

# LOS TRIBUNALES COMUNITARIOS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN. EL CASO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

*Alejandro D. Perotti\**

## *Referencias:*

- 186 \* **LL 1988-A, 938:** Revista Jurídica La Ley, Tomo 1988-A, pg. 938, (Buenos Aires).  
\* **LL 13/09/96 pg. 2:** Revista Jurídica La Ley, periódico del 13/09/96, pg. 2, (Buenos Aires).  
\* **ED 167-1022:** Revista Jurídica El Derecho, Tomo 167, pg. 1022, (Buenos Aires).

## **1. INTRODUCCIÓN**

Los Procesos de Integración, no escapan a la regla de la conflictualidad, propia de las situaciones humanas de relación. Conscientes de tal axioma, todo instrumento constitutivo de los mismos no olvida colocar, entre su articulado, un *específico sistema de solución* de los posibles *conflictos* que su ejecutividad originará.

Es así que cada uno de estos procesos, a su modo, establece su propio mecanismo de composición de las controversias.

Al respecto, las diferencias, esenciales giran en torno a la naturaleza y órgano(s) que desempeñará tal función.

\* Abogado de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina; Profesor de Derecho de la Integración de la Universidad Austral, Buenos Aires.

De esta forma algunos adoptan el sistema **jurisdiccional**:

i) **Comunidad Europea** (CECA, CEE, CEEA): *Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea* (TJCE):

\* Tratados de la Comunidad Europea del Acero y el Carbón, de la Comunidad Europea de la Energía Atómica -*Euratom*-, y de la Comunidad Económica Europea: arts. 31, 136 y 164, respectivamente: “*El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado*”

ii) **Comunidad Andina de Naciones** (CAN, ex Pacto Andino): ex-*Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena* (TJAC), ahora llamado *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (TJCA):

\* Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, art. 6: “*Créase el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como órgano principal del mismo, con la organización y las competencias que se establecerá en el presente Tratado*”.

187

\* Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena (“*Protocolo de Trujillo*”: 10/III/96): art. 41: “*El Tribunal de Justicia será el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina*”.

iii) **Organización de Estados Centroamericanos** (ODECA): *Corte Centroamericana de Justicia* (CCJ):

\* Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, art. 12: “*Para la realización de los fines del Sistema de la Integración Centroamericana se establecen los siguientes Organos: ...(...)... Forman parte de este Sistema: ...(...)... La Corte Centroamericana de Justicia, que garantizará, el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo*”.

Otros optan por mecanismos **arbitrales**:

1) **Nord American Free Trade Agreement** (NAFTA) o Tratado de

Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): Vigente desde el 1/I/94. No establece un Sistema de Solución de Conflictos *único* que se aplique a todas las Controversias que puedan surgir; no obstante ello es posible encontrar un *Régimen General para conflictos entre Estados* (Cap. XX) y *mecanismos particularizados* según las materias de que se trate: *Inversiones: Estados y particulares* (Cap. IX, Secc b), *Cuotas Antidumping/Derechos Compensatorios* (Cap. XIX). A su vez los acuerdos paralelos también tienen sus reglas al respecto, ej. *Acuerdo Paralelo sobre Medio Ambiente* (12/VIII/93): apartado 5.

II) *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR):

- \* Protocolo sobre Solución de Controversias entre los Países Partes del Mercosur ("*Protocolo de Brasilia*"): Aprobado por DEC/CMC N° 1/91 (17/XII/91); Vigencia: abril de 1993.
- 188 \* Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre Estructura Institucional del Mercosur ("*Protocolo de Ouro Preto*"): Aprobación: 17/XII/94; Vigencia: 15/XII/95

Las presentes reflexiones tratarán de aportar información sobre uno de los ejemplos citados dentro del modelo jurisdiccional; a saber el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

## 2. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

### 2.1 *El Acuerdo de Cartagena*

#### 2.1.1 *Estructura Institucional*

El Acuerdo de Cartagena (AC) -también llamado *Acuerdo de Integración Subregional, Grupo o Pacto Andino*- fue *subscrito* en Bogotá, Colombia, el 26/V/69<sup>1</sup>, por los gobiernos de *Colombia* (Decr.

---

<sup>1</sup> Ver texto en Derecho de la Integración, N° 5, Oct., 1969, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 103/116.

Nº 1245 -8/VIII/69<sup>2</sup> -), **Chile** (Decr. Nº 428 -30/VII/69-) **Perú** (Dec-ley Nº 17.851 -14/X/69-)<sup>3</sup>, **Ecuador** (Decr. Ejecutivo Nº 1.932 -24/X/69-) y **Bolivia** (Dec-ley Nº 08.985 -6/XI/69-)<sup>4</sup>. Debe agregarse que, por un lado, *adhiera* también al Acuerdo **Venezuela** (Ley del 3/IX/73)<sup>5</sup>; y por el otro, que en 1976 se produce el *retiro* Chile<sup>6</sup>.

Este Acuerdo (Ac) tiene por objeto “*acelerar el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica*”; y a su vez como modo particularizado de llevar a cabo la concreción de las metas del Tratado de Montevideo (Alalc), con el cual se vinculaba en una relación de *derivación-complementación-subsidiariedad* (cfr. Ver AC arts. 1, 7.g, 23, 42.2, 44, 59, 60, 68.2, 72, 75.2, 81.2, 99, 100.d, 108, 109, 110 y 114.)<sup>7</sup>.

El AC previó su estructura institucional a través de la creación de órganos *principales* y *auxiliares* (AC, cap. II, art. 5). Entre los **primeros** se cuenta a la **Comisión** (AC art. 6-12), órgano máximo del Ac, constituido por plenipotenciarios -1 titular y 1 alterno- que *representaba a cada Estado Miembro* -EM-, y que expresa su voluntad

189

<sup>2</sup> Cabe precisar que tal decreto fue objeto de demandas de “*inexequibilidad*” (1971) ante la Corte Suprema de Justicia, que si bien, por un lado declaró que el mecanismo de aprobación del AC era contrario a lo dispuesto por el art. 76 de la CN (*necesidad de aprobación por el Congreso Nacional de los tratados internacionales*); por el otro, en la parte *dispositiva* de la decisión referida, expresó su *incompetencia* a los efectos de realizar un *control de constitucionalidad* sobre los tratados internacionales. (Un comentario sobre las sentencias mencionadas puede verse en **ORREGO VICUÑA, FRANCISCO**, “La Incorporación del Ordenamiento Jurídico Subregional al Derecho Interno. Análisis de la Práctica y Jurisprudencia de Colombia”, *Derecho de la Integración*, Nº 11, 1972, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 44 ss.). Esto motivo a que posteriormente el AC sea ratificado, vía parlamentaria, por ley 8a. de 1973.

<sup>3</sup> Para estos tres países entró en vigor el 16/X/69 (Fecha de comunicación de sus respectivos instrumentos de aprobación a la Secretaría Ejecutiva -SE- de la Alalc; cfr. AC, art. 110.2).

<sup>4</sup> Para estos dos países el AC entró en vigor el 21/XI/69 y el 27/XI/69, respectivamente (Fechas éstas de comunicación de los instrumentos de ratificación a la SE de la Alalc; cfr. AC, art. 110.3 y 1).

<sup>5</sup> Condiciones de adhesión aprobada por Dec. Nº 70 de la Comisión del AC (cfr. art. 109, 2o. párr. AC).

<sup>6</sup> Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena, Lima 5/X/76 (aprobado por Dec. Nº 102 de la Comisión del AC -30/X/76; cfr. AC art. 111.1). Su vigencia se fijó para comenzar el 30/X/76.

<sup>7</sup> Ver también **ORREGO VICUÑA, FRANCISCO**, “La Incorporación del Ordenamiento...”, Ob. Cit., pg. 42 ss.; *Ibidem*, “Consideraciones acerca de las Instituciones y el Ordenamiento Jurídico Subregional”, *Revista de Derecho Público*, Nº 10, 1969, Edit: Universidad de Chile -Escuela de Derecho-, Santiago, Chile, pg. 50ss.; **VILLAGRÁN KRAMER, FRANCISCO**, “Sistematización de la Estructura Jurídica del Acuerdo de Cartagena”, *Derecho de la Integración*, Vol. VI, Nº 12, 1973, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 13 ss.

mediante *Decisiones*; y a la *Junta* (arts. 13-18), organismo técnico que podría actuar *únicamente en función de los intereses de la región* en su conjunto, compuesta por tres miembros *nacionales de cualquier país latinoamericano* y que se expresaría a través de *Resoluciones*. Los órganos *auxiliares* estaban constituidos por los distintos *Comités* establecidos en los arts. 19-22 del Ac.

### 2.1.2 Sistema de Solución de Controversias

El Grupo Andino no contó desde sus comienzos con un Tribunal de Justicia (TJ). La *solución de los conflictos* que pudieran surgir en su seno -por causa de interpretación o ejecución del Ac o de las Decisiones de la Comisión<sup>8</sup>- se habrían de componer conforme a los procedimientos de *negociación, buenos oficios, mediación y conciliación* que estarían en manos de la Comisión. Pero ésta al ser un órgano eminentemente político y estar en su seno representados los intereses de los Estados hacía que sea el organismo menos apropiado para la función de la solución de las controversias, debido a su falta de imparcialidad y la circunstancia de que su naturaleza pudiera ocasionar la subordinación del derecho a variables metajurídicas. Potencializado todo ello por la falta de acceso a la justicia por parte de los particulares<sup>9</sup>.

De persistir la controversia, la cuestión debería ser sometida al mecanismo establecido en el *Protocolo para la Solución de las Controversias* -de 2/IX/67- de la Alalc. De esta manera el análisis de la legalidad de la actividad de las instituciones creadas, se reducía a un autocontrol, que las mismas realizaban, en la medida en que debían ajustar sus normas a las prescripciones del Acuerdo<sup>10</sup>. Así quedaba configurado *un tibio sistema de control de la legalidad* en los incisos de los artículos que determina las atribuciones de la Comisión y de la Junta (AC arts. 7 y 15, respectivamente); quedando sin

<sup>8</sup> No se menciona a las Resoluciones de la Junta.

<sup>9</sup> ORREGO VICUÑA, FRANCISCO, "La Creación de un Tribunal de Justicia en el Grupo Andino", *Derecho de la Integración*, Vol. VII, N° 15, Marzo, 1974, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 37.

<sup>10</sup> Cfr. MORALES PAUL, ISIDORO, "La Aplicación del Derecho Comunitario por el Juez Nacional", *Derecho de la Integración*, Vol. VII, N° 15, 1974, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 23.

resolverse -en esencia- el problema de los eventuales incumplimientos de los Países Partes (PP).

Teniendo en cuenta que a través de sus 114 arts. -más una disposición transitoria y 3 anexos- el AC estableció "... un programa de integración sumamente ambicioso"<sup>11</sup>, toda vez que, entre otras, se regulaban, materias tales como: *Armonización de Políticas Económicas y Coordinación de Planes de Desarrollo* (AC cap. III), *Promoción Industrial* (cap. IV), *Programa de Liberalización* (cap. V), *Arancel Externo Común* (cap. VI), *Régimen Agropecuario* (cap. VII), *Cláusulas de Salvaguardia* (cap. IX), y otras; a lo que debe agregarse las facultades de regulación<sup>12</sup> que el Ac colocaba en manos de la Comisión y la Junta (ej. lo referente a Competencia Comercial -cap VIII-); llama la atención que a pesar de ello, el Ac no haya establecido una jurisdicción supranacional. Aún más, teniendo en cuenta los 17 años de probada eficacia que ofrecía el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

En virtud de esta inicial carencia, la realidad mostró su imperiosa necesidad, debido entre otras causas a las dificultades que ofrecían las Decisiones y Resoluciones, pues entraban en vigencia según criterios distintos; las controversias en cuanto al grado de obligatoriedad y la forma de incorporación del derecho andino al ámbito de los PP; la falta de uniformidad en su interpretación por parte de las autoridades nacionales, y la constatación de que el *sistema de solución de controversias* vigente (AC art. 23) no ofrecía resultados adecuados para la resolución de las mismas ni era un mecanismo de contralor de legalidad eficiente<sup>13</sup>. Además, en la estructura institucional del Ac convergían dos órganos que representaban intereses, que si bien debían convergir hacia una misma meta, eran distintos; es el caso de la Comisión (representación de las necesidades de los Estados: o sea 'órgano intergubernamental'), y la Junta (cuya actuación será únicamente en salvaguarda de los intereses de la subregión: o sea

191

<sup>11</sup> CONESA, EDUARDO R., "Las Nuevas formas Institucionales de la Integración Latinoamericana", en 9no. Curso de Derecho Internacional-Comité Jurídico Interamericano/OEA-, 1973, pg. 178.

<sup>12</sup> Es decir la posibilidad de dictar normas.

‘órgano comunitario’); esto da la idea de que las situaciones de confrontación de intereses no constituía una cuestión meramente anecdótica o imprevisibles.

A más de lo anterior, es oportuno concluir, junto con el PROF. ORREGO VICUÑA, que en “un proceso de integración de esta naturaleza (...) presenta tres necesidades básicas... La primera es que el individuo tenga una protección real, ya sea respecto de los actos propiamente subregionales, como de los actos de su propio Estado, ... (como) ...de los demás Estados partícipes en el proceso... La segunda necesidad, es la manera como los órganos subregionales ejercen su competencia y debe estar sometida a un control, como única posibilidad de evitar un abuso o desviación de poder... Además, desde el momento en que el poder decisorio básico se concentra en el órgano de naturaleza intergubernamental (la Comisión), no es lógico que sean los propios gobiernos que lo componen los que ejerzan el control... La tercera necesidad es que la interpretación de la norma subregional, de sus efectos y alcance, sea formulada por un mecanismo en que todos los intereses en juego encuentren una debida garantía”<sup>14</sup>. A ello es posible sumar una *cuarta* exigencia: la indispensable uniformidad, en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho subregional en todo el territorio integrado no puede dejarse a la suerte del más o menos *animus integrationis* que reine en cada una de las jurisdicciones nacionales llamadas a efectivizarlo, y ello so pena de desgajarse en tantos derechos como tribunales intervengan ante su invocación.

