

EL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE “RESTRICCIONES DE TODO ORDEN” EN EL ACUERDO DE CARTAGENA

THE PRINCIPLE OF FREE MOVEMENT OF GOODS AND THE DELIMITATION OF THE CONCEPT OF “RESTRICTIONS OF ALL KINDS” IN THE CARTAGENA AGREEMENT

Autora: Yovana Janet Reyes Tagle¹

RESUMEN

Este artículo tiene el objetivo de presentar y analizar una de las variables que pueden tenerse en cuenta para la interpretación y delimitación del concepto de “restricciones de todo orden” de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena. Se plantea que en la interpretación de este concepto también se puede tener en consideración la regla de interpretación desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia internacional que prefiere una interpretación contra la pérdida de soberanía de los Estados; esto es, una aplicación del criterio de la interpretación restrictiva que ha de seguirse ante normas que limitan la capacidad regulatoria de los Estados. Este artículo se divide en 5 secciones. La primera presenta la regulación del principio de libre circulación de mercancías en el Acuerdo de Cartagena; la segunda desarrolla la interpretación del concepto de “restricciones de todo orden”; la tercera analiza las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como parte de las “restricciones de

1) Doctora en Derecho (LL.D.) y magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Helsinki, Finlandia. Abogada, docente de la Maestría de Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: yreyes@pucc.edu.pe

todo orden” en el Acuerdo de Cartagena; la cuarta describe el concepto de medidas de efecto equivalente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y la quinta analiza la posible aplicación del criterio de interpretación restrictiva en la delimitación del concepto de “restricciones de todo orden” en la Comunidad Andina (CAN).

Palabras clave: Libre comercio, restricciones a las importaciones, libre circulación de mercancías, Comunidad Andina, Unión Europea.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze one of the variables that could be taken into account for the interpretation and delimitation of the concept of “restrictions of all kinds” of Articles 72 and 73 of the Cartagena Agreement. It is argued that the rule developed by the international doctrine and jurisprudence that prefers an interpretation against the loss of sovereignty of States can also be taken into account; namely, an application of the criterion of restrictive interpretation of rules that limit the regulatory capacity of the States. This article is divided into 5 sections. The first presents the regulation of the principle of free movement of goods in the Cartagena Agreement; the second develops the interpretation of the concept of “restrictions of all kinds”; the third analyzes the measures having equivalent effect to quantitative restrictions of the Treaty on the Functioning of the European Union as part of the “restrictions of all kinds” in the Cartagena Agreement; the fourth describes the concept of measures of equivalent effect in the case law of the Court of Justice of the European Union; and the fifth analyzes the possible application of the criterion of restrictive interpretation in the delimitation of the concept of “restrictions of all kinds” in the Andean Community (CAN).

Keywords: Free trade, import restrictions, free movement of goods, Andean Community, European Union.

1. LA OBLIGACIÓN DE ELIMINAR LAS RESTRICCIONES AL COMERCIO Y EL CONCEPTO DE “RESTRICCIONES DE TODO ORDEN” EN EL ACUERDO DE CARTAGENA

El concepto de barreras no arancelarias ha evolucionado a través de los años. Por ejemplo, en los años veinte, este concepto esencialmente se refería a las prohibiciones, controles de importaciones y restricciones cuantitativas (Lang, 2011, p. 191). Para los que diseñaron el sistema del comercio internacional después de la II Guerra Mundial, el término barreras no arancelarias incluía un grupo de medidas gubernamentales más limitado del que es actualmente. Su prioridad

era eliminar medidas tales como cuotas, restricciones de divisas, requisitos de licencia, y otros (Lang, 2011, p. 206). A partir de este entendimiento, el artículo XI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) prohíbe las restricciones y las prohibiciones a las importaciones. El artículo XI.1 del GATT establece que:

“Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá –aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas– prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.”

El Acuerdo de Cartagena ha creado el medio a través del cual se determinará cuándo una medida adoptada por un País Miembro constituye una “restricción de todo orden”

Las barreras no arancelarias atraen a los Estados por varias razones. Como señala Lukauskas (2013), los Estados pueden alegar que el objetivo de la medida no es el proteccionismo, sino lograr un objetivo público legítimo. Además, considerando que los efectos de este tipo de medidas son difíciles de determinar, los Estados pueden apoyar a las empresas sin incurrir en un resentimiento público; es decir, las empresas que no logran el proteccionismo a través de los aranceles podrían obtenerlo mediante las barreras no arancelarias (p. 240-241).

En la CAN, el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena reconoce el principio de libre circulación de mercancías y prohíbe de manera general las medidas no arancelarias y hace un llamado para que se eliminen las “restricciones de todo orden” que afecten la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro. Este concepto podría ser leído como uno que busca abarcar cualquier acción que un País Miembro realice, que

no sea un arancel, para poner a las importaciones en una posición de desventaja. Esta norma debe leerse conjuntamente con el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, el cual contiene la definición del concepto de “restricciones de todo orden” en los siguientes términos: “cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral”.

El artículo 73 del Acuerdo de Cartagena busca eliminar la medida nacional que “impida o dificulte las importaciones”. En el primer supuesto, estamos frente a medidas nacionales que hacen imposibles las importaciones. En el segundo supuesto, se trata de medidas que, sin hacer las importaciones imposibles, las obstaculizan de tal manera que, incluso, podrían llevar a una reducción de las importaciones o que finalmente éstas no se realicen. El TJCAN de la CAN se refiere, en este segundo caso, a medidas que entorpecen las importaciones (TJCAN, 9 de setiembre de 1994, p. 13).

Asimismo, como parte del conjunto de normas que regulan el Programa de Liberación, el Acuerdo de Cartagena ha creado el medio a través del cual se determinará cuándo una medida adoptada por un País Miembro constituye una “restricción de todo orden”. En este sentido, el artículo 74 faculta a la Secretaría General de la CAN (SGCAN) para calificar si una medida nacional restringe el comercio entre los Países Miembros. Esta disposición contempla lo siguiente: “Para los efectos de los artículos anteriores, la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, determinará, en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye “gravamen” o “restricción”. Sobre el alcance de esta norma, la SGCAN ha considerado

que recurrir a este procedimiento de calificación de restricciones para otros fines puede hacer que este órgano comunitario incurra en una desviación de poder (SGCAN, 12 de noviembre de 2009, p. 15). Por su parte, el artículo 77 del Acuerdo de Cartagena obliga a los Países Miembros a abstenerse de “aplicar gravámenes y de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión”.

2. LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE “RESTRICCIONES DE TODO ORDEN” EN LA COMUNIDAD ANDINA

La Convención de Viena de 1969 establece algunas reglas de interpretación de tratados. El primer párrafo del artículo 31 dispone que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” Novak Talavera (2013) señala que cuando esta norma se refiere “al sentido “ordinario” y “natural” de los términos, hace referencia a su significado “regular,” “normal” o “acostumbrado”. En este sentido, los tribunales, cuando interpreten un tratado, recurrirán generalmente a consultar diccionarios ordinarios y no especializados” (p. 76). Sin embargo, esto no significa que “cuando las disposiciones de un tratado utilicen palabras o términos técnicos o jurídicos, se indague por su significado técnico o jurídico” (Novak Talavera, 2013, p. 76).

En la CAN, el TJCAN optó por buscar el significado del término restricción en diccionarios especializados. De esta manera, el TJCAN ha señalado que:

“Estas restricciones de todo orden que pueden constituir cualesquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, deben fundamentalmente ir contra la filosofía del Programa de Liberación, en el entendido de que restringir como lo establece el diccionario Bási-

El TJCAN optó por buscar el significado del término restricción en diccionarios especializados

sico Jurídico, es la limitación o modificación que se hace de algo, disminuyéndolo. El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, nos indica que RESTRICCIÓN es la “Disminución de facultades o derechos” y que “Restrictivo” es “Lo que restringe, limitativo, que reduce o coarta”, concluyendo el mismo autor en identificar el “restringir” al hecho de “Circunscribir, reducir, limitar. Acortar el gasto de consumo. Regatear licencias, permisos, privilegios” (TJCAN, 22 de julio de 2013, p. 20; TJCAN, 28 de enero de 2013, pp. 29-30; TJCAN, 3 de junio de 2008, p. 11; TJCAN, 9 de setiembre de 1994, pp. 9-10).

