comparable (que no tiene que ser completamente idéntica) tanto en materia de garantías procesales como en lo relativo al propio núcleo esencial del derecho.

Por tanto, el TEDH puede interactuar con el Tribunal de Justicia en la medida en que las tensiones entre ambos en torno a conflictos de difícil resolución, pueden forzarles a autolimitarse y a llegar a soluciones de síntesis. ¿Podría ocurrir con la doctrina asentada en *Viking* y *Laval* de prevalencia jerárquica de las libertades económicas respecto de los derechos fundamentales?

LA HUELGA, ¿DERECHO AMPARADO EN EL CONVENIO?

De sobra es conocido que el TEDH es, ante todo, un garante de los derechos civiles y políticos, por cuanto los derechos sociales (a excepción de los mixtos, como el de sindicación) apenas tienen cobertura en el articulado del Convenio. No obstante, Estrasburgo ha llevado a cabo en numerosas ocasiones extensiones o prolongaciones de

69. *Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996*. En este dictamen, Luxemburgo advierte que para que tenga lugar la adhesión hace falta una modificación expresa de los Tratados.

70. STEDH de 18 de febrero de 1999.

71. STEDH de 30 de junio de 2005.

72. Esta doctrina fue formulada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el famoso caso *Solange*, Sentencia de 22 de octubre de 1986. Para un análisis de la utilización de esta doctrina por parte del TEDH, puede verse DouglasScott, “A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”, *Common Market Law Review*, No. 43 (2006): 629-665.

orden social desde los derechos del CEDH, acudiendo a diversas técnicas interpretativas que buscan otorgar una protección más garantista a los ciudadanos.⁷³ De hecho, ya en 1979, en el caso *Airey c. Irlanda*, de 1979,⁷⁴ pudo formular el principio de “indivisibilidad” de los derechos, mediante el cual se afirma la inexistencia de compartimentos estancos entre los reconocidos en el CEDH y los derechos sociales económicos.

Pero lo que nos interesa aquí, y más habida cuenta de la extensa atención de la doctrina al tratamiento de los derechos sociales por parte del TEDH, son las últimas líneas jurisprudenciales que pudieran, en consecuencia, poner en cuestión la jurisprudencia asentada en *Laval* y *Viking* desde un paradigma dialógico. En este sentido, parecen existir principalmente dos grandes tendencias en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo.

La primera, mucho menos definida y de carácter pendular, lleva a cabo una interpretación restrictiva de las técnicas de extensión de los derechos civiles y políticos hacia los sociales, sobre todo a través de varias polémicas decisiones de inadmisión de demandas ante el Tribunal, que paralizan *a limine* algunas de dichas técnicas, como la que venía constituida por el principio de no discriminación.⁷⁵

Sin embargo, existe una segunda tendencia, perpetuada de la línea abierta en *Airey c. Irlanda*, que contradice a la primera al reforzar las interpretaciones extensivas y dotar de un carácter social a muchos de los derechos contenidos en el Convenio. La novedad radica ahora en que el Tribunal, en un ejercicio hermenéutico digno de elogio, se sirve de la Carta Social Europea (CSE) del propio Consejo de Europa al que él mismo pertenece para apoyar sus interpretaciones extensivas, llevando a cabo un *sui generis* enriquecimiento del Convenio con base a la Carta Social. Con ello, Estrasburgo supera la tradicional reticencia mostrada desde los órganos jurisdiccionales a un diálogo multinivel que permita una mayor protección del valor que guía toda declaración de derechos, sean derechos sociales o políticos, a saber, la dignidad humana.⁷⁶

73. Luis López Guerra, “The European Court of Human Rights and the protection of Social Rights”, Round Table on the Social Rights of Refugees, Asylum-Seekers and International Displaced Persons: a comparative perspective, Strasbourg, Council of Europe (2009). Para un análisis amplio de la jurisprudencia del TEDH en derechos sociales puede verse Luis Jimena Quesada, *La jurisprudencia europea sobre derechos sociales* (s. l.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), 286 y s.

74. STEDH, de 9 de octubre de 1979.

75. Característica de esta tendencia es la decisión de inadmisibilidad del caso *El Orabi c. Francia*, de 7 de mayo de 2010, donde el TEDH niega la posibilidad de que una viuda argelina de un soldado francés pueda demandar una pensión de viudedad. La doctrina francesa ya se ha hecho eco de esta línea jurisprudencial regresiva, Jean Pierre Marguénaud y Jean Mouly, “La jurisprudence sociale de la Cour EDH: bilan et perspectives”, *Droit Social*, No. 9 (2010): 884, citado en Jimena Quesada, “La jurisprudencia europea sobre derechos sociales”.

76. Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* (Madrid, Trotta, 2007).

Esta nueva (y llamativa) tendencia ha tenido repercusión sobre todo en los derechos llamados mixtos, por su doble naturaleza de derechos sociales y civiles/de participación, entre los que se encuentra el derecho que, precisamente, en este estudio nos interesa: el derecho de sindicación.

En efecto, el artículo 11.1 del Convenio, bajo el título de “Libertad de reunión y asociación”, reconoce que “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”. para acto seguido establecer que las únicas restricciones que pueden darse al ejercicio de este derecho deben constituir “medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos”. a excepción de los límites legamitos a este derecho que se pueden imponer por parte de los Estados a los miembros de los cuerpos armados.

El Tribunal ha realizado una interpretación extensiva de dicho artículo apoyándose, como decimos, en las disposiciones de la Carta Social Europea (art. 5 y 6) que reconocen expresamente el derecho de huelga de los trabajadores. Así hace en la importante Sentencia Demir y Bakara c. Turquía, de 12 de noviembre de 2008, donde con ocasión de la prohibición de una huelga por parte de las autoridades turcas, declara vulnerado el artículo 11 del Convenio tras ponerlo en conexión con las previsiones de la Carta,⁷⁷ y ello a pesar de que Turquía ni siquiera ha ratificado dichas disposiciones y, por ende, no está obligada a respetarlas.⁷⁸

Pero sin duda, la sentencia más importante en esta línea es la dictada en el caso Enerji,⁷⁹ en la que el Tribunal establece, por unanimidad y sin ambages, que el derecho de huelga entra dentro de la protección del artículo 11 de manera insoslayable, al desprenderse del derecho de sindicación que sí reconoce expresamente el Convenio. Para ello no solo se vale de nuevo de la Carta Social Europea, sino también del Convenio de la OIT sobre Libertad sindical y protección del derecho de sindicación.⁸⁰ Con base a estos instrumentos internacionales, declara contrarias al CEDH las restricciones que las autoridades turcas imponían a los funcionarios públicos en el ejercicio de una

77. Parágrafos 65 a 86.

78. El Gobierno turco así se lo hizo saber a la Gran Sala: “the effect that it was impossible to rely against them on international instruments other than the Convention, particularly instruments that Turkey had not ratified”, párrafo 53.

79. STEDH Enerji Yapi Yol Sen c. Turquía, de 21 de abril de 2009.

80. *Convenio n° 87 de la Organización Internacional del Trabajo, de 9 de julio de 1948, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación*. Firmado por todos los Estados miembros de la UE.

medida de conflicto colectivo y, en consecuencia, inserta el derecho de huelga en el artículo 11.

En ambos casos, el Tribunal, al utilizar la Carta Social como referencia, recurre a la doctrina de su máximo órgano de interpretación y aplicación, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), que ha delimitado el núcleo esencial del derecho y limitado las restricciones al mismo por parte de los poderes públicos.⁸¹ Y aunque haya discrepancias entre ellos, en general se puede decir que existe un enriquecimiento mutuo que, en el presente caso de configuración jurisprudencial del derecho de huelga, se hace evidente.⁸²

Por todo ello, y llegados a este punto, la pregunta que nos formulamos es si esta nueva doctrina del TEDH, influida por la CSE y el CEDS, puede llegar a condicionar al TJUE para que, *pro futuro*, cambie la jurisprudencia asentada en Viking y Laval y deje de supeditar el ejercicio de un derecho fundamental, cual es el de la huelga, a las libertades económicas.

ENTRADA EN ESCENA DE LA CDFUE

El diálogo jurisdiccional que pudiera generarse entre el TJUE, el TEDH y, en menor medida, el CEDS, debe contar con un elemento del que no partían Viking y Laval,⁸³ esto es, la vinculatoriedad de la Carta Europea de Derechos Fundamentales tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.⁸⁴

La nueva redacción del artículo 6 TUE amplía considerablemente las opciones de diálogo (y conflicto) jurisdiccionales⁸⁵ entre los máximos tribunales europeos al declarar vinculante, por una parte (art. 6.1), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza), y al mandar, por otra, la adhesión de la Unión al CEDH. A ello hemos de sumarle la previsión del apartado 3 en el que se consideran

81. Decisión de fondo de 16 de octubre de 2006, sobre la reclamación nº 32/2005 de la Confederación de Sindicatos Independientes en Bulgaria, Confederación del Trabajo “Podrepa” y Confederación Europea de Sindicatos c. Bulgaria). En esta decisión se considera vulnerado el artículo 6.4 de la Carta Social Europea revisada.

82. Jimena Quesada, “La jurisprudencia europea sobre derechos sociales”, 297.

83. Aunque la CDFUE ya había sido proclamada formalmente, no tenía valor jurídico ni vinculante relevante. De hecho, en ambos asuntos la Carta se menciona únicamente en las observaciones preliminares de las cuestiones prejudiciales, en concreto en los considerandos nº 90 (Laval) y 43 (Viking).

84. Para un análisis de la Carta, puede verse José Ángel Camisón Yagüe, “Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho de Extremadura*, No. 8 (2010): 254-270.

85. Ya aventuradas en José Antonio Pastor Ridruejo, “Las relaciones entre el Tribunal de la UE y el Tribunal de Derechos Humanos tras la entrada en vigor de la Constitución para Europa”. En *Integración Europea y Poder Judicial*, coord. por Alejandro Saiz Arnaiz (Oñate: 2006).

principios generales del Derecho de la Unión los derechos fundamentales garantizados en el CEDH.

La Carta de Niza, ahora vinculante, establece en el art. 52.3 una garantía mínima de los derechos reconocidos en la propia Carta, de suerte tal que estos nunca podrán tener un grado de protección inferior al del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como dice la profesora Mangas Martín, dicho apartado impone una verdadera:

cláusula de transferencia en el sentido de que vincula directamente el contenido y el alcance mínimos de los derechos recogidos en la Carta al contenido y alcance que tenga reconocidos sus homólogos en el Convenio Europeo de Derechos humanos de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.⁸⁶

En la medida en que el Tribunal de Luxemburgo se convierte ahora en el máximo garante de la aplicación de la Carta *ex art. 6 TUE*, la cual le vincula directamente, queda sometido, en consecuencia, a la jurisprudencia del TEDH cuando haya coincidencia entre los derechos reconocidos en los respectivos instrumentos de protección.

Y, efectivamente, el derecho que aquí nos interesa, el de huelga, viene reconocido expresamente en el artículo 28 CDFUE y, por ende, queda bajo la cláusula de transferencia del 52.3. Por tanto, el Tribunal de Justicia, al interpretarlo, tiene ahora que dirigir su mirada a la jurisprudencia del TEDH ya que este considera el derecho de huelga parte integrante de la previsión del art. 11 CEDH, como hemos visto más arriba.

¿PROBABILIDAD DE DIÁLOGO JUDICIAL?

Siguiendo al profesor Jimena, parece “atisbarse un escenario susceptible de generar divergencias con respecto a la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 11 CEDH o la jurisprudencia [en menor grado] del CEDS sobre el artículo 6.4 CSE”, en relación con la ya asentada por el Luxemburgo en *Viling y Laval*.⁸⁷

Si el de huelga es un derecho fundamental amparado en el CEDH, sus limitaciones han de interpretarse restrictivamente y solo podrán operar cuando se den los presupuestos específicos del 11.2 del Convenio. Y difícil nos parece encajar entre tales presupuestos los motivos esgrimidos por el TJUE en *Viking y Laval* que, de acuerdo con la doctrina ya analizada, sirven de base para conculcar el núcleo esencial del derecho de huelga que pretende proteger el TEDH en *Enerji*.