## 2.2 *El Tribunal Andino de Justicia*

### 2.2.1 *Antecedentes*

El proceso que culminaría con la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TJAC) comienza a institucionalizarse a partir del VI Período de Secciones Extraordinarias de la Comisión, oportunidad en la cual, por un lado, se deja constancia en Actas

---

<sup>13</sup> Cfr. **INFORMATIVO ANDINO**, N° 10, Oct., 1996, Edit: Unidad de Prensa de la Junta del Acuerdo de Cartagena, Lima, Perú, pg. 4.

<sup>14</sup> **ORREGO VICUÑA, FRANCISCO**, “La Incorporación del Ordenamiento...”, Ob. Cit., pg. 53-54.

del *consenso* alcanzado entre sus miembros respecto a la *necesidad de crear un tribunal de justicia* para el proceso de integración; y por el otro, se encarga a la Junta un estudio (cfr. AC art. 15.g) sobre el tema con el fin de proponerse, luego, recomendaciones a los Gobiernos de los Estados Miembros (EM). Dicho análisis concluye con la elaboración y presentación por la **Junta** de un **Informe** conteniendo un *Proyecto de Tratado Constitutivo del Tribunal*<sup>15</sup>; a partir de lo cual se suceden varios años de “*invernación*” del mismo.

En cuanto al PROYECTO (Proy), como bien lo destacó la Junta, el mismo si inspira “*en la experiencia de las Comunidades Europeas*”; además se utiliza el instrumento para dejar aclarado -expresamente- ciertas cuestiones que con motivo de la vigencia del AC surgieron, luego, como no tan pacíficamente aceptadas, como así también para introducir ciertos principios necesarios para la consolidación del Proceso. Es el caso de materias como: *Normativa Jurídica del AC* (Proy art. 1; que luego sería art. 1 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia del AC -en adelante TC-); *efecto inmediato de las Decisiones de la Comisión* (Proy. art. 2; luego art. 2 y 3 TC<sup>16</sup>); *principio de solidaridad o lealtad comunitaria* (Proy art. 3; luego art. 5 TC<sup>17</sup>).

193

A partir de 1977, y produciéndose un serie de incumplimientos al derecho comunitario por parte de los Estados Miembros, el tema recobra vigencia, con lo cual, ese mismo año, la Junta presenta -oficialmente- el Proy para la Creación del Tribunal.

Se llega así, a la “*Declaración de los Presidentes de los Países Andinos*” (Bogotá, agosto de 1978) en la cual se deja constancia de “...

<sup>15</sup> Ver texto del estudio en “**INFORME DE LA JUNTA SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DEL ACUERDO DE CARTAGENA**” en Derecho de la Integración, Vol. VI, N° 13, 1973, Edit: INTAL, Buenos Aires, pgs. 135-150.

<sup>16</sup> Respecto al efecto inmediato -o no- de las Resoluciones de la Junta, el Proy. nada especifica, el TC, en su art. 4, remite, para tal cuestión al propio Reglamento de la Junta -que sería aprobado luego por Decisión de la Comisión N° 219-.

<sup>17</sup> Que guarda casi absoluta similitud con el art. 5 del TCEE; 86 del TCECA, y 192 del TCEEA.  
**TC ART. 5:** “*Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación.*”

la impostergable necesidad de disponer de un órgano jurisdiccional...<sup>18</sup>.

### 2.2.2 Creación

Finalmente el 28/V/79 se suscribe, entre los Estados Partes - EP-, el Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena -TC-.

El mismo, que *no podría ser ratificado con reservas* (TC art. 36), entraría en vigor cuando todos los Estados hayan depositado el respectivo instrumento aprobatorio en la Secretaría de la Comisión (TC art. 37).

El *período de ratificación* duró cuatro años, siendo el calendario respectivo el siguiente:

- \* **Bolivia:** Ratificación: Dec-ley N° 16.768 -11/VII/79-; Depósito: 16/VII/79
- 194 \* **Ecuador:** Ratificación: 15/VII/79; Depósito: 26/VII/79
- \* **Perú:** Ratificación: 18/IX/79; Depósito: 13/XII/79
- \* **Colombia:** Ratificación: Ley 17/1980 -23/II/80-; Depósito: 28/III/80.
- \* **Venezuela:** Ratificación: Ley del 16/III/83; Depósito: 19/V/83.

Fecha esta última que establecería el inicio de la vigencia del TC. Cabe destacar que la *ley venezolana de aprobación* establece en sus arts. 2 y 3 "*verdaderas reservas*", vinculadas con competencias del Poder Legislativo y con arts. de la Constitución; lo cual contradice el art. 36 del TC ("*El presente Tratado no podrá ser suscrito con reservas*"). Esto ha producido que con "... fecha 18 de febrero de 1992, ha sido demandada, y está en curso ante la Corte Suprema de Justicia, la nulidad por inconstitucionalidad del art. 2o. de la Ley Aprobatoria del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena"<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> INFORMATIVO ANDINO, N° 10, Ob. Cit., pg. 4.

<sup>19</sup> CHALBAUD ZERPA, REYNALDO -Miembro de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela-, "La Interpretación Prejudicial en los Países Andinos. El Caso Venezolano", en Seminario Internacional: "Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios", 19-20 y 22-23/VIII/96, La Paz-Sucre, Bolivia, Edit: Corte Suprema de Justicia de Bolivia-TJAC, 1997, pg. 220-221.

El Tribunal *inició* sus actividades, en la ciudad de Quito, Ecuador (TC art. 6.2) -donde permanece su sede actualmente- el 2/I/84.

La **Primer Sentencia** del hoy **TJCA** fue dictada, precisamente, en el marco de una Acción de Nulidad, dictada el 15/X/85, a raíz de una demanda del Gobierno de Colombia (a la postre parte vencedora) sobre Nulidad de una Resolución de la Junta, (órgano éste que debió, en consecuencia, anular tal disposición).

### 2.2.3 Normativa Jurídica

La regulación jurídica del Tribunal está compuesta por el TC y el ordenamiento jurídico del AC (TC arts. 6 y 1); el Estatuto del TJ<sup>20</sup> -ET- (ver art. 14 TC) y el Reglamento Interno del TJ -RIT- (ET art. 2)<sup>21</sup>. (Ver también *infra* “Protocolo de Reformas al TJCA”)

### 2.2.4 Integración del Tribunal: (TC arts. 7-13)

El TJ está compuesto por cinco miembros que deben ser nacionales de los PP –esto difiere de lo que proponía el Proy el cual establecía en tres el número de magistrados y su nacionalidad podía ser la de cualquier país latinoamericano, cfr. art. 5-. Serán designados por ternas presentadas por cada EP y por unanimidad de Plenipotenciarios reunidos *ad hoc*.

195

La duración en el cargo es de 6 años, con renovaciones parciales cada 3, y sólo reelegibles por una vez.

Sus integrantes gozarán de *plena independencia* en sus funciones y de las inmunidades reconocidas en los usos internacionales y, especialmente en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Sólo podrán ser removidos sus integrantes, a requerimiento

<sup>20</sup> Aprobado por la Comisión por Dec N° 184 -Quito, 19/VIII/84-, con base en una Propuesta de la Junta N° 141.

<sup>21</sup> Los textos de estos instrumentos pueden consultarse en “Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Estatuto de Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y Reglamento Interno del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, Impreso por la Sección Dactilografía e Imprenta de la Junta del Acuerdo de Cartagena, octubre, 1991, Lima, Perú.

del Gobierno de un EM, siempre que incurrieran en falta grave prevista en el ET (art. 6-8), adoptándose el procedimiento especial establecido en el mismo (es decir, Reunión *ad hoc* de Plenipotenciario y votación por unanimidad). Los impedimentos y las recusaciones están reguladas en el ET (Cap V arts. 72-76).

Respecto a la institución del abogado general, el TC (art. 7.3) autoriza su creación, desconociendo el autor si tal hecho ha tenido lugar.

### 2.2.5 Características del Tribunal

Dentro de las características que lo identifican pueden mencionarse:

- i) Es un órgano *independiente* tanto de los Estados como de las Instituciones del AC. (resulta de la combinación del *Preámbulo* del TC con sus los arts. 7.2 y 3, 8, 11 y 14)
- 196 ii) Es de carácter *supranacional*<sup>22</sup>, porque:
  - \* sus integrantes son *independientes* de los EM,
  - \* los cuales han *transferido* competencias jurisdiccionales hacia el TJ,
  - \* lo que permite al órgano comunitario, tomar decisiones que *vinculan* a los PP, aún en caso de oposición de éstos.
  - \* sus decisiones tienen efecto *directo, inmediato y prevalecen* sobre el derecho interno.
- iii) Su *jurisdicción* es *obligatoria* en las competencias reguladas en el TC (art. 33). Cabe citar como excepción a tal principio, la Decisión N° 321. En virtud de ésta, por un lado, se autorizó a Perú a suspender -temporalmente- sus obligaciones con respecto a algunas

---

<sup>22</sup> También caracterizado como "supranacional" por ANDUEZA José G. -aunque por otras razones: "...se encuentra colocado por encima de los países miembros"- (citado en **INFORMATIVO ANDINO**, N° 10, Ob. Cit., pg. 7). En la misma calificación, ver del mencionado autor "La Aplicación Directa del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena", Integración Latinoamericana, Enero/Febrero, 1985, Año 10, N° 98, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 6; así como **BLOCH, ROBERTO D.-IGLESIAS, DANIEL O.**, "Solución de Controversias en el Mercosur", Edit: AD HOC, Buenos Aires, 1997, pg. 34 ("tiene características de supranacionalidad").

materias reguladas en el AC (*programa de liberación, AEC, y otros*); y por el otro, se permitió a este país firmar acuerdos bilaterales con el resto de los EP, los cuales sustraían de la competencia del Tribunal la posibilidad de aplicar sanciones por incumplimiento de tales acuerdos bilaterales<sup>23</sup>.

iiii) Sus sentencias tienen efecto de *cosa juzgada* (TC art. 22 y 25, en concordancia con el art. 5 y 31, con más el ET arts. 69 y 71) y dotadas de *reconocimiento y ejecutividad de pleno derecho* en el territorio de los EM (art. 32 TC), lo que permite que sus sentencias tengan efecto inmediato.

En resumen, se trata de un tribunal con "... una jurisdicción de derecho, de carácter obligatorio, creada por los Estados partes... en uso de su soberanía y a la cual han dado el carácter de supranacional y excluyente"<sup>24</sup>.

### 2.2.6 Competencias: (Cap III TC)

197

El TC establece en tres diferentes secciones las acciones de *Nulidad* (Sec I), *Incumplimiento* (Sec II) y la *Interpretación Prejudicial* (Sec III).

#### 2.2.6.1. Acción de Nulidad (arts. 17-22 TC)

Este recurso efectiviza en el ámbito comunitario andino el control jurisdiccional de legalidad del derecho derivado.

#### Objeto:

<sup>23</sup> Caso recogido en CÁRDENAS, MANUEL JOSÉ, "Implicancias del Regionalismo Abierto en el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo del Cartagena", Externado Revista Jurídica, Vol 7, N° 2, abril, 1995, Edit: Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, pg. 126.

<sup>24</sup> CALLE Y CALLE, JUAN JOSÉ -Magistrado del TJAC-, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Aspectos Generales", en Seminario Internacional: "Integración...", Ob. Cit., pg. 85.

El objeto de este recurso es declarar la nulidad de *Decisiones* de la Comisión y de *Resoluciones* de la Junta<sup>25</sup> que no se ajusten al ordenamiento jurídico del Ac (TC art. 1<sup>26</sup>). Se incluye el supuesto de violación del mismo por abuso de poder, que se configura cuando la norma impugnada persiga “finalidades distintas a las determinadas en el Acuerdo”<sup>27</sup>.

### **Legitimación activa:**

La demanda puede ser planteada por:

- \* *Los Estados Partes.*
- \* *La Comisión.*
- \* *La Junta.*
- \* *Las Personas naturales o jurídicas.*

198 En el caso de los *EP*, su legitimidad activa sólo se perfecciona si la Decisión *acusada de ilegal* se adoptó sin la concurrencia del voto afirmativo del país demandante, lo que se acreditará mediante certificación de tal circunstancia por la Junta, la cual se deberá acompañar a la demanda (ET art. 37.a).

Siendo el proceso iniciado por interposición de *personas naturales o jurídicas* (acceso directo de los particulares) es requisito indispensable e inexcusable que la norma impugnada deba **serles aplicables y causarles perjuicio** (TC art. 19); prueba de ello deberá ofrecerse en el escrito de demanda (ET art. 37.c). Este supuesto

---

<sup>25</sup> La Junta ha sido reemplazada por la Secretaría General de la Comunidad Andina (Protocolo de Trujillo, *cláusula primera* y art. 29), sin embargo, con el fin de facilitar la comprensión se seguirá utilizando la denominación “Junta”, que deberá entenderse como Secretaria General. Lo anterior obedece al hecho de que, si bien, como se apuntó, este órgano ha sido reemplazado, a los fines de este estudio -es decir en cuanto a su intervención en el Sistema de Solución de Controversias, léase legitimación activa y pasiva respecto de los diferentes recursos, etc-, se ha otorgado a la Secretaría, la misma participación que tenía la Junta; además, estando aún vigente el Tratado Constitutivo de Creación del Tribunal de Justicia, en su articulado se sigue mencionando a la “Junta”. También es preciso señalar que tal Tratado Constitutivo se encuentra en vía de reforma (para ello ver *infra* “Reformas al Tribunal de Justicia”).

<sup>26</sup> **TC art. 1:** “El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena comprende: a) el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolo e Instrumentos adicionales; b) el presente Tratado; c) las Decisiones de la Comisión; y d) las Resoluciones de la Junta.”

<sup>27</sup> **INFORMATIVO ANDINO**, N° 10, Ob. Cit., pg. 8.

“no se trata de una verdadera acción pública en defensa de la legalidad, de la cual puede ser titular cualquier ciudadano... (sin embargo) Este recurso... obedece también a la defensa del interés privado o particular; la comprobación de este último interés, en consecuencia, resulta condición sine qua non para que proceda el recurso...”<sup>28</sup>. La aplicabilidad de la norma, requerida por las prescripciones del art. 19 debe ser concreta, actual y de hecho; y de ella debe resultar un perjuicio<sup>29</sup>. Esta legitimación de los particulares se ha visto restringida por la jurisprudencia del TJ quien asemejaba las exigencias del art. 19 a un derecho subjetivo, lo que ha producido que tal acción (en cabeza de los particulares) “no haya surtido hasta ahora efectos en la práctica”<sup>30</sup>.