Con respecto a la regla de interpretación que tiene en cuenta el contexto, tal como lo estipula el artículo 31 de la Convención de Viena, Novak Talavera (2013) destaca que esta regla “implica también revisar los demás componentes del tratado (otras disposiciones del tratado, su preámbulo y anexos) así como instrumentos adicionales relativos a éste, a todo lo cual se denomina contexto mediato” (p. 78). El TJCAN, al determinar el alcance y la importancia del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena, ha revisado los objetivos de este Acuerdo enumerados en su artículo 1 y los mecanismos contemplados en el artículo 3 para alcanzarlos. De esta manera, el TJCAN ha notado el carácter instrumental de este Programa para el logro de dichos objetivos (TJCAN, 8 de agosto de 2019, p. 14; TJCAN, 22 de julio de 2013, p. 19; TJCAN, 9 de setiem-

bre de 1994, pp. 8-9). El TJCAN también ha recurrido al artículo 77 del Acuerdo de Cartagena para definir las características de este Programa (TJCAN, 3 de junio de 2008, p. 11).

Por otro lado, citando el Diccionario de Comercio Exterior de Domingo Valentín Budic, el TJCAN se ha referido también a las normas del GATT que establecen la obligación internacional de los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de eliminar las restricciones cuantitativas, y el contexto en el cual dichas normas fueron adoptadas (TJCAN, 9 de setiembre de 1994, p. 10). El TJCAN ha tenido en cuenta el antecedente histórico que “sirve de instrumento de análisis para comprender e identificar cuando las restricciones al comercio y sus efectos sobre el sistema de integración andino” se han producido (TJCAN, 9 de setiembre de 1994, p. 11).

Por su parte, Novak Talavera (2013) plantea que la regla de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena que se refiere al objeto y fin del tratado “forma parte del método teleológico, busca determinar el propósito que pretendieron alcanzar los Estados partes cuando celebraron el acuerdo, es decir, la razón (ratio legis) que tuvieron en mente cuando redactaron el texto” (p. 79). El TJCAN también ha utilizado este método. En cuanto a los métodos de interpretación utilizados por el TJCAN, este órgano jurisdiccional ha precisado que:

“Se aplica los métodos de hermenéutica jurídica generalmente aceptados, pero corresponde, llegado el caso, el empleo preferente de los métodos funcional, sistemático y teleológico. La utilización de este último tiene su fundamentación en el mismo Tratado de Creación del Tribunal, ya que sus atribuciones derivan de la necesidad de contribuir a la consecución del propósito común integracionista” (TJCAN, 26 de julio de 1988, p. 4).

En este contexto, el TJCAN ha interpretado el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y precisado su objeto y fin. Este órgano jurisdiccional afirmó que esta norma “define con claridad la filosofía misma del Programa de Liberación, pues establece que el mismo tiene por objeto eliminar gravámenes y restricciones de todo orden [...]” (TJCAN, 9 de setiembre de 1994, p. 7). Es oportuno señalar que en esta jurisprudencia andina mencionada el TJCAN no ha hecho referencia a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena al interpretar el principio de libre circulación de mercancías consagrado en el Acuerdo de Cartagena. No obstante, como hemos visto anteriormente, se ha podido identificar cómo se han utilizado las reglas señaladas en esa Convención.

Asimismo, en reiteradas oportunidades, el TJCAN ha destacado que una restricción de todo orden debe entenderse como “una medida de cualesquier orden que disminuya, limitando y modificando, una situación actual en detrimento del comercio interandino” (TJCAN, 22 de julio de 2013, p. 19; TJCAN, 9 de abril de 2013, p. 11; TJCAN, 5 de setiembre de 2013, p. 11; TJCAN, 30 de abril de 2008, p. 11). Además, este órgano jurisdiccional ha entendido que una restricción al comercio a la luz de las normas andinas puede incluir “cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones (...) Dicho efecto puede consistir en imposibilitar las importaciones o en hacerlas más difíciles, o más costosas que los mercancías de producción nacional” (TJCAN, 16 de agosto de 2013, p. 21; TJCAN, 22 de julio de 2013, p. 21; TJCAN, 22 de octubre de 2012, p. 11; TJCAN, 3 de junio de 2008, p.11; TJCAN, 27 de agosto de 1997, p. 31).

El TJCAN sintetiza el alcance del concepto de “restricciones de todo orden” y señala que éste “supone una globalización ge-

neral, de cualquier actitud que disminuye facultades o derechos existentes anteriormente, de cualquier forma o manera, que signifiquen una situación menos favorable a la existente antes de dictarse la nueva restricción” (TJCAN, 30 de abril de 2008, p. 10; TJCAN, 30 de abril de 2008, p. 10; TJCAN, 9 de setiembre de 1994, p. 10).

A lo largo de su jurisprudencia, el TJCAN ha optado por definir el concepto de “restricciones de todo orden” enfocándose en el efecto restrictivo de la medida adoptada por un País Miembro de la CAN y ha reiterado que “Las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que tengan por objeto y como resultado imposibilitar las importaciones, estarían comprendidas bajo las previsiones del Tratado sobre restricciones de todo orden.” (TJCAN, 22 de julio de 2013, p. 19; TJCAN, 16 de agosto de 2013, p. 21; TJCAN, 9 de setiembre de 1994, p. 11).

El TJCAN ha definido el concepto de medidas administrativas, financieras y cambiarias contenido en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. Las primeras abarcan “desde la imposición de precios fijos mínimos o máximos menos favorables para los productos importados, de manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta las limitaciones directas a las importaciones” (TJCAN, 5 de setiembre de 2013, p.11; TJCAN, 3 de junio de 2008, p. 12; TJCAN, 9 de setiembre de 1994, p. 11). En el segundo supuesto, el TJCAN apunta a “Los controles financieros, que se encuadran dentro de las reglamentaciones sobre préstamos para el pago de importaciones, costo del financiamiento externo y disponibilidad del mismo” (TJCAN, 9 de setiembre de 1994, p. 11). En el tercer supuesto, el TJCAN advierte que estas medidas “de alguna forma obstaculizan el funcionamiento libre, abierto y pleno del mercado de divisas” (TJCAN, 9 de setiembre de 1994, p. 11). En ocasiones, la SGCAN ha calificado algu-

nas medidas nacionales como medidas administrativas que dificultan o impiden las importaciones dentro del ámbito de aplicación del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena; por ejemplo, las autorizaciones previas o las licencias de importación (SGCAN, 8 de marzo de 2004, p. 19).

Además, algunas de las medidas incluidas en la Directiva 70/50 de la Comisión de la Unión Europea de 1969 han sido consideradas por el TJCAN en sus definiciones. Por ejemplo, el artículo 2.1 expresa el criterio de considerar como medidas restrictivas aquellas que hacen las importaciones más difíciles o costosas. El artículo 2.3 literal a) de la Directiva se refiere a los precios mínimos y máximos como formas de restricción a las importaciones. Asimismo, las autorizaciones previas a la importación han sido calificadas como medidas de efecto equivalente por el TJUE; y el TJCAN se ha referido a esta jurisprudencia para opinar que estas medidas constituyen restricciones al comercio en la CAN (TJCAN, 11 de diciembre de 1998, p. 21). Para el tribunal andino, una restricción al comercio puede estar compuesta por:

“una norma jurídica de efectos generales -aunque pudieren afectar, particularmente a un solo sector-, de una decisión o resolución con eficacia inter partes o erga omnes, de operaciones materiales o físicas, de omisiones o, en fin, cualquier actitud positiva o negativa, incluidas las prácticas administrativas al margen de la ley o incluso derivadas de ésta” (TJCAN, 2 de agosto de 2000, p. 10).