86. Araceli Mangas Martín, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Madrid: Fundación BBVA, 2008), 814.

87. Jimena Quesada, “La jurisprudencia europea sobre derechos sociales”, 308.

Claro que, en última instancia, el TEDH podría acogerse a la polémica doctrina de la “protección equivalente” para escudarse y no cuestionar de fondo las decisiones de Luxemburgo. No obstante ello, la senda con la actual jurisprudencia en la mano se ha abierto para un enriquecimiento mutuo que pudiera llevar al TJUE a “autocontenerse” en próximos casos y virar su jurisprudencia hacia una postura más favorable con los derechos fundamentales y, en concreto, con el derecho de huelga.

De hecho, no sería la primera vez que el TJUE utiliza como parámetro directamente el CEDH,⁸⁸ e, incluso, la propia CSE, como ya ocurriera en los asuntos Rutilli⁸⁹ y Defrenne,⁹⁰ respectivamente. Además, ese enriquecimiento mutuo ayudaría a atenuar la concepción negativa que el TJUE posee respecto de los derechos sociales, a los que ha considerado tradicionalmente como normas programáticas.⁹¹

Al tiempo, si finalmente la UE cumple con su propio Tratado y se adhiere al CEDH, ¿tendría sentido la doctrina de la “protección equivalente? O, lo que es lo mismo, siguiendo a los profesores Canedo y Gordillo: “¿Qué argumentos justificarían que un sujeto de derecho adherido al Convenio goce de una presunción de conformidad con el Convenio cuando el resto de socios, todos ellos Estados, no disfrutaran del mismo Status?”⁹²

Sea como fuere, parece abrirse un horizonte de diálogo entre tribunales en el que una posible solución de síntesis podría redundar, como decimos, en una mayor protección de los derechos de los trabajadores europeos, y en la configuración de una cada vez más necesaria dimensión social de la Unión Europea.

88. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (1997): 329-376.

89. Asunto 36/75, de 28 de octubre de 1975.

90. Asunto 149/77, de 15 de junio de 1978.

91. Jasone Atola Madariaga, “Lo social y lo económico en los Tratados de la Unión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, No. 13 (2009): 363. Además, como ha puesto de manifiesto el profesor Baylos, el Tribunal los considera como meros obstáculos de las constituciones nacionales a la constitución económica supranacional de la UE, Antonio Baylos Grau, “El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción”, *Revista de Derecho Social*, No. 41 (2008): 134.

92. José Ramón Canedo Arrillaga y Gordillo Pérez, “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, No. 39 (2008): 56.

BIBLIOGRAFÍA

- Astola Madariaga, Jasone. “Lo social y lo económico en los Tratados de la Unión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, No. 13 (2009).
- Atienza Rodríguez, Manuel, y José Antonio García Amado. *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra, 2012.
- Baylos Grau, Antonio. “El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción”. *Revista de Derecho Social*, No. 41 (2008).
- Bayón Mohino, Juan Carlos. “¿Democracia más allá del Estado?”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 28 (2008).
- Bermejo García, Romualdo, y Roberto Fernández Fernández. “Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales”. En *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar*, coordinado por Herrero de la Fuente. Madrid: 2003.
- Bull, Hedley. “The State’s Positive Role in World affaire”. *Dedalus*, No. 4 (1979).
- Bustos Gisbert, Rafael. “La función jurisdiccional en escenarios de pluralismo constitucional”. En *Integración Europea y Poder Judicial*, coordinado por Saiz Arnaiz. Guipúzkoa: Instituto Vasco de Administración Pública, 2006.
- . *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México: Porrúa, 2012.
- Cabrera Rodríguez, José. “Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario: la jurisprudencia Viking y Laval”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 99 (2013).
- Camisión Yagüe, José Ángel. “Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”. *Revista de Derecho de Extremadura*, No. 8 (2010).
- Canedo Arrilaga, José Ramón, y Luis Gordillo Pérez. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa”. *Cuadernos Europeos de Deusto*, No. 39 (2008).
- Criado de Diego, Marcos. “La crisis del Estado como ideología”. En *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Albert Noguera Gernández. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Cruz Villalón, Pedro. *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid: Trotta, 2004.
- Dahl, Robert. “A Democratic Dilemma: System Effectiveness versus Citizen Participation”. *Political Science Quarterly*, No. 109 (1994).
- De Cabo Martín, Carlos. *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Madrid: Trotta, 2010.
- . “El Tratado Constitucional Europeo y el constitucionalismo del Estado Social”. *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 9 (2007).

- De la Quadra-Salcedo Janini, Tomás. “TJCE: Sentencia de 18/12/2007, Laval C-341/05: libre prestación de servicios y desplazamiento de trabajadores. La supuesta legalización del dumping social en el interior de la Unión Europea”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2008).
- De Vega García, Pedro. “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid (1998).
- Douglas-Scott, Sionadaih. “A Tale of Two Courts: Luxemboug, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis”. *Common Market Law Review*, No. 43 (2006).
- Eliasoph, Ian. “A ‘switch in time’ for the european community? Lochner discourse and the recalibration of economic and social rights in Europe”. *The Columbia Journal of European Law*, No. 3 (2008).
- Engle, Eric. “The Rights Orchestra: Proportionality, Balancing, and Viking”. *New England Journal of International Law and Comparative Law* (2011).
- Fenvre, Lucien. *Europa, génesis de una civilización*. Barcelona: Editorial Crítica, 2001.
- Ferrajol, Luigi. “Beyond sovereignty and citizenship: a global constitutionalism”. *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, No. 57 (1996).
- Gonzales. “EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v. Austria”. *Legal Issues of Economic Integration*, No. 3 (2004).
- Guamán Hernández, Adoración. “La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line”. *Aranzadi Social* (2007).
- Häberle, Peter. “Derecho constitucional común europeo”. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, No. 79 (1993).
- . *Pluralismo y Constitución: estudios de la teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.
- Hös, Neil. “The principle of proportionality in the Viking and Laval cases: an aprópiate Standard of judicial review?”. *Working Papers Law*. Florencia: European University Institute, No. 6 (2009).
- Jacobs, Francis. “Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice”. *European Law Review*, No. 4.
- Jimena Quesada, Luis. “La jurisprudencia europea sobre derechos sociales”. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Kymlicka, Will. *Liberalism, community and culture*. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- Krzeminska-Vamvaka, Joanna. “Free speech Meets Free Movement. How fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law. *ZERP-Diskussionspapier*, No. 3 (2005).
- . “Horizontal effect of fundamental rights and freedoms. Much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared alter Viking Line”. *Jean Monnet Working Paper*. New York: 2009.
- Lambert Edouard. *El gobierno de los jueces*. Madrid: Tecnos, 2010.

- Lasa López, Ainhoa. “Derechos de conflicto y razones de mercado. Caracterización jurídica de la huelga en el Derecho comunitario europeo”. *Revista de Derecho Constitucional europeo*, No. 13 (2010).
- . *Los derechos sociales en el constitucionalismo de mercado: aporías de la dimensión social de la Unión Europea*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2012.
- Mackormick, Neil. “Beyond the Sovereign State”. *Modern Law Review*, No. 56 (1993).
- . *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Maestro, Gonzalo. “Estado, Mercado y Constitución económica”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 8 (2007).
- Mangas Martín, Araceli. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Madrid: Fundación BBVA, 2008.
- Marguénaud, Jean Pierre, y Jean Mouly. “La jurisprudence sociale de la Cour EDH: bilan et perspectives”. *Droit Social*, No. 9 (2010).
- Mayer, Franz. “The European Constitution and the Courts, Adjudicatin European Constitutional Law in a Multilevel System”, *WHI-paper* (2003).
- Morijin, John. “Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law. Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution”. *European Law Journal*, No. 15.
- Pastor Ridruejo, José Antonio. “Las relaciones entre el Tribunal de la UE y el Tribunal de Derechos Humanos tras la entrada en vigor de la Constitución para Europa”. En *Integración Europea y Poder Judicial*, coordinado por Saiz Arnaiz. Oñate: 2006.
- Pérez Tremps, Pablo. “Constitución española y Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 71 (2004).
- Pernice, Ingolf. “Multilevel Constitutionalism in the European Union”. *European Law Review*, No. 5 (2002).
- Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.
- Rodríguez, Iglesias. “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (1997).
- Spaventa, Eleanor. “On discrimination and the theory of mandatoy requirements”. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2002).
- Sarrión Esteve, Joaquín. “El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales”. *Ceflegal Revista Práctica de Derecho*, No. 121 (2011).
- . “Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Revista de Derecho Político*, No. 81 (2011).

- Scharpf, Ferdinand. "The asymmetry of european integration, or why the EU cannot be a 'social market economy'". *Socio-Economic Review*, No. 8 (2010).
- Schutter, Oliver. "The Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordinantion". *Jean Monnet Working Paper* (2004).
- Stone Sweet, Alec. "Constitucional Dialogues in the European Community". En *Robert Schuman Working Paper*. Florencia: European University Institute, 1995.
- Tridimas. *The General Principles of EU Law*. Oxford. Oxford University Press, 2006.
- Úbeda de Torres, Amaya. "La evolución de la condicionalidad política en el seno de la Unión Europea", *Revista de derecho comunitario europeo*, No. 32 (2009).
- Walker, Neil. "The idea of Constitucional Pluralism". En *EUI Working Paper*. Florencia: 2002

Fecha de recepción: 9 de febrero 2016
Fecha de aprobación: 8 de marzo de 2016

César Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración*, México, Porrúa, 2013.

Holger Paúl
Córdova Vinuesa*

¿Cómo logró enfrentar la teoría de la Constitución y del derecho aquellas innovaciones producidas por los procesos supranacionales? ¿Ha logrado el debate de los constitucionalismos contemporáneos impulsar referentes oportunos para discutir los alcances de la aparente supremacía del derecho de integración sobre la fuerza normativa de la Ley Fundamental?

Las disquisiciones que confrontan estos repertorios temáticos, y diferentes aproximaciones para pensar las relaciones internacionales y la soberanía estatal, en el contexto de los principios y reglas que resguardan el ordenamiento jurídico comunitario, son los elementos que presenta César Montaña Galarza en su obra *Problemas constitucionales de la integración*.

En el primer capítulo, denominado “Constitución y relaciones internacionales”, el autor propone examinar el rol del sujeto estatal en el ámbito exterior, e identifica si su incidencia corresponde a una participación con el carácter de integración o si aquella está marcada por la naturaleza constitucional para formar parte del orden internacional, y, en esa perspectiva, repensar la supremacía constitucional para la configuración de una sociedad internacional, donde sus relaciones ya pueden verse comprometidas –y hasta condicionadas– por instrumentos jurídicos supranacionales –especialmente de índole económica y comercial–.

Un tema relevante de atención en esta sección corresponde a señalar cómo el Estado articula sus relaciones en el ámbito exterior mediante tratados bilaterales o multilaterales por cuanto están supeditados a varios componentes como: i) los objetivos y utilidad de los tratados; ii) la eventual afectación de tratados como los de comercio a las competencias estatales; iii) la creación de una estructura institucional independiente de los estados partes como consecuencia o prerequisite de los tratados de libre comercio; y iv) la generación de un ordenamiento jurídico autónomo de los ordenamientos de los estados suscriptores de esos instrumentos, todo esto como producto de los tratados de libre comercio.

Montaña Galarza aborda la problemática con razones sustentadas. La orientación que define una de sus discusiones consiste en señalar que la interpretación y aplicación de las cláusulas del tratado de libre comercio, así como el diseño e implementación de las políticas relacionadas con él, quedan bajo la égida estatal, lo cual no

* Docente universitario.

justificaría la intervención de un ente privado o surgido a raíz del tratado. Y afirma lo siguiente:

los tratados de libre comercio no crean una estructura institucional *ad hoc*, sencillamente porque no la necesitan, esto debido a que los estados en virtud de sus atributos soberanos, resultan ser plenamente capaces para generar los diversos medios imprescindibles para interpretar y cumplir las obligaciones asumidas y, hacer respetar los derechos de las partes en la materia comercial (p. 31).

En este tipo de escenarios, los estados pueden presentarse como autosuficientes y conservarían todos sus poderes, lo cual significa también que la norma suprema estatal no sufre algún tipo de afectación. Sin embargo, la tesis del autor se amplía para sostener que, a diferencia de las relaciones internacionales de los estados que se concretan en acuerdos bilaterales o multilaterales, en los casos de las organizaciones internacionales que las denomina en el estudio como “especiales” y en las de integración o supranacionales sí existe un tipo de innovación y afectación en la Ley Fundamental.

Para analizar la participación estatal en el orden internacional, el autor ha fijado varios grupos de estudio. El primero refiere a las organizaciones internacionales de cooperación, y Montaña lo hace a partir de revisar el objeto y clasificación de este tipo de organizaciones, sus competencias y la estructura institucional de esta clase de instancias. Una de las explicaciones relevantes en este tema radica en abordar si estas organizaciones generan o no un nuevo ordenamiento jurídico. A continuación, discurre su exposición en la intervención estatal en organizaciones internacionales especiales; para cumplir este fin, complejiza el objeto y la finalidad de las organizaciones internacionales de este sector, descompone su atribución de competencias exclusivamente jurisdiccionales e ingresa a definir la naturaleza de estas, para, finalmente, concluir con las motivaciones sobre por qué las organizaciones internacionales especiales no generan un nuevo ordenamiento jurídico.

Para cerrar esta primera sección, el autor lo hace con la discusión sobre la pertinencia de un Estado a una organización de integración o supranacional, y conserva el mismo esquema ordenado de análisis empleado en el capítulo precedente: desentraña el objeto y fin de las organizaciones supranacionales, descompone la atribución del ejercicio de competencias estatales a las organizaciones de integración, explica las características de la estructura institucional de las organizaciones de integración y concluye en uno de los enfoques más trascendentes de su obra para abordar los puntos nodales de un ordenamiento jurídico propio con eficacia directa, todo lo cual le permite sostener por qué las organizaciones supranacionales como “algo más que una forma contemporánea de confederación”. Este recorrido le permite demostrar,

como parte de la evolución de los mecanismos de relación internacional, a la integración supranacional como antecedente del Estado federal.

En el segundo capítulo, denominado “Problemas constitucionales que origina la participación del Estado en organizaciones de integración”, Montaña ensaya los problemas constitucionales que suscita la participación estatal en entidades de integración. Para hacer frente a este propósito, recurre a explicar la soberanía del Estado y la responsabilidad de una organización supranacional en el ejercicio de competencias. En esta sección aborda, entre otros aspectos, un tema que resulta muy útil para la agenda contemporánea del derecho de integración y sus estructuras: la dispersión de vocablos para explicar sus procesos como transferencia, delegación, atribución y cesión. Uno de los puntos destacados reside en la afectación que el ejercicio de competencias por parte de una organización supranacional puede causar a la soberanía estatal. Aunque el autor marca cierta distancia para remitirse directamente a cómo las competencias comunitarias pueden afligir la Constitución, más que en tratar al detalle las repercusiones de estos procesos en la soberanía de los estados miembros de una organización supranacional.

Es plausible entender las dimensiones contrastadas en la obra en función de la consideración siguiente:

Las organizaciones supranacionales están dotadas de complejas estructuras institucionales, que funcionan en gran parte al margen de la lógica y de la tradicional disposición de la administración pública estatal; así mismo, tales estructuras producen regímenes jurídicos por fuera de la institucionalidad del Estado, pero sin embargo, se incardinan con el ordenamiento nacional formando así parte del Derecho interno, de lo que resultan algunas cuestiones problemáticas para la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico nacional (p. 114).

Uno de los temas centrales de la obra se concentra en la descripción teórico-práctica que cumple César Montaña para encarar las afectaciones a la supremacía constitucional que provienen por la pertinencia del Estado a una organización supranacional, lo cual configura un ordenamiento jurídico propio, que, además, demanda primacía sobre los sistemas jurídicos de los estados miembros. El autor logra explicar que esa discusión no es posible asumir si no se desarrolla el debate sobre la afectación a las garantías constitucionales, que ha sido ocasionada por la intervención estatal en una organización del carácter *in comento*, lo cual también se perfila en este capítulo. Uno de los aciertos de la obra es que para remarcar esta parte del estudio, lo hace propositivamente con las alternativas para enfrentar aquellas afectaciones referidas, sin perder de vista un diálogo jurídico que permita el encuentro de las perspectivas constitucionales y de la integración.

En el tercer capítulo, ubicado con el nombre de “Cláusulas constitucionales sobre integración en los Estados miembros de la Comunidad Andina”, el autor expone sus miradas prácticas para conducirnos a observar qué pasa con las constituciones latinoamericanas, con mayor énfasis en los países de la Comunidad Andina. En un primer momento de estudio, Montaña Galarza apunta a deshilvanar el tema de la regulación constitucional sobre la integración supranacional en la evolución normativa de los estados. En un segundo momento, busca vincular el tema mencionado con revisar cuál es el tratamiento iusfundamental para la soberanía estatal y la atribución de competencias a una entidad supranacional. Uno de los aportes más relevantes surge de la conexión entre aquellos momentos de análisis, cuando propone los entrecruzamientos y superposiciones entre la supremacía constitucional y el ordenamiento jurídico supranacional, todo lo cual permite al autor advertir sobre cómo las garantías constitucionales pueden resultar menoscabadas. A continuación cito una observación importante:

Tres son las garantías más importantes del constitucionalismo actual que pueden resultar afectadas por las organizaciones supranacionales, la primera es la atinente a la posibilidad de que la incorporación del Estado a una organización supranacional cuente con legitimidad democrática otorgada por el pueblo mediante referendo de carácter vinculante; la segunda, consiste en la existencia en el ordenamiento supranacional, de normas relacionadas con derechos y libertades y sus garantías, como limitación al poder público de la integración; y, la tercera, referida a que para la adopción de las normas comunitarias asimilables a la ley nacional, la organización supranacional cuente con un órgano de naturaleza al menos parcialmente parlamentaria (p. 251).

Sin embargo, aquellos factores son afrontados por el investigador cuando es capaz de precisar aquellos elementos para los ordenamientos supremos nacionales que coadyuven a poner límites a las entidades de integración. Una de las propuestas es la siguiente:

Para precautelar estas garantías será necesario, de preferencia, incorporar en las constituciones nacionales, en los apartados que tratan sobre las relaciones internacionales del Estado, cláusulas expresas que las reafirmen o, en su caso, que las creen. Si no fuere posible la inclusión de estas garantías en las constituciones nacionales, lo dable será incorporarlas en los tratados fundacionales de la organización supranacional o, en su defecto, en otros instrumentos similares (protocolos modificatorios, etcétera) (p. 251).

Esta obra propone una reflexión clara para las democracias constitucionales: cómo discutir el ordenamiento jurídico de las integraciones supranacionales sin zanjar los debates ciegos y las grietas abiertas sobre la supremacía del derecho de la integración en relación al derecho local, donde es crucial definir qué rol tiene la Constitución frente a la jurisprudencia supranacional.

Para el caso del derecho a la integración y sus conflictos, es imperativo repensar constantemente las tensiones que enfrenta la soberanía nacional, las incidencias volubles de los instrumentos internacionales, las repercusiones ambivalentes de los organismos supranacionales y las orientaciones que plantean los textos constitucionales para asumir los hitos de la sociedad internacional.

¿Qué ha pasado con la Comunidad Andina en su tortuoso camino por consolidar los caminos de la integración y la cooperación entre nuestros países? ¿Cuál ha sido el papel del Estado ecuatoriano en la posibilidad de construir alternativas para ese proceso? ¿Cuáles son los rumbos de encuentro y desencuentro entre la Constitución estatal y la integración supranacional? ¿Cuáles son las limitaciones del constitucionalismo andino frente a las políticas integracionistas? El estudio en cuestión aporta con lineamientos para trazar una evaluación entre los logros y artificios de los Estados pertenecientes a la Comunidad Andina con relación a las garantías constitucionales, y enfatiza los temas pendientes que deben discutir los países en miras de conciliar la supremacía constitucional con los esfuerzos en materia de integración. La obra ensaya varias puntualizaciones para propiciar mayores análisis al respecto, como sugiero a continuación:

Las constituciones de los estados miembros de la Comunidad Andina expresamente reclaman supremacía sobre cualquier otra disposición jurídica. Al respecto, la jurisprudencia de las cortes y tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, el Ecuador y el Perú, remarca el carácter supremo de las constituciones, frente a los instrumentos internacionales de integración. Sin embargo, las cláusulas fundamentales existentes y, los criterios jurisprudenciales emanados, ni de lejos bastan para dejar a salvo los marcos constitucionales ante el ordenamiento jurídico de la integración, sea originario o derivado. Esto es así porque la jurisprudencia comunitaria defiende la primacía del Derecho de la Comunidad Andina sobre los sistemas jurídicos nacionales, sin discriminar si esa prevalencia comprende también a las normas supremas estatales (p. 252).

Esas y otras preguntas son discutidas en el citado estudio del profesor Montaña, abordando también la evolución que ha marcado las tendencias del derecho comunitario, sus principios y los escenarios institucionales regulatorios. Generalmente, los análisis sobre estas materias giran en torno a identificar la naturaleza jurídica de los instrumentos internacionales, su relación y efectos en los ordenamientos jurídicos nacional y supranacional; pero, en el caso del citado estudio, existen luces que trascienden este tipo de marcos interpretativos para ser complementados y armonizados a partir de las dicotomías que entraña la constitucionalización del derecho comunitario andino y sus miradas –distantes y cercanas– con el derecho internacional económico y, a lo mejor, la existencia de distintos constitucionalismos en la región.

Pese a las acciones evidentes de interés por fortalecer los procesos de integración del tipo comunitario de nuestros países, una discusión actual está en analizar si los problemas por los que atraviesa el derecho comunitario se sustentan en las diferencias de las relaciones entre los Estados –realidad siempre presente–, o si residen en

la fragmentada incidencia de la integración supranacional en nuestros diseños constitucionales.

El debate sobre estos temas nos remite a la compleja naturaleza de los Estados como sujetos públicos internacionales y los variados prolegómenos que suscitan el derecho público nacional e internacional cuando lo ejercen esos sujetos.

La obra de César Montaña Galarza ofrece opciones para entender los inconvenientes constitucionales de la integración y confronta las dimensiones sobre si los textos supremos de nuestros países han logrado o no condensar por completo el poder estatal y sus lógicas en la organización internacional; pero, en ese complejo contexto normativo, también reformula la discusión sobre el lugar de la participación social en esa interfase local y supranacional. El debate está planteado y es pertinente extenderlo a la siguiente inquietud: ¿Ha sido capaz el derecho constitucional contemporáneo de dar suficientes perspectivas en aspectos como la soberanía nacional, supremacía y garantías constitucionales con respecto a la participación del Estado en repertorios supranacionales?

Problemas constitucionales de la integración es una contribución académica para la investigación de las normas supremas nacionales en la dirección que requiere aquella interrogante, en cuanto a esclarecer el fundamento constitucional de la integración y los fenómenos que constriñe la implementación de una organización de integración para la vida política de los Estados y las repercusiones para las garantías de sus ciudadanos.

David Cordero Heredia, *La letra pequeña del contrato social. Legitimidad del poder; resistencia popular y criminalización de la defensa de los derechos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2015.

Felipe Castro León*

El libro titulado *La letra pequeña del contrato social. Legitimidad del poder, resistencia popular y criminalización de la defensa de los derechos* es el producto del trabajo final de investigación de David Cordero Heredia en el programa de Maestría Internacional de Derecho ofertado por la Universidad Andina Simón Bolívar. Sin duda, representa un aporte importantísimo tanto para los juristas del país como para las personas y colectivos que día a día luchan por que sus derechos sean cumplidos. En efecto, desarrolla cómo el derecho a la resistencia es su herramienta de lucha diaria, tiene fundamento, es

llevado a la práctica, y debe ser respetado, lo que se contrapone a la visión de quienes lo consideran como una novelería.

El autor establece como eje articulador de la obra la pregunta ¿puede ser el derecho a la resistencia una herramienta para combatir el fenómeno de la criminalización de las defensoras y los defensores de los derechos humanos y de la naturaleza?, a partir de la cual desarrolla los capítulos “El derecho a resistir el Derecho” y “Nosotros los terroristas. Criminalización de la resistencia”. Es decir, que busca a través del desarrollo del derecho a la resistencia establecer la conexión con el fenómeno de la criminalización de la defensa de los derechos humanos, lo cual guarda un orden lógico con los objetivos propuestos. Al final del libro se puede ver cómo en verdad el derecho a la resistencia es la garantía para el trabajo de la defensa de los derechos y cómo es útil para superar el fenómeno de la criminalización.

Es así que en el primer capítulo se inicia mencionando el reconocimiento del derecho a la resistencia en el artículo 98 de la Constitución.¹ Se lo califica como un derecho subjetivo en cuanto su atribución universal a todas las personas, y de la lectura del texto constitucional se establece como presupuestos a: i) la vulneración o amenaza de vulneración de derechos, y ii) la falta de respuesta del Estado. Estos antecedentes servirán para guiar al lector a lo largo de todo el texto.

* Responsable del Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

1. Art. 98.- Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.

Para delimitar el derecho, se acude a los antecedentes históricos del derecho a la resistencia. Se realiza una muy breve mención al pensamiento de Platón y Aristóteles de la antigua Grecia y a los aportes de Salisbury y Santo Tomás de Aquino en los siglos XII y XIII. Sin embargo, hace una parada importante en los aportes de Hobbes, Locke, y Rousseau en el contexto de la Ilustración y la concepción del Estado moderno para tomar nota que, en el contrato social, si una de las partes lo incumple, se legitima a que la otra pueda rescindir del mismo, debido a la pérdida de legitimidad por la desviación del objeto mismo del Estado. Se contempla la influencia de este período en los posteriores procesos de Independencia de Estados Unidos y la Revolución francesa. Además, se destaca en el Derecho Internacional el desarrollo del derecho a la autodeterminación como la capacidad que tienen los pueblos para establecer libremente sus condiciones políticas, económicas y culturales, lo cual justificó los procesos anticoloniales de muchos lugares del mundo. Finalmente, dentro de la reseña histórica, se contempla cómo en el Ecuador las organizaciones sociales, “mediante acciones de resistencia, han procurado hacer escuchar su voz fuera de los canales institucionales” (p. 27). Para demostrarlo, se citaron los ejemplos de Aztra, el levantamiento Indígena de 1990, la destitución de tres presidentes, y la amnistía de la Asamblea Constituyente, lo que a la postre permitió que se incluya en la Constitución de 2008 el derecho a la resistencia.

Ya en la segunda parte del primer capítulo se toman los elementos del derecho a la resistencia. Esta parte, vista desde la perspectiva de los derechos humanos, hace un aporte muy grande al constitucionalismo ecuatoriano, puesto que reafirma el contenido jurídico del derecho a la resistencia a base de su naturaleza jurídica y a su condición de derecho subjetivo. En efecto, no toma este derecho como un desestabilizador del sistema jurídico-político, sino como su complemento, al permitir “la expresión de quienes en circunstancias normales estarían excluidos del debate político” (p. 31). Para reafirmar esta concepción del derecho a la resistencia, se toma a la teoría del Constitucionalismo Popular (citando a autores como Gargarella, Kramer, y Balkin) para establecer que la interpretación y aplicación del derecho también lo hacen las personas que interponen acciones judiciales o se toman las calles para hacer contra a una acción que violenta sus derechos, lo que significa también una forma de defender la Constitución.

Los elementos son desarrollados a partir de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, y se deja sentado el carácter antisistémico del derecho a la resistencia, razón por la cual considera que no es posible desarrollarlo a través de la legislación. Posteriormente, se determina al titular, al contenido del derecho, y de forma muy oportuna al contenido del derecho, que parte enunciados deónticos para deducciones lógicas respecto a obligaciones, prohibiciones, y permisiones frente a los actos de resistencia.

El capítulo finaliza con la discusión de los tres casos, siguiendo a Dworkin, en los cuales se puede resistir, siendo estos: cuando existe incertidumbre sobre lo que ordena el derecho; cuando se espera una resolución judicial o administrativa, y cuando toda respuesta se ha negado y la injusticia persiste. Bajo este panorama, se aborda el derecho a la resistencia como no absoluto, siendo su límite otros derechos; y se lo cataloga como una garantía puesto que su ejercicio responde a la autotutela de un derecho que se ha violado o tiene un peligro de violación.

El segundo capítulo inicia el fenómeno de la criminalización, entendido como el mecanismo de control social que utiliza el Estado para supuestamente proteger a la sociedad de supuestos peligros. Este mecanismo utiliza al derecho penal para la tipificación y aplicación de normas penales que tienen consecuencias en la sociedad. El autor reflejó estas consecuencias con el ejemplo Latinoamericano en los años de 1970 en el que los conflictos armados subversivos sirvieron de pretexto para la represión de las dictaduras y gobiernos; con el contexto actual de la lucha contra el terrorismo y el apareamiento de la teoría del derecho penal del enemigo; y con la criminalización de la defensa de derechos en el Ecuador, utilizando datos de la CIDH y la Defensoría del Pueblo. Es con la situación de Ecuador que analiza cómo el programa político del gobierno de Alianza País pasó del diálogo y la construcción colectiva a la imposición de una agenda política, lo que ha afectado principalmente a los pueblos y nacionalidades indígenas.

A partir de lo anterior, David Cordero desarrolla las consecuencias de la criminalización de la defensa de los derechos humanos de la mano de entrevistas realizadas a dirigentes indígenas que han sido criminalizados. En efecto, para demostrar el miedo, la desmovilización, el impacto social y familiar y el desprestigio del sujeto se vale del testimonio de Marlon Santi, Mónica Chuji, José Gualinga, Carlos Pérez y un anónimo. Las entrevistas realizadas le dan coherencia al discurso desarrollado a lo largo del libro, puesto que se da voz a quienes el poder político ha callado, precisamente, por sus actos de resistencia.

En la parte final del capítulo se realizan algunas reflexiones del autor que giran en torno al ejercicio y el respeto del derecho a la resistencia. En efecto, establece cómo el respeto al uso del espacio público y la utilización del principio de lesividad pueden ser utilizados para evitar la criminalización. Esto tiene relación con tomarse en serio el Estado plurinacional para reconocer la diversidad y escuchar otras voces, lo cual contribuye a una verdadera tutela de derechos que evitaría los actos de resistencia, siendo el Derecho una herramienta para lograrlo.

De esta forma, David Cordero, en sus conclusiones, determina que el derecho a la resistencia, con base en su contenido, genera obligaciones principalmente negativas al Estado, las cuales deben ser determinadas mediante el análisis de casos concretos y no por medio de la legislación. En este escenario señala que la tarea de quienes

defienden los derechos debe ser reconocida, premiada, e incluso protegida ya que permiten que el debate democrático se enriquezca. Lo contrario a esto sería criminalizarlos dentro de un Estado plurinacional que reconoce la convivencia de varias cosmovisiones y formas de ver el desarrollo. Por esto, establece que se deben eliminar los obstáculos para que exista un diálogo democrático, y, cuando este se vea restringido, la función del derecho a la resistencia será recordar que existen y que deben ser escuchadas todas las voces dentro de un Estado; además de ser el último recurso que tienen las personas y los colectivos para conseguir el respeto a la Constitución y a sus derechos.

Análisis de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del Proceso 242-IP-2015 (Marca: TEXTURA SUPERFICIE “OLD PARR”)¹

*Gustavo García Brito**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del Proceso 242-IP-2015, la cual fue solicitada por la directora de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, en el marco de un trámite administrativo de solicitud de registro de la marca táctil TEXTURA SUPERFICIE “OLD PARR”. Al efecto, se estudiará el mecanismo de Interpretación Prejudicial como garantía de la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario en el territorio de los Países Miembros de la Comunidad Andina, así como la legitimidad activa de la directora de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia para solicitar dicha Interpretación y, por último, se analizarán los criterios interpretativos del Tribunal en relación con el registro de una marca táctil o de textura en la Comunidad Andina.

PALABRAS CLAVE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Legitimidad Activa para solicitar Interpretación Prejudicial, Requisitos para el registro de una marca táctil o de textura.

ABSTRACT

The present document seeks to analyze the preliminary ruling issued by the Andean Court of Justice in Case 242-IP-2015, which was required by the Director of Distinctive Signs of the Superintendence of Industry and Commerce of Colombia as part of an administrative procedure of an application for registration of a tactile mark, SURFACE TEXTURE “OLD PARR”. For this purpose, the preliminary ruling as a guarantee of a uniform application of the community’s legal system within

1. El presente análisis es de exclusiva responsabilidad del autor y no refleja la posición institucional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

* Secretario General del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

the territories of the Member States, and the *locus standi* of the Management of Distinctive Signs of the Superintendence of Industry and Commerce of Colombia to request this preliminary ruling, will be studied in this work. Finally, the interpretive criteria of the Andean Court of Justice related to the registration of a tactile mark or texture mark in the Andean Community, will be analyzed.

KEYWORDS: Andean Court of Justice, *locus standi* to request preliminary rulings, registration requirements for a tactile or a texture mark.

FORO

INTRODUCCIÓN

La Interpretación Prejudicial es considerada por la doctrina especializada² y por la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de la Comunidad Andina³ y de la Unión Europea⁴ como un *mecanismo de cooperación* esencial para la materialización del contenido de las normas comunitarias, y se constituye como la verdadera “*pedra angular del sistema jurídico comunitario*”,⁵ puesto que es el instrumento idóneo para asegurar que sus normas se interpreten y apliquen de manera uniforme en el territorio de los Países Miembros, garantizando así su eficacia y validez, y contribuyendo de forma sustancial a la consolidación de una verdadera comunidad de derecho en el espacio subregional.

De conformidad con el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, este órgano jurisdiccional tiene la competencia exclusiva de interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, con la finalidad de asegurar precisamente su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

-
2. Ricardo Alonso García, *Sistema Jurídico de la Unión Europea* (Pamplona: Thomson Reuters, 2010); Walter Kaune Arteaga, *Temas sobre integración y Derecho comunitario* (Sucre: Universidad Andina Simón Bolívar, 2012); Fabian Novak Talabera, “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”. En *Derecho comunitario andino* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003); Galo Pico Mantilla, *Temas jurídicos de la Comunidad Andina* (s. l.: 2009); Ricardo Vigil Toledo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina* (Pamplona: Thomson Reuters, 2011); entre otros.
 3. *Leading case*-Sentencia 01-IP-1987.
 4. *Leading case*-Asunto Schwarze (1965).
 5. Alonso García, *Sistema Jurídico de la Unión Europea...*

De esta manera, por imperio del artículo 33 del Tratado de Creación, los “*jueces nacionales*” que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar directamente la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno (Consulta Facultativa); y, en todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente la interpretación del Tribunal (Consulta Obligatoria).

Como se puede apreciar, el sistema de cooperación diseñado por los Países Miembros en el momento de crear el Tribunal en el año 1979, y que se mantuvo inalterable en el momento de aprobar el Protocolo de Cochabamba en 1996, otorga a los jueces nacionales la calidad de verdaderos jueces comunitarios encargados de velar por el cumplimiento de la normativa andina en el ámbito de su jurisdicción; sin embargo, las autoridades jurisdiccionales nacionales no actúan de forma aislada, sino que entablan un diálogo hermenéutico con el Tribunal comunitario, en el que las primeras tienen la posibilidad, en el caso de la consulta facultativa y el deber, en el caso de la consulta obligatoria, de solicitar la interpretación de las normas andinas, a fin de que puedan aplicarlas en la resolución de los procesos internos y, de esta manera, se asegure su aplicación uniforme y se garantice que los derechos reconocidos en dichas normas puedan ser ejercidos de igual manera y en iguales condiciones en el territorio de todos los Países Miembros.

Al respecto, el Tribunal ha manifestado:

Esta relación de colaboración se realiza con la finalidad de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico y consiste en explicar el significado de la norma para poder determinar su alcance y sentido jurídico; tiene como propósito, mantener la unidad de criterio sobre la legislación comunitaria en los Países Andinos, evitando que se produzcan tantas y diferentes interpretaciones que impidan la aplicación uniforme de la Norma Jurídica Andina.⁶

Es evidente que la Interpretación Prejudicial no solamente se constituye como un instrumento esencial para el sistema jurídico comunitario como tal, sino que se ha consolidado a lo largo del tiempo como una verdadera garantía para sus destinatarios, puesto que asegura su efectividad.

El derecho comunitario andino ha ido evolucionando y en la actualidad es cada vez más patente su influencia en el ámbito jurídico subregional. En efecto, todos los Paí-

6. Proceso 142-IP-2003.

ses Miembros lo reconocen y lo aplican diariamente; es cierto también que la mayor influencia se da en el campo de la propiedad intelectual, materia en la que el Tribunal Andino ha desarrollado una robusta jurisprudencia que es aplicada no solamente por los jueces nacionales, sino sobre todo por las autoridades administrativas especializadas en esta materia. Esta situación es fácil de advertir cuando se examinan las Resoluciones del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) de Bolivia, de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia, del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) del Ecuador y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú.

Por otra parte, se debe reconocer el papel preponderante de las mencionadas instituciones en cuanto se refiere al reconocimiento, promoción y garantía de los derechos reconocidos en los Regímenes Comunes de Propiedad Industrial (Decisión 486⁷), sobre Derechos de Autor y derechos conexos (Decisión 351), de protección de los Derechos de los Obtentores Vegetales (Decisión 345) y de acceso a los recursos genéticos (Decisión 391). Estas normas comunitarias disponen que sean precisamente las Oficinas o Autoridades Nacionales las encargadas de su aplicación.

Asimismo, es importante evidenciar la evolución del número de solicitudes de Interpretación Prejudicial que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha recibido en los últimos años. En efecto, en el año 1999, después de la entrada en vigor del Protocolo de Cochabamba que modificó el Tratado Constitutivo del Tribunal, se habían recibido 41 solicitudes. En el año 2005 este número se incrementó a 233; en el año 2013 se recibieron 265 solicitudes; en la gestión 2014, 325 solicitudes fueron recibidas; y en el año 2015 se alcanzó la cifra histórica de 691 solicitudes presentadas por los órganos jurisdiccionales, entidades administrativas y tribunales arbitrales de los cuatro Países Miembros: 397 fueron de Colombia, 218 del Perú, 42 del Ecuador y 34 de Bolivia.

Corresponde señalar que cuando una autoridad solicita una Interpretación Prejudicial, inclusive cuando se trata de una consulta facultativa, surgen dos obligaciones: aplicar la Interpretación Prejudicial en el momento de emitir su resolución, laudo o sentencia, y enviar dicha sentencia al Tribunal Andino para que se verifique la debida aplicación de la Interpretación Prejudicial por parte de la autoridad nacional.

Por otra parte, cuando no se realiza la consulta obligatoria o habiéndola formulado no se aplica la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal Andino los particulares afectados pueden iniciar una Acción de Incumplimiento⁸ en contra del País Miembro que corresponda. La Acción de Incumplimiento tiene una fase prejudicial

7. Ver también, las Decisiones 632 y 689.

8. Artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500).

que se tramita ante la Secretaría General de la Comunidad Andina y una fase judicial ante el Tribunal.

En el caso que se analiza, se trata de una consulta facultativa presentada por la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, en el marco de la tramitación de una solicitud de registro de la marca táctil TEXTURA SUPERFICIE “OLD PARR” para distinguir productos comprendidos en la Clase 33 del Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas (en adelante, Clasificación Internacional de Niza), presentada el 27 de febrero de 2015, por la sociedad Diageo Brands B.V.

El Tribunal Andino, en atención a la consulta formulada, decidió interpretar el artículo 134 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y, de oficio, el artículo 135 literal b) de la misma normativa. En ese sentido, los temas objeto de interpretación son: 1. Legitimidad activa de la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio; 2. La marca táctil o de textura: Requisitos de registrabilidad, forma de publicación de una marca táctil o de textura. la textura de uso común y la textura impuesta por una función técnica o por la naturaleza del producto. De esta manera, a continuación se hace referencia a cada uno de estos temas.

LEGITIMIDAD ACTIVA DE LA DIRECCIÓN DE SIGNOS DISTINTIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA PARA SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Tomando en cuenta que fue la primera vez que la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó interpretación prejudicial, el Tribunal realizó inicialmente un análisis sobre su legitimidad activa. Al efecto, siguió los criterios establecidos en los Procesos 105-IP-2014⁹ y 121-IP-2014.¹⁰

En dichas Interpretaciones Prejudiciales el Tribunal desarrolló el tema sobre la base de cinco criterios fundamentales:

1. Principio de autonomía del derecho comunitario andino;
2. Objeto y finalidad de la Interpretación Prejudicial;

9. Solicitud presentada por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) de Bolivia.

10. Solicitud presentada por la Dirección de Signos Distintivos y de la Comisión de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú.

3. Naturaleza de los actos emitidos por las autoridades nacionales;
4. *Jurisdiccionalización* de los procedimientos tramitados en sede administrativa; y,
5. Principio de legalidad.

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

La premisa del análisis que realiza el Tribunal es que el concepto de “juez nacional”, en el sentido de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal y de los artículos 122, 123, 125, 127 y 128 de su Estatuto, constituye un concepto autónomo, propio del Derecho Comunitario Andino que debe ser definido por el Tribunal de acuerdo con criterios propios y tomando en cuenta el objeto del instituto de la interpretación prejudicial.

El Tribunal advierte que, si se realizaría una simple referencia a los derechos nacionales, se puede generar una restricción indebida al acceso a la justicia comunitaria y poner en riesgo la aplicación uniforme de las normas comunitarias, promoviendo además su fragmentación, puesto que cada legislación confiere una dimensión diferente al término “juez nacional”.

Asimismo, corresponde recordar que el Tribunal, en cumplimiento de su misión de asegurar la interpretación y aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario en todos los Países Miembros de la Comunidad Andina, no se ha limitado a realizar una interpretación restrictiva y mucho menos literal del artículo 33 de su Tratado de Creación y de los artículos 122 y 123 de su Estatuto, sino que a través de los años ha ido ampliando el alcance del concepto de “juez nacional” a los fines de la interpretación prejudicial,¹¹ considerando que se trata de un término genérico y comprensivo de todas las autoridades que administran justicia por mandato legal.

11. El Tribunal ha admitido solicitudes provenientes no solamente de jueces, en el sentido estricto, sino por ejemplo de autoridades como el Tribunal Administrativo del Atlántico (Proceso 30-IP-98), la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia –Grupo de Trabajo de Competencia Desleal– (Procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007), la Corte Constitucional de la República de Colombia (Procesos 10-IP-94, 01-IP-96, 60-IP-2012), la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela (Proceso 19-IP-98), la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (149-IP-2011), y en los últimos años, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (Proceso 67-IP-2014), Tribunales Arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá (Procesos 161-IP-2013, 181-IP-2013, 14-IP-2014), Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín (Proceso 79-IP-2014), Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriana-Americana (Proceso 262-IP-2013), entre otros.

OBJETO Y FINALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Como se mencionó anteriormente, el objeto de la Interpretación Prejudicial es asegurar que las normas del ordenamiento jurídico comunitario andino se interpreten y apliquen de manera uniforme en el territorio de los Países Miembros, garantizando así su eficacia y validez. Al respecto, corresponde puntualizar que, de conformidad con los principios de aplicación inmediata¹² y efecto directo¹³ de las normas andinas, así como el de cooperación leal previsto en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los Países Miembros, incluidas sus instituciones administrativas, ejecutivas y judiciales, están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar su cumplimiento.

De esta manera, el Tribunal llama la atención sobre el hecho de que no todos los actos administrativos son impugnados en la vía judicial. De esta manera, si no se habilita el mecanismo de la interpretación prejudicial a las autoridades o entidades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales, existe el riesgo de que se emitan interpretaciones divergentes e, inclusive, contrarias al ordenamiento jurídico comunitario andino y a la jurisprudencia del Tribunal. Esta situación, manifiesta el Tribunal, podría generar asimetrías en lo que respecta a la aplicación de las normas y a un indeseado incumplimiento por parte del País Miembro, ya que los Estados son los principales sujetos del derecho comunitario y son quienes responden por los actos de sus instituciones.

NATURALEZA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LAS AUTORIDADES NACIONALES

Con ocasión de las consultas planteadas por la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia (Grupo de Trabajo de Competencia Desleal) que originaron los Procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, el Tribunal se refirió a este tema de la siguiente manera:

De una manera general, se suele dividir el poder público en diferentes ramas: Esta clasificación, en un Estado complejo, como es el de hoy, es decir, en donde existen variados órganos de producción normativa y varias formas jurídicas complementarias y entrelazadas, genera problemas de identificación en relación con la naturaleza de los actos que se expiden.

12. Artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

13. Artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Se hace evidente que en la actualidad para clasificar la naturaleza de los actos ya no es suficiente el criterio orgánico y, en consecuencia, para analizar la naturaleza de los actos judiciales no debe circunscribirse solo a los que emanan de los jueces de la República. En este marco argumentativo, es entendible y evidente que un Estado pueda atribuir funciones judiciales a órganos diferentes del Poder Judicial para revestirlos de la competencia de proferir verdaderas sentencias judiciales.

Por lo anterior, resulta menester interpretar el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y los artículos 122, 123, 127 y 128 del Estatuto, cuando se refieren a los jueces nacionales, de manera amplia, en aras de identificar el sujeto legitimado para solicitar la interpretación prejudicial y que dentro de un País Miembro es aquel que ostenta la función judicial. Como la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la normativa comunitaria por parte de los jueces nacionales, los organismos a los cuales el País Miembro ha otorgado funciones judiciales deben acceder a la interpretación prejudicial para cumplir con la filosofía de la misma.

Como conclusión, el término ‘juez nacional’ debe interpretarse incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna; para de esta manera tenerlos como legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho Comunitario Andino. Esto consolida el principio de cooperación y colaboración entre el “juez nacional” y el “juez comunitario” en la administración de justicia, ya que ambos con jurisdicción y competencia propias efectúan su aporte a la vigencia del derecho de integración.

Esta línea jurisprudencial fue ampliada con ocasión de resolver los procesos 105-IP-2014 y 121-IP-2014, citados anteriormente, en los que el Tribunal Andino considera que para asegurar la aplicación uniforme de la norma comunitaria no se debe circunscribir la Interpretación Prejudicial únicamente a los actos que emanan de los jueces en sentido estricto, sino también a los actos de otras autoridades que la aplican en los hechos. Para el efecto, se debe atender a la esencia del acto más que a su órgano emisor. Es decir, para determinar su naturaleza se debe tener en cuenta no solamente el criterio orgánico, formal o subjetivo, sino particularmente el criterio funcional, material u objetivo.

JURISDICCIONALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS TRAMITADOS EN SEDE ADMINISTRATIVA

De acuerdo con el derecho administrativo contemporáneo, es evidente que los Estados tienen la potestad de atribuir funciones jurisdiccionales a órganos diferentes

del Poder Judicial y revestirlos de competencias para aplicar normas jurídicas con la finalidad de resolver controversias y emitir decisiones firmes. De esta manera, la independencia funcional y la imparcialidad se constituyen como las características esenciales de estas entidades, aspecto que motiva lo que la doctrina denomina como la “jurisdiccionalización” de los procedimientos que tramitan, llegando a ser consideradas como “órganos administrativos *sui generis* o especiales”,¹⁴ u “órganos de naturaleza híbrida, jurisdiccional-administrativa”.¹⁵

El Tribunal Andino se decanta por la tesis de que las autoridades administrativas de los Países Miembros que lleven adelante procedimientos *jurisdiccionalizados*, es decir, en los que se respeten los principios del contradictorio, amplia defensa y debido proceso, y concluyan con la emisión de un acto motivado con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho que justifican su decisión, a través de la cual se reconocen, modifican o extinguen derechos previstos en la normativa comunitaria andina, tienen la facultad de solicitar la Interpretación Prejudicial.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El Tribunal hace mención a las características del derecho comunitario andino mencionadas anteriormente, cuando señala que sus normas prevalecen en relación con las normas nacionales, son de aplicación directa e inmediata y gozan de autonomía. Por ello, y tomando en cuenta que todos los órganos e instituciones de la administración pública de los Países Miembros de la Comunidad Andina deben actuar en el marco del principio de legalidad, el límite de su actuación también está determinado por el ordenamiento jurídico comunitario.

De esta manera, el Tribunal entiende que si las entidades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales cuentan con una interpretación prejudicial del Tribunal antes de la emisión de los actos administrativos que correspondan; en la práctica se asegura la aplicación uniforme de la norma comunitaria desde el primer momento en que es invocada, además de que se limita la discrecionalidad de la administración; otorgando mayor seguridad jurídica y predictibilidad a estos procedimientos, aspecto que redundará en una mayor protección de los derechos de los administrados.

14. María José Ibáñez Daza, “La aplicación del Derecho fiscal europeo y el control de la adaptación del ordenamiento interno al comunitario: la cuestión prejudicial y legitimación de los TEA”, *Cuadernos de Formación de la Escuela de la Hacienda Pública*, Instituto de Estudios Fiscales, vol. 11 (2010): 205.

15. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II (s. l.: Thomson Reuters, 2011), 616.

Como se puede apreciar, el Tribunal realizó un minucioso análisis que le permitió afirmar que el concepto de “juez nacional”, en el sentido de los artículos 33 del Tratado y 123 y 124 del Estatuto, constituye un “*concepto autónomo del Derecho Comunitario*”, que debe ser interpretado desde una concepción amplia y genérica, y que debe ser definido por el Tribunal únicamente de acuerdo a criterios propios. De esta manera, en principio, sí podría reconocerse la legitimidad activa de las entidades administrativas para solicitar una Interpretación Prejudicial.

No obstante, el propio Tribunal advierte que con la finalidad de garantizar el funcionamiento efectivo del mecanismo de interpretación prejudicial y evitar su desnaturalización, es necesario establecer criterios generales sobre la naturaleza y funciones de los órganos consultantes, los mismos que servirán como parámetro de análisis para verificar en cada caso si pueden ser considerados como “juez nacional” en el sentido de los artículos 33 del Tratado de Creación y de los artículos 122, 123, 125, 127 y 128 del Estatuto y si, en consecuencia, están legitimados para solicitar la interpretación del Tribunal.¹⁶

Sobre este particular, el Tribunal determinó que, en la primera oportunidad en la que un órgano o entidad administrativa realice una consulta con el propósito de obtener la interpretación prejudicial, esta deberá acreditar lo siguiente:

1. Constitución por mandato legal;
2. Carácter permanente del órgano o entidad;
3. Carácter obligatorio de sus competencias;
4. Deber de aplicar normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias;
5. Carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo y el respeto al debido proceso; y,
6. La imparcialidad de sus actos.

El Tribunal, después del análisis sobre el cumplimiento de los criterios generales expuestos, por parte de la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia

16. En la Unión Europea se utilizó tempranamente una base analítica similar y se establecieron los primeros Criterios Generales en la Sentencia del Asunto 61-65 Vaassen (Consulta formulada por el Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf de Heerlen (Países Bajos), Tribunal del Fondo de Pensiones de los Trabajadores Mineros de Heerlen, institución a la que se reconoció legitimidad para formular la consulta), y se desarrollaron, entre otros, en los Asuntos C-54/95 Dorsch Consult (Consulta formulada por Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (Comisión Federal de Control de la Adjudicación de Contratos Públicos, institución a la que se reconoció legitimidad para formular la consulta) y Asuntos Acumulados C-110/98 a C-147/98, Gabalfrija, en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció a favor del carácter de “órgano jurisdiccional” del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña.

de Industria y Comercio de Colombia, concluyó que dicha Dirección es un órgano dentro de la estructura orgánica de la Superintendencia de Industria y Comercio constituido por mandato legal con carácter permanente, cuya competencia es obligatoria, asumiendo competencia primaria exclusiva para conocer y resolver el procedimiento aplicando la normativa andina. Asimismo, en ese procedimiento se respeta el debido proceso y posee el carácter contradictorio, además de que debido a su autonomía funcional queda garantizada su imparcialidad.

En consecuencia, el Tribunal manifiesta que, habiéndose acreditado el cumplimiento de los seis criterios de naturaleza y función por parte de la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, ha quedado verificada su legitimidad activa para solicitar Interpretación Prejudicial al amparo del artículo 125 del Estatuto del Tribunal.

En relación con la legitimidad activa de las entidades administrativas para solicitar la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, corresponde señalar que esta ampliación de la línea jurisprudencial del Tribunal ha tenido como consecuencia que en la gestión 2015 se recibieran 25 solicitudes de parte del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, 6 consultas formuladas por el SENAPI de Bolivia, 3 solicitudes del INDECOPI del Perú, y 2 solicitudes de la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

LA MARCA TÁCTIL O DE TEXTURA: REQUISITOS DE REGISTRABILIDAD, FORMA DE PUBLICACIÓN DE UNA MARCA TÁCTIL O DE TEXTURA, LA TEXTURA DE USO COMÚN Y LA TEXTURA IMPUESTA POR UNA FUNCIÓN TÉCNICA O POR LA NATURALEZA DEL PRODUCTO

En el trámite administrativo interno, la empresa Diageo Brands B.V. presentó la solicitud de registro de la marca táctil TEXTURA SUPERFICIE “OLD PARR” para distinguir productos comprendidos en la Clase 33 del Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas (en adelante, Clasificación Internacional de Niza). Para el efecto, el solicitante aportó la siguiente descripción de la marca:

Consiste en una textura (superficie) dura craquelada arrugada, es decir, estriada o rayada en forma de una aglomeración de formas geométricas irregulares que incluyen en su mayoría, pentágonos, romboides y hexágonos, cuyas paredes compartidas miden de longitud entre 3 y 6 milímetros, de altura entre 0,08 y 0,5 milímetros y de grosor entre 0,1 y 1 milímetro.

Las paredes y las áreas contenidas dentro de las paredes son lisas. El material en el que se use esta textura normalmente será vidrio y se usará en distintos tamaños.

En consecuencia, la marca táctil solicitada consiste en la textura de la botella en la que se envasa una bebida alcohólica, razón por la que en la solicitud seleccionaron la Clase 33 de la Clasificación Internacional de Niza.

La Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó la interpretación prejudicial del artículo 134 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Sobre este particular, el Tribunal consideró que procede la interpretación solicitada y además determinó que, de oficio, se interpretará el artículo 135 literal b) de la misma normativa.

Es importante destacar que es la primera oportunidad en la que el Tribunal analiza el tema de la marca táctil o de textura, que, de acuerdo con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se encuentra dentro de los nuevos tipos de marcas que son también denominadas marcas atípicas, no convencionales o no tradicionales. La doctrina suele dividirlos en signos visibles y signos no visibles. En el caso particular de las marcas táctiles, estas pertenecen al grupo de los signos no visibles.¹⁷ Las marcas táctiles o de textura permiten que el consumidor identifique la textura de un producto, de su envase, envoltura o empaquetadura con un origen empresarial determinado.

Al respecto, el Tribunal reconoce que en las denominadas marcas táctiles es la superficie lo que da lugar a su reconocimiento y protección, por ejemplo, por tratarse de una textura particular y reconocible. Para ser susceptible de protección por registro de marcas, dicha textura debe servir para informar acerca del origen empresarial del producto que se pretende distinguir. Una textura determinada podrá ser protegida como signo distintivo si resulta arbitraria y particular en relación con el producto que distingue; criterio que comprende la no funcionalidad, o si ha adquirido distintividad mediante el uso constante en el mercado.

El Tribunal Andino inicia el análisis del tema en cuestión con una descripción de los instrumentos internacionales en los que se reconocen estos nuevos tipos de marca, citando, por ejemplo, el Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas de 27 de marzo de 2006, aprobado por 147 Estados miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que constituye una referencia fundamental en materia de nuevos tipos de marcas, así como la Resolución de la Conferencia Diplomática, suplementaria a dicho Tratado. Este instrumento no limita las marcas a dos dimensio-

17. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), “Nuevos Tipos de Marcas”, Decimosexta sesión del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas, Ginebra, 13 a 17 de noviembre de 2006, documento SCT/16/2, 1 de septiembre de 2006, 11.

nes, sino que se aplica a nuevos tipos, como son, entre otras, las marcas de hologramas, las marcas de movimiento, las marcas de colores y las marcas consistentes en signos no visibles, como marcas sonoras, olfativas, gustativas o táctiles.

Del mismo modo, el Tribunal hace referencia a la Resolución en favor del reconocimiento, la protección y el registro de las marcas táctiles en circunstancias apropiadas, emitida por el Directorio de la International Trademark Association (INTA), en 2006, en la que se establece que las sensaciones táctiles pueden ser protegidas como marcas si son suficientemente distintivas.

Posteriormente, se destacan precedentes judiciales de la Unión Europea¹⁸ y de Estados Unidos de América,¹⁹ en los que se reconoce la posibilidad de registro de marcas atípicas, tomando en cuenta que no se puede interpretar de manera restrictiva las normas que regulan el registro de signos como marcas. El Tribunal Andino complementa el análisis citando varios casos de registro de marcas táctiles o de textura, incluyendo aquellas que contienen caracteres Braille y recordando que, en el ámbito de la Comunidad Andina, el 27 de abril de 2004, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) de la República del Ecuador, otorgó el registro de la marca de producto “Textura superficie OLD PARR”, a la empresa Diageo Brands B.V.

LOS REQUISITOS DE REGISTRABILIDAD DE LAS MARCAS TÁCTILES O DE TEXTURA

En relación con los requisitos de registrabilidad de las marcas táctiles o de textura, el Tribunal afirma que la lista contenida en el artículo 134 de la Decisión 486 no es taxativa, no se trata de un *numerus clausus* sino de un *numerus apertus*. Se entiende que se trata de una enumeración abierta, enunciativa, no de una lista restrictiva de signos susceptibles de ser registrados como marcas. Por lo tanto, esta lista abierta cubre tanto signos visibles como no visibles, siempre y cuando sean susceptibles de representación gráfica.

Continúa el Tribunal manifestando que, en el caso de las marcas táctiles, la Oficina Nacional Competente deberá exigir una o más representaciones de la marca solicitada, así como la indicación del tipo de marca y otros detalles relativos a la misma. En este sentido, el Tribunal recomienda que, a la brevedad, los Países Miembros adelanten acciones para coordinar aspectos técnicos en relación con el trámite, publicación y concesión de registro de marcas táctiles.

18. Caso Shield Mark BV c. Joost Kist h.o.d.n. MEMEX, caso C-283/01, 27 de noviembre de 2003.

19. Qualitex Co. c. Jacobson Products Co., Inc., 514 US. 159, 34 USPQ.2d 1161 (1995).

EL REQUISITO DE SUSCEPTIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN GRÁFICA Y LA FORMA DE PUBLICACIÓN DE UNA MARCA TÁCTIL O DE TEXTURA

En el presente caso, la Dirección de Signos Distintivos de la SIC realizó las siguientes preguntas: ¿Cuáles son las posibilidades que tiene el solicitante para describir la marca o cumplir el requisito de la representación gráfica?, ¿puede hacerse de forma textual?, ¿existen otros mecanismos de descripción o de cumplimiento de los requisitos de la representación gráfica?, ¿la presentación gráfica de una marca táctil implica o requiere necesariamente la selección de un material específico en su descripción, como por ejemplo vidrio, plástico o cartón?, ¿la representación gráfica de una marca táctil implica o requiere necesariamente una representación pictórica acompañada de una descripción clara, precisa e inequívoca de ese material? ¿Cómo opera la representación gráfica de la marca táctil en el momento en que se proceda a su publicación en la Gaceta de la Propiedad Industrial, con el fin de que los terceros interesados obtengan una idea clara y precisa del signo que se solicita a registro, eventualmente se registre y, en consecuencia, los consumidores se aproximen a la marca?

La susceptibilidad de representación gráfica es la aptitud que posee un signo de ser descrito o reproducido en palabras, imágenes, fórmulas u otros soportes, es decir, en algo perceptible para ser captado por el público consumidor. Al respecto, tal como reconoce el Tribunal, uno de los principales desafíos que plantean las marcas táctiles o de textura en el momento del análisis acerca de su registrabilidad, es la necesidad de adaptar el criterio de representatividad gráfica. Para el efecto, el Tribunal realizó un análisis comparado entre las disposiciones contenidas en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), el Reglamento del Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, la Directiva 2008/95/CE y el Reglamento (CE) 207/2009, vigentes en la Unión Europea, y la tercera modificación de la Ley de Marcas en China adoptada el 30 de agosto de 2013 y que entró en vigor el 1 de mayo de 2014.

Es importante destacar que mediante esta Interpretación Prejudicial el Tribunal Andino ha dejado claramente establecidos los criterios que deberán tomar en cuenta las Oficinas Nacionales Competentes a los efectos de verificar el cumplimiento del requisito de representación gráfica de una marca táctil o de textura en los Países Miembros de la Comunidad Andina. En ese sentido, el Tribunal interpreta de una manera amplia lo que se entiende por representación gráfica, siendo necesaria la concurrencia de dos requisitos: i) la descripción clara, precisa y completa del signo, incluyendo un dibujo tridimensional o fotografía; y ii) muestra física de la marca táctil. Ambos requisitos tienen como objetivo representar de una manera suficiente el signo, tomando en especial consideración el principio de precisión desarrollado en la Interpretación

Prejudicial. Por lo tanto, en el caso concreto el Tribunal determinó que la Oficina Nacional Competente deberá seguir los siguientes criterios:

- En primer lugar, se deberá contar con la descripción clara, precisa y completa de la textura, incluyendo un dibujo tridimensional o fotografía.
- En segundo lugar, se deberá presentar muestra física del objeto que contiene la textura. Las Oficinas Nacionales Competentes deberán permitir el acceso a dichos objetos cuando sea solicitado. A manera ilustrativa, la Regla 3, punto 4, literal d) del Tratado de Singapur prevé para las marcas tridimensionales lo siguiente: “Cuando la oficina considere que las diferentes vistas o la descripción mencionada en el apartado c) continúan siendo insuficientes para mostrar los detalles de la marca tridimensional, podrá invitar al solicitante a proporcionar; dentro de un plazo razonable fijado en la invitación, un espécimen de la marca”.
- La Oficina Nacional Competente deberá cumplir con los dos requisitos mencionados anteriormente y permitir el acceso de los usuarios a la muestra física del signo solicitado para que puedan conocer y verificar si el mismo vulnera o no sus derechos. De esta manera, mediante la aplicación de estos dos requisitos concurrentes, se cumpliría con la representación gráfica exigida por la Decisión 486 y se lograría una publicación efectiva.

Otro aspecto que merece destaque es que el Tribunal Andino, en ejercicio de su competencia de interpretar la normativa comunitaria andina, hace referencia a los artículos 270 y 278, y a la Disposición Transitoria Tercera de la Decisión 486, con la finalidad de advertir que los Países Miembros tenían la obligación específica de implementar un sistema informático andino sobre derechos de propiedad industrial registrados en cada uno de ellos, así como interconectar sus bases de datos, a más tardar hasta el 31 de diciembre de 2002, lo cual no se hizo. Del mismo modo, advierte que tienen la obligación de enviar e intercambiar sus respectivas Gacetas o Boletines de Propiedad Industrial.

En relación con la marca táctil, el Tribunal Andino considera que los Países Miembros podrían además considerar la posibilidad de implementar mecanismos que faciliten el acceso virtual a los dibujos o fotografías presentados por los solicitantes a registro. Dichos mecanismos permitirían, por ejemplo, magnificar las imágenes para que el público pueda identificar cabalmente los colores y apreciar las texturas de la marca en tercera dimensión, a fin de que puedan conocer y verificar si se vulneran o no sus derechos.

EL REQUISITO DE DISTINTIVIDAD DE LA MARCA TÁCTIL O DE TEXTURA

En el presente caso, la Dirección de Signos Distintivos de la SIC realizó las siguientes preguntas: ¿Cómo se cumple el requisito de la distintividad de una marca táctil? Si el análisis de distintividad está absolutamente ligado al tipo de producto o servicio que el signo identifica, ¿cómo se analiza el literal b) del artículo 135? ¿Cómo se estudia la distintividad de las marcas táctiles en relación con las causales de irregistrabilidad absolutas y relativas?

El Tribunal Andino, después del análisis respectivo, determinó que el requisito de la distintividad de una marca táctil o de textura se cumple cuando se toma en consideración estos dos aspectos:

1. *Distintividad intrínseca o en abstracto*, la cual supone que el signo cuyo registro se solicite sea apto para identificar productos o servicios, independientemente de la clase a la que pertenezca. Este tipo de distintividad se encuentra regulada en el artículo 135 literal a) de la Decisión 486.
2. *Distintividad extrínseca o en concreto*, la cual además de exigir que el signo contenga distintividad intrínseca, requiere que este sea capaz de diferenciar el producto o servicio de otros de la misma clase, y se encuentra recogida en el artículo 135 literal b) de la normativa en mención.

De esta manera, el Tribunal determina que en el caso concreto la Oficina Nacional Competente debe analizar, en primer lugar, si el signo solicitado tiene aptitud distintiva en abstracto y, de ser así, debe evaluar si posee aptitud distintiva en concreto respecto de los productos que pretende distinguir en la Clase 33 de la Clasificación Internacional de Niza. Asimismo, se debe tener en cuenta que si bien un signo puede carecer de distintividad *ab initio*, esta puede ser adquirida a través del uso en el mercado, figura jurídica denominada distintividad adquirida (*secondary meaning*).

Del mismo modo, el Tribunal asevera que el análisis de la distintividad de las marcas táctiles debe realizarse, en primer lugar, en el marco del artículo 135 de la Decisión 486. En caso de no incurrir en las causales absolutas de irregistrabilidad, se procederá al examen de las causales de irregistrabilidad relativas.

LA TEXTURA DE USO COMÚN

En el presente caso, la Dirección de Signos Distintivos de la SIC realizó la siguiente pregunta: ¿Debe analizarse si los materiales que componen una marca táctil son genéricos, propios o necesarios del producto y analizar si estos cumplen con el requisito de la distintividad?

Al respecto, el Tribunal considera que las formas o texturas de uso común son aquellas que, de manera frecuente y ordinaria, se utilizan en el mercado en relación con determinada clase de productos. En este caso, el público consumidor no relaciona dichas formas o texturas con los productos de un competidor específico, ya que en su mente se relacionan con el género de productos y no con un origen empresarial determinado. En el caso particular de las marcas táctiles, las texturas de uso común en determinada clase de productos tampoco son relacionadas con una procedencia empresarial específica por el público consumidor.

Del mismo modo, el Tribunal advierte que las formas o texturas de uso común deben apreciarse en relación con los productos o servicios que ampare el signo a registrar. Es decir, lo que es de uso común en una clase determinada puede no serlo así en otra, salvo que exista similitud o conexión competitiva entre ambas clases de productos o servicios.

Por último, el Tribunal deja claramente establecido que la forma de presentación deberá entenderse como todo aspecto externo del producto susceptible de ser captado por los consumidores. Al igual que la prohibición de registro de signos denominativos calificados como genéricos o de uso común, la causal que impide registrar la forma o la textura de un producto o envase con características usuales, se encamina a evitar que un empresario pueda a través del registro llegar a monopolizar una forma o textura necesaria para comercializar cierta clase de productos.

LA TEXTURA IMPUESTA POR UNA FUNCIÓN TÉCNICA O POR LA NATURALEZA DEL PRODUCTO

En el presente caso, la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio realizó la siguiente pregunta: En caso de una marca táctil cuya forma sea usual o común al producto, pero que la textura que la compone no sea la propia de los productos sino que es arbitraria o de fantasía, como por ejemplo la textura de la piel de una fruta aplicada a una botella, ¿esta podría ser registrada como marca? En este caso, ¿la distintividad estaría dictada por la función o se analiza la distintividad de la textura independientemente de la función del producto?

El Tribunal, respondiendo las preguntas planteadas, manifestó que el criterio de no funcionalidad puede impedir la protección por registro de marcas de una textura, si esta resulta esencial para el uso y el propósito del producto. El criterio de distintividad supone también la no funcionalidad del signo, es decir, la exigencia que la textura del signo no cumpla una función técnica, no sea parte de la naturaleza del producto o de su misma esencia.

En consecuencia, de conformidad con la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal, la Oficina Nacional Competente debe determinar si la textura que conforma el signo solicitado a registro responde a una finalidad o función técnica, o a la misma naturaleza del producto que se pretende distinguir, en cuyo caso el signo solicitado será irregistrable y, en consecuencia, deberá denegarse la solicitud de registro de marca.

CONCLUSIONES

El Tribunal, con la finalidad de verificar la legitimidad activa de las entidades administrativas para solicitar Interpretación Prejudicial, ha realizado por vía jurisprudencial un análisis detallado acerca del principio de autonomía del derecho comunitario andino, el objeto y la finalidad de la Interpretación Prejudicial, la naturaleza de los actos emitidos por las autoridades nacionales, el fenómeno de la *jurisdiccionalización* de los procedimientos tramitados en sede administrativa y el principio de legalidad.

De esta manera, el Tribunal Andino, a través de las Interpretaciones Prejudiciales emitidas en los procesos 105-IP-2014, 121-IP-2014 y 242-IP-2015, que fue objeto de análisis, reconoció la legitimidad activa para solicitar Interpretación Prejudicial al Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) de Bolivia; a la Dirección de Signos Distintivos y de la Comisión de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú; y, a la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, respectivamente.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado por primera vez en relación con los requisitos de registrabilidad, la forma de publicación y el uso común de la marca táctil o de textura, que de acuerdo con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se encuentra dentro de los nuevos tipos de marcas que son también denominadas marcas atípicas, no convencionales o no tradicionales. Asimismo, se ha analizado el tema de la textura impuesta por una función técnica o por la naturaleza del producto.

En relación con los requisitos de registrabilidad de las marcas táctiles o de textura, el Tribunal afirma que la lista contenida en el artículo 134 de la Decisión 486 no es taxativa, no se trata de un *numerus clausus* sino de un *numerus apertus*. Se entiende que se trata de una enumeración abierta, enunciativa, no de una lista restrictiva de signos susceptibles de ser registrados como marcas. Por lo tanto, esta lista abierta cubre tanto signos visibles como no visibles, entre los que se incluye la marca táctil o de textura, siempre y cuando sean susceptibles de representación gráfica.

El Tribunal Andino ha dejado claramente establecidos los criterios que deberán tomar en cuenta las Oficinas Nacionales Competentes a los efectos de verificar el cum-

plimiento del requisito de representación gráfica de una marca táctil o de textura en los Países Miembros de la Comunidad Andina. En ese sentido, el Tribunal interpreta de una manera amplia lo que se entiende por representación gráfica, siendo necesaria la concurrencia de dos requisitos: i) la descripción clara, precisa y completa del signo, incluyendo un dibujo tridimensional o fotografía; y ii) muestra física de la marca táctil. Ambos requisitos tienen como objetivo representar de una manera suficiente el signo, tomando en especial consideración el principio de precisión desarrollado en la Interpretación Prejudicial.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina advierte que los Países Miembros tienen la obligación específica de implementar un sistema informático andino sobre derechos de propiedad industrial registrados en cada uno de ellos, así como interconectar sus bases de datos y enviar e intercambiar sus respectivas Gacetas o Boletines de Propiedad Industrial. En relación con la marca táctil, el Tribunal considera que los Países Miembros podrían además considerar la posibilidad de implementar mecanismos que faciliten el acceso virtual a los dibujos o fotografías presentados por los solicitantes a registro, para que el público pueda identificar cabalmente los colores y apreciar las texturas de la marca en tercera dimensión, a fin de que puedan conocer y verificar si se vulneran o no sus derechos.

El Tribunal determina que en el caso concreto la Oficina Nacional Competente debe analizar, en primer lugar, si el signo solicitado tiene aptitud distintiva en abstracto y, de ser así, debe evaluar si posee aptitud distintiva en concreto respecto de los productos que pretende distinguir. Se debe tener en cuenta que si bien un signo puede carecer de distintividad *ab initio*, esta puede ser adquirida a través del uso en el mercado, figura jurídica denominada distintividad adquirida (*secondary meaning*).

El Tribunal establece que las formas o texturas de uso común deben apreciarse en relación con los productos o servicios que ampare el signo a registrar. Es decir, lo que es de uso común en una clase determinada puede no serlo así en otra, salvo que exista similitud o conexión competitiva entre ambas clases de productos o servicios.

De conformidad con la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal, la Oficina Nacional Competente debe determinar si la textura que conforma el signo solicitado a registro responde a una finalidad o función técnica, o a la misma naturaleza del producto que se pretende distinguir, en cuyo caso el signo solicitado será irregistrable y, en consecuencia, deberá denegarse la solicitud de registro de marca.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, Ricardo. *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.

García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho administrativo*. tomo II. s. I.: Thomson Reuters, 2011.

Ibáñez Daza, María José. “La aplicación del Derecho fiscal europeo y el control de la adaptación del ordenamiento interno al comunitario: la cuestión prejudicial y legitimación de los TEA”, *Cuadernos de Formación de la Escuela de la Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales*, vol. 11 (2010).

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). “Nuevos Tipos de Marcas”, Decimosexta sesión del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas, Ginebra, 13 a 17 de noviembre de 2006, documento SCT/16/2, 1 de septiembre de 2006.

OTROS

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500).

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: Sentencia en los procesos 01-IP-1987, 105-IP-2014, 121-IP-2014.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Asunto Schwarze (1965).

Fecha de recepción: 17 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 10 de marzo de 2016

Colaboradores

Felipe Castro León: ecuatoriano, estudios de pregrado en la Facultad de Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; asesor y representante en casos ante el Sistema Interamericano y Sistema Universal de Derechos Humanos. Actualmente es el responsable del Observatorio de Justicia Constitucional, proyecto conjunto de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, con la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. *⟨fcastroleon@gmail.com⟩*.

Paul Córdova Vinuesa: ecuatoriano, abogado, Universidad Central del Ecuador; magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; docente universitario, autor de libros y artículos en temas de innovación democrática, derechos de participación, democracia, cambio constitucional y poder popular. Ha colaborado profesionalmente en entidades públicas y privadas sobre la gestión de experiencias y procesos participativos. *⟨hpaulcordova@gmail.com⟩*.

Gabriel Santiago Galán Melo: ecuatoriano, licenciado en ciencias jurídicas y abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; magíster en Derecho, mención Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, Universidad Técnica Particular de Loja; especialista superior en Tributación; Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; docente universitario. Miembro del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario. *⟨gabriel.santiago.galan.melo@gmail.com⟩*.

Silvio Gambino: italiano, doctor en Jurisprudencia, Universidad de Catania; doctor *honoris causa*, Universidad Francesa de Lorena; docente en la Universidad de Calabria, de la que fue decano durante dos períodos; autor de libros y ensayos sobre Derecho constitucional. *⟨silvio.gambino@unicat.it⟩*.

Gustavo García Brito: boliviano, abogado, Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca; magíster en Derecho Internacional Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; especialista en Instrumentos Jurídicos de las Relaciones Económicas Internacionales y la Integración Regional, Universitat de Barcelona; docente universitario. Actualmente desempeña el cargo de secretario general del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *⟨gusgarciab@gmail.com⟩*.

Elsa Guerra Rodríguez: ecuatoriana, abogada, Universidad Central del Ecuador; magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; estudios doctorales en Derecho por esta misma Universidad; docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *<elsa.guerra@uasb.edu.ec>*.

Diego Mogrovejo: ecuatoriano, abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; cursa estudios doctorales en Derecho, por esta misma Universidad; se ha desempeñado como asesor en el Ministerio de Gobierno, la Corte de Justicia de Pichincha, la Corte Constitucional y la Asamblea Nacional del Ecuador; docente universitario. *<dfmogrovejo@gmail.com>*.

Gabriel Moreno González: español, máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; doctorando en Derecho, Institut de Drets Humans de la Universitat de València, a la que pertenece como personal de investigación bajo el programa “Atracción de Talento”. Miembro del grupo de investigación Democracia + y de la Asociación de Constitucionalistas de España y co-director de *The Social Science Post*, revista de divulgación en ciencias sociales. *<gabriel_morenogonzalez@hotmail.com>*.

Normas para colaboradores

1. La revista *FORO* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, publicará únicamente trabajos inéditos, o una versión actualizada de artículos previamente publicados, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *FORO* declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. *FORO* edita resultados artículos de investigación, estudios, experiencias, reseñas y análisis de sentencias.
4. El artículo debe ser remitido a la siguiente dirección electrónica: <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
 - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
 - Extensión máxima:
 - ◆ Artículos: 15 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 12.000 caracteres aproximadamente.
 - ◆ Análisis de sentencia: 10 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 6.000 caracteres aproximadamente.
 - ◆ Recensiones: 4 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalente a 3.000 caracteres.
 - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (40 caracteres con espacios).
 - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.

- Cada trabajo debe estar acompañado de un resumen de hasta 150 palabras en idioma castellano, donde se describirá de forma concisa el objetivo de la investigación, su contenido y las principales conclusiones.
 - Cada trabajo deberá contener un abstract en idioma inglés de 100 a 150 palabras. Para su elaboración no se admite el empleo de traductores automáticos.
 - Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave (descriptores) que establezcan los temas centrales del artículo, igualmente en ambos idiomas.
 - El autor enviará una reseña de hasta 50 palabras en las que destacará su vinculación académica, publicaciones más importantes y cargo actual. Indicará además su correo electrónico personal.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. Estilo, citas y referencias: se usará el manual de estilo Chicago, a manera de ejemplo:
- Nombre y apellido del autor, *título de la obra* (ciudad: editorial, año), número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía* (Valencia: Tiran lo Blanch, 1995), 206.
 - En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, 206.
 - Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.
 - Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la Revista (*en cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar (año de publicación): página o páginas citadas. Así: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, *Foro: Revista de Derecho*, No. 1 (2003): 85-121.
 - Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. No irán numerados y se relacionarán por orden alfabético; por ejemplo: Viciano, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
 - Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

- Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc. deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.
- Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

Proceso editorial

FORO acusa recepción de los trabajos enviados por los autores/as y da cuenta periódica del proceso de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.

1. Los autores podrán remitir manuscritos para su evaluación sin fecha predeterminada, se dará preferencia a los trabajos que se ajusten al eje temático de la convocatoria.
2. En el período máximo de 15 días, a partir de la fecha de recepción, los autores recibirán notificación de recepción, indicando si se acepta preliminarmente el trabajo para su evaluación. Los manuscritos serán evaluados a través del sistema de doble ciego (*peer review*).
3. A la vista de los informes de los evaluadores, se decidirá la aceptación, aceptación con modificaciones, o rechazo de los artículos para su publicación. En caso de aceptación con modificaciones, el autor tendrá un plazo máximo de 15 días para entregar la versión final de su manuscrito.
4. En el caso de juicios dispares, el trabajo será remitido a un tercer evaluador.
5. No existe comunicación directa entre los evaluadores ciegos entre sí, ni entre estos y el autor del trabajo. La comunicación entre los actores está mediada por la coordinadora editorial.
6. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.
7. El plazo de evaluación de trabajos es de 30 días como máximo.
8. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que puedan realizar las correcciones o réplicas que correspondan.
9. Una vez editado el número, los autores de artículos recibirán tres ejemplares de la publicación, autores de recensión un ejemplar, y autores de análisis de sentencia un ejemplar.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

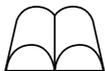
César Montaña Galarza

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <ealban@corpmyl.com>, <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:*

Ecuador: US \$ 61,80

América: US \$ 153,87

Europa: US \$ 162,87

Resto del mundo: US \$ 173,87

Valor del ejemplar suelto:* US \$ 15,27

* Incluye 14% del IVA.

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <ventas@cenlibrosecuador.org>

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

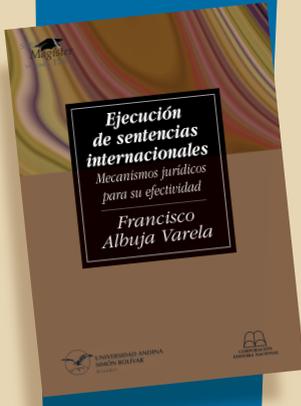
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



Francisco Albuja Varela, *Ejecución de sentencias internacionales. Mecanismos jurídicos para su efectividad* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2015).

Esta obra analiza el rol del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos en su actividad administrativa como ente coordinador de la ejecución de sentencias internacionales, y también estudia, desde la óptica del Derecho procesal, la acción por incumplimiento, en lo relacionado a su naturaleza jurídica y a los aspectos procesales que la componen, para finalmente colocar en consideración del lector una propuesta de reforma normativa a la acción por incumplimiento de sentencias internacionales establecida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucionales.



Vladimir Bazante Pita, *El precedente constitucional* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2015).

En este libro se establecen los fundamentos conceptuales en torno al precedente constitucional. Estudia sus orígenes y características; cuestiona el tratamiento que esta institución jurídica ha recibido en la jurisprudencia desde 2008, año en que se aprobó la actual Constitución de la República; expone las contradicciones en que incurrió la Corte Constitucional para el período de transición en torno a este tema, y señala, como muestra, la existencia de varios precedentes, que en este libro reciben el nombre de “escenarios base”, pese a la limitación que representa el “etiquetamiento” que implantó la referida Corte.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