#### ***Plazos para incoar la acción:***

Se debe interponer la demanda dentro del año siguiente a la fecha de entrada en vigencia de la norma acusada.

#### ***Finalidad de la acción:***

199

- \* tutelar la integridad del ordenamiento jurídico,
- \* garantizar la sujeción del poder al derecho,
- \* reforzar el respeto de los derechos de los países miembros y de sus habitantes<sup>31</sup>.
- \* asegurar la salvaguarda de las prerrogativas propias de la Comisión y/o de la Junta.

#### ***Efectos de la sentencia:***

La interposición de la *demanda no afecta la vigencia* de la norma comunitaria, lo que demuestra que la misma se aplicará y producirá sus efectos propios hasta el tiempo de la sentencia.

<sup>28</sup> TJAC: Proceso 1-N-92: “Inadmisibilidad de demanda de Nulidad contra Decisión 343 de la Comisión” (28/V/92); también Sentencia del 15/VI/92.

<sup>29</sup> *Ibidem*, Proceso 1-N-92.

<sup>30</sup> DÁVALOS GARCÍA, GUALBERTO -Presidente del TJAC-, “La Misión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, en Seminario Internacional: “Integración...”, Ob. Cit., pg. 72-73.

<sup>31</sup> INFORMATIVO ANDINO, N° 10, Ob. Cit., pg. 8.

La decisión que establezca la nulidad puede tener efectos *parciales* o *totales*; las consecuencias en el *tiempo* serán determinadas por el TJ. El órgano cuyo acto haya sido nulificado deberá tomar las medidas pertinentes a fin de garantizarse la ejecutividad de la sentencia.

Procesos planteados ante el Tribunal sobre Nulidades hasta Octubre 1996:

Total: 7 (1985: 1; 1986: 2; 1992: 4)

#### 2.2.6.2. *Acción de Incumplimiento (arts. 23-27 TC)*

A través de este recurso se coloca en competencia del Tribunal la posibilidad de *constatar* y *condenar* toda actividad contraria al ordenamiento jurídico del AC de algún EM, ante la demanda de la Junta o -cumplidas ciertas condiciones- de algún PM.

La *primer sentencia* en materia de *Incumplimiento* fue dictada por el TJ en 1987.

200

#### *Objeto:*

El art. 39 del ET establece, a través de una *enumeración meramente enunciativa*, que la demanda podrá tener como *objeto*: normas estatales contrarias al ordenamiento comunitario; falta de normas que le den cumplimiento; o, actos opuestos a tal sistema jurídico a pesar de la expedición de las normas para su ejecución (la del derecho andino).

#### *Naturaleza de la acción:*

Su naturaleza jurídica ha sido descripta por el propio TJCA, en los siguientes términos: “Es una acción autónoma, propia, independiente y *sui-géneris*, derivada exclusivamente de la conducta a que quedan sujetos los Estados para asegurar la ejecutividad del Tratado de Integración Económica”<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> TJAC: Proceso 3-AI-96 “*Acción de Incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena c/ República de Venezuela*” -24/III/97-, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XIII, N° 261, Lima, Perú, 29/IV/97, pg. 6.

**Fases del procedimiento:**

El proceso es susceptible de dividirse en 2 fases estrechamente vinculadas donde la segunda presupone el cumplimiento inexorable de la primera.

**\*Fase Administrativa:**

Cuando la Junta “*como guardián del ordenamiento jurídico del AC*” (AC art. 15.a) **considerare**, *i*) de oficio ó *ii*) ante el reclamo de un EP, que algún EM ha incumplido con las obligaciones comunitarias le formulará **observaciones por escrito**. Éstas deberán ser contestadas por el Estado sospechado, dentro del plazo máximo de dos meses a cuyo vencimiento, indefectiblemente la Junta emitirá un **dictamen motivado**. Esta etapa concluye con la interposición de la demanda ante el Tribunal<sup>33</sup>,

**\*Fase Contenciosa o Jurisdiccional:****- a) de oficio:**

201

—Siendo el dictamen de incumplimiento y persistiendo al país en su conducta, será *facultativo* para la Junta acudir al TJ (art. 23.2 TC: “*podrá*”). Con razón se ha criticado esta voluntariedad en el papel del la Junta, ya que ello origina que “si la Junta se abstiene de recurrir al Tribunal se habría constituido en juez por sí mismo”<sup>34</sup>. Cabe reconocer, desde el punto de vista del derecho comunitario comparado, que en la Comunidad Europea, es también *facultativo* para la Comisión incoar la acción ante el TJCE (TCE art. 169.2).

—En caso de que la Junta haga uso de su facultad de acudir ante el TJ, el inicio del procedimiento se produce sin solución de continuidad. Tal es así, aún en el caso de que el futuro demandado interponga un recurso de reconsideración ante la misma Junta y ésta le de curso. En este sentido el TJ ha tenido oportunidad de expresar

<sup>33</sup> TJAC: Proceso 3-AI-96, Cit., pg. 7.

<sup>34</sup> ORREGO VICUÑA, FRANCISCO, “La Creación de un Tribunal...”, Ob. Cit., pg. 42.

que el comienzo de la etapa judicial se concreta “de manera inmediata, sin perjuicio de que el órgano comunitario acepte en el efecto devolutivo del recurso de reconsideración a que se refiere el art. 13 del Reglamento de la Junta... la interposición del recurso (de reconsideración) -no- suspende la decisión de acudir a la vía judicial, pues ello implicaría ignorar la ejecutividad inmediata de que debe gozar la Junta...”<sup>35</sup>.

**- b) ante el reclamo de un EP:** Si la Junta:

i) emite un dictamen de *incumplimiento* (tiene la obligación de recurrir al TJ -art. 24.2 TC: “*deberá*”-) y no acciona dentro de los 3 meses del mismo: (\*)

ii) *no* elabora *dictamen* alguno dentro de los 3 meses del reclamo: (\*)

iii) redacta un dictamen de *cumplimiento*: (\*)

(\*) En estos tres casos alternativos, *queda expedita la acción en cabeza del país reclamante.*

202

Respecto al supuesto *b)*, el art. 170 del TCE, también regula un procedimiento -ante la Comisión- que deben seguir los EM, como paso previo e ineludible para poder demandar a otro EP por incumplimiento ante el TJ. Sin embargo -y aquí la diferencia-, *no* surge de la norma citada que, ante su dictamen motivado de incumplimiento, la *Comisión* deba *obligatoriamente* recurrir al TJCE.

**Legitimación activa:** la acción puede ser incoada por:

\* *La Junta.*

\* *Los Estados Partes.*

Las *Personas naturales o jurídicas* en realidad no tienen acceso directo al TJ. Lo que si les asegura el TC (art. 30) es que podrán recurrir a los tribunales nacionales para demandar el incumplimiento del art. 5 TC por alguno de los EP, siempre y cuando tal hecho les

---

<sup>35</sup> TJAC: Proceso 3-AI-96, Cit., pg. 7.

origine una “*afectación a sus derechos*”. Los tribunales competentes serán los del Estado demandado -y según sus reglas de derecho interno- (ET art. 80).

Lo que trata de garantizar esta norma andina es que los países partes, alegando reglas del ordenamiento nacional, desconozcan la posibilidad al particular, de encontrar una vía de acceso para realizar el reclamo ante la justicia. Reclamo que por otro lado obedece a una acción del Estado violando lo establecido en el ordenamiento jurídico del Acuerdo Subregional.

Sin embargo, la solución se presenta como muy tenue, cuanto no inoperante; baste para ello sólo significar que el Estado sería juez de su propio accionar (juez y parte a la vez). Sin embargo, no debe menospreciarse su importancia ya que asegura en el territorio andino un mínimo de acceso a la justicia para las personas; ello así toda vez que, como enseña el PROF. ORREGO VICUÑA, los tribunales deberán ser siempre competentes para entender en estas demandas, y ello aún -y sobre todo- en los casos en que según el derecho interno no exista recurso alguno pues surge del carácter obligatorio del tratado internacional que crea el Tribunal Andino<sup>36</sup> como así también del hecho de que tal instrumento no podía ser objeto de reserva alguna (TC art. 36). De todos modos si los tribunales nacionales, aún todo lo anterior, no reconocen competencia alguna para tratar el recurso, esto generaría el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, lo cual posibilita que la Ju pueda iniciar la correspondiente acción<sup>37</sup>; legitimación activa que podría -eventualmente- ser extendida a cualquier otro EP.

203

Siguiendo con la *legitimación de las personas físicas o jurídicas*, lo que las mismas deberán acreditar será:

—la violación al derecho comunitario andino.

---

<sup>36</sup> ORREGO VICUÑA, FRANCISCO, “La Creación de un Tribunal...”, Ob. Cit., pg. 43.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pg. 43.

—el daño ocasionado contra el sujeto del derecho o contra el bien jurídico protegido.

—y la relación de causalidad entre la afectación del derecho y la acción de incumplimiento por el Estado (TJAC: Proceso 6-IP-93)<sup>38</sup>.

### ***Sentencia de Incumplimiento:***

#### ***\*Efectos:***

Si el TJ encontrare al EP sospechado, como infractor del ordenamiento jurídico andino, éste quedará *obligado* a poner en ejecución las *medidas* necesarias con el fin de *ejecutar* la *sentencia* (TC art. 25.1 en concordancia con el art. 5), teniendo para ello un plazo de 3 meses.

#### ***\*Incumplimiento:***

204 Vencido el término sin que se practiquen las medidas mencionadas, el TJ -de oficio- requerirá la *opinión* de la Junta, quien, dentro de los 30 días, deberá evacuar el traslado. Acto seguido el TJ previa realización de -una- audiencia, fijará -pasados 10 días de la recepción de la opinión de la Junta o 5 de la clausura de la audiencia- “*los límites dentro de los cuales cualquier EM -sea reclamante o no- podrá restringir o suspender total o parcialmente las ventajas del Ac en relación con el país remiso*”<sup>39</sup>. Este efecto -de la *restricción* o *suspensión* de las concesiones acordadas- es directamente aplicable a partir de la decisión del TJ que así lo fije (TC art. 25.2 en concordancia con los arts. 69 y 70 ET).

En cuanto a los límites de tales medidas, si bien se establece (ET art. 71) que deberán ser en función de la gravedad del incumplimiento; al mismo tiempo corresponderá que sea de tal magnitud que no

---

<sup>38</sup> Citado por BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO -Magistrado del TJAC-, “TJAC: La Cooperación Judicial a través de la Interpretación Prejudicial”, en Seminario Internacional: “Integración...”, Ob. Cit., pg. 126-127.

<sup>39</sup> Es visualizable aquí otra distinción entre el TC y el Proy en efecto, en éste, ante el incumplimiento de las medidas tendientes a ejecutar la sentencia, el TJ intervenía a solicitud “*de cualquier Estado Miembro que se considere afectado por el incumplimiento*” (art. 22 Proy de la Junta).

deje a los Estados en posibilidad -lógica- de poder fácilmente optar entre el incumplimiento y la sanción; de lo contrario la sentencia perdería su efecto persuasivo y sancionador propiamente dicho.

En todo caso el *procedimiento para establecer "sanciones"* ante la actitud remisa de un Estado condenado por incumplimiento, no podrá -según el TC- insumir más de 130 días aproximadamente, salvo el caso de un recurso de revisión contra la decisión.

Lo que este proceso continuo y encadenado pretende es evitar que las decisiones del TJ se conviertan en sentencias meramente declarativas, sin un *mínimo vinculante indispensable*.

\* **Recurso de Revisión:** (art. 26 TC en concordancia con los arts 65 y 66 del ET):

—Solamente es factible su interposición para los casos de *sentencias sobre incumplimiento*, y siempre que se funde en hechos desconocidos y que pudieran haber influido decididamente en la decisión del TJ. 205

—Su *plazo* es de dos meses a partir del conocimiento del hecho, con un término máximo de un año a contar del dictado de la sentencia a revisar. Con ello se intenta equilibrar el derecho de defensa de los Estados con la necesaria seguridad -y certeza- jurídica de las decisiones del TJ las cuales se desvirtuarían, en sus efectos, si estuvieran permanentemente susceptibles de impugnaciones.

—En cuanto a la *legitimación activa*, únicamente las parte que procesalmente han participado de la sentencia cuya impugnación se pretende, pueden ocurrir ante el TJ.

*En la práctica la acción de incumplimiento* se caracterizó por su escaso uso (5 casos planteados hasta octubre de 1996). Podría hablarse de un *pacto implícito y recíproco de no demandabilidad de los EM entre sí*, ante el TJ, a los que se sumó la Junta. Esto originó, la tesis de la "reciprocidad en el incumplimiento o tolerancia de la omi-

sión”<sup>40</sup>, también llamada “impunidad pactada”<sup>41</sup>. Ello demuestra que para que un Poder Judicial Comunitario sea realmente efectivo y aplique el derecho de la integración, no basta con su simple creación, toda vez que su actuación sólo puede impulsarse ante el pedido de parte. Nulo o casi nulo es el aporte de una jurisdicción si se halla coartada en el ejercicio de sus competencias, aún en forma indirecta, como en el caso presente. Esto tanto más, cuando se trata de una jurisdicción institucionalizada dentro de un proceso de integración, en los cuales la fuerza dinamizadora de la interpretación judicial debe cobrar uno de sus más altos y sublimes niveles. Y ello es así por la propia naturaleza y necesidades del proceso, caracterizado por una constante renovación y evolución.

De otro lado además, estas afirmaciones no pueden desvirtuarse por el recurso a la experiencia europea donde, si bien por un lado es cierto que, los EM evitan -en lo posible- demandarse entre sí prefiriendo “dejar la iniciativa a la Comisión”<sup>42</sup>; por el otro no lo es menos que, dicha institución<sup>43</sup> no duda, a la hora de “corroborado -en apariencia- un incumplimiento” accionar ante el TJCE.