A partir de la jurisprudencia del TJCAN algunos autores han entendido que las medidas restrictivas del comercio en la CAN incluyen “cualquier hecho, sean instrucciones, demoras, suspensiones, exigencias u otras” que tengan un efecto restrictivo en las importaciones (López Raygada, 2003, p. 306). Incluso, se ha aplicado la jurisprudencia andina a partir de la fórmula Dassonville para sostener que la consideración del manifiesto de

carga marítima por parte de la SUNAT del Perú como definitivo 48 horas antes del arribo de la nave a puerto constituye una restricción de todo orden (Andonaire Cáceda, 2017, pp. 89-90).

En este tema, el TJCAN ha coincidido con la SGCAN, y en los casos que le ha tocado pronunciarse, ha señalado que, por ejemplo, los precios mínimos (TJCAN, 9 de setiembre de 1994, p. 11), las prohibiciones (TJCAN, 2 de mayo de 2017, p. 26; TJCAN, 30 de noviembre del 2000, p. 20) y las licencias de importación (TJCAN, 11 de diciembre de 1998, p. 22) constituyen restricciones al comercio contrarias al principio de libre circulación de mercancías.

3. LAS MEDIDAS DE EFECTO EQUIVALENTE A LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO PARTE DE LAS “RESTRICCIONES DE TODO ORDEN” EN EL ACUERDO DE CARTAGENA

Un elemento que llama la atención es la utilización de la jurisprudencia europea para delinear el alcance del concepto de “restricciones de todo orden”. Este concepto incorporado en los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena ha sido ampliamente interpretado, recurriendo a la jurisprudencia del TJUE y el concepto de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas del artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

El TJCAN ha expresado cuál es el objetivo de la eliminación de los gravámenes y las “restricciones de todo orden” contemplado en el Acuerdo de Cartagena. Para hacerlo, este órgano jurisdiccional ha recurrido a la jurisprudencia del TJUE, concretamente el Asunto 159/78 resuelto por el TJUE, para señalar que dicho objetivo es que, tal como lo ha afirmado el TJUE, “los intercambios de mercancías entre

Un elemento que llama la atención es la utilización de la jurisprudencia europea para delinear el alcance del concepto de “restricciones de todo orden”

Estados miembros se efectúen en condiciones lo más parecidas posible a las que existan en un mercado interior” (TJCAN, 2 de agosto de 2000, p. 10). Esta jurisprudencia del TJUE ha servido para que el TJCAN enfatice que:

“La liberación absoluta del intercambio intracomunitario debe percibirse como una situación que se asemeje, en la medida de lo posible, a la que existe en el interior de los territorios de los Países Miembros, logrando una fusión de los mercados nacionales en un espacio económico común, sin fronteras estatales que impliquen dificultades pecuniarias, administrativas, formales o de cualquier otro tipo” (TJCAN, 2 de agosto de 2000, p. 10).

La pregunta es qué tipo de medidas adoptadas por los Países Miembros de la CAN que tengan un efecto restrictivo en las importaciones pueden ser analizadas a la luz de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena y hasta dónde se puede ejercer el control sobre la actividad de los Países Miembros. Las restricciones cuantitativas y las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas están prohibidas por el artículo 34 del TFUE. En cam-

El Acuerdo de Cartagena ha buscado llenar el vacío a través de la jurisprudencia desarrollada con respecto al TFUE

bio, los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena no mencionan a este tipo de medidas como parte de las “restricciones de todo orden” que los Países Miembros de la CAN estén obligados a eliminar. A pesar de esta exclusión en el Acuerdo de Cartagena, el TJCAN ha opinado que tales medidas también se encuentran prohibidas. ¿Cuál ha sido el sustento del TJCAN para adoptar esta posición? El TJCAN ha invariablemente sostenido que el Acuerdo de Cartagena:

“no contiene norma sustantiva relativa a las medidas de efecto equivalente contenidas en el artículo 30 del Tratado de la Comunidad Económica Europea [artículo 34 del TFUE]; sin embargo ésta puede constituir valiosa fuente supletoria del derecho - junto con las normas aplicables al tema de restricciones cuantitativas a nivel de la Organización Mundial de Comercio” (TJCAN, 8 de agosto de 2019, pp.17-18; TJCAN, 8 de febrero de 2017, p. 49; TJCAN, 15 de setiembre de 2016, párr. 3.3.10 y 3.3.12; TJCAN, 29 de abril de 1997, p. 17; TJCAN, 30 de noviembre del 2000, p. 14).

El reconocimiento del hoy TFUE (antes Tratado de Roma) como valiosa fuente supletoria del derecho ha servido para que el TJCAN incluya a las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas como parte del concepto de

“restricciones de todo orden” recogido en los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena. A su vez, este reconocimiento del TJCAN le ha permitido recurrir a la jurisprudencia del TJUE para dar contenido al principio de libre circulación de mercancías en la CAN.

En cuanto al concepto de fuente supletoria del derecho, éste ha sido utilizado en la Decisión 425 que regula el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina y ésta es ilustrativa para entender el alcance de este concepto en el derecho comunitario andino. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Decisión 425:

“La Secretaría General no podrá dejar de resolver, por deficiencia de las normas, un asunto que corresponda a sus competencias y le sea sometido. En este caso, deberá acudir a las fuentes supletorias del Derecho de la integración y del Derecho administrativo, en cuanto estas últimas resulten aplicables.”

Estas deficiencias de las normas se pueden presentar, por ejemplo, ante un vacío, contradicción o falta de claridad en las mismas. En estos casos se ha de acudir a las fuentes supletorias del derecho. Y esto es precisamente lo que ha realizado el TJCAN el cual al observar que no existe el concepto de medidas de efecto equivalente en el Acuerdo de Cartagena ha buscado llenar el vacío a través de la jurisprudencia desarrollada con respecto al TFUE. Nótese que aun cuando el TJCAN también se refiere a las normas de la OMC como fuente supletoria, el artículo XI del GATT no incorporó este concepto. Por lo cual, lo que ha servido al TJCAN al tratar el tema de las medidas de efecto equivalente ha sido la jurisprudencia del TJUE.

Asimismo, a partir del reconocimiento del rol del TFUE como fuente supletoria del derecho, el TJCAN ha argumentado que:

“un obstáculo o impedimento a la importación libre de mercancías que se salga del objeto específico de la medida [...] dirigiéndose a imposibilitar injustificadamente la importación de un determinado producto o de hacer la importación más difícil o más costosa, pued[e] reunir las características de restricción al comercio y más aún, si una medida tiene el carácter discriminatorio” (TJCAN, 8 de agosto de 2019, p. 18; TJCAN, 8 de febrero de 2017, p. 49; TJCAN, 29 de abril de 1997, p. 17; TJCAN, 25 de octubre de 2006, p. 14; TJCAN, 9 de marzo de 1998, p. 30).

El TFUE no define el concepto de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. Este concepto ha sido definido por el TJUE en el célebre caso Dassonville en el año 1974 y ha sido reiterado en su jurisprudencia. En este caso, el TJUE afirmó que: “toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa” (TJUE, 1974). A partir de esta formulación del TJUE, la SGCAN ha calificado, en el caso SUDAMTEX, a las multas desproporcionadas adoptadas por un País Miembro como una restricción al comercio contraria al Acuerdo de Cartagena (SGCAN, 29 de octubre de 1997, p. 1-2). Para la SGCAN, una de las razones para recurrir a las normas de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE es que el Tratado de Roma que creó la Comunidad Económica Europea inspiró el Acuerdo de Cartagena (SGCAN, 30 de enero de 1998, p. 6).

En esta misma línea, según el TJCAN, el derecho comunitario andino busca eliminar toda clase de obstáculos que directa o indirectamente hagan las importaciones más difíciles o imposibles. En este caso, el TJCAN concluyó que: “el carácter definitivo o preparatorio de un acto interno no es decisivo para calificar una medida como restricción al comercio, sino más bien el efecto restrictivo que even-

tualmente pudiere producir, en las importaciones presentes o futuras” (TJCAN, 2 de agosto de 2000, p. 12). Como puede observarse, el TJCAN sigue la fórmula Dassonville del TJUE. Por su parte, esta formulación desarrollada por el TJCAN ha sido citada en varias ocasiones por la SGCAN para evaluar las medidas nacionales a la luz de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena (SGCAN, 17 de septiembre de 2019, p. 26; SGCAN, 14 de agosto de 2018, p. 18; SGCAN, 9 de junio de 2014, p. 24; SGCAN, 18 de agosto de 2014, p. 6; SGCAN, 18 de junio de 1999, p. 6; SGCAN, 12 de marzo del 2001, p. 18; SGCAN, 6 de setiembre de 2002, p.3; SGCAN, 8 de marzo de 2004, p. 18); por lo tanto, ha guiado la calificación de las medidas nacionales como restricción al comercio. En palabras de la SGCAN, “lo que interesa a los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, son los efectos restrictivos de la medida de todo orden” (SGCAN, 18 de agosto de 2014, p. 27).

Asimismo, la SGCAN ha tomado como base esta jurisprudencia y destacado que el TJCAN ha precisado que una medida nacional “de hecho o de derecho, actual o potencial, puede infringir el derecho comunitario” (SGCAN, 6 de setiembre de 2002, p. 3). A propósito de este argumento, la SGCAN ha sostenido que:

“de acuerdo con lo señalado por el Tribunal de Justicia, basta la expedición de una norma de carácter general que establezca un gravamen o restricción, independientemente de que esta norma se reglamente o no, o requiera de actos posteriores de implementación, para generar una expectativa de derechos que produciría una situación de inseguridad jurídica en el comercio intracomunitario y resultaría contraria al ordenamiento jurídico andino.” (SGCAN, 6 de setiembre de 2002, p. 3).

Además, del caso SUDAMTEX, se observa de qué manera el TJCAN destacó el criterio de la proporcionalidad de una medida nacional y cómo el no respetar

este criterio puede llevar a que una medida pueda ser considerada como restricción al comercio. Al respecto, el TJCAN ha sido claro en señalar que:

“una de las medidas que pueden originar dificultades en el comercio entre los Países Miembros de la Comunidad, son las formalidades y procedimientos excesivos y desproporcionados que deben cumplirse tanto al momento en que una mercancía procedente de la Subregión atraviesa las fronteras de otro País Miembro, a lo largo del ciclo de importación, así como con posterioridad a la introducción de las mercancías” (TJCAN, 2 de agosto de 2000, p. 10).

Sobre la base de este planteamiento del TJCAN, la SGCAN ha argumentado que puede calificar como restricción al comercio “la comisión de actos de autoridad innecesarios o desproporcionados” (SGCAN, 21 de noviembre del 2000, p. 3). De esta manera, las medidas nacionales deben pasar este filtro para no ser consideradas como una restricción al comercio.

En casos posteriores, esta jurisprudencia sentada en el caso SUDAMTEX ha sido confirmada. En el caso de la empresa ABBA, la SGCAN concluyó que la apertura de un proceso de investigación por parte del Perú por motivo de delitos contra el orden económico y otros constituye una restricción al comercio (SGCAN, 12 de marzo del 2001, p. 19). El punto es que, en este caso, la SGCAN no sólo volvió a recurrir a la fórmula Dassonville, sino que justificó su adopción en la CAN al expresar que “con la finalidad de garantizar el adecuado funcionamiento del mercado ampliado es menester pronunciarse respecto de los casos que directa o indirectamente, actual o potencialmente, puedan restringir el comercio subregional mediante actos que pudieran tener efectos limitantes del comercio” (SGCAN, 18 de junio de 1999, pp. 5-7). En casos más recientes, la SGCAN ha recordado la juris-

prudencia del TJCAN sentada en el caso SUDAMTEX para enfatizar que “cualquier medida a la que hace referencia el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena debiera producir como efecto real o potencial: impedir (suspender o prohibir) las importaciones andinas; o, dificultar (encarecer o hacer más onerosa) las importaciones andinas” (SGCAN, 14 de agosto de 2018, p. 18; SGCAN, 17 de septiembre de 2019, p. 26).

La preocupación mostrada por Colombia en el caso SUDAMTEX coincide con la que reflejó Perú en el caso de la empresa ABBA. En ambos casos, fue discutido el derecho de los Estados a fiscalizar y realizar las investigaciones pertinentes vinculadas con el cumplimiento de las normas nacionales, así como sus alcances. Además, en ambos casos, se cuestionó la competencia de la SGCAN para pronunciarse en este tipo de casos y calificar el accionar de las autoridades nacionales como una restricción al comercio. Concretamente, el Perú sostuvo que: “No corresponde a la Secretaría General el pronunciarse sobre los presuntos delitos materia de investigación y juzgamiento por parte del Gobierno del Perú contra ABBA” (SGCAN, 12 de marzo del 2001, p. 7). Sin embargo, el análisis de las medidas adoptadas por un País Miembro en los términos de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena se ha enfocado en el efecto restrictivo de dichas medidas, independientemente de su naturaleza, forma u objetivo. Esto se hace siguiendo el mismo enfoque desarrollado en Dassonville. En suma, el concepto de “restricciones de todo orden” incorporado en los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena ha sido ampliamente interpretado, recurriendo a la jurisprudencia del TJUE y el concepto de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas del artículo 34 del TFUE.

4. EL CONCEPTO DE MEDIDAS DE EFECTO EQUIVALENTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Las restricciones cuantitativas son escasas en la Unión Europea (Cuyvers, 2017, p. 333). El artículo 34 incluye, además, el concepto de medidas de efecto equivalente. Al hacerlo, se somete a las legislaciones nacionales al escrutinio realizado por parte de la Unión Europea. De esta manera, cualquier medida nacional con un impacto en el comercio puede ser analizada a la luz del artículo 34 del TFUE. Con respecto al concepto de restricción cuantitativa, Sarrión Esteve (2014) sostiene que:

“La noción de restricción cuantitativa se ha entendido como toda disposición interna de un Estado que prohíbe o limita cuantitativamente, de forma real o de forma potencial el volumen de transacciones comerciales con otros Estados miembros, cuestión que confirmó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 8 de febrero de 1983, Comisión c. Reino Unido, asunto C-124/81.” (p. 949).

Por otro lado, se ha sostenido que la ventaja de la amplia definición de medidas de efecto equivalente dada en Dassonville es que cubre todas las potenciales medidas no arancelarias y limita el espacio que tienen los Estados para desarrollar medidas no arancelarias creativas. Sin embargo, el principal problema de esta definición es que casi todas las medidas nacionales pueden ser calificadas como medidas de efecto equivalente a la luz del artículo 34 del TFUE (Cuyvers, 2017, p. 335-336).

Sin embargo, ese no es el objetivo del artículo 34 del TFUE. Como explica Davies (2012), si un simple impacto en la venta de los productos importados es suficiente para aplicar el artículo 34, entonces esta norma casi no tiene límites. Esto se debería a que se estaría incluyendo me-

Casi todas las medidas nacionales pueden ser calificadas como medidas de efecto equivalente a la luz del artículo 34 del TFUE

didias que van desde impuestos internos hasta reformas en el mercado de inmuebles y normas medioambientales que protegen los parques naturales por tener ese efecto. Como plantea Davies (2012), este alcance no era la intención detrás de la regulación del artículo 34. Tampoco el texto de esta norma sugiere una interpretación tan amplia como ésta, ni sería políticamente sostenible en la Unión Europea (p. 28). Al respecto, Davies (2012) sostiene que la clara intención del texto del artículo 34 es lidiar con las medidas que específicamente afectan el movimiento transfronterizo de mercancías, es decir, aquellas que tienen efectos sobre las importaciones por encima de un efecto a nivel nacional. El libre comercio, según este autor, se entiende como el comercio en términos iguales. Este es el enfoque seguido por la OMC, y el artículo 34 del TFUE tuvo como modelo el artículo XI del GATT (pp. 27-28).