*En cuanto al sistema de sanciones*, para el caso en que un EM condenado por incumplimiento no haya tomado las medidas necesarias a los fines de dar ejecución a la sentencia que lo declara como tal, el mismo *es innovador para su época* si se tiene presente la regulación de la misma situación en la CE. En efecto, en caso de incumplimiento del derecho comunitario por un EP, la decisión del TJCE, era “...meramente dichiarativa, non esistendo la possibilità di atuare in forma coattiva la pronuncia della Corte”<sup>44</sup>. Por lo cual todo se reducía al reconocimiento judicial de la actitud contraria a derecho por parte del Estado condenado. Sin mengua de lo afirmado, una consecuencia

<sup>40</sup> MORALES PAUL, ISIDORO, “Reflexiones sobre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno en el área Andina”, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 124, Año LXVIII, enero-junio, 1992, Caracas, Venezuela, pg. 121.

<sup>41</sup> CÁRDENAS, MANUEL JOSÉ, Ob. Cit., pg. 123.

<sup>42</sup> MÜCH, WALTER, “Procedimiento para asegurar la vigencia del derecho”, Derecho de la Integración, N° 11, octubre, 1972, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 133.

<sup>43</sup> “Gendarme del derecho comunitario” (ver TCE art. 155.1).

<sup>44</sup> TESAURO, GIUSEPPE, “Diritto Comunitario”, Edit: CEDAM, Pádova, Italia, 1995, pg. 188.

de la sentencia de incumplimiento era que la misma pudiera ser invocada como fundamento de otros recursos (ej. acción de indemnización ante las jurisdicciones nacionales)<sup>45</sup>. La única salvedad que cabe hacer, es la norma del art. 88 del TCECA que ya desde su redacción originaria (1951), establece que ante el caso de que el Estado no cumpla: *i*) la Decisión de la Alta Autoridad, que determina la existencia del incumplimiento; o, *ii*) la sentencia del Tribunal de Justicia que confirma tal hecho; aquel organismo puede *a*) retener sumas que debiere al Estado remiso y *b*) autorizar a los demás Estados para tomar medidas de retorsión. Sin embargo hasta 1995 ninguna de estas hipótesis se habían configurado<sup>46</sup>. La carencia originaria de la que adolecían el TCEE y el TCEEA fue subsanada por el *Tratado de Maastrich* (1992-93) que introdujo en el art. 171 la posibilidad de que el TJCE imponga al Estado incumpliente de su sentencia *el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva*. De la simple lectura comparativa entre el art. 88 del TCECA y el nuevo art. 171.2 citado se desprende que el primero posee una regulación más fuerte y coactiva para el supuesto en análisis.

207

Procesos planteados ante el Tribunal sobre Incumplimientos hasta Octubre de 1996:

Total: 5 (1987: 1; 1995: 1; 1996: 3)

### 2.2.6.3. Interpretación Prejudicial (arts. 28-31 TC)

Este recurso tiene por fin lograr la uniformidad en cuanto a la interpretación del derecho comunitario en todo su ámbito de aplicación territorial. Su causa nace del hecho de que, eventualmente, este derecho puede a ser interpretado por tantas jurisdicciones como tribunales nacionales haya en todos los EP, circunstancia que podría originar innumerables interpretaciones, no pocas veces contradictorias entre sí. Esto origina que sea necesario que haya *una Corte* que, en última instancia, *unifique* la *jurisprudencia interpretativa* sobre el derecho comunitario.

<sup>45</sup> LOUIS, JEAN-VICTOR, "El Ordenamiento Jurídico Comunitario", 5ta. Edición, Edit: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas, Bélgica, 1995, pg. 58.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pg. 59.

Con gran acierto se la ha definido como el “...mecanismo ...(que) ...consagra, evidentemente, la interpretación orgánica del orden jurídico comunitario ...y de los órdenes jurídicos nacionales”<sup>47</sup>.

El germen del mecanismo de consulta prejudicial se halla en los países europeos que adoptan el *control de constitucionalidad* “in cui é previsto il rinvio pregiudiziale da parte del giudice alla Corte Costituzionale per la verifica della costituzionalità delle leggi, come in Italia, in Austria e in Germania o, con qualche differenza, anche in Belgio e Spagna”<sup>48</sup>.

La *Primer Sentencia Prejudicial* TJCA fue: “Proceso N° 1-IP-87” -3/XII/87- (Gaceta Oficial de Acuerdo de Cartagena, 15/II/88, Año V, N° 28)

**Finalidad:**

208 Garantizar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico del AC en el territorio de los EM. Se logra además estrechar la *relación de colaboración* que debe existir entre el TJ y los tribunales nacionales quienes al aplicar el derecho comunitario se convierten en jueces comunitarios.

Entre ambas esferas jurisdiccionales se establece una vinculación recíproca y legitimadora de la función de la otra, toda vez que:

- i) El TJCA no puede intervenir de oficio, sino únicamente, ante el expreso reenvío prejudicial que le formule la jurisdicción nacional.
- ii) La sentencia del TJ tiene efectos vinculantes para el juez nacional que se ve obligado a adoptar la interpretación a la que haya arribado aquel.

---

<sup>47</sup> LAGRANGE, Maurice, “La Interpretación Unitaria del Derecho de las Comunidades Europeas. Aspectos de la Cuestión Prejudicial”, Derecho de la Integración, N° 3, 1968, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 77.

<sup>48</sup> TESAURO, GIUSEPPE, Ob. Cit., pg. 192-193. También PIERRE PESCATORE, citado en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Nuevamente sobre el Juez Nacional frente al Derecho Comunitario”, LL periódico del 11/VII/97 pg. 5.

ción de la norma andina tenga el valor de cosa juzgada y monopolice de esta manera una función que esencialmente corresponde al TJ.

### *La teoría del “acto claro” y el TJCA:*

Una de las diferencias más marcadas, entre el TJCE y el TJCA se refiere a la aplicación de la teoría del acto claro (“*acte clair*” o “*atto chiaro*”). Ésta tiene sus antecedentes, aunque con algunas diferencias, en el derecho francés. Consiste, en pocas palabras, en que frente a la obligatoriedad del reenvío prejudicial, hay ciertos casos que excepcionan la vigencia de dicha regla. Los mismos se presentan - ante el juez nacional- cuando la cuestión -eventualmente- a interpretar por el Tribunal de Justicia Comunitario “... non alimenti alcun ragionevole dubbio interpretativo”<sup>49</sup>, sino todo lo contrario; es decir, que la aplicación correcta del derecho comunitario se presenta tan evidente, que no da lugar a razonable duda y tal circunstancia se presenta para el juez de la causa, como para los de los demás EM, como así también respecto del Tribunal de Justicia de la Comunidad<sup>50</sup>. Tal construcción tiene aplicación en el sistema europeo y ello a pesar de algunas resistencias iniciales del TJCE<sup>51</sup>.

Situación distinta se presenta en el mecanismo prejudicial ante el Tribunal Andino, en el cual *toda* cuestión de interpretación del derecho comunitario debe, indefectiblemente ser sometida a su opinión y ello a pesar de la “*claridad*” de la situación<sup>52</sup>. De ello se sigue que “la decisión interpretativa rige para el caso *sub judice*”<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> TESAURO, GIUSEPPE, Ob. Cit., pg. 210 (“si risolve in definitiva in un sostanziale filtro al rinvio pregiudiziale” -210-).

<sup>50</sup> TJCE: As. 283/81, “*Société C.I.L.F.I.T. c/ Ministre de la Santé*” (6/X/82), Rec. 1982, pg. 3415.

<sup>51</sup> TJCE: As. acumulados 28-30/62 “*Da Costa en Shaake*” (27/III/63): “... el art. 177, último párrafo, obliga, *sin ninguna restricción*, a las jurisdicciones nacionales...cuyas decisiones no sean susceptibles de un recurso jurisdiccional de derecho interno, a someter a la Corte toda cuestión de interpretación...” (Considerando N°2) (Textos de la sentencia en Derecho de la Integración, N° 21, Vol. IX, mayo, 1976, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 200-201). En igual sentido LAGRANGE, MAURICE, Ob. Cit., pg. 72 (“la Corte se ha mostrado hostil a ella, si se tiene en cuenta... uno de los considerandos del dictamen Da Costa”).

<sup>52</sup> BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, Ob. Cit., pg. 113-114; CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA, “La Integración Económica y la Interpretación Unitaria del Derecho”, ED 168-1047; SCHEMBRI CARRASQUILLA, RICARDO, “La Práctica Profesional en el Derecho Comunitario”, Revista Jurídica “Externado”, Vol. 8, N° 1, diciembre, 1995, Bogotá, Colombia, pg. 90.

<sup>53</sup> BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, Ob. Cit., pg. 117.

### ***La teoría del “acto aclarado” y el TJCA:***

La teoría del *acto aclarado* “para algunos resulta simplemente de una aplicación razonable de la teoría del acto claro”<sup>54</sup>, y para otros - parece deducirse- constituye un supuesto diferente<sup>55</sup>. Sin embargo, es posible diferenciar a ambas toda vez que en la que ahora analizamos el tribunal ya a sentenciado a título prejudicial *una cuestión que se identifica materialmente con la situación interpretativa actual*.

También en este caso se da una experiencia diferente entre los modelos judiciales comunitarios citados.

Así, por un lado, en el *procedimiento prejudicial europeo*, desde temprano el TJCE sostuvo que si bien el art. 177.3 impone la obligatoriedad del reenvío a la Corte, para jurisdicciones cuyas decisiones no admiten recurso, “*la autoridad de la interpretación dada por ésta (se refiere a la Corte)... puede sin embargo privar a esta obligación de su causa, vaciarla de contenido; que es especialmente así cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una cuestión que ha sido ya objeto de una decisión a título prejudicial en una especie análoga*”<sup>56</sup>.

211

En cambio, en la *consulta prejudicial andina* “no se aplica la teoría del *acto claro* ni del *acto aclarado*”<sup>57</sup>. Conclusión que por otro lado, parece no ser compartida por el Consejo de Estado de Colombia, el cual sostuvo en el Proceso N° 55.24 (sentencia de 11/XI/94) que el “*Tribunal Andino de Justicia,... en varias oportunidades ha determinado el alcance del art. 54 del Acuerdo de Cartagena... De acuerdo con lo anterior... si el juez nacional no considera conveniente solicitar al Tribunal(Andino) el alcance de una norma del Acuerdo, porque ya existe interpretación uniforme sobre la misma, no puede*

<sup>54</sup> LAGRANGE, MAURICE, Ob. Cit., pg. 77.

<sup>55</sup> BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, Ob. Cit., pg. 113; GONZALEZ, FLORENCIA, “La Solución de Conflicto en un Sistema de Integración”, LL 1993-B, 1032; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Nuevamente sobre el Juez...”, Ob. Cit., pg. 5; TESAURO, GIUSEPPE, Ob. Cit., pg. 210

<sup>56</sup> TJCE: As. “*Da Costa*”, Cit., considerando 2°.

<sup>57</sup> BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, Ob. Cit., pg. 113.

*alegarse que se configura alguna de las causales de interrupción o suspensión del proceso*<sup>58</sup>.

**Naturaleza del Órgano legitimado para realizar el reenvío:** (art. 29 TC)

Sólo los “*jueces nacionales*”, que entiendan en una contienda, a la cual debe aplicársele alguna norma comunitaria andina, son los que tiene la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Quito:

- i) Con ello se niega que tengan tal potestad los árbitros<sup>59</sup>. En la CE la solicitud de consulta prejudicial tampoco puede ser interpuesta por los árbitros convencionales -salvo que estén asistidos por los tribunales estatales, que son quienes deben interponerla-; si pueden hacerlo; sin embargo, los tribunales arbitrales institucionalizados por la ley<sup>60</sup>, como así también los colegios u órdenes de profesionales cuando su decisión sea de naturaleza jurisdiccional<sup>61</sup>.
- 212 ii) En cuanto a lo que debe entenderse por órgano jurisdiccional, si recurrimos al derecho comunitario comparado, se han señalado como requisitos esenciales: “l’ origine legale e non convenzionale dell’ organo, la stabilità, l’ obbligatorietà, l’ applicazione del diritto, l’ indipendenza e la terzietà”<sup>62</sup>.

#### ***Solicitud de Interpretación Prejudicial:***

##### ***- Efectos:***

##### **\* *Reenvío facultativo:***

Teniendo en cuenta que el juez nacional deberá aplicar la interpretación a la que llegue el TJ (TC art. 31), se puede concluir que la

<sup>58</sup> Sentencia citada por BARRETO RUIZ, JOAQUÍN, -Vice/Pte. del Consejo de Estado de Colombia, “La Interpretación Prejudicial en los Países Andinos. El Caso Colombiano”, en Seminario Internacional: “Integración...”, Ob. Cit., pg. 185-186.

<sup>59</sup> SCHEMBRI CARRASQUILLA, RICARDO, Ob. Cit., pg. 92. También CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA, Ob. Cit., pg. 1047.

<sup>60</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCL, AIDA, “Nuevamente sobre el Juez...”, Ob. Cit., pg. 4; LAGRANGE, MAURICE, Ob. Cit., pg. 68.

<sup>61</sup> TESAURO, GIUSEPPE, Ob. Cit., pg. 202, con abundantes citas jurisprudenciales.

<sup>62</sup> TESAURO, GIUSEPPE, Ob. Cit., pg. 201, con cita de As. 61/65 “*Vassen Goebbels*” (30/VI/66). También PESCATORE citado por BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, Ob. Cit., pg. 108.

solicitud provoca que el órgano local se halle impedido *-provisionalmente-* de dictar la resolución definitiva del asunto; pero, el procedimiento puede continuar hasta la etapa apta para el dictado de la sentencia. Tal interpretación surge, del art. 29.1 del TC. Sin perjuicio de lo anterior, y llegando el *momento* -según el derecho interno- de dictar *sentencia sin que se hubiere recibido la respuesta del Tribunal de Justicia*, el juez podrá decidir el proceso. En todo caso y en atención al art. 63 del ET, el juez interno requirente estará *obligado a esperar por el plazo mínimo de 30 días* siguientes a la presentación de la solicitud -término éste del que goza el TJ para expedirse sobre el reenvío-.