Obsérvese que, a pesar que el artículo XI fue un modelo para el artículo 34 del TFUE, el segundo plasmó una fórmula diferente y creó el concepto de medidas de efecto equivalente. El TJUE ha interpretado esta norma teniendo en cuenta los

No es necesario que exista intención de las autoridades nacionales de impedir la libre circulación de mercancías

objetivos del TFUE y el proceso de integración de la Unión Europea.

Una revisión de la jurisprudencia del TJUE muestra que a partir de *Dassonville*, una serie de medidas adoptadas por los Estados miembros de la Unión Europea han sido consideradas como medidas de efecto equivalente. Por ejemplo, en el caso *Canal Satélite Digital*, el TJUE sostuvo que el requisito obligatorio de que los operadores comerciales se registren en un registro oficial como tales y que declaren en dicho registro sus productos a comercializar constituía una medida de efecto equivalente (TJUE, 2002, párr. 17, 22, 29). Igualmente, la legislación de Grecia que prohíbe “Instalar y explotar todo tipo de juegos eléctricos, electromecánicos y electrónicos, incluidos los juegos de ordenador, en cualquier lugar público o privado, con excepción de los casinos” constituye una medida de efecto equivalente (TJUE, 2006, p. I – 10366). Reiterando la fórmula *Dassonville*, el alcance del artículo 34 del TFUE se ha extendido a medidas que, si bien no impiden o regulan las importaciones de manera directa, imponen requisitos o condiciones de uso de un producto que puede crear un desincentivo para importarlo. De esta

manera, una norma portuguesa que prohíbe la colocación de láminas tintadas en los cristales de los vehículos automóviles constituye una violación del principio de libre circulación de mercancías (TJUE, 2008, párr. 48). En este caso, una vez más el TJUE cita *Dassonville* y presta atención al hecho que la existencia de dicha prohibición hacía que los posibles interesados “no tendrán prácticamente ningún interés en adquirir tales productos” (TJUE, 2008, párr. 31, 33).

No es necesario que exista intención de las autoridades nacionales de impedir la libre circulación de mercancías. Cualquier medida que tenga el objeto o efecto de restringir el comercio puede ser considerada como una medida de efecto equivalente (Gormley, 2015, p. 296). Esta conceptualización se asemeja a la del TJCAN. La revisión de la jurisprudencia del TJUE evidencia que, al igual que el TJCAN, este órgano jurisdiccional revisa la medida nacional atendiendo al efecto restrictivo sobre las importaciones más que a la forma. Por ende, una amplia variedad de medidas nacionales que pueden no tener directamente relación con las importaciones, como el caso de la ley de Grecia y los juegos electrónicos, antes mencionado, pueden constituir una restricción al comercio. En este contexto, surge la pregunta con respecto a cuál puede ser el límite a esta interpretación tan amplia que expone a casi todas las medidas nacionales a que puedan ser consideradas como una restricción al comercio. Es este contexto, la amplia interpretación del TJUE con respecto al artículo 34 del TFUE ha sido objeto de varias críticas.

Se ha dicho que si un tratado no regula específicamente un asunto, un tribunal podría no determinar la existencia de una violación por parte de un Estado miembro. Otro enfoque se presenta cuando un tribunal está dispuesto a llenar los vacíos

en los tratados. En este segundo supuesto, aun cuando el tratado no regula explícitamente un asunto el tribunal construirá una regla aplicable, basándose en el texto, la intención y el propósito del tratado. Lo que interesa es que el tribunal asume un rol que algunos consideran que está reservado al legislador. Para otros, eso es lo que el tribunal debe hacer (Pauwelyn, & Elsig, 2012, p. 455). El TJUE ha sido con frecuencia clasificado como un tribunal activista o un tribunal que busca llenar los vacíos de los tratados (Pauwelyn, & Elsig, 2012, p. 455) y que favorece el método teleológico (Pauwelyn & Elsig, 2012, p. 452).

Frente a la amplia interpretación del TJUE, se presenta el caso *Keck* y *Mithouard* que representa la oportunidad del TJUE de responder a los pedidos de delimitar las fronteras del artículo 34 del TFUE. El TJUE reconoce la necesidad de establecer límites a su propia fórmula *Dassonville*, debido al constante recurso al artículo 34 del TFUE para cuestionar medidas nacionales (TJUE, 1993, párr. 14).

Caro de Sousa (2015) señala que, con el caso *Keck* y *Mithouard*, el TJUE respondió a la crítica académica; una de las más importantes fue la formulada por Eric L. White en su artículo titulado "In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty", quien como miembro del servicio de asesoría jurídica de la Comisión de la Unión Europea, expresó este punto de vista en varias ocasiones ante el TJUE (p. 88). En este caso, el TJUE excluyó "ciertas" modalidades de venta de carácter no discriminatorio del concepto de medidas de efecto equivalente. Sin embargo, la fórmula *Keck* ha sido poco usada por el TJUE (TJUE, 2016, párr. 23). Se ha considerado que esta fórmula nunca logró su propósito, sino que dio lugar a más confusión; y además, el intento por reducir la carga judicial fracasó (Gormley, 2015, p. 391).

La amplia interpretación del TJUE con su fórmula *Dassonville* ocasionó el aumento de la invocación del artículo 34 del TFUE para cuestionar medidas nacionales relacionadas al comercio. Así, como sostiene Maduro (2013), la adopción de un concepto amplio de restricción al principio de libre circulación de mercancías tuvo sus dificultades. En efecto, si bien el enfoque del TJUE fue esencial para la integración del mercado, al tribunal se le responsabilizó por poner una carga pesada a sus propios recursos y su legitimidad (p. 493).

Interesante, en su momento, a partir del caso *Keck*, se llegó a sostener que más que una aclaración, el TJUE reaccionó motivado por la pérdida de confianza en su legitimidad institucional, iniciando con el caso *Keck* un intento por vigilar la división de jurisdicción entre la Unión Europea y los Estados. En este intento, el TJUE se mostró a favor de las prerrogativas de los Estados (Friedbacher, 1996, p. 225). Friedbacher (1996) precisa que la motivación del TJUE en el caso *Keck* y *Mithouard* era responder a una crisis de legitimidad en su relación con los Estados miembros y los tribunales nacionales (p. 227). Esto se debió a la preocupación de los Esta-

La amplia interpretación del TJUE con su fórmula *Dassonville* ocasionó el aumento de la invocación del artículo 34 del TFUE

El TJCAN debe aprender de las dificultades que han enfrentado los Estados miembros de la Unión Europea al aplicar el derecho comunitario europeo

dos por la limitación que se daba a su capacidad de regular. Además, Friedbacher señala que existía un malestar en las relaciones entre el TJUE, los ciudadanos, los tribunales y los Estados miembros, debido al enfoque expansivo adoptado por el TJUE con respecto a la integración del mercado. Esto llevó a que se presentaran pedidos para que se reduzca la interferencia del TJUE y la intromisión legislativa de la Unión Europea (p. 235).

Esta evolución con respecto al alcance del concepto de medidas de efecto equivalente obedeció al hecho que el TJUE adopta una posición más pragmática atendiendo a las circunstancias particulares que se presentaban en la Unión Europea. Esta misma preocupación se presenta cuando se observa la aplicación del concepto de medidas de efecto equivalente con la amplia interpretación del TJUE en la CAN. En este sentido, como sugiere Mancero-Bucheli (1998), si el TJCAN considera que la experiencia de la Unión Europea es relevante para el desarrollo del ordenamiento jurídico andino, entonces este tribunal debe, por un

lado, realizar un análisis más riguroso y profundo de los casos del TJUE. Por otro lado, el TJCAN debe aprender de las dificultades que han enfrentado los Estados miembros de la Unión Europea al aplicar el derecho comunitario europeo (p. 131). La aplicación parcial y limitada de la jurisprudencia del TJUE, sin tener en cuenta sus consecuencias en la capacidad regulatoria de los Estados y las razones para su posterior desarrollo que llevó a una redefinición de dicha jurisprudencia, debe ser evaluada.

5. LA POSIBLE APLICACIÓN DEL CRITERIO DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA EN LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE “RESTRICCIONES DE TODO ORDEN” EN LA COMUNIDAD ANDINA

Si observamos el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, esta norma no sólo excluye a las medidas de efecto equivalente, sino que tampoco incluye ninguna referencia a otras nociones más amplias como medidas “de cualquier naturaleza” u “otras medidas”. Es ilustrativo mencionar que estas fórmulas han sido usadas en otros acuerdos comerciales internacionales. Por ejemplo, el artículo XI del GATT obliga a los Miembros a eliminar las restricciones cuantitativas y “otras medidas” que prohíban o restrinjan las importaciones. En esta misma línea, el artículo 309 numeral 1 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) consagró el principio de libre circulación de mercancías e incorporó el artículo XI del GATT.

Asimismo, en el MERCOSUR, el artículo 1 del Tratado de Asunción de 1991 obliga a los Estados miembros a eliminar las “restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”. Además, el artículo 2 del Anexo I de este Tratado define el concepto de restricciones como “cualquier medida de carácter administrativo,

financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco". Nótese la similitud entre esta definición y la definición de "restricciones de todo orden" del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, existe una notable diferencia; el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena no incluyó el concepto "de cualquier naturaleza".

En esta misma línea, el artículo 40 del Acuerdo de Comercio de Mercancías de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) prohíbe a los Estados introducir medidas no arancelarias. El artículo 2, numeral 1, literal n) de este Acuerdo contempla una definición del concepto de restricciones cuantitativas. Esta definición enumera algunos ejemplos de esta clase de restricciones, tales como las cuotas y licencias de importación y añade el concepto de medidas de efecto equivalente de la misma manera que lo hace el artículo 34 del TFUE. De manera similar, el artículo 7 del Convenio Constitutivo de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) agrega el amplio concepto de "medidas de efecto equivalente" sin definirlo.

En el caso de la OMC y la Unión Europea, debe observarse que el título del artículo XI del GATT se refiere a la "Eliminación general de las restricciones cuantitativas" y no hace mención a otras medidas. De manera similar, el artículo 34 del TFUE forma parte del Capítulo 3 de dicho tratado titulado "prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados Miembros". A pesar de esta redacción, tanto en la OMC como la Unión Europea, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación y el TJUE han tomado como base los textos del artículo XI del GATT y el artículo 34 del TFUE, respectivamente. En ambos casos, estos textos contienen fórmulas amplias que extienden el alcance de la obligación

de los Estados de eliminar las restricciones cuantitativas.

En el caso de la CAN, el TJCAN no ha contado con esas mismas herramientas. Si bien el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena contiene una obligación de amplio alcance, esta obligación está delimitada por el artículo 73. Frente a esto, la SGCAN y el TJCAN han optado por recurrir al TFUE y la jurisprudencia del TJUE para poder lidiar con una serie de medidas nacionales que puedan tener un efecto equivalente a una restricción cuantitativa. Por lo tanto, a diferencia de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC y el TJUE que encontraron el sustento de su amplia interpretación en sus propios sistemas jurídicos, el TJCAN ha optado por fuentes externas para defender una irrestricta circulación de mercancías en la CAN.

Una revisión de las normas andinas nos permite apreciar que la dificultad en determinar el alcance preciso del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena se deriva, por un lado, de la limitada definición del concepto de "restricciones de todo orden" del artículo 73 que excluyó a las medidas de efecto equivalente y el concepto de "otras medidas", y por otro lado, la obligación contenida en el artículo 72 al prohibir de manera más amplia las "restricciones de todo orden".

Saldías (2011) sostiene que "el Tribunal nunca cesó de incorporar el Derecho comunitario europeo, como fuente informal. Hasta la fecha, el Tribunal no ha zanjado la relación entre ambos derechos comunitarios, andino y europeo" (p. 7). En realidad, el TJCAN ha ido más allá y no ha aclarado el por qué el TFUE es una fuente supletoria del derecho en la CAN a pesar que ha usado este argumento para incorporar las medidas de efecto equivalente como parte del concepto de "restricciones de todo orden". La elección del TJCAN de aplicar el concepto de medidas de

Se extiende el alcance del límite impuesto a la libertad de los Estados para no introducir nuevas “restricciones de todo orden”

efecto equivalente refleja que este tribunal entiende que el artículo 34 del TFUE es más amplio que el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

Al revisar las normas andinas, se observa que el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena define el concepto de “restricciones de todo orden”; sin embargo, de manera limitada, se refiere sólo a tres tipos de medidas nacionales adoptadas por los Países Miembros: las administrativas, financieras y cambiarias. De esta manera, esta norma se refiere a la naturaleza de las medidas nacionales restrictivas del comercio. Esta referencia a los tres tipos de restricciones al comercio y la exclusión de fórmulas más amplias merece especial consideración. Una posible argumentación a partir del lenguaje de esta norma es que para que exista una restricción al comercio se requiere la determinación de que se ha dado cualquiera de las tres categorías, es decir, una medida administrativa, financiera o cambiaria.

En este supuesto, se entendería que el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena otorga a la SGCAN y al TJCAN considerable discreción para decidir sobre la existencia de restricciones a las importaciones. No

obstante, el artículo 73 delimita el alcance de dichas restricciones y estaría fijando algunos límites al concepto de “restricciones de todo orden” al incluir sólo tres tipos de medidas. Esta interpretación se basaría en el texto del tratado; no obstante, es posible, como lo ha hecho el TJUE y el TJCAN recurrir al método teleológico para interpretar esta norma.

De esta manera, la SGCAN y al TJCAN han adoptado la posición de que el Acuerdo de Cartagena no limita el concepto de “restricciones de todo orden”. La consecuencia inmediata de esta posición es que se extiende el alcance del límite impuesto a la libertad de los Estados para no introducir nuevas “restricciones de todo orden”.

Por su parte, enfocándose en el texto, la SGCAN ha sostenido que el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena no “califica el término “medida” para no limitar su acepción” (SGCAN, 30 de enero de 1998, p. 6). Sin embargo, debe tenerse en cuenta el contexto para efectos de interpretar esta disposición del Acuerdo de Cartagena. En esta línea, el artículo 74 no es una norma de definición, sino de atribución de competencias; en consecuencia, no tiene por qué calificar el término medida cuando tal definición ya se realizó en el artículo 73 del mismo Acuerdo. En realidad, el artículo 74 empieza señalando que “Para los efectos de los artículos anteriores”, es decir, los artículos 72 y 73 que prohíben y definen las “restricciones de todo orden”, la SGCAN puede calificar una medida nacional como restricción. De esta manera, la SGCAN deberá calificar la medida nacional a partir de los artículos 72 y 73. Por lo tanto, el artículo 74 no debe leerse de manera aislada para atribuirle un objetivo distinto.

Además, ha de prestarse atención al objetivo de esta norma. La competencia que

el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena atribuye la SGCAN tuvo una razón de ser: “Por la cantidad y el carácter técnico de las medidas que podrían quedar incluidas en los conceptos de gravamen y restricción se consideró la necesidad de que un órgano técnico [la SGCAN] se pronunciara de manera objetiva en estos casos (Baldeón Herrera, 2006, p. 282).