**\*Reenvío obligatorio:**

Distinto es el supuesto presente, donde para el cual el TC establece expresamente que “*el juez suspenderá el procedimiento*”. Tal paralización del principal deberá ocurrir, forzosamente, hasta que el Tribunal Andino se expida. Y esto rige aún para el caso de que se halla vencido el término del art. 63 del ET<sup>63</sup>.

213

**-Requisitos que debe contener: ET art. 61:**

- i) *Nombre e Instancia del tribunal requirente;*
- ii) *Norma/s comunitarias cuya interpretación se solicita;*
- iii) *Identificación de la causa;*
- iiii) *descripción breve de los hechos pertinentes a los fines anteriormente mencionados (interpretación);*
- iiiii) *Lugar y dirección en que la jurisdicción nacional recibirá la notificación correspondiente.*

***Límites de la función interpretativa del Tribunal Andino de Justicia:***

Únicamente las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena (ó de la *Comunidad Andina*) son

<sup>63</sup> BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, Ob. Cit., pg. 111.

susceptibles de ser interpretadas por el TJ. En el contexto del TC interpretar es precisar el contenido y alcance de la norma comunitaria. Está vedado al órgano judicial de la Comunidad interpretar el derecho nacional o sentenciar acerca de los hechos de la causa con el fin de “no interferir con la tarea que es de la exclusiva competencia del Juez Nacional”<sup>64</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, las solicitudes de interpretación *deberán* contener, entre otros requisitos, un informe sucinto de los hechos que a juicio del juez remitente sean relevantes para evacuar el pedido (ET art. 61.c).

### **Sentencia Prejudicial:**

#### **a) Naturaleza Jurídica:**

214 “Es una verdadera sentencia aunque *sui generis*, que tiene la fuerza propia de la cosa juzgada, aunque con un efecto relativo, inter partes, circunscripto al proceso de que se trate”<sup>65</sup>. A su vez el DR. SÁCHICA agrega que “es un pronunciamiento definitivo del derecho andino hecho con autoridad por la jurisdicción andino. De modo que no sólo es forzosa la consulta sino también sus resultados”<sup>66</sup>.

#### **b) Efectos:**

\*Si bien la normativa comunitaria a interpretar debe, en principio, ser identificada por el juez nacional, el TJ, puede tanto **ampliarlas** como **restringirlas**, y ello debe hacerlo en atención a los antecedentes remitidos por el primero<sup>67</sup>.

\*La sentencia de interpretación **deberá ser obligatoriamente adoptada por el juez que conozca del proceso** (art. 31 TC). Tal obligatoriedad ha sido expresamente reconocida por altos tribunales

---

<sup>64</sup> TJCA: “Sentencia Interpretativa de los arts. 58, 63 y 64 de la Decisión N° 85 de la Comisión” (31 VII/87). De esta manera el Tribunal reafirma, jurisprudencialmente, los principios establecidos en el art. 30 del TC.

<sup>65</sup> FERNANDO URIBE RESTREPO, citado por BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, Ob. Cit., pg. 117.

<sup>66</sup> Recogido por BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, Ob. Cit., pg. 118.

<sup>67</sup> TJCA: *Procesos*: “1-IP-89”, “4-IP-89”, “1-IP-94”.

nacionales de los EP, como por ejemplo la Corte Suprema de Justicia de Colombia en su sentencia del 1/IX/88<sup>68</sup> (“*La Corte entiende y acepta el carácter obligatorio de la sentencia de ese Alto Tribunal para el juez nacional*”) –en atención a la sentencia prejudicial dictada por el TJCA en el Proceso 2-IP-88-). A su vez esta vinculación imperativa jurídica del juez nacional con la opinión interpretativa del TJ, está protegida también por el derecho interno. Tal es el caso, por ej., de Ecuador, donde, de no respetar la jurisdicción nacional la decisión prejudicial, la sentencia que dicte adolecerá de vicio y consecuentemente estará incurso dentro de las causales de nulidad establecidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o en el Código de Procedimiento Civil<sup>69</sup>.

Esta obligatoriedad referida, hace a la propia esencia y eficacia del mecanismo; por lo tanto, configurado el hecho de que el juez nacional no recepte la interpretación prejudicial, puede tal actitud ser tipificada como un incumplimiento atribuible al Estado en virtud de ser los tribunales internos, parte de uno de sus poderes, y consecuentemente con ello es de aplicación el “*principio de responsabilidad global del Estado*”, lo cual podría originar un proceso de incumplimiento contra el mismo ante el TJCA. A igual resultado se llega cuando, estando obligado el juez nacional a realizar el reenvío, no lo realiza. Sin embargo, el problema no es de automática solución por la circunstancia de quedar configurado el caso dentro de las causales que habilitan la demanda por incumplimiento –que de por sí no es un proceso simple y sencillo-, y ello sobre todo en atención a la naturaleza particular del órgano estatal que incurre en tal actitud. Así por ejemplo, puede pensarse en la irreversibilidad de la cosa juzgada de las sentencias; o que el juez en la plenitud de sus competencias entienda que el litigio queda fuera del derecho comunitario, etc<sup>70</sup>.

215

Tal regla del incumplimiento del País por el hecho de alguno de sus poderes, ha sido de aplicación en la jurisprudencia del

<sup>68</sup> Fallo citado por BARRETO RUIZ, JOAQUÍN, Ob. Cit., pg. 186.

<sup>69</sup> Así la opinión de VELÁZQUEZ BAQUERIZO, ERNESTO, -Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Guayaquil-, “La Interpretación Prejudicial en los Países Andinos. El Caso Ecuador”, en Seminario Internacional: “Integración...”, Ob. Cit., pg. 197.

<sup>70</sup> Ver LAGRANGE, MAURICE, Ob. Cit., pg. 73.

TJCE<sup>71</sup>, y responde a la concepción teleológica de Estado<sup>72</sup>: como una unidad: (poder ejecutivo, legislativo, judicial y también por la administración, sea nivel regional<sup>73</sup>, provincial o estadual -*Länders*-; autonómica o local; territorial, institucional o corporativa<sup>74</sup>).

\*La normativa del TC *no* establece *limitación* alguna respecto a los *jueces vinculados* por la interpretación; por lo tanto *todos* los tribunales nacionales que puedan llegar a entender en la causa -y no solamente el solicitante- estarán compelidos a adoptar el sentido de la norma comunitaria tal como fue interpretada por el Tribunal de Quito. Sin embargo, si el juez superior entiende que el *a quo* no entendió o no aplicó adecuadamente la interpretación, caben dos alternativas: a) nuevo reenvío prejudicial<sup>75</sup>; o, b) aplicar directamente la opinión del Tribunal Andino.

Diferencias entre el Reenvío Prejudicial Andino y el Europeo (TCE art. 177):

216 i) La competencia del *TJCA* se extiende sólo a la *interpretación*<sup>76</sup> del Derecho Comunitario Andino, *originario* y *derivado*. En cambio, la competencia del *TJCE* es más amplia, ya que, éste tiene autoridad para *pronunciarse*: sobre la *interpretación* del derecho comunitario *originario* y sobre la *interpretación* y *validez* del derecho comunitario *derivado*. La solución adoptada por el TC “ha evitado la superposición de los recursos de nulidad y validez... quedando éste exclusivamente en el ámbito de la acción de nulidad”<sup>77</sup>.

ii) Ver supra “*Teoría del acto claro*” y “*Teoría del acto aclarado*”.

---

<sup>71</sup> TJCE: Ass. publicados en *Recueil XVI*, pgs. 243 y 966 (citados por MÜCH, WALTER, Ob. Cit., pg. 134); As “*Comisión c/ Bélgica*” (1979).

<sup>72</sup> PETRIC, JORGE R., “El Sistema Jurídico-Institucional del Mercosur”, Revista del Mercosur, N° 1, Edit: Delta, Paraná, Entre Ríos, 1997, pg. 64.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pg. 64.

<sup>74</sup> TJCE: As. 103/88 “*Fratelli Costanzo S. p. a. c/ Commune di Milano*” (22/VI/89).

<sup>75</sup> BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO, Ob. Cit., pg. 115.

<sup>76</sup> No obstante, la Reforma prevista introduce (PMo art. 20.2 y 3) una especie de Interpretación Prejudicial sobre Validez del Derecho Andino *derivado*. Ver *infra* “Reformas al Tribunal de Justicia... Acción de Nulidad”.

<sup>77</sup> FERNANDO URIBE RESTREPO, citado por CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA, Ob. Cit., pg. 1047.

**Procesos planteados ante el Tribunal sobre Interpretación Prejudicial hasta Octubre de 1996:** Total: 103 (1987: 1; 1988: 4; 1989: 6; 1990: 6; 1991: 3; 1992: 3; 1993: 6; 1994: 10; 1995: 34; 1996: 30).

### 3. REFORMAS AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA

#### 3.1 *Modificaciones Realizadas: "Protocolo de Trujillo":*

El Sistema de Integración Subregional, que nació en 1969, respondió a un contexto nacional e internacional que con el paso de estos casi 30 años, fue variando continuamente, lo que hizo necesario que aquella estructura original del Ac debiera ir mudando, paralelamente.

Acorde con ello los países integrantes del Pacto Andino comenzaron a vislumbrar la necesidad de modificaciones que actualizaran el proceso de integración de fines de la década del '60.

217

De esta manera los cambios, aunque parciales, se fueron sucediendo.

Así una verdadera mutación de la fisonomía, especialmente a nivel institucional, se concretaría en el marco de la VIII Reunión del Consejo Presidencial Andino, llevada a cabo en Trujillo los días 9-10/III/96. En la mencionada oportunidad se suscribió el *Protocolo Modificador del Acuerdo de Cartagena* -10/III/96-, más conocido como *Protocolo de Trujillo (PT)*<sup>78</sup>, el cual entraría en *vigencia* -según lo marca su *cláusula quinta*- cuando *todos los Países Miembros* del Acuerdo de Cartagena que lo suscriben, hayan *depositado* el instrumento de *ratificación* en la Junta de Acuerdo de Cartagena. Hecho que tuvo lugar el 3/VI/97.

---

<sup>78</sup> Su texto puede consultarse en *INFORMATIVO ANDINO*, N° 9, mayo, 1996, Edit: Unidad de Prensa de la Junta del Acuerdo de Cartagena, Lima, Perú, pgs. 17-24.

**Las reformas más importantes del PT son:**

- \* Se sustituye el Cap. II de AC (*órganos*).
- \* Se crea la **Comunidad Andina de Naciones** (CAN), integrada por:
  - los Estados Miembros<sup>79</sup>
  - y los órganos e instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración (SAI)(PT art. 5)
- \* La **nueva estructura institucional** -SAI- de la CAN queda constituida de la siguiente manera:
  - 1- *Consejo Presidencial Andino* -CPA- (PT arts. 11-14): integrado por los Presidentes de los EM; es el órgano máximo de la CAN; se reúne una vez por año.
  - 218 2- *Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores* -CAMRE- (PT arts. 15-20): integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores; tendrá dos reuniones anuales.
  - 3- *Comisión de la Comunidad Andina* -CCA- (PT arts. 21-28): integrado por un representante plenipotenciario por cada EM; reunión: tres veces por año.
  - 4- *Secretaría General de la Comunidad Andina* -SGCA- (PT arts. 29-39): Es el órgano que reemplazó a la Junta; se trata de una institución supranacional; está dirigida por un (1) Secretario General elegido por el CAMRE, y asesorado por Directores Generales. Tiene actuación permanente.
  - 5- *Tribunal de Justicia de Comunidad Andina* -TJCA- (PT arts. 40-41).
  - 6- *Parlamento Andino* -PA- (PT arts. 42-43): es un órgano comunitario; estará constituido por representantes *elegidos por sufragio*

<sup>79</sup> Que son Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela.

*universal y directo* (plazo máximo para establecer tal procedimiento: cinco años desde la vigencia del PT -cfr. *cláusula séptima*-), hasta tanto se integrará con representantes de los Congresos Nacionales.

7- *Consejo Consultivo Empresarial -CCE- y Consejo Consultivo Laboral -CCL-* (PT art. 44): compuesto por representantes elegidos por las organizaciones de los sectores empresarial y laboral, respectivamente.

8- *Corporación Andina de Fomento -CAF- y Fondo Latinoamericano de Reservas -FLR-* (PT art. 45).

9- *Los Convenios suscritos y a suscribir.*

10- *Universidad Andina Simón Bolívar.*

11- *Consejos Consultivos que establezca la Comisión.*

12- *Demás Instituciones que se creen el marco del Sistema Andino de Integración.*

219

*“Con el Protocolo de Trujillo se trata de construir una estructura institucional mucha más moderna, en donde, los órganos políticos tengan preeminencia, donde los mecanismos para proyectarse al mundo estén más precisados, donde el órgano ejecutivo tenga un gran poder, donde haya una mayor interrelación entre los propios órganos del sistema”<sup>80</sup>.*

En lo que respecta al TJ, por el art. 6 del PT su denominación pasa a ser la de **Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina** (TJCA) y su art. 40 lo establece como el *órgano jurisdiccional* de dicha Comunidad.

En cuanto a la *normativa jurídica* que rige al TJ, establece el art. 41 (PT) que la misma estará compuesta por:

<sup>80</sup> INFORMATIVO ANDINO, N° 9, Cit., pg. 11.

\* (las normas ya mencionadas: Ver supra “*Normativa Jurídica del Tribunal*”);

\* los Protocolos Modificatorios al TC; y,

\* el Protocolo de Trujillo.

Por último, para resumir este ciclo de mutaciones vividas en el ex Grupo Andino, debemos mencionar, el *Protocolo de Sucre*, suscripto por el CAMRE en su Primera Reunión Ampliada -que es una modalidad de celebrar sus sesiones<sup>81</sup>-, llevada a cabo en Quito, Ecuador, el 25/VI/97. Por este instrumento se introducen tres nuevos Capítulos al Acuerdo de Cartagena: *Relaciones Externas, Convenio de Servicios y Miembros Asociados*<sup>82</sup>.

### 3.2 *Modificaciones Previstas*

#### 3.2.1 *Protocolo Modificadorio del Tratado Constitutivo del Tribunal de la Comunidad Andina: “Protocolo de Cochabamba”*<sup>83</sup>.

220

Acorde a todo lo mencionado bajo el ítems anterior, lógico es concluir que *órgano judicial* del AC *no podía quedar inmune* a los cambios realizados.

De ahí que el ciclo de modificaciones se completará con el *Protocolo Modificadorio del Tratado Constitutivo del Tribunal de la Comunidad Andina* (en adelante PMo)<sup>84</sup>, aprobado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, el 28/V/96<sup>85</sup>, en Cochabamba, Bolivia. También conocido con el nombre de *Protocolo de Cochabamba*.

<sup>81</sup> *Reunión del Consejo conjuntamente con los Representantes ante la Comisión para tratar asuntos de interés de ambos órganos* (PT art. 20).

<sup>82</sup> Ver INFORMATIVO ANDINO, N° 11, septiembre, 1997, Edit: Unidad de Prensa de la Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, Perú, pg. 6.

<sup>83</sup> En aras de intentar ganar en claridad y para evitar reiteraciones, sólo se hará mención a los cambios operados por el nuevo instrumento, por lo cual en los demás remitimos a la primera parte del presente estudio.

<sup>84</sup> Su texto puede verse en **INFORMATIVO ANDINO**, N° 9, Cit., pgs. 19-23.

<sup>85</sup> Coincidiendo con 17° aniversario de su creación.

Este Protocolo que realiza importantes modificaciones al TC, se encuentra *en trámite de ratificación* por los respectivos Gobiernos, estando fijada su *entrada en vigor* (cfr. su *cláusula segunda*), para el momento en que todos los PM hayan depositado el correspondiente instrumento de aprobación en la SGCA, y a condición de la previa entrada en vigencia del PT (hecho que como vimos ya tuvo lugar). Las últimas informaciones de las que dispone el autor -septiembre de 1997- no hablaban aún de su entrada en vigor.

***Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina (CA):*** (art. 1 PMo):

- \* AC, sus Protocolos e Instrumentos Modificatorios adicionales;
- \* Protocolo Modificador del TC y sus Instrumentos que lo modifiquen;
- \* Las Decisiones del CAMRE y de la CCA;
- \* Las Resoluciones de la SGCA;
- \* Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los PM entre sí y en el marco del Proceso de la integración subregional andino.

221

A pesar de que no se mencionan, debe entenderse que las propias sentencias del TJ constituyen parte integrante del complejo jurídico andino.

***Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:***

Al igual de lo que sucede en el TC, el PMo, en comparación con el TCE, establece, en forma más adecuada y precisa las normas que regulan los distintos recursos, dividiendo a cada uno en una sección diferente. En efecto en el sistema europeo se regula en *una sola sección* (la *cuarta*: arts. 164-188) *todo* lo referente al TJ, incluyendo composición, competencias, recursos, etc.

En aras de asegurar aún más la independencia del TJ, se agrega un 3er. párr. en el art. 12, el cual establece la *inviolabilidad e inmunidad* contra todo procedimiento judicial respecto de los *locales, bienes y haberes* del TJ; salvo renuncia que en todo caso no podrá ser aceptada en supuestos de medidas judiciales ejecutorias.

Un nuevo art. (15) determina que el TJ deberá presentar un *informe anual* a: CPA, CAMER y a CCA.

### **3.2.2 Competencias ya Ejercidas por el Tribunal: (Cap III, PMo):**

#### **3.2.2.1 Acción de Nulidad (Sección Primera: arts. 17-22):**

##### **Objeto del recurso:**

Pueden ser atacados los siguientes instrumentos: Decisiones del CAMRE y de la CCA; Resoluciones de la SG y los Convenios referidos en el art. 1 del PMo.

#### 222 **Legitimación activa:**

Tienen posibilidad de recusar una norma comunitaria ante el TJ:

- \* *Estados Miembros;*
- \* *Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;*
- \* *Comisión de la Comunidad Andina;*
- \* *Secretaría General;*
- \* *Personas físicas o jurídicas.*

En cuanto a éstos *últimos* se establece como *requisitos* alternativos que la norma impugnada afecte:

- \* sus derechos subjetivos; o,
- \* sus intereses legítimos.

##### **Plazo para interponer la acción:**

Respecto al TC, se amplía a 2 años el plazo original anual. Sin embargo la norma hace una distinción:

- i) Si la impugnación se realiza *ante el propio TJ*, el plazo de

prescripción es de **2 años** a contar desde el comienzo de la vigencia de la Decisión, Resolución o el Convenio atacado.

ii) Pero si en el marco de un proceso principal, *ante los tribunales nacionales*, una de las partes solicita la *inaplicación* de una Decisión o Resolución (no se menciona a los Convenios) al caso, con el cual debe guardar relación, y siempre que se cuestione su validez con arreglo a los requisitos del art. 17 (*violación del ordenamiento jurídico del AC -aún por desviación de poder-, y si se tratare de particulares: afectación de sus derechos subjetivos o intereses legítimos*), la norma del art. 20.2 habilita a que tal solicitud pueda realizarse aún cuando *haya expirado el plazo* máximo de 2 años. A su vez no fija término de tiempo límite para tal hipótesis. Se trataría de una especie de “excepción de ilegalidad, que permite la no aplicación de la norma viciada a un caso específico en litigio, pero manteniendo al mismo tiempo la vigencia en abstracto de dicha norma por no haber sido intentado el recurso correspondiente, en tiempo útil”<sup>86</sup>.

En este *segundo* supuesto y acorde con el principio según el cual es el Tribunal Comunitario a quien exclusivamente compete referirse tanto a la interpretación como a la validez del orden jurídico comunitario, el PMo, determina que el juez deberá *diferir* la *cuestión de legalidad* de la norma *al Tribunal Andino*. Esto provocará la suspensión del proceso hasta tanto se reciba la respuesta del TJ, la cual será de aplicación obligatoria en la causa ventilada ante el juez nacional. De esta manera se recepta una *especie de mecanismo del reenvío prejudicial por cuestiones de validez* del derecho comunitario, que no está regulado en la actual redacción del TC. En el PMo se trata de una autorización de reenvío colocada dentro de la sección dedicada a la acción de nulidad.

223

**Efecto de la demanda:** (PMo art. 21):

Luego de reiterar el principio según el cual la interposición de la acción no afectará la vigencia de la norma, el 2do. párr. del art. en análisis, habilita al TJ a que, a pedido del accionante -y previo fijar

contracautelar si lo entendiera necesario-, pueda:

<sup>86</sup> DÁVALOS GARCÍA, GUALBERTO, Ob. Cit., pg. 71-72.

a) ordenar la **suspensión** de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio; o,

b) disponer **otras medidas cautelares** ante el hecho o peligro de daño irreparable o de difícil reparación.

Estas facultades están ausentes en el TC.

Pasando nuevamente al derecho comparado, si es posible encontrarlas entre las herramientas de las cuales dispone el TJCE (arts. 186-187 TCE); en esta dirección pueden verse también: *auto* del Presidente del TJCE de 26/III/87 dictada en el As. 46/87 "*Hoechst AG c/ Comisión*"<sup>87</sup>; *auto* del Tribunal de Primera Instancia de 22/XII/95 dictado en al As. T-219/95R<sup>88</sup>; y *Auto* del Presidente del TJCE de 3/V/96 dictado en el As. C-399/95R<sup>89</sup>.

224

La diferencia entre ambas regulaciones parece surgir del hecho de que en el caso de *tribunal europeo* las medidas puede adoptarse también de oficio; en cambio, de la *letra del PMo* se desprende la idea de que las mismas sólo caben ante el pedido del accionante (*el tribunal, a petición de la parte demandante, podrá ordenar o disponer...*).

*Sentencia:*

Para otorgar mayor efectividad a la sentencia, el nuevo instrumento determina que el órgano de la Comunidad cuyo acto fuere anulado *deberá* tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de la decisión del **TJ**; pero ahora, dentro del **plazo que éste le fije** a tal fin (art. 22.2 PMo).

<sup>87</sup> Sobre suspensión provisoria de la ejecución de Decisiones de la Comisión: requisitos que deben reunir las mismas para poder ser atacadas.

<sup>88</sup> Sobre pedido de suspensión de la ejecución de la Decisión de la Comisión de 23/X/95 -pruebas nucleares francesas- y orden a la Comisión para que adopte medidas necesarias para preservar los derechos que reconoce el TCECA: requisitos habilitantes para lograr la suspensión de la norma comunitaria; derecho a la tutela judicial efectiva -que el derecho comunitario reconoce a los "justiciables"- como fundamento de las medidas cautelares; posible intervención del juez nacional.

<sup>80</sup> Sobre pedido de suspensión de la ejecución de la Decisión de la Comisión 96/178/CECA: requisitos habilitantes para lograr la suspensión de la norma comunitaria; derecho a la tutela judicial efectiva -que el derecho comunitario reconoce a los "justiciables"- como fundamento de las medidas cautelares.

### 3.2.2.2 Acción de Incumplimiento (Sección Segunda: arts. 23-31)

#### Fases de la acción:

##### \* Fase Administrativa (ante la Secretaría General):

El procedimiento previo se desarrolla como está establecido en el TC, salvo en lo que respecta al *plazo* que tiene el Estado para *responder* a las *observaciones* que le realice la SG, el cual ahora es fijado por éste órgano dentro de una franja máxima de 60 días. Además la SG tiene *15 días* para la confección del *dictamen* motivado.

##### \* Fase Contenciosa o Jurisdiccional:

*a) de oficio*: otra reforma importante, es el hecho de que, de ser de incumplimiento el dictamen y ante la persistencia de tal conducta, la SG tiene la *obligación* de llevar el caso ante el Tribunal Andino (PMo art. 23.2 "*deberá*"); situación que antes era meramente facultativa -de la Junta-. Tal circunstancia reafirma, aún más, la función de "*Guardián*" del derecho comunitario andino que tiene asignada la SG [art. 30.a y e PT]; función que por otro lado comparte también con el CAMRE [PT art. 16.h] y con la CCA [PT art. 22.d].

225

*Todo PM afectado puede sumarse a la acción de la SG.*

*b) ante el reclamo de un EP (art. 24)*: respecto al reclamo de un EM ante la SG, sobre la sospecha de incumplimiento de otro EM, la norma del art. 25.3 modifica el plazo del que goza esta institución comunitaria para la elaboración de su dictamen motivado, reduciéndolo de 3 meses a 65 días -contados desde la fecha de presentación de la queja-; vencido el cual, como hemos visto queda abierta la vía judicial directa del Estado reclamante -y *no de los demás*- ante el TJ. Sin embargo, y a tenor de lo que dispone el art. 26 del PMo, se intro-

duce un nuevo mecanismo *-más expedito-* para los casos en que; o bien, se hubiere emitido una *resolución de verificación* de la existencia de gravamen o restricción; o bien, se esté ante un *incumplimiento flagrante*. En estas circunstancias la SG emitirá a la *brevedad* un dictamen motivado, acto a partir del cual, el *acceso directo* al TJ quedará habilitado tanto para *éste órgano* como para el *país afectado*. De ello surge que, *ni los Particulares ni los demás EM no afectados*, podrán beneficiarse con este procedimiento. Tal reducción de plazos y de trámites parece fundarse en la *semiplena prueba del incumplimiento* (y es lo que se deduce de los requisitos exigidos por artículo en cuestión *-resolución de verificación y flagrancia-*).

**Legitimación activa: Ampliación:**

En orden a la importancia manifiesta del art. 25 de PMo, nos permitimos transcribirlo:

- 226 Art. 25: "*Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento prevista en el Artículo 24,*

*La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa*".

A partir de esta norma se establece el *acceso directo de los particulares* al Tribunal de Justicia Andino -lo cual era reclamado por la doctrina<sup>90</sup> - *por el incumplimiento* de las obligaciones comunitarias por parte de un *PM*. Cabe destacar que de aprobarse el PMo en examen, tal hecho configuraría, en principio -ya que cabe constatar que aplicación tendrá en la práctica-, un nivel de *garantía de la tutela judicial de la persona* más avanzado o amplio que el vigente hasta hoy en la CE, toda vez que en ésta última está vedado a los particulares la posibilidad de demandar por incumplimiento a los EM ante el

TJ (TCE arts. 169-170).

<sup>90</sup> CÁRDENAS, MANUEL JOSÉ, Ob. Cit., pg. 132.

Ampliar de esta manera la legitimación hacia las personas físicas o jurídicas “permitirá incorporarlas también como sujetos activos del proceso jurídico de integración, a los fines de motorizar el saneamiento de los incumplimientos en que hubiesen incurrido los Estados... y se le da al proceso el dinamismo que se le está requiriendo, al tiempo que se lo acerca aún más al ciudadano andino”<sup>91</sup>.

En cuanto a los *requisitos* para el acceso directo de los particulares a través de esta acción, los mismos pueden reducirse a los siguientes:

I- *Afectación de sus derechos*: se restringe así sólo a sus derechos subjetivos el objeto del perjuicio que habilita la vía directa, descartándose la posibilidad de legitimación cuando el mismo afecte sus intereses legítimos -regulación distinta por tanto, a lo que acontece con relación a la demanda de nulidad (art. 19 PMo)-

227

II- *Nexo de causalidad*: es conditio sine qua non que tal afectación se origine o resulte en virtud del hecho que configura un incumplimiento del Estado demandado al ordenamiento jurídico de la comunidad.

III- *Agotamiento de la etapa previa ante la SG*: esta vía sólo queda expedita cuando se cumpla previamente el “mecanismo de reclamación”, ante la SG; que por otro lado, es el mismo que deben recorrer los EP para acceder al TRI y que está regulado en el TC con las modificaciones a que nos hemos referimos ut supra.

Cumplimentados los requisitos anteriores queda abierta la vía para la presentación del particular ante el propio TJCA, a diferencia de lo que acontece en el TC (art. 27) que sólo les asegura la posibilidad de recurrir a la jurisdicción nacional del Estado incumpliente

para realizar su reclamación.

<sup>91</sup> DÁVALOS GARCÍA, GUALBERTO, Ob. Cít., pg. 71-72.

La acción bajo análisis tiene carácter de *alternativa* y *excluyente* de la reclamación a nivel nacional. Esto tiende a evitar la litispendencia y -eventualmente- la existencia de sentencias judiciales -comunitaria y nacional- discordantes entre sí.

Ha sido con buen criterio -en nuestra opinión- que el Protocolo de Cochabamba mantenga en vigencia la posibilidad de la reclamación ante la jurisdicción interna del Estado incumplidor; con lo cual, por un lado, el particular podrá optar libremente por una u otra jurisdicción, atendiendo a la que más garantías ofrezca a sus derechos; y por el otro, se evita que toda actitud de los EM *contra legem andina* -que afecte los derechos de las personas- deba ser, necesariamente, resulta por el TJ.

228 Llama la atención que el art. 26 PMo (*verificación y flagrancia*) olvide habilitar la legitimación del particular en los supuestos por el regulado, aún más cuanto que en estos casos es mayor la evidencia del incumplimiento del Estado.

#### ***Nuevas Facultades del TJ:***

Otra de las prerrogativas de que se dota al órgano judicial andino es la posibilidad de que, en cualquier momento del procedimiento, pero siempre antes de la sentencia definitiva -y previo afianzamiento si fuere necesario- pueda dictar, la *suspensión provisional* de la medida sospechada de infringir el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. La misma, para ser ordenada, exige los siguientes requisitos:

*i)* que se emita en cualquier etapa del proceso, siempre y cuando no se haya dictado sentencia definitiva;

*ii)* petición de la parte accionante; lo que desvanece la posibilidad de la actuación de oficio del TJ;

iii) si bien el afianzamiento de la suspensión se presenta como facultativo para el TJ, el mismo puede ser requerido si ello se presenta como necesario;

iv) la sospecha de TJ de que la medida a suspender se exhibe *a priori* como infractora del ordenamiento jurídico andino. Tal exigencia se funda en lo delicado que puede resultar, por ej., ordenar la suspensión de la vigencia de una ley nacional;

v) que la medida mencionada provoque o pueda provocar perjuicio de imposible o difícil reparación;

vi) que tales perjuicios tengan como afectado al demandante - que es a su vez el solicitante de la medida- o a la *Subregión* (o sea a la Comunidad). Repárese en el carácter genérico y por demás flexible del término "*Subregión*" como sujeto pasivo de daño -en sentido amplio-, lo que establece un gran espectro de intereses cuyo menoscabo habilita el pedido de la medida bajo análisis.

229

***Sentido de la frase "ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora":***

Tratándose de una acción donde el sujeto pasivo es un EM, cabe concluir que la medida infractora a la que se refiere el art. 28 PMo bien podría llegar a ser una *ley interna*, la cual puede ser paralizada tanto en su entrada en vigencia como en su ejecución por el TJ hasta el dictado de la sentencia definitiva. De resultar correcta tal interpretación, se habría establecido un importante instrumento para el órgano jurisdiccional de la Comunidad, ampliándose enormemente sus poderes para garantizar el efecto prevalente del Derecho Andino. De la lectura del art. en cuestión se traduce que la suspensión podrá ser directamente decretada por el Tribunal Comunitario, sin que se deba recurrir para tal fin al juez nacional.

Cabe recordar que esta facultad en la experiencia europea fue consolidándose sólo después de una cadena jurisprudencial del TJCE, entre cuyos principales eslabones pueden mencionarse los *leading case*: “*Factortame*”<sup>92</sup>, la sentencia del 28/VI/90<sup>93</sup>, “*Zuckerfabrik*”<sup>94</sup>, “*Atlanta*”<sup>95</sup>.

### ***Sentencia de incumplimiento: sus efectos y su incumplimiento:***

Al igual que en el TC se establece *i*) la obligatoriedad de las sentencias del TJ; *ii*) el procedimiento a seguir en caso de falta de ejecución de la misma por el Estado condenado; *iii*) como así también las medidas que puede autorizar la Corte Andina para lograr la ejecución de su decisión. Sin embargo, la reforma ***amplía el abanico de herramientas*** que puede llegar a utilizar el TJ al facultarlo para poder ordenar *cualquier otra medida* si la restricción o suspensión de las ventajas comunitarias, o bien agravaban la situación, o bien se presentaren ineficaces en orden a la solución buscada (art. 27 PMo).

230 Efecto accesorio de la sentencia de incumplimiento respecto del particular demandante:

El art. 30 PMo otorga al particular que haya ejercido la acción que le confiere el art. 25 y obtenido sentencia favorable, la posibilidad de lograr la indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento le hubiese ocasionado. A tal fin se constituye la sentencia en ***título legal y suficiente***, en orden a la reclamación mencionada, la cual debe, sin embargo, realizarse ante los tribunales nacionales del Estado condenado.

---

<sup>92</sup> As. C-213/89 “*Factortame c/ Secretary of State for Transport*” (19/VI/90): sobre creación pretoriana del TJ en cuanto a la posibilidad de que un juez nacional pueda -en el marco de un reenvío prejudicial- ordenar cautelarmente la suspensión de la entrada en vigencia de una ley nacional, y ello con base al principio de la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno.

<sup>93</sup> Donde el TJCE suspende la entrada en vigor de una ley alemana sobre peajes por la utilización de carreteras federales por camiones pesados. Sentencia citada por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, recogido por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “El Juez Nacional frente al Derecho Comunitario”, ED 148-835.

<sup>94</sup> Ass. acumulados C-143/88 y C-92/89 “*Zuckerfabrik Suderdithmarschen*” (21/II/91): sobre la posibilidad excepcional que tiene el juez nacional para suspender cautelarmente la vigencia de una normativa nacional (ley o acto administrativo) que se funda en el derecho comunitario, mientras se encuentra pendiente un recurso prejudicial de validez respecto de este derecho.

<sup>95</sup> As. de 9/XI/95 -citado en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Nuevamente sobre el Juez Nacional...”, Ob. Cit., pg. 7-, respecto de la posibilidad que tiene el juez nacional para decretar

---

REVISTA DÍKAION – NO. 8 – JULIO 1999

*provisionalmente una medida cautelar positiva que acarrea la suspensión de la normativa nacional basada en el derecho comunitario, estando pendiente un recurso prejudicial de validez ante el TJCE.*

Amén de lo anterior, esta norma, pensamos, tiene un contenido aún mayor. En efecto, por su intermedio se asegura que el particular tendrá siempre a su alcance una vía procesal para exigir la reparación estatal por los daños resultados por el incumplimiento; y ello todavía en el caso de que el derecho nacional no reconozca procedimiento alguno para hacer valer esta clase de pretensiones indemnizatorias contra el Estado. Caso contrario, se violaría el ordenamiento jurídico de la Comunidad y en consecuencia podría llegar a plantearse demanda por incumplimiento ante el TJ.

Los únicos legitimados para el acceso a la vía judicial nacional que asegura el art. citado son las personas físicas o jurídicas; y dentro de esta categoría sólo aquellas que hubiesen ejercitado la demanda de incumplimiento ante el TJ. Con lo cual se desprende que, por lo menos en lo que respecta al presente art., la sentencia que declara la infracción al ordenamiento comunitario, tiene *efecto* sólo para el *caso concreto e inter partes*.

231

#### ***Recurso de Revisión:***

Se amplía el plazo dentro del cual es posible solicitar la revisión de la sentencia de incumplimiento elevándose a 90 días -siempre a contar desde la fecha en que se tuvo noticia del hecho en que se funda y que era desconocido al tiempo de la decisión judicial-

#### ***3.2.2.3 Interpretación Prejudicial (Sección Tercera: arts. 32-36)***

En realidad el instrumento que estamos comentando, respecto del reenvío prejudicial, más que modificar, lo que hace es efectuar algunas precisiones de contenido de los artículos pertinentes, como por ejemplo: aclara el carácter "*obligatorio*"<sup>96</sup> de la consulta en los casos de jueces nacionales cuyas decisiones no admita recurso algu-

no según el derecho interno (art. 33.2 PMo); también deja constancia

<sup>96</sup> INFORMATIVO ANDINO, N° 10, CIL, pgs. 10.

en cuanto a que, a pesar de la imposibilidad que tiene el TJ de calificar los hechos de la causa dentro de la cual se realiza la consulta, no obstante, podrá referirse a ellos cuando fuere necesario a los fines del reenvío (art. 34 PMo)

### ***Incumplimiento de la sentencia (arts. 35-36):***

En sintonía con el *principio de solidaridad o lealtad comunitaria* (TC art. 5, que ahora en el PMo pasa a ser art. 4) y la *obligatoriedad* de la *sentencia* prejudicial (art. 35 PMo) se ordena a los EM “*velar por el cumplimiento*” del PMo “*y en particular de la observancia por el juez nacional de lo establecido*” en la sección que estamos analizando. Ello no hace más que confirmar la regla según la cual cualquier actitud que no condiga con el PMo, sobre todo en lo que respecta a la aplicación y cumplimiento no sólo de la interpretación prejudicial propiamente dicha sino también del mecanismo del reenvío, habilita la vía procesal regulada en la segunda sección (es decir, la acción de incumplimiento).

232

### ***3.2.3 Nuevas Competencias que Introduce el Protocolo de Cochabamba: (Cap III, PMo).***

#### ***3.2.3.1 Recurso por Omisión o Inactividad (Sección Cuarta: art. 37).***

A través de esta acción se coloca en manos de los legitimados la posibilidad para que a través del presente recurso ante el TJCA, pueda éste compeler a las Instituciones Comunitarias a cumplir con las funciones y obligaciones que les impone el ordenamiento jurídico de la Comunidad, tratando de evitarse, a la vez, que por vía de esta inactividad del órgano comunitario correspondiente se paralice operativamente el proceso de Integración

Desde un primer momento, y aún antes de que comience a funcionar el TJ, la doctrina especializada requirió la instauración del presente recurso<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> Ver por ej. ORREGO VICUÑA, FRANCISCO, "La Creación de un Tribunal...", Ob. Cit., pg. 41. Más recientemente ver CÁRDENAS, MANUEL JOSÉ, Ob. Cit., pg. 132.

**Legitimación pasiva:**

La acción puede ser dirigida contra el *CAMRE*, la *CCA*, y la *SG*, siempre que en violación de un *mandato expreso* del ordenamiento jurídico de la Comunidad éstos se abstengan de cumplir con sus obligaciones.

**Legitimación activa:**

\*Correlativamente- los *mismos órganos* pasivamente legitimados tienen la posibilidad de incoar esta acción. Sin dudas este instrumento coadyuva a que sean tales órganos los *celosos guardianes de las competencias que el ordenamiento jurídico asigna a cada uno, sean éstas propias o ajenas*. En efecto, en no pocas oportunidades su actividad sólo queda habilitada a partir del acto de otro órgano, con lo cual ante la inactividad de este último, el primero vería coartadas sus competencias (ej. PT art. 22.f en concordancia con el art. 30.c).

233

**\*Países Miembros**

\**Personas físicas o jurídicas*: siempre que se cumplan los requisitos para la acción de incumplimiento, es decir *que la omisión afecte sus derechos subjetivos*.

El acceso directo de cualquier de los legitimados está supeditado al previo requerimiento al órgano remiso, por el término de 30 días, con el fin de que cumpla con su obligación.

A partir de la *admisión del recurso*, el TJ dispone de 30 días (plazo que aparece improrrogable en la redacción del PMo) para dictar la correspondiente providencia en la cual *deberá* señalar: forma, modalidad y plazo para la actividad del órgano condenado.

**3.2.3.2 Función Arbitral (Sección Quinta: arts. 38-39)**

Bajo esta sección se regula la competencia arbitral de dos órganos:

- a) TJCA (art. 38), y
- b) SGCA (art. 39).

**i) Respeto del Tribunal:**

Esta jurisdicción no es obligatoria en ningún caso y requiere que las partes solicitantes hayan acordado su competencia.

Las posibilidades en las cuales el TJ puede ejercitar esta función son 2:

-Respecto de contratos, convenios o acuerdos celebrados entre los **órganos comunitarios** o entre **éstos y terceros** (que podrían ser, entre otros, un EM -posibilidad asimilada, en el sistema europeo, al art. 181 TCE-; un País ajeno a la Comunidad; o un organismo internacional). Su competencia puede extenderse a la *aplicación* o *interpretación* del contrato, convenio, etc.

234

-Respecto de la *interpretación* o *aplicación* de contratos privados **entre particulares**, siempre que se encuentren *regidos* por el ordenamiento jurídico comunitario (condición que no es exigida cuando en el arbitraje sea parte un órgano comunitario -ver ítem anterior-).

Del texto del Protocolo no parece desprenderse la posibilidad para que sean los propios EM quienes, en sus convenios o contratos entre sí, puedan acordar la jurisdicción arbitral del TJ; lo que si se autoriza, por otro lado, cuando éstos se relacionan con terceros países o grupos de países (PMo art. 42.2). En el ordenamiento comunitario europeo, el art. 182 del TCE, abre la competencia arbitral del TJ para que pueda entender en controversias entre los EM -siempre que se relacionen con el Tratado constitutivo-.

**Laudo:** el TJ podrá decidir -según voluntad de las partes- en derecho o en equidad. El mismo *será obligatorio e inapelable* y además constituirá *título legal y suficiente* para ser *ejecutado* en el territorio del EM correspondiente (art. 38.3 PMo). De ello resulta que el

laudo del TJ tiene el mismo alcance que sus sentencias en orden a lo cual es preciso resaltar que para ambas categoría de decisiones no se requiere *exequatur* u *homologación* para hacerlas valer ante los tribunales nacionales de los PM. Esta equiparación surge del art. 41 Pmo; el cual, por otro lado, también coloca en igual nivel de ejecutoriedad a los laudos que emita la SG -ver párrafo siguiente-.

**ii) Respeto de la Secretaría General:**

La fuente o fundamento de esta función se encuentra en el *inciso ñ, del art. 30 del PMo* (“*funciones de la Secretaría General*”).

Su competencia sólo se extiende al arbitraje referido a la *aplicación o interpretación* de los *contratos privados entre particulares*, siempre que los mismos sean *regidos* por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

***Es una jurisdicción voluntaria***

235

Sus *laudos* serán emitidos conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, siempre en concordancia con el ordenamiento de la Comunidad. A su vez, tendrán los mismos caracteres que el emitido por el TJ, salvo en lo que se refiere a su calidad de *obligatorio e inapelable* para lo cual las partes dispongan al respecto.

**3.2.3.3 Jurisdicción Laboral (Sección Sexta: art. 40)**

Otra de las nuevas competencias con las que se dota al TJ es la posibilidad de dirimir las controversias de carácter laboral que puedan producirse en los órganos comunitarios<sup>98</sup>.

Tal competencia fue establecida en virtud de “la inmunidad de jurisdicción y los privilegios de que gozan irrenunciablemente los organismos internacionales en los países que les sirven de sede”<sup>99</sup> (se

refiere a los órganos comunitarios).

<sup>98</sup> Sin referirse expresamente a controversias de naturaleza laboral, la misma competencia se asegura en el modelo europeo al Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad (art. 168 A TCE).

<sup>99</sup> DÁVALOS GARCÍA, GUALBERTO, Ob. Cit., pg. 77.

### 3.2.3.4 Disposiciones Generales: (Cap IV, PMo)

236 El art. 42 luego de establecer la jurisdicción *única, exclusiva y excluyente* del Tribunal Andino en toda controversia relacionada con el ordenamiento jurídico de la Comunidad (1er párr.), deja abierta la posibilidad para que las Instituciones Comunitarias, o los PM *en sus relaciones con Terceros Países o Bloques de Países, puedan someterse* a lo establecido en este Protocolo (2do párr.). Repárese en el carácter facultativo que adquiere esta cuestión. Ahora bien, de presentarse la eventualidad de un conflicto entre el 1er y 2do párrafo -hipótesis ciertamente difícil-, interpretamos que el 1er constituye la *regla*, y a su vez el fundamento del 2do. De esta manera siempre que esté en juego normas jurídicas de la Comunidad, será competencia y jurisdicción *privativa* del TJCA, entender en el asunto. A su vez, la *habilitación* contenida en 2do párrafo es de aplicación *bajo condición* ineludible de que la cuestión *no* sea de *competencia* del TJ (Esto por lo menos en lo que respecta a los EM y a las Instituciones Comunitarias).

De esta manera se legitiman procedimientos que están ya vigentes en la realidad internacional andina -dentro del marco de lo que se denomina “*regionalismo abierto*”-, como lo constituyen el caso de:

I- *Grupo de los 3 (G3)*<sup>100</sup>: este Acuerdo establece un Sistema de Solución de Controversias (Cap. XIX) compuesto de *consultas y mediación*, mas *la posibilidad de poder recurrir* a un *Panel Arbitral*. Dicho sistema, en pocas palabras, determina procedimientos diferentes según sean las Partes en la controversia:

i) **PM** del Acuerdo de Cartagena o CAN: y dentro de éstos según las materias objeto del conflicto que estén reguladas:

- exclusivamente en el Tratado del G3; o,

- conjuntamente, en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

<sup>100</sup> Acuerdo de Libre Comercio, suscripto entre Colombia, México y Venezuela; y vigente desde 13/VI/94.

ii) *PNoM del Acuerdo de Cartagena -CAN-<sup>101</sup>*.

**II- Acuerdo de Libre Comercio Mercosur-Bolivia (1997):** el art. 21 del Acuerdo remite para el caso de surgir conflictos, al *Régimen de Solución de Controversias* contenido en el *Anexo 11* -el cual consta de 14 arts.-. La aplicación del mismo está prevista para controversias en relación con la interpretación, aplicación, o incumplimiento de las disposiciones del Acuerdo y de los instrumentos adicionales.

Se establece las siguientes etapas:

— *Consultas y negociaciones directas:* por el plazo máximo de 30 días prorrogables.

— *Comisión Administradora del Acuerdo:* si vencido el plazo anterior no se llegara a una solución o si la controversia se resolviera sólo parcialmente, cualquiera de las Partes podrá solicitar que se reúna la Comisión. La *duración* del *procedimiento* ante la misma no será mayor a los cuarenta y cinco días corridos a partir de la fecha en que se reunió, salvo acuerdo de las Partes.

— *Grupo de Expertos ad-hoc:* subsistiendo el conflicto la Comisión conformará un Grupo de Expertos ad-hoc, integrado por tres miembros de la lista preestablecida de acuerdo al art. 8. Cada Parte designará un experto. El tercero, que será su presidente y no podrá ser nacional de ninguna de ellas, será designado de común acuerdo, a falta del cual, su designación será efectuada por la Comisión por sorteo. El Grupo tendrá un plazo de treinta días corridos desde su conformación para formular sus *conclusiones*.

— *Comisión Administradora del Acuerdo:* las conclusiones serán sometidas a la Comisión y ésta formulará recomendaciones en un plazo máximo de quince días corridos, contados a partir de la fecha

en que las recibió.

El art. 14 establece que el *régimen* regulado en este Anexo tendrá una aplicación por un período máximo de tres años desde la vigencia

<sup>101</sup> Para ver una síntesis del tema puede verse CÁRDENAS, MANUEL JOSÉ, Ob. Cit., pg. 125.

del Acuerdo, debiendo establecerse un *nuevo régimen* (que incluirá un *procedimiento arbitral*), el cual deberá regir -a más tardar- a partir del cuarto año de vigencia del Acuerdo. Vencido dicho plazo, sin que se hubiera establecido el mecanismo mencionado, deberá adoptarse el *procedimiento arbitral previsto en el Protocolo de Brasilia* (Capítulo IV).

#### 4. CONCLUSIÓN

238 La experiencia andina demuestra que si bien es ineludible la conformación de un Poder Judicial Comunitario, en un proceso de integración que pretenda superar la etapa de un *mero* acuerdo de libertad comercial, el mismo para cumplir la importante misión con la cual se lo dignifica, debe tener -como es lógico- posibilidad de ejecutar tal función y ello sólo se logra cuando se insta su participación en el proceso. Testimonio de lo cual es ejemplo palmario el TJCE.

De esta manera se prueba, que la sola presencia de un órgano jurisdiccional comunitario no es suficiente medio de disuasión o prevención para evitar, tanto las infracciones, como la aplicación e interpretación divergente del ordenamiento jurídico de la integración.

Por otro lado, de la lectura de las modificaciones programadas al TJ, se desprende sin dificultad, la idea de lo que se pretende es precisamente, facilitar y ampliar las vías de acceso al Tribunal, para lograr de esta manera su participación de forma sustancialmente más activa en el proceso integración.

#### BIBLIOGRAFÍA

ACUERDO DE INTEGRACIÓN SUBREGIONAL O ACUERDO DE CARTAGENA: texto en Derecho de la Integración, N° 5, octubre, 1969, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 103-116.

**ANDUEZA JOSÉ G.** "La Aplicación Directa del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena", Integración Latinoamericana, enero/febrero, 1985, Año 10, N° 98, Edit: INTAL, Buenos Aires, pgs. 3-13.

**BARRETO RUIZ, JOAQUÍN, -Vicepresidente del Consejo de Estado de Colombia-**, "La Interpretación Prejudicial en los Países Andinos. El Caso Colombiano", en Seminario Internacional: "Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios", 19-20 y 22-23/VIII/96, La Paz-Sucre, Bolivia, Edit: Corte Suprema de Justicia de Bolivia-TJAC, 1997, pgs. 175-187.

**BLOCH, ROBERTO D.-IGLESIAS, DANIEL O.**, "Solución de Controversias en el Mercosur", Edit: AD HOC, Buenos Aires, 1997.

**BUENO MARTÍNEZ, PATRICIO -Magistrado del TJAC-**, "TJAC: La Cooperación Judicial a través de la Interpretación Prejudicial", en Seminario Internacional: "Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios", 19-20 y 22-23/VIII/96, La Paz-Sucre, Bolivia, Edit: Corte Suprema de Justicia de Bolivia-TJAC, 1997, pgs. 99-132.

**CALLE Y CALLE, JUAN JOSÉ -Magistrado del TJAC-**, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Aspectos Generales", en Seminario Internacional: "Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios", 19-20 y 22-23/VIII/96, La Paz-Sucre, Bolivia, Edit: Corte Suprema de Justicia de Bolivia-TJAC, 1997, pgs. 79-86.

**CÁRDENAS, MANUEL JOSÉ**, "Implicancias del Regionalismo Abierto en el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo del Cartagena", Externado Revista Jurídica, Vol 7, N° 2, abril, 1995, Edit: Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, pgs. 121-133.

**CONESA, EDUARDO R.**, "Las Nuevas formas Institucionales de la Integración Latinoamericana", en 9° Curso de Derecho Internacional-Comité Jurídico Interamericano/OEA-, 1973, pgs. 169-205.

239

**CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA**, "La Integración Económica y la Interpretación Unitaria del Derecho", ED 168-1042/1051.

**CHALBAUD ZERPA, REYNALDO, -Miembro de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela-**, "La Interpretación Prejudicial en los Países Andinos. El Caso Venezolano", en Seminario Internacional: "Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios", 19-20 y 22-23/VIII/96, La Paz-Sucre, Bolivia, Edit: Corte Suprema de Justicia de Bolivia-TJAC, 1997, pgs. 207-223.

**DÁVALOS GARCÍA, GUALBERTO, -Presidente del TJAC-**, "La Misión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", en Seminario Internacional: "Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios", 19-20 y 22-23/VIII/96, La Paz-Sucre, Bolivia, Edit: Corte Suprema de Justicia de Bolivia-TJAC, 1997, pgs. 61-78.

**GONZALEZ, FLORENCIA**, "La Solución de Conflicto en un Sistema de Integración", LL 1993-B, 1026-1038.

**INFORMATIVO ANDINO:**

\*N° 9, Mayo, 1996, Edit: Unidad de Prensa de la Junta del Acuerdo de Cartagena, Lima, Perú.

\*N° 10, Octubre, 1996, Edit: Unidad de Prensa de la Junta del Acuerdo de Cartagena, Lima, Perú.

\*N° 11, Septiembre, 1997, Edit: Unidad de Prensa de la Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, Perú.

**INFORME DE LA JUNTA SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DEL ACUERDO DE CARTAGENA**, en Derecho de la Integración, Vol. VI, N° 13, 1973, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 135/150.

**KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA**: -"El Juez Nacional frente al Derecho Comunitario", ED 148-825/836.

-"Nuevamente sobre el Juez Nacional frente al Derecho Comunitario", LL 11/VII/97 pg. 1-7.

**LAGRANGE, Maurice**, "La Interpretación Unitaria del Derecho de las Comunidades Europeas. Aspectos de la Cuestión Prejudicial", Derecho de la Integración, N° 3, 1968, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 59/80.

**LOUIS, JEAN-VICTOR**, "El Ordenamiento Jurídico Comunitario", 5ta. Edición, Edit: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas, Bélgica, 1995.

**MORALES PAUL, ISIDORO**: -"La Aplicación del Derecho Comunitario por el Juez Nacional", Derecho de la Integración, Vol. VII, N° 15, 1974, Edit: INTAL, Buenos Aires, pgs. 23-30.

-"Reflexiones sobre el derecho comunitario y el derecho interno en el área Andina", Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 124, Año LXVIII, Enero-Junio, 1992, Caracas, Venezuela, pgs. 109-123.

**MÜCH, WALTER**, "Procedimiento para asegurar la vigencia del derecho", Derecho de la Integración, N° 11, octubre, 1972, Edit: INTAL, Buenos Aires, pgs. 131-137.

**ORREGO VICUÑA, FRANCISCO**, -"La Incorporación del Ordenamiento Jurídico Subregional al Derecho Interno. Análisis de la Práctica y Jurisprudencia de Colombia", Derecho de la Integración, N° 11, 1972, Edit: INTAL, Buenos Aires, pgs. 39-59

240 -"Consideraciones acerca de las Instituciones y el Ordenamiento Jurídico Subregional", Revista de Derecho Público, N° 10, 1969, Edit: Universidad de Chile -Escuela de Derecho-, Santiago, Chile, pgs. 35-60.

-"La Creación de un Tribunal de Justicia en el Grupo Andino", Derecho de la Integración, Vol. VII, N° 15, Marzo, 1974, Edit: INTAL, Buenos Aires, pgs. 31-45.

**PETRIC, JORGE R.**, "El Sistema Jurídico-Institucional del Mercosur", Revista del Mercosur, N° 1, Edit: Delta, Paraná, Entre Ríos, 1997, pgs. 57-74.

**SCHEMBRI CARRASQUILLA, RICARDO**, "La Práctica Profesional en el Derecho Comunitario", Revista Jurídica "Externado", Vol. 8, N° 1, diciembre, 1995, Bogotá, Colombia, pgs. 87-95.

**TESAURO, GIUSEPPE**, "Diritto Comunitario", Edit: CEDAM, Pádova, Italia, 1995.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA:

\*Ass. acumulados 28-30/62 "*Da Costa en Shaake*" (27/III/63), en Derecho de la Integración, N° 21, Vol IX, mayo, 1976, Edit: INTAL, Buenos Aires, pg. 200-201.

\*As. 283/81, "*Société C.I.L.F.I.T. c/ Ministre de la Santé*" (6/X/82), Rec. 1982, pg. 3415.

\*As. 103/88 "*Fratelli Costanzo S. p. a. c/ Comune di Milano*" (22/VI/89).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA:

\*"Sentencia Interpretativa de los arts. 58, 63 y 64 de la Decisión. N° 85 de la Comisión" (3/ VII/87).

\*Proceso: "1-IP-89".

\*Proceso: "4-IP-89".

\*Proceso 1-N-92: "*Inadmisibilidad de demanda de Nulidad contra Decisión 343 de la Co-*

*misión*" (28/V/92)

\*Sentencia del 15/VI/92.

\*Proceso: "1-IP-94"

\*Proceso 3-AI-96 "*Acción de Incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena c/ República de Venezuela*" -24/III/97-, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XIII, N° 261, Lima, Perú, 29/IV/97.

**VILLAGRÁN KRAMER, FRANCISCO**, "Sistematización de la Estructura Jurídica del Acuerdo de Cartagena", Derecho de la Integración, Vol. VI, N° 12, 1973, Edit: INTAL, Buenos Aires, pgs. 11-34.

**VELÁZQUEZ BAQUERIZO, ERNESTO**, -Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Guayaquil-, "La Interpretación Prejudicial en los Países Andinos. El Caso Ecuador", en Seminario Internacional: "Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios", 19-20 y 22-23/VIII/96, La Paz-Sucre, Bolivia, Edit: Corte Suprema de Justicia de Bolivia-TJAC, 1997, pgs. 189-199.