La exclusión expresa de las medidas de efecto equivalente en el Acuerdo de Cartagena hace necesario buscar un balance entre, por un lado, la amplia prohibición del artículo 72, que parece abarcar todas las medidas que impidan o dificulten las importaciones, y por otro lado, la más flexible definición de “restricciones de todo orden” contenida en el artículo 73. El propósito del segundo párrafo del artículo 73 es aclarar y dar contenido al amplio concepto de “restricciones de todo orden”. Además, con respecto al rol de la definición del concepto de gravámenes contenida en el primer párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, el TJCAN ha afirmado que:

“el legislador andino hizo una definición especial, de carácter legal, que, en consecuencia y con seguimiento de las reglas que dicta la hermenéutica, no puede ser interpretada con un sentido o con un alcance distinto al de la definición dada por el Tratado” (TJCAN, 24 de setiembre de 1999, pp. 12-13).

Atendiendo a esta jurisprudencia, puede señalarse que este mismo criterio expresado por el TJCAN resulta aplicable con respecto al rol de la definición del concepto de “restricciones de todo orden” del segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. Por ende, usando las palabras del TJCAN, el concepto de “restricciones de todo orden” no puede ser interpretado con un sentido o con un alcance distinto al de la definición contenida en el Acuerdo de Cartagena.

Cabe señalar, por otro lado, que existen otras reglas de interpretación que pueden ser útiles para la interpretación de las disposiciones del Acuerdo de Cartagena. Novak Talavera (2013) señala que:

“La Convención de Viena de 1969 deja de lado algunas reglas de interpretación consagradas por la doctrina y la jurisprudencia internacional. En ese sentido, y en atención al artículo 32 de este instrumento, es posible acudir a estas reglas válidamente para establecer el verdadero sentido y alcance de una norma convencional” (p. 86).

En este contexto, se puede utilizar la denominada regla contra proferentem, esto quiere decir que se puede recurrir a una “interpretación restrictiva cuando el tratado establezca limitaciones a la soberanía del Estado” (Novak Talavera, 2013, p. 86). La jurisprudencia del TJCAN revela que esta regla también ha sido tenida en cuenta por este tribunal. En efecto, el TJCAN ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la forma en que ha de interpretarse el artículo 77 del Acuerdo de Cartagena. De esta manera, este órgano jurisdiccional ha admitido que:

“(…) las normas que limitan la libertad deben ser interpretadas restrictivamente, como excepción que son a la regla general, según un principio de interpretación universalmente aceptado (...) ya que el claro objetivo de dichas normas es el de limitar la libertad en que inicialmente se encuentran los Gobiernos para imponer gravámenes según su leal saber y entender. Tales limitaciones, que obviamente requieren de consagración expresa, han de ser interpretadas restrictivamente (...)” (TJCAN, 11 de octubre de 1990, p. 8-9; TJCAN, 9 de setiembre de 1994, p. 9; TJCAN, 4 de agosto de 1993, p. 10; TJCAN, 31 de marzo de 1999, p. 35; TJCAN, 24 de febrero de 1999, p. 19; TJCAN, 30 de noviembre del 2000, p. 16).

La razón para adoptar esta posición se debe a que el TJCAN acepta que el objetivo del artículo 77 del Acuerdo de Cartagena es limitar la libertad de los Países Miembros para introducir restricciones

Está pendiente en la jurisprudencia del TJCAN precisar por qué se aplica la amplia definición del concepto de medidas de efecto equivalente del TJUE

al comercio. Dicha limitación, entonces, no puede ampliarse a través de una interpretación. Además, con respecto al artículo 77, el TJCAN ha precisado que “esta norma constituye una obligación de no hacer de los Países Miembros” (TJCAN, 22 de julio de 2013, p. 20; TJCAN, 22 de octubre de 2012, p. 12). Por lo tanto, en atención a su jurisprudencia, dado que el artículo 77 también limita el poder de los Países Miembros para imponer nuevas “restricciones de todo orden”, una interpretación restrictiva puede ser tenida en cuenta con respecto al alcance de dicha limitación. Sin embargo, a pesar de haber mencionado la regla de la interpretación restrictiva del artículo 77 del Acuerdo de Cartagena, la inclusión del concepto de medidas de efecto equivalente realizada por el TJCAN en su jurisprudencia contrasta con este enfoque.

Además, el TJCAN reconoce que las “restricciones de todo orden” “son definidas de manera expresa y concluyente” (TJCAN, 4 de agosto de 1993, p. 11) por el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, el cual contiene una “defi-

nición normativa” (TJCAN, 22 de julio de 2013, p. 20). A pesar de estos reconocimientos realizados por el TJCAN, su interpretación del concepto de “restricciones de todo orden” ha sido tan amplia como la del TJUE al incluir a las medidas de efecto equivalente. Esta amplia definición se ha realizado considerando el objetivo del proceso de integración andino, es decir, la creación de un mercado común.

Por lo tanto, existe un contraste en la manera cómo el TJCAN interpreta las normas que restringen la libertad de los Países Miembros en lo que se refiere al Programa de Liberación del intercambio comercial. Por un lado, se ha dado una interpretación amplia de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena al estilo *Dassonville*. En cambio, se plantea que en el caso del artículo 77 debe darse una interpretación restrictiva en atención a los principios de interpretación de las normas jurídicas.

La jurisprudencia en la Unión Europea y la OMC muestra dos cosas. Por un lado, se ha dado una amplia interpretación a la obligación de los Estados de eliminar las restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente. Por otro lado, esta jurisprudencia revela de qué manera se ha buscado encontrar límites al alcance de la prohibición de introducir restricciones al comercio a fin de no restringir sin necesidad el espacio de política de los Estados. Se ha entendido, entonces, que las prohibiciones contenidas en el artículo XI del GATT y el artículo 34 del TFUE no tienen un alcance ilimitado. Por tanto, está pendiente en la jurisprudencia del TJCAN precisar por qué se aplica la amplia definición del concepto de medidas de efecto equivalente del TJUE en la interpretación del principio de libre circulación de mercancías.

En este contexto, téngase en cuenta que el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena

precisa que los objetivos señalados en la misma norma “tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”. El artículo 1 expresa la razón de ser del proceso de integración andino, el “espíritu” del tratado y es en función de estos objetivos que ha de interpretarse las disposiciones del Acuerdo de Cartagena siguiendo uno de los criterios de interpretación usado también por el TJCAN: el método teleológico. Este enfoque permitiría considerar la capacidad regulatoria de los Estados. Se observa que el TJCAN también ha recurrido a los principios que sustentan este proceso de integración como parte de su análisis (TJCAN, 29 de mayo de 2018, p. 51).

Como ha señalado Lianos (2015), el propósito del artículo 34 del TFUE nunca fue convertirse en una herramienta para la desregulación. Esto se ve reflejado si se tiene en cuenta el contexto y los textos de los tratados constitutivos, y el hecho de que casi todos los países de la Unión Europea constituyen economías mixtas con una intensa regulación estatal por motivos de interés público (p. 231). Por su parte, la política económica de la CAN ha variado con el transcurso de los años. Ha pasado de un sistema de sustitución de importaciones, con altos aranceles y restricciones a las inversiones extranjeras, seguida hacia finales de los años sesenta y los setenta, por un modelo de integración más abierto en los noventa (Phelan, 2015, p. 842).

A partir de estas consideraciones, se requiere una mayor reflexión con respecto a si este tipo de fórmulas aplicadas por el TJUE es lo que busca el Acuerdo de Cartagena. En el caso de la CAN, un enfoque de desregulación tampoco puede ser el sustento para interpretar los artículos 72 y 73 sin ningún límite. En este sentido, debe recordarse el artículo 3 d) del Acuerdo de

Cartagena el cual estipula que uno de los instrumentos para alcanzar los objetivos de este Acuerdo es la implementación de un “Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980” que creó ALADI. Sin embargo, nada en el texto del Acuerdo de Cartagena sugiere que se busque con esto la adopción de un enfoque de desregulación.

CONCLUSIÓN

En el caso de la CAN, no es claro que el Acuerdo de Cartagena admita una interpretación tan amplia de los artículos 72 y 73 sin mayores consideraciones en el proceso de integración andino. En particular, hay que considerar que las interpretaciones de amplio alcance en torno al principio de libre circulación de mercancías, como es el caso de la Unión Europea, han sido cuestionadas por la limitación que ha provocado a la capacidad regulatoria de los Estados.

Para la interpretación de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena debe considerarse que el Acuerdo de Cartagena no incluyó las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. Por tanto, no se debería llevar a cabo dicha inclusión sin límites junto con la amplia interpretación que haga el TJUE. Ante la falta de inclusión de este concepto, podría tenerse en cuenta la regla de interpretación desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia internacional que prefiere una interpretación contra la pérdida de soberanía de los Estados. Esto permite plantear el considerar el criterio de la interpretación restrictiva que ha de seguirse ante normas que limitan la capacidad regulatoria de los Estados; un criterio que el propio TJCAN ha reconocido en su oportunidad. ◆

REFERENCIAS

- Andonaire Cáceda, J. C. (2017). *El carácter definitivo de la transmisión de manifiesto de carga marítima para la SUNAT como una restricción al comercio contraria al Acuerdo de Cartagena* (Tesis de Maestría). PUCP, Lima.
- Baldeón Herrera, G. (2006). Medios de solución de controversias en la Comunidad Andina. En Badell, R. (Coordinador). Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata. Caracas: *Publicaciones UCAB*.
- Caro de Sousa, P. (2015). *The European fundamental freedoms: a contextual approach*. Oxford: Oxford University Press.
- Cuyvers, A. (2017). Free Movement of Goods in the EU. Recuperado de https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/58826/Free_Movement_of_Goods_in_the_EU.pdf?sequence=1
- Davies, G. T. (2012). The court's jurisprudence on free movement of goods: pragmatic presumptions, not philosophical principles. *European Journal of Consumer Law*, (2), 25-38.
- Friedbacher, T. J. (1996). Motive unmasked: the European Court of Justice, the free movement of goods, and the search for legitimacy. *European Law Journal*, 2(3), 226-250.
- Gormley, L. W. (2015). Inconsistencies and misconceptions in the free movement of goods. *European Law Review*, 40 (6), 925-939.
- Lang, A. (2011). *World trade law after neoliberalism: Reimagining the global economic order*. Oxford University Press.
- Lianos, I. (2015). In Memoriam Keck: The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods. *European Law Review*, 40(2), 225-248.
- López Raygada, P. S. (2003). Libre comercio de bienes en la Comunidad Andina-Eliminación de gravámenes y restricciones. *Derecho & Sociedad*, (20), 302-311.
- Lukauskas, A. The Political Economy of Protectionism. (2013). En Lukauskas, A., Stern, R. M., & Zanini, G. (Eds), *Handbook of Trade Policy for Development*, (pp.223-253). Oxford: Oxford University Press.
- Mancero-Bucheli, G. (1998). Intellectual Property and Rules on Free Movement: A Contradiction in the Andean Community (ANCOM). *NAFTA: Law & Bus. Rev. Am.*, 4, 125.
- Maduro, M. P. (2013). Revisiting the Free Movement of Goods in a Comparative Perspective. En Rosas, A., Levits, E., & Bot, Y. (Eds.). *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law-La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence* (pp. 485-503). The Hague, the Netherlands: TMC Asser Press.
- Novak Talavera, F. (2013). Los criterios para la interpretación de los tratados. *THEMIS: Revista de Derecho*, (63), 71-88.

- Pauwelyn, J., & Elsig, M. (2012). The Politics of Treaty Interpretation. En J. Dunoff & M. Pollack (Eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (pp. 445-474). Cambridge: Cambridge University Press.
- Phelan, W. (2015). Enforcement and escape in the Andean Community: Why the Andean Community of Nations is not a replica of the European Union. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 53(4), 840-856.
- Saldías, O. (2011). La libre circulación de personas y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Recuperado de http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/ins_derecho_publico_comparado/seminarios_cursos/seminarios_conferencias_cientificos/Ponencia%20D.%20Osvaldo%20Saldias.pdf
- Sarrión Esteve, J. (2014). La tutela de las libertades económicas fundamentales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho UNED*, (14), 933.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (29 de octubre de 1997). Resolución 019, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 301.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (30 de enero de 1998). Resolución 047, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 319.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (18 de junio de 1999). Resolución 449, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 616.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (21 de noviembre del 2000). Resolución 453, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 619.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (12 de marzo del 2001). Resolución 489, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 650.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (6 de setiembre de 2002). Resolución 644, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 831.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (8 de marzo de 2004). Resolución 802, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 1042.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (12 de noviembre de 2009). Resolución 1289, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 1773.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (9 de junio de 2014). Resolución 1695, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 2344.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (18 de agosto de 2014). Resolución 1716, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 2377.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (14 de agosto de 2018). Resolución 2019, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 3357.
- Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN (17 de setiembre de 2019). Resolución 2088, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 3771.

- | | |
|---|---|
| <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (15 de febrero de 1988). Proceso 1-IP-87, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 28.</p> | <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (9 de marzo de 1998). Proceso 1-AN-97, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 329.</p> |
| <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (26 de julio de 1988). Proceso 1-IP-88, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 33.</p> | <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (2 de agosto de 2000). Proceso 2-AN-98, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 588.</p> |
| <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (11 de octubre de 1990). Proceso 1-IP-90, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 69.</p> | <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (11 de diciembre de 1998). Proceso 2-AI-97, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 391.</p> |
| <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (9 de setiembre de 1994). Proceso 5-IP-90, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 162.</p> | <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (24 de febrero de 1999). Proceso 3-AI-97, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 410.</p> |
| <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (4 de agosto de 1993). Proceso 3-IP-93, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 138.</p> | <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (31 de marzo de 1999). Proceso 3-AI-98, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 423.</p> |
| <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (27 de agosto de 1997). Proceso 2-AI-96, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 289.</p> | <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (25 de octubre de 2006). Proceso 46-AI-99, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 1418.</p> |
| <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (29 de abril de 1997). Proceso 3-AI-96, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 261.</p> | <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (30 de abril de 2008). Proceso 190-IP-2007, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 1614.</p> |
| <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (24 de setiembre de 1999). Proceso 12-AN-99. Recuperado de intranet.comunidadandina.org/documentos/Procesos/12-AN-99.doc</p> | <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (30 de abril de 2008). Proceso 192-IP-2007, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 1614.</p> |
| <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (30 de noviembre del 2000) Proceso 1-AI-97, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 621.</p> | <p>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (3 de junio de 2008). Proceso 194-IP-2007, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 1624.</p> |

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (3 de junio de 2008). Proceso 14-IP-2008, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 1624.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (22 de octubre de 2012). Proceso 88-IP-2011, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 2108.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (22 de julio de 2013). Proceso 69-IP-2013, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 2219.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (16 de agosto de 2013). Proceso 80-IP-2013, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 2228.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (28 de enero de 2013). Proceso 96-IP-2012, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 2142.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (9 de abril de 2013) Proceso 155-IP-2011, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 2177.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (5 de setiembre de 2013). Proceso 106-IP-2012, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 2233.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (15 de setiembre de 2016). Proceso 2-AN-2015, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 2810.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (8 de febrero de 2017). Proceso 01-AN-2014, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 2922.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (29 de mayo de 2018). Proceso 4-AN-2015, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 3293.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCAN (8 de agosto de 2019). Proceso 272-IP-2016, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 3722.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE (1974). Asunto 8/74 Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE (2002). Asunto C-390/99 Canal Satélite Digital.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE (2006). Asunto C-65/05 Comisión vs. República Helénica.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE (2008). Asunto C 265/06 Comisión vs. Portugal.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE (1993). Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE (2016). Asunto C-148/15 - Deutsche Parkinson Vereinigung. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar.