

TEMAS SOBRE INTEGRACIÓN Y DERECHO COMUNITARIO

WALTER KAUNE ARTEAGA

Serie Integrar

Volumen N° 1

Segunda Edición

Universidad Andina Simón Bolívar (UASB)

Corrección de Edición

Fernando Irazoque Camacho

Depósito Legal

N° 3-1-2039-12

Diseños e Impresión:

Talleres Gráficos de la UASB

Impreso en Sucre, Bolivia, Diciembre de 2013

Universidad Andina Simón Bolívar

Calle Audiencia 73

Casilla 545

Sucre, Bolivia

PRÓLOGO

La Universidad Andina Simón Bolívar, como órgano del Sistema Andino de Integración (SAI) celebra y apoya la impresión de este trabajo, que coincide con la mirada de otros integracionistas de la región, para profundizar los procesos de integración regional como parte de un sostenido esfuerzo de unidad andina.

Como Rector de la UASB, me es muy grato destacar el aporte del abogado Dr. Walter Kaune Arteaga, en su libro "Temas sobre Integración y Derecho Comunitario", en el que se destaca aspectos referidos al proceso de integración supranacional, como es el de la Comunidad Andina.

El proceso de integración supranacionales desarrollado por el actual docente de nuestra Universidad, desde su formación teórica, enriquecida por la aplicación de las normas de la Comunidad Andina cuando ejercía la Magistratura y Presidencia del Tribunal Andino, en esa dialéctica entre teoría y práctica, tan necesaria en la academia.

El material que sobre integración, objeto de reflexión del autor, se constituye en una invitación para ser profundizada por los profesionales en sus trabajos de investigación de posgrado, hecho que nos honra al iniciar con esta obra la parte de publicaciones "INTEGRA" de la Universidad en su Sede Central.

Dr. José Luís Gutiérrez Sardán
RECTOR «UASB»

A MANERA DE PRESENTACION

El fenómeno de la globalización no obstante sus perspectivas y proyecciones, no ha podido constituir un estadio más en su largo brazo comprensivo y a veces avasallador, sino que se ha detenido – no sabemos si de una manera temporal o de manera permanente o definitiva – pues, conforme a los modelos de integración que se están dando en el mundo de la realidad práctica, el tema de la integración todavía constituye y viene a ser un fenómeno real que se distingue de la globalización por ser aquella un conjunto de procesos ordenados, concatenados y que a decir del autor del presente libro, *“es un proceso multidimensional, aunque inicialmente económico, comprende varias etapas, tendientes a lograr la comunidad y la unión de los países con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida y de sus habitantes”*.

En efecto, los procesos de integración que se vienen ejercitando en el mundo, pasan por una dimensión que va más allá de un simple tratado multilateral, pues él mismo contiene especiales características que hacen que tenga una conformación sui generis pues, concurren en su entorno diferenciador conceptos tales como la soberanía compartida, el reparto de transferencia de competencias, la autonomía del orden jurídico comunitario, la aplicación de la norma jurídica comunitaria, insertada de manera automática y natural a los ordenamientos jurídicos del derecho positivo de los países miembros, sin que haya lugar un especial pronunciamiento, homologación. exequátur, sino que opera por el efecto del tratado integrador. También hace a su característica, el efecto inmediato de la vigencia de la norma comunitaria que pretende la creación de derechos y obligaciones para los habitantes de la comunidad; la primacía sobre cualquier otra norma de aplicación, guardando desde luego, los principios

constitucionales que pudieran darse entre los diferentes países.

El tema de la integración puede ser analizado a través de sus experiencias prácticas en los diferentes procesos que existen en el mundo. Así tenemos, en el orden internacional, la más exitosa, la Unión Europea (UE) devenida del Tratado de Roma con la creación de la Comunidad Económica Europea y, en el entorno latinoamericano que nos interesa la ALADI sucesora de ALALC, la Comunidad Andina anteriormente Pacto Andino, que es el esfuerzo más serio que se lleva adelante numeralmente por cuatro países aunque temporalmente uno autoexcluido, al que el autor le dedica la totalidad de la comprensión del presente libro; el MERCOSUR – Mercado Común del Sur creado por el Tratado de Asunción que viene a constituir una zona de libre comercio de la que Bolivia solamente ha prestado su adhesión sin tener la calidad de miembro pleno, pretende alcanzar la meta de un mercado común.

El Profesor Jurisconsulto y ex Magistrado del Tribunal Andino de Justicia Dr. Walter Kaune Arteaga, sin duda nos ofrece un libro que alcanza contornos de notoriedad introductiva dentro de lo que es considerada la ciencia del Derecho de Integración del cual surge el Derecho Comunitario. Integración de acuerdo con el autor como mencionamos precedentemente, comprende un proceso de muchas dimensiones que surgió inicialmente económico y que comprende varias etapas cuyo objetivo es lograr la comunidad y unión de los países con el fin obtener un mejoramiento persistente en el nivel de vida de sus habitantes. A decir del también ex Magistrado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena Dr. Roberto Salazar Manrique, *el fenómeno comunitario (como él lo considera) debe entenderse como la acción propia basada en el mutuo respeto de las competencias jurídicas de los Estados que deciden conformar una comunidad de naciones.*

El libro que generosamente pone a nuestra consideración, el Dr. Walter Kaune Arteaga, tiene un alcance extensivo, no solamente para estudiantes, abogados jueces y magistrados, sino que también es de interés de aquellas personas que tengan que ver con el proceso de integración, economistas, diplomáticos, negociadores, etc. Contiene dos partes fundamentales y un anexo que abarca las principales normas vigentes de la Comunidad Andina, MERCOSUR que viene a significar una ayuda y complemento importante pues tanto el estudiante como el investigador, cuentan con la normativa integracionista a la mano sin necesidad de recurrir a otros textos.

La Primera Parte, enfoca temas de integración y Derecho Comunitario que ha tratado de condensar el pensamiento del Derecho de Integración moderno con una explicación ágil, sustanciosa e utilitaria de los términos que conforman los derechos arriba indicados. Constituye una lectura necesaria para llegar a un entendimiento y comprensión de lo que viene a significar la Segunda Parte relacionada con los Órganos y competencias del Tribunal Andino, las cuestiones procedimentales que a decir verdad son poco conocidas por estudiantes, abogados y magistrados, ya que, el Tribunal Andino juega un papel preponderante en algunos países de la Comunidad Andina en la resolución de conflictos provenientes precisamente de cuestiones y aspectos de integración como es el de la Comunidad Andina.

Nos ofrece, también el autor una selección de casos de jurisprudencia notables que configuran la actuación práctica de los postulados de la integración en materia procedimental, que sin duda nos servirá de guía para una cabal comprensión del ámbito en el cual dicho Tribunal abarca en sus competencias y facultades. Y como corolario del contenido de la Primera y Segunda Parte, también nos ofrece una bibliografía abundante y enriquecedora a la que -con el auxilio de modernos medios

y métodos de investigación como es el Internet y su contenido en estos temas- es posible tener un libro que el Abogado, Profesor y ex Magistrado del Tribunal Andino de la Comunidad Andina el Dr. Walter Kaune Arteaga nos brinda en esta oportunidad.

Finalmente, se trata en ésta ocasión de dar la bienvenida a esta obra que sintetiza el esfuerzo intelectual de un hombre de características múltiples tanto en su vida de profesor universitario, mi maestro en la asignatura de Derecho Civil Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, en lo particular y autor de varios textos legales, abogado y asesor jurídico de diversas instituciones, tanto en su estudio y práctica privada como de instituciones públicas; ex Magistrado del Tribunal Andino de la Comunidad Andina y Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia del cual también fue su fundador y presidente.

Por ultimo, deseo agradecer la deferencia que me hace el autor por las pocas palabras que envuelven el esfuerzo intelectual realizado en esta obra y que para mi persona en lo particular, representa un verdadero honor expresar en esta breve presentación, no solamente por haber sido su alumno en las aulas universitarias, sino, como su amigo, colega y coterráneo.

La Paz, diciembre de 2010.

Dr. Ramiro Moreno Baldivieso
Presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia

DEDICATORIA

Para mí amada patria Bolivia,
hija predilecta del Libertador Bolívar,
corazón y bisagra
de la integración suramericana.

AGRADECIMIENTO

Al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y a sus ilustres miembros que me brindaron la oportunidad de profundizar y aplicar el Derecho Comunitario, en la solución de las controversias entre los sujetos comunitarios, a la Dra. Alejandra Muñoz, Asistente de la Magistratura en la que desempeñé mis funciones de Magistrado y al Abogado Master en Derecho de los Negocios Internacionales Ariel Agramont Loza, quiénes durante el periodo de mis funciones de Magistrado y al presente me acompañan en las reflexiones y trabajos que culminan con la presente obra.

PRIMERA PARTE

TEMAS SOBRE INTEGRACIÓN Y DERECHO COMUNITARIO

1. Introducción *¿Con que propósito?*

El propósito de este trabajo es lograr una comprensión general del proceso de integración supranacional “CAN” e intergubernamental “MERCOSUR” y su articulación, convergencia, armonización, complementariedad, e integración en apoyo y soporte de la UNASUR, como vocero común y defensa ante la globalización, así como de la Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su proyección para que, conjuntamente con el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, se conforme el Tribunal de Justicia Suramericano, sus competencias y los fundamentos de la preservación del Derecho Supranacional o Comunitario y del Derecho Intergubernamental, así también las razones por las que el legislador comunitario consagró dos vías de protección a las personas naturales o jurídicas para el resguardo de sus derechos que emergen del Derecho Comunitario: (1) una a través de la acción de incumplimiento que se tramita en la fase prejudicial-administrativa ante la Secretaria General de la Comunidad Andina y en la fase jurisdiccional ante el Tribunal Comunitario, y (2) la otra, llamada la acción de responsabilidad patrimonial de los Países Miembros e indemnización del daño, ante los jueces nacionales, **convertidos en jueces comunitarios**. en donde aparece nítidamente la aplicación de los principios del Derecho Comunitario: autonomía, aplicación inmediata, efecto directo, primacía, lealtad comunitaria y otros, que sólo se da en los procesos de integración supranacional, dentro de cuyo contexto se puede fundamentar esas dos vías de protección, por cuya razón, considero de rigor académico y de utilidad práctica, referirnos a los conceptos y fundamentos relacionados con dichos temas.

2. La integración. *¿Que persigue?*

Siguiendo las orientaciones dadas por el tratadista argentino Miguel Ángel Ekmedjian, en su libro *Introducción al Derecho comunitario Latinoamericano*, página 4, Segunda Edición Actualizada, Ediciones Depalma Buenos Aires, la integración históricamente proviene de dos vertientes: la forzosa y la voluntaria. La **primera** que emerge de la confrontación entre naciones y es impuesta por el más fuerte, como por ejemplo el Imperio Babilónico, Persa y Romano en la antigüedad y en la época contemporánea la URSS, que poco han contribuido en el progreso de la humanidad; la **segunda**, la voluntaria, que surge con el cambio de actitud donde la confrontación cede a la concertación, que ya se avizoró en la antigüedad en algunas civilizaciones como la Griega, la Judía y la Árabe, y en la época contemporánea, las Comunidades Europeas, la Comunidad Andina y MERCOSUR, que se constituyen después de la segunda guerra mundial, la primera de las nombradas sobre las cenizas, destrucción, muerte y dolor que dejó este conflicto bélico, cuando los Estados protagonistas de este horror y desgracia para la humanidad, reflexionan sobre el futuro de esta y con el referido cambio de actitud de sus gobernantes y dirigentes, deciden en 1951 crear las Comunidades Europeas del Carbón y del Acero (CECA), con base precisamente en esas materias primas que en el transcurso de la historia europea fue la sempiterna manzana de la discordia. Posteriormente sobre su experiencia se constituyeron las otras comunidades que culminaron con la creación de la Unión Europea.

En América Latina, dentro de la vertiente voluntaria, surge la Comunidad Andina (CAN), como proceso de integración supranacional y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), como integración intergubernamental.

Desde el punto de vista etimológico, el término Integración deriva del latín. *integratio-onis*, que significa acción y efecto de integrar o integrarse, y el término integrar que proviene del latín. *integrare*, que significa constituir un todo, que consiste en formar ciertas partes en un todo o conjunto. Asimismo, *Comunitario* significa perteneciente a la comunidad y ésta

*deriva del latín **comunitas-atris** que es una cualidad común que no siendo privativamente de ninguno pertenece o se extiende a varios, es decir, que lo común no es gestado por ninguno en particular, sino que, siendo de todos los integrantes o pertenecientes a la comunidad se la gesta para todos, como, con base al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 2002, lo señala el distinguido Dr. y Tratadista Oswaldo Salgado Espinoza, ex Presidente y Ex Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, autor del libro EL ABC DEL DERECHO PARA LA INTEGRACIÓN, Primera edición Octubre de 2010, impreso en Cuenca- Ecuador, Impresión Gráficas Hernández, Tomo 1, página 53.*

La Globalización y la Integración.-

En consecuencia la integración persigue formar, con la concurrencia de los Estados Partes, un todo o una sola unidad común, en beneficio de todos que, con relación a la **globalización**, se constituye en un vocero común para hacerle frente a los problemas derivados **de ella** a fin de beneficiarse de sus ventajas y eludir o reducir sus efectos negativos.

El fenómeno de la Globalización, emerge y es consecuencia, entre otras causas, de la nueva era que vive la humanidad, llamada la Revolución del Conocimiento, expresada en el manejo, cada vez más discrecional **y arbitraria** por las potencias hegemónicas, de las nuevas connotaciones que conforman el poder: la fuerza o violencia, la riqueza y el conocimiento; cuyo concepto es corroborado por una similar percepción de la CEPAL (año 2004), que dice: “ *La globalización entendida como un proceso dinámico multidimensional, donde se produce una creciente gravitación entre los procesos financieros, económicos, ambientales, políticos y culturales de alcance mundial en los de carácter regional, nacional y local que origina una tensión entre las diferentes dimensiones con una participación desigual entre los actores*”.

Relacionado con este mismo tema Calogero Pizzolo en su obra Globalización e Integración Ensayo de una Teoría General, en la página 28 dice: “La globalización como proceso en pleno desarrollo genera a su paso consecuencias que repercuten directamente en los distintos ámbitos en que se dan las relaciones sociales...”.

En tal sentido, la globalización se constituye en un desafío que fundamenta aún más la integración, para enfrentar esas tensiones dentro de un marco de mayor equidad e igualdad.

El poder, entendido en su concepción más elemental, es la facultad de mandar y ser obedecido; o según el punto de vista del tratadista Karl Loewenstein, en su obra Teoría de la Constitución, página 26, “...El poder es una relación socio psicológica basada en un recíproco efecto entre los que detentan y ejercen el poder... y aquellos a los que va dirigido...los destinatarios del poder...”.

Sobre este importante tema dicho autor, en la página 23 dice: “Los tres incentivos que dominan la vida del hombre en la sociedad y rigen la totalidad de las relaciones sociales, son: el amor, la fe y el poder; de una manera misteriosa están unidos y entrelazados...”,ello da lugar a lo que, cotidianamente se expresa: el poder de la fe mueve montañas, el poder del amor vence todas las batallas y que también hay amor al poder y fe en el poder, cuyo descontrol ha provocado las más grandes calamidades de la humanidad, lo que, a lo largo de la historia, ha merecido la preocupación constante en sentido de que se le establezcan diversos límites y frenos para su ejercicio y control, toda vez que “ ... allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede...” como también sostiene el mismo autor, página 24 de dicha obra. Entre algunos de tales mecanismos se tiene: La Carta Magna dada por Juan sin Tierra en 1215 y posteriores Constituciones que, en su sentido estricto, contienen la limitación del poder, la división de los Poderes del Estado, propugnado por Montesquieu, el Control Constitucional y otros.

Con relación al tema de la estructura del poder, en honor a la virtud de la síntesis, cuya orientación trataremos de imprimir en este texto, siguiendo las sabias enseñanzas de Alvin Toffler en su obra el “Cambio del Poder”, podemos decir que el PODER desde las cavernas hasta nuestros días, aunque con distintas connotaciones, está constituido, básicamente, de tres elementos: la fuerza o violencia, la riqueza y el conocimiento.

La fuerza o violencia, presente en los tiempos primigenios de las cavernas, se manifiesta por ser arbitraria y patrimonio del más fuerte; se legitima con la aparición de grupos humanos sedentarios a través de consejos de ancianos, jefes de tribu y otros mecanismos que paulatinamente la legitiman, la norman y legalizan a través de distintos medios, como ser la costumbre arcaica, leyes, tratados, códigos, milicias, órganos de administración de justicia y otros, con tendencia a expandirse y universalizarse, la que después de la segunda guerra mundial aparece compartida en un frágil equilibrio bipolar entre bloques del capitalismo y el socialismo, que se desmorona con el avance tecnológico científico, simbolizado en la guerra de las galaxias que en la retoma de Kuwait encuentra su escenario propicio para su aplicación en la batalla Tormenta del Desierto, cuyos efectos contribuyeron, además, en el debilitamiento y caída del Imperio Socialista de la URSS. Al presente está concentrada en súper-potencias, con tendencia a su multipolaridad, y se expresa en el control bélico global.

La riqueza siguió un proceso similar, en cuanto a sus connotaciones; en efecto, en las cavernas, dada la condición de trashumante del ser humano, era muy rudimentaria, elemental y limitada que se reducía a pieles y utensilios indispensables para su supervivencia que podían trasladar de un lugar otro; se acrecienta con el sedentarismo y la consiguiente actividad agrícola que le depara excedentes y el intercambio de bienes por medio del trueque, que facilita la acumulación de la riqueza, se incrementa poderosamente en los sucesivos periodos de evolución hasta que en la última fase de la revolución industrial se la ve caracterizada por la producción masiva y estandarizada, con sistemas de

organización y administración altamente especializados en pos de copamientos de mercados; en la era de la Revolución del Conocimiento, debido al desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC's), la riqueza radica básicamente en la información que, al decir de Edward Hay, en su libro "Justo a Tiempo", conlleva la producción selectiva y justo a tiempo para hacer frente a una competitividad irrefrenable, que al mismo tiempo de permitir satisfacer los requerimientos del mercado según los gustos de la clientela, abarata los precios, eliminándose una serie de pasos que encarecían los costos, donde aparece también, como sostiene Ramón Tamames en su obra Nuevo Orden Mundial, una nueva concepción de la economía, orientada hacia la ecología, que produce la ecologización de la economía, con su producto inmediato el desarrollo sostenible o sustentable, lo que exige la reformulación y modernización de los sistemas de organización y de producción de las empresas y del propio Estado, dando origen a una nueva disciplina, llamada la reingeniería y convirtiendo a la información en basamento de la riqueza de las naciones, sustentada en las TIC's, que sensiblemente también se encuentra controlada por los países que cuentan con tecnologías de punta en esta materia; y finalmente

El conocimiento, que también lo encontramos desde los tiempos primigenios, pasando por las cavernas en donde está presente en esa tenue pero maravillosa lucecita del racionamiento, entendimiento, reflexión e **inteligencia** con la que la gracia de Dios nos distinguió y diferenció de los demás seres vivientes, en constante evolución, asimismo, en el sedentarismo encontró su campo propicio para su desarrollo, debido a la formación de poblaciones cada vez **más** estables que **creó la** necesidad de comunicarse con mayor frecuencia y de esta manera perfeccionar el lenguaje, que es el instrumento más poderoso para el desarrollo de la capacidad intelectual y cognoscitiva, cuyo fruto se vino depositando en sendos receptores, obras y libros, acumulados y ordenados en una infinidad de bibliotecas cuyo inconmensurable volumen de los mismos, debido a la limitación de la vida humana parecía inaccesible, convirtiéndose en una especie de techo a

la expansión del conocimiento. Sin embargo, en esta era que, según mi opinión, se origina con el descubrimiento y aplicación de los ordenadores y computadoras cada vez más inteligentes y las consiguientes disciplinas de la informática, robótica, Internet y las tecnologías de la información y comunicación (TICs), ese techo y sensación de impotencia ha sido superado y de pronto se abre el saber a la conquista del universo, gracias a que esos conocimientos se vienen ordenando y sistematizando constantemente, por disciplinas, en bases de datos, que como dice Peter Drucker, en su obra *la Sociedad Post-Capitalista*, *el conocimiento sirve al propio conocimiento*, **facilitando** a los estudiosos a reformularlo, problematizarlo y redimensionarlo, para obtener nuevos y más profundos y acabados conocimientos, con su producto inmediato el trabajador del conocimiento, si bien abierto y asequible potencialmente a todos pero, al igual que los otros elementos, también en manos de potencias hegemónicas, que profundiza la brecha digital y laboral, todo lo que produce como efecto la globalización en las distintas disciplinas de la actividad humana, que conduce, especialmente a los Países en Desarrollo, hacia la integración, a objeto de encarar con éxito dicho fenómeno, teniendo presente lo que el tratadista Carlos Francisco Molina del Pozo, en la III Conferencia Internacional de Derecho Económico, realizada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador ¹, dijera: *“Que el único antídoto para la globalización es la integración”*.

A todo esto, se debe agregar que en esta era en la que prevalece el trabajador del conocimiento, como sostiene Sthephen R. Covey, en su obra *el “Octavo Hábito– De la efectividad a la grandeza–”* cada uno de los trabajadores del conocimiento hace lo que corresponde a nueve trabajadores, quedando en consecuencia de cada 10 trabajadores 9 desocupados, algo parecido a lo que, en lo que corresponde, aconteció con la revolución industrial en relación a la era inmediatamente anterior, a lo que debe agregarse el avance de la robótica, de donde resulta que la carga acumulada de

¹ Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. III Conferencia Internacional de Derecho Económico. Conferencia dictada por Molina del Pozo, Carlos Francisco el 17 de noviembre de 2003.

desocupados, carentes de fuentes de trabajo sea cada día más grande que obliga a ampliar mercados y a reformular la estructura orgánica de la fuerza laboral, en especial, las instituciones y mecanismos encargados de la formación de los recursos humanos, así como a escoger y priorizar la actividad productiva, a través de los cuales no solo se procure achicar la brecha digital sino también esta otra, de la desocupación laboral, cuyo fenómeno merece ser enfocado con mucha creatividad, seriedad y responsabilidad. (Al respecto se sugiere ver Reforma y Modernización del Estado, y Fundamentos Estratégicos y Geopolíticos que viabilizan el Proyecto El Bala, del autor).

La Integración, concepto e Integración Económica.-

Para nuestro estudio, la integración es un proceso multidimensional, aunque inicialmente económico, que comprende varias etapas, tendientes a lograr la comunidad y la unión de los países, con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de sus habitantes. Entre dichas etapas, relacionadas con la integración económica, se tiene: zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, comunidad económica y unión económica, cuya ejecución facilita la integración jurídica, social, cultural y política de los Estados Comunitarios.

Como dice el Ex Magistrado Guillermo Chahín Lizcano, en su obra **Comercio Exterior**, *“una de las formas más novedosas e interesantes que reviste la política comercial de la actualidad y que sustenta las relaciones económicas y políticas internacionales, es la que se conoce con el nombre, un tanto restringido, de **integración económica**”, que por razones obvias se produce a través de bloques regionales y subregionales.*

El profesor español Ramón Tamames, en su obra **Estructura económica internacional**, citado por el Dr. Guillermo Chahín, señala: *“desde el punto de vista económico la integración es un proceso. A través de él dos o más mercados nacionales previamente separados y de dimensiones unitarias, estimados*

poco adecuadas se unen para formar un solo mercado (mercado común) de una dimensión más idónea.”.

Siguiendo las orientaciones de algunos estudiosos sobre la materia, un proceso de integración comprende varias etapas con diferentes connotaciones, como ser:

I. Zona de Libre Comercio, consiste en un espacio ampliado de libre circulación de bienes y servicios, **más eficiente**, entre dos o más países, con supresión o eliminación de restricciones u obstáculos al comercio de cualquier orden o naturaleza y la prohibición de crear nuevas restricciones, pero manteniendo frente a terceros un sistema común de intercambio.

II. Unión Aduanera, resulta, además de la abolición de aranceles entre los países miembros, agregar a la zona de libre comercio, **como su protección**, un arancel externo común, aplicable por todos los países miembros en sus relaciones comerciales con los demás Estados no miembros, lo que supone la unificación de la política comercial y conlleva, por una parte, la eliminación de toda exacción de efecto equivalente, y por otra, el establecimiento de un arancel aduanero común para el conjunto de la comunidad.

III Mercado Común, que se conforma al agregarse a las anteriores etapas, la libre circulación de factores productivos (mano de obra, capitales, servicios, personas y mercancías), y la consiguiente eliminación de todas las trabas a los intercambios intracomunitarios con vista a la fusión de los mercados nacionales en un mercado único, es decir un espacio sin fronteras interiores. A nivel de la Comunidad Andina la Declaración de Quirama, de 28 de junio de 2003, del Consejo Presidencial Andino, señala: *“... con miras a la conformación del Mercado Común, ratificamos que el mismo es un instrumento eficaz para el aprovechamiento del intercambio intracomunitario y el desarrollo de los Países Miembros, que garantice la libre circulación de los bienes, servicios, capitales y personas dentro de la Comunidad, así*

como para la inserción eficiente y equitativa en el mercado internacional”.

IV. Comunidad Económica, es una etapa superior y más perfeccionada de la anterior, que supone la unificación de las políticas macroeconómicas de los Estados miembros, que conlleva la adopción de políticas comunitarias más complejas en diferentes sectores, que en el proceso de integración Europeo abarca: una política exterior y otra monetaria comunes, la creación de un banco central, políticas comunes de defensa, de ciudadanía y de protección del medio ambiente, y otras, cuyas disposiciones más relevantes se refieren a temas económicos y sociales.

V. La Unión Económica, como señala el Magistrado Chahín, “representa el mayor grado de integración puesto que posee los elementos de las uniones aduaneras pero también algún grado de la coordinación, de armonización, de otros factores de la economía. Generalmente la unión económica supone la existencia de una institucionalidad de carácter supranacional siendo el paradigma de este tipo de organizaciones el conformado por el esquema de los países europeos.”.

Clases de Integración: Supranacional e Intergubernamental.-

La integración comprende dos tipos: la Integración Intergubernamental y la Integración Comunitaria o Supranacional, que tienen distintos principios, caracteres, **estructuras**, connotaciones y sistemas de solución de controversias.

(1) Integración intergubernamental, en la que los Países Miembros no ceden parte del ejercicio de su soberanía, por tanto no transfieren competencias y no crean un orden jurídico nuevo, en consecuencia los órganos que lo conforman no son autónomos y las decisiones que adoptan, normalmente son acordadas por unanimidad o consenso. **Los actos normativos** que dictan no tienen aplicación inmediata ni primacía por lo que, para su **obligatoriedad** y cumplimiento,

se los debe, previamente, incorporar al derecho interno de cada País Miembro, y cuya solución de controversias es normalmente la arbitral. En el área económica abarca las tres primeras etapas antes mencionadas. De este tipo de integración, que es más de carácter económico, emerge el Derecho de integración Intergubernamental.

(2) Integración supranacional, en la que los Países Miembros ceden parte del ejercicio de su soberanía, con lo que se constituye la soberanía compartida o común y la consiguiente asignación de competencias que hacen los Países Miembros al organismo supranacional, del que surge un orden jurídico propio, con órganos autónomos, que se encargan de legislar, administrar sus intereses y dirimir las controversias que surjan en su seno por la vía judicial, y un *ordenamiento jurídico* que proviene de los tratados constitutivos y de las normas que emergen de los órganos legislativos creados con tales competencias, por dichos tratados, cuya jerarquía, aplicación, efectos y supremacía se rigen por principios que le son propios, es decir: por su aplicación inmediata, efecto directo y supremacía, de donde emerge una nueva rama del Derecho llamada Derecho Comunitario o Derecho de Integración Supranacional. En materia económica abarca las 5 etapas señaladas precedentemente.

Sin embargo, no existen sistemas puros, no se oponen entre sí, es decir no son exclusivos y excluyentes, sino más bien combinados o complementarios., así tenemos la Comunidad Andina, donde predomina la Integración Supranacional, lo previsto por los artículos 3, segundo párrafo, y 38 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que disponen: Artículo 3 "...Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno mediante acto expreso, en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigencia en cada País Miembro....Artículo 38: El Tribunal es competente para dirimir, mediante arbitraje, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos o instituciones del Sistema Andino de Integración, o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden. Los particulares

podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina...”, cuyas normas, no obstante que corresponden más al ámbito del sistema de integración intergubernamental, no son incompatibles con las de carácter supranacional que contiene dicho Tratado y, precisamente por ello, según nuestro criterio, como se indicará más adelante, permitirán viabilizar la coordinación, convergencia **y complementariedad** de la integración intergubernamental MERCOSUR con la integración supranacional de la CAN, lo que asegurará también el futuro de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

3. Soberanía compartida, ¿En qué consiste?

Para una mejor comprensión del proceso de integración voluntaria supranacional es necesario referirnos a la flexibilización del concepto de soberanía, que permitió la transferencia de **poderes y competencias**, y la consiguiente coexistencia de éstos, entre el Derecho interno y el Derecho comunitario, considerando que la doctrina tradicional de soberanía que aparece en el Siglo XVI, con Jean Bodin en su obra “Seis libros de la República (1576)”, la Summa de Potestes, poder absoluto y perpetuo de una República no limitado ni en poder ni en responsabilidad ni en tiempo, por su rigidez, no es compatible con el surgimiento de los procesos de integración.

Respecto a la soberanía relacionada con el poder, el referido tratadista Kart Loewenstein en la citada obra, pagina 24, dice: *“...Quizá se pueda decir que la soberanía no es más, y tampoco menos, que la racionalización jurídica del factor poder, constituyendo este el elemento irracional de la política. Según esto, soberano es aquel que está legalmente autorizado, en la sociedad estatal, para ejercer el poder político o aquel que en último término lo ejerce...”*.

Para bien de la humanidad, el concepto absolutista de Jean Bodin se fue atemperando, así Hugo Groccio, en su obra *De Juri Belli ac pacis*, (Del derecho de la guerra y la paz, libro tercero), decía que los monarcas no podían estar por encima del Derecho internacional y que, al contrario, deberían subordinarse a él para evitar las guerras entre reyes cristianos. Siguiendo este proceso, en Estados Unidos en 1812 aparece en forma nítida una limitación al concepto de soberanía cuando Jhon Marshall en un fallo pronunciado por la Corte Suprema de Justicia sobre el caso judicial *The Shcooner Exchange vs. M Faddon*, decía: “(...) *estando compuesto el mundo de distintas soberanías, poseyendo derechos iguales, iguales independencias... las soberanías han consentido una relajación en la práctica, en casos bajo circunstancias especiales, a aquella jurisdicción absoluta y completa dentro de sus respectivos territorios conferidos por la soberanía....*”. Esta cita ha sido recogida de la página 197 de la indicada obra *Globalización e Integración de Calogero Pizzolo* en cuyo pie de página se explica el tema: “(...) *El Shcooner Exchange era un barco privado de propiedad de un ciudadano Norteamericano de nombre M Faddon el cual fue expropiado por Francia y convertido en un barco de guerra. Fue reclamado por su antiguo propietario en ocasión de una visita a puerto norteamericano. El Procurador se opuso a la demanda argumentando que Francia no podía ser traída a las cortes de los Estados Unidos...*”

A nuestro entender, dicho argumento, así como razones de la multiplicación y proliferación de las relaciones comerciales, fundamentarían el principio de la limitación y relajación de las soberanías.

Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial la doctrina elabora un concepto de **soberanía relativa**, así Hans Kelsen , en su obra *Principios de Derecho Internacional Público*, Edición El Ateneo, Buenos Aires 1965, páginas 97 y siguientes, sostiene que la noción tradicional de soberanía, es decir la absoluta, es incompatible con la primacía del derecho internacional.

La evolución conceptual de la soberanía hacia su relativización, se produce en la medida en que el Derecho internacional se afianza y adquiere mayor prestancia, lo que hace posible los procesos de integración con la consiguiente aparición de los organismos supranacionales y el surgimiento del Derecho comunitario.

Al decir del tratadista Pescatore, citado por Guy Isaac en su obra **Manual de Derecho Comunitario General** "... la organización supranacional pone en entredicho, al menos parcialmente, la estructura de la sociedad interestatal, conduce a un 'reajuste de las soberanías' y provoca por tanto el rechazo de la concepción tradicional de la indivisibilidad de la soberanía" (Pescatore, Le droit de l'intégration, citado por Guy Isaac).

Conforme a lo que enseña José Manuel Sobrino Heredia en el libro Integración y Supranacionalidad, Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos, se puede señalar, con relación a los organismos supranacionales, que estos "... no desplazan al estado-nación, que continúa siendo la espina dorsal de la sociedad internacional, pero sí cuestionan el dogma de la soberanía absoluta del estado ... El reparto de competencias entre la organización y sus miembros es un criterio que nos permite distinguir entre las organizaciones internacionales tradicionales a las que los Estados miembros no han cedido el ejercicio alguno de competencias soberanas ... y aquellas otras organizaciones supranacionales ... en las que se produce una transferencia real del ejercicio de competencias soberanas aceptado por sus Estados miembros...".

La evolución conceptual de la soberanía absoluta hacia su relativización posibilita la transferencia del ejercicio de una parte de la soberanía de los Países Miembros a la comunidad y el consiguiente reparto de competencias, con lo que aparece el concepto de soberanía compartida o común, base de la integración supranacional y el surgimiento del Derecho Comunitario, que resulta de la fusión de partes del ejercicio de la soberanía cedidas por los Países Miembros al organismo

supranacional, en virtud de la cual éste asume competencias atributivas y aquéllos en lugar de ver reducidos sus poderes soberanos los incrementan al participar en el ejercicio de competencias sobre toda la comunidad, resultando de mayor amplitud y significación; de donde se explica que los Países Miembros, a través de la integración supranacional, intervengan en la regulación común de determinadas materias que benefician y afectan a los mismos, en condiciones que no lo podrían hacer fuera de la comunidad.

El reparto y transferencia de competencias, la constitución de las comunidades, como organismos supranacionales, responde a la voluntad de los países que se integran y que se traduce en alcanzar objetivos comunes y concretos, tales como un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad, en procura de un persistente mejoramiento del nivel de vida de la población, con un amplio mercado común, no solo para lograr la integración económica sino también la integración social, cultural y política, con la consiguiente unión de las naciones lo que conlleva el reparto, la asignación y transferencia de competencias por parte de los Estados Miembros a la Comunidad. Siguiendo el criterio de clasificación de las competencias adoptado por el tratadista Carlos Francisco Molina del Pozo, en su Manual de Derecho de la Comunidad Europea², tenemos: las que derivan de la naturaleza y su articulación con las competencias nacionales y son: a) las de atribución, b) las implícitas y, c) las complementarias.

Competencias de atribución, como su nombre lo indica, son aquellas que expresa y específicamente son conferidas para determinadas materias en la consecución de los objetivos de la comunidad supranacional y dentro del marco de la soberanía compartida y reparto de competencias, que se hace entre los Países Miembros y el organismo supranacional; por su esencia no son generales sino limitadas a tales objetivos. Dichas competencias son complementadas, dentro de las

² Molina del Pozo, Carlos Francisco. **Manual de Derecho de la Comunidad Europea**, 4ta. Edición, Ed. Dijusa, Madrid-España, 2002.

consideraciones funcionales y teleológicas, con las llamadas competencias implícitas y las complementarias.

Competencias implícitas, son las que responde a los poderes implícitos, que se las obtiene por paralelismo o asimilación de un determinado ámbito o problema con relación a lo que ya se tiene en otro sector.

Competencias complementarias, llamadas también subsidiarias, tienen sus fundamentos en implementar acciones para alcanzar los objetivos comunitarios, cuya amplia libertad, sin embargo, se encuentra circunscrita y limitada, por la condición que no excedan el marco de dichos objetivos.

4. La comunidad ¿Es un nuevo ente dentro del contexto del Derecho? Si

Es un organismo supranacional, ejerce la soberanía compartida y las competencias transferidas; cuenta con un **orden jurídico** propio cuya estructura, si bien sigue los lineamientos tradicionales en lo que respecta a la división de poderes, sin embargo tiene diferentes órganos que se encargan de legislar, administrar sus intereses, y dirimir las controversias que surjan en su seno; tiene un **ordenamiento jurídico** que proviene de los tratados constitutivos y de las normas que emergen de los órganos legislativos creados por dichos tratados, así como de los convenios de complementación industrial, cuya jerarquía, aplicación, efectos y supremacía se rigen por principios que le son propios, de donde emerge una nueva rama del Derecho llamada Derecho Comunitario. Sus competencias no son de carácter general sino son parciales y atributivas y responden a la consecución de los objetivos que pretende alcanzar.

En cuanto a su **naturaleza jurídica**, Guy Isaac en la obra citada, dice: “... *la comunidad es un poder público “común” y como tal independiente, incluso sobre los Estados Miembros, no supone que se hubieran transferido competencias desentendiéndose estos a continuación, sino más bien serán ejercidos en común... este ejercicio en común de*

soberanías... legítima y hace soportable las inevitables limitaciones de soberanía, que para los Estados miembros lleva inherente la puesta en funcionamiento del sistema comunitario.”.

Por su parte el citado Carlos Francisco Molina del Pozo sobre este tema, encuentra cierto parecido con la estructura del Estado Federal, aunque sostiene que no es un Estado toda vez que no cuenta con competencias generales sino simplemente parciales, cuando dice: *“la Comunidad Europea se aproxima más a una estructura de corte federal que a otras estructuras jurídico-políticas... y en lo que se refiere a sus funciones, ninguna organización internacional tiene ni ha ostentado nunca poderes tan amplios en relación a los Estados Miembros... no hay nada que sea tan independiente frente a los nacionalismos de los Gobiernos de los Estados miembros que la propia Comunidad, ... ninguna más que la comunidad establece relaciones jurídicas directas con los particulares sometidos a su autoridad... ninguna otra organización presenta similar característica y es que las normas jurídicas comunitarias están por encima, incluso, de las propias constituciones de los Estados Miembros, aunque concluye que no puede mantenerse que la Comunidad Europea tenga igual naturaleza jurídica que las organizaciones internacionales, así como tampoco puede defenderse exclusivamente su carácter de Estado federal (no es un Estado, pues no posee una competencia universal o general, sólo ostenta parciales).”.*

Para Santiago Muñoz Machado, *“es bastante común la afirmación de que los hombres que concibieron las comunidades (J. Monnet, R. Shuman, P. H. Spaak, K. Adenauer, A. de Gasperi, W. Hallstein) tuvieron presente y se basaron en el modelo del Estado Federal, pero la aplicación del calificativo federal al sistema político europeo se enfrenta todavía hoy con resistencias de todo género...”.*

Miguel Ángel Ekmekdjian en su citada obra, después de dar un concepto sobre lo que se entiende por **naturaleza jurídica**, en sentido de ser el rol de los juristas consistente en rastrear

las instituciones jurídicas existentes para encontrar en ellas alguna similitud con las nuevas realidades, a fin de contar con las normas necesarias para reglar el funcionamiento de esas nuevas situaciones, sostiene que la **Comunidad**, “... es un *instituto sui generis*, aunque inmediatamente se disculpa de la utilización de este término diciendo: que es un comodín que utilizamos los juristas para explicar algo que, en realidad, no podemos explicar, pero que cuando no existen modelos jurídicos anteriores en los que se puedan subsumir las nuevas realidades es inevitable recurrir a esta frase...” y, en consecuencia, apoyado en Guy Isaac, le asigna la siguiente **naturaleza a la Comunidad**: “es una forma de organización de la sociedad política aunque con objetivos limitados (que se van cumpliendo). No es un poder extranjero a los Estados miembros, sino que estos ejercen en común ciertas atribuciones que le son propias...”.

5. Algunos procesos de integración. ¿Es necesario referirnos a estos procesos? Consideramos que sí, porque de ellos, especialmente, de las comunidades europeas, hoy llamadas Unión Europea, los procesos de integración, en particular la Comunidad Andina, han tomado las orientaciones de muchos de sus órganos e instituciones, los que, aunque con distintos nombres, tienen similares funciones. De ahí su necesaria referencia y estudio comparativo.

5.1 Comunidad Europea, ahora Unión Europea

Europa tras haber sido sacudida por catastróficas y costosísimas guerras a lo largo de casi toda su historia, después de la segunda guerra mundial, al detectar algunas de las causas conflictivas y reflexionar sobre el futuro de la humanidad, motivada por construir la paz, la solidaridad y el mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes, cambia radicalmente la forma de encarar los problemas, **reemplazando la confrontación por la concertación** así como la perspectiva de un proceso ambicioso de integración global por uno gradual y, en tal sentido, sobre la base de lo que fuera el sempiterno problema del carbón y el acero, semillero de permanentes conflictos, crea la Comunidad

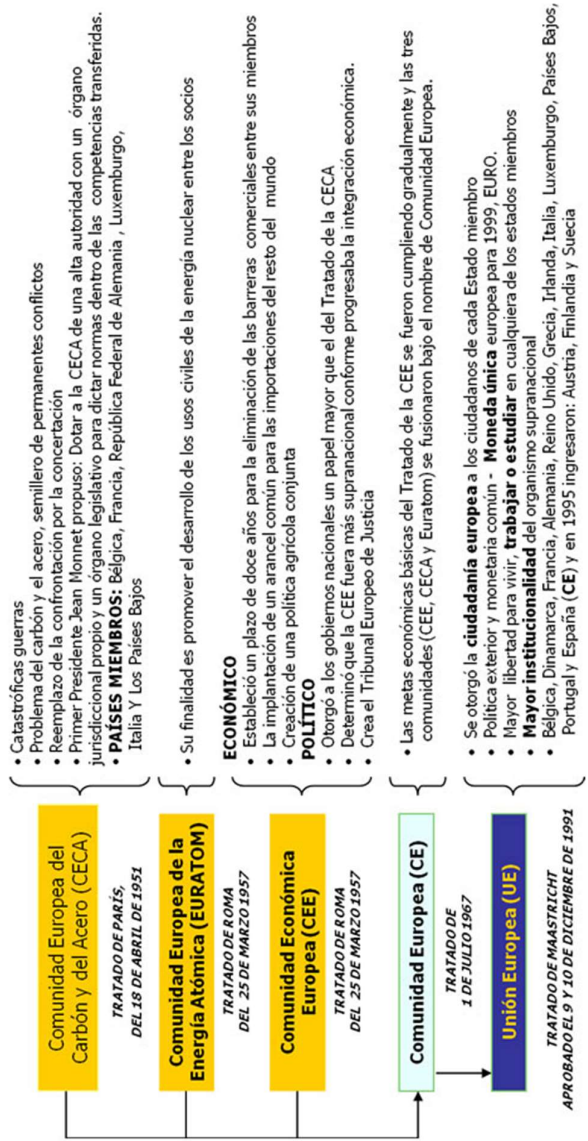
Europea del Carbón y del Acero (CECA), organismo supranacional constituido oficialmente por el Tratado de París, suscrito el 18 de abril de 1951, por los países signatarios Bélgica, Francia, República Federal de Alemania (RFA), Luxemburgo, Italia y los Países Bajos, siendo su primer presidente Jean Monnet, quien bajo la inspiración del Plan Schuman al que contribuyó en su elaboración, propuso que las empresas del carbón y del acero de la República Federal de Alemania y Francia quedarán bajo la jurisdicción de una única alta autoridad que supervisara su desarrollo y con un órgano adicional propio para resolver los conflictos que emergieran de la misma. Asimismo se le dotó también de un órgano legislativo para que dictara las normas necesarias dentro del ámbito de las competencias transferidas a dicha comunidad con lo que se cerró el círculo del nacimiento de este ente supranacional, el que, conforme lo señala el tratadista Oswaldo Salgado, en la citada obra, página 171... por decisión de los Estados Miembros de la Unión Europea, expiró el 23 de julio de 2002, asumiendo los derechos y obligaciones de la misma la Unión, a partir del 24 de julio del mismo año. Con base en las experiencias del funcionamiento de este organismo supranacional en el año 1957 surgen la Comunidad Europea de Energía Atómica, y la Comunidad Económica Europea, las mismas que posteriormente se funden en una sola por el Tratado de Roma de 1967 constitutivo de la Comunidad Europea, (CE) que, con el Tratado de Maastricht de 1991 se convierte en la Unión Europea.

El tratado EURATOM, según el tratadista Salgado, en la obra citada, Pág. 173, pese a las reformas introducidas a los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, "...no se encuentra modificaciones al mismo, lo que podemos apreciar es una normativa que se va desarrollando en base al Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, con el que surgen: protocolos, acuerdos y reglamentos que se han llevado a cabo entre la UE y otros países..., por ejemplo: *el acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica y Estados Unidos en el ámbito de usos pacíficos de la Energía Nuclear...*", que entró en vigencia el 27 de agosto de 1968. Es

de destacar que el proceso de integración supranacional, no fue tarea fácil, pues como todo proceso de vastas dimensiones tuvo que sortear y vencer muchas dificultades.

Al respecto y solo a título de ilustrar alguno de sus episodios nos referiremos a un caso anecdótico que impacto a los europeos en 1952 al producirse la conflagración bélica en Asia, entre las dos Coreas, que les obligó a reflexionar sobre la seguridad continental y en ese propósito, surge la idea de organizar un ejército de la Comunidad, donde se presentan las primeras dudas respecto a su constitución, en sentido de si se incluiría o no a Alemania y a quién se le atribuiría su conducción, que llevó a decir a uno de los presentes que 'él conocía a algunos Estados sin ejército pero ningún ejército sin Estado'; no obstante se organizó esta fuerza con la participación de Alemania, se le asignó su conducción a una alta autoridad comunitaria como se lo hizo con el carbón y el acero, y el proceso de integración sigue adelante.

RESEÑA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (AHORA UNIÓN EUROPEA)



En 1957 los seis miembros de la CECA firmaron el Tratado de Roma, en el que se establecía la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE), pero no fue hasta el 1 de julio de 1967 cuando la CEE, la CECA y la Comunidad Europea de la Energía Atómica EURATOM (constituida a través de una serie de tratados independientes en Roma en 1957) se fusionaron

en un solo organismo, la Comunidad Europea (CE), que en 1991 se convertiría en la Unión Europea (UE).

El Tratado de la Unión Europea, aprobado en Maastricht en 1991, fue suscrito el 7 de febrero de 1992, debiendo entrar en vigencia el 1 de enero de 1993, consta de 55 artículos. Introdujo modificaciones a los tratados fundacionales de París de 1951, de Roma de 1957 y el Acta Única Europea de 1986.

Posteriormente, el Consejo de la Unión Europea, en junio de 2007, con el fin de impulsar dicho Tratado, introdujo reformas con un texto denominado *Tratado de Reforma*, que con sus respectivas modificaciones se denominó Tratado de Lisboa, entró en vigencia el primero de diciembre de 2009. En virtud de las reformas, el Tratado de la Comunidad Europea pasó a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como lo afirma el ilustre tratadista Oswaldo Salgado, en la página 184 y siguientes de su citada obra.

Dicho Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consta de 358 artículos y en su Artículo 1 dispone:

1. El presente Tratado organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, delimitación y condiciones de ejercicio de sus competencias.
2. El presente tratado y el Tratado de la Unión Europea constituyen los tratados sobre los que se fundamenta la Unión. Estos dos Tratados, que tienen el mismo valor jurídico, se designarán con la expresión *los Tratados*.

5.1.1 Marco Institucional

La Comunidad Europea, denominada actualmente Unión Europea (UE), para cumplir sus objetivos, tiene un marco institucional formado por órganos comunitarios propios, independientes y permanentes, con facultades administrativas, legislativas y jurisdiccionales.

La toma de decisiones en la UE se comparte entre los organismos supranacionales y los gobiernos de los estados miembros.

Los principales órganos de la UE son: El Consejo Europeo, la Comisión Europea, el Consejo, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que actúa como órgano jurisdiccional.

También existen Instituciones como el Banco Central Europeo, el Tribunal de Cuentas, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, entre otras.

a) Comisión Europea.- Es el órgano administrativo más importante de la UE, tiene su sede en la ciudad belga de Bruselas, es el brazo ejecutivo que encarna los intereses de la UE frente a los intereses particulares de los Estados miembros, representa el elemento unitario de la comunidad, frente al elemento intergubernamental que es el Consejo. Entre sus funciones se encuentran: elaborar proyectos de normas para presentarlas al Consejo, representar a la UE en las relaciones económicas con otros países u organizaciones internacionales, destinar fondos a programas de la UE y al reparto de ayudas a otros países.

b) Consejo.- Es el principal cuerpo legislativo de la UE, conjuntamente con el Parlamento Europeo, está conformado por los ministros de los gobiernos de los Estados miembros, representa el interés de éstos, y es auxiliado por el Comité de Representantes Permanentes de cada Estado miembro.

c) Consejo Europeo.- Está conformado por los jefes de Estado o de gobierno, por su Presidente y por el Presidente de la Comisión. Se reúne por convocatoria de su Presidente dos veces por semestre. Es el encargado de dar a la Unión el impulso necesario para su desarrollo, definiendo sus orientaciones y prioridades políticas generales. No ejerce funciones legislativas.

d) Parlamento Europeo.- Ejerce conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Es el único órgano de la UE cuyos miembros son elegidos directamente por los ciudadanos de los estados miembros,

celebra sus sesiones plenarias en la sede de **este òrgano** que se encuentra en la ciudad francesa de Estrasburgo. Sus competencias inicialmente de carácter consultivo fueron ampliadas tras la entrada en vigencia del Tratado de la Unión Europea, participa en materia legislativa, de relaciones exteriores y en el poder presupuestario. Los distintos comités del Parlamento Europeo revisan la legislación propuesta por la Comisión Europea, proponiendo enmiendas a los actos normativos antes de presentarlos al Consejo de Ministros. Tiene facultades de veto en algunos casos, e interviene en la preparación del presupuesto de la UE.

e) Tribunal de Justicia de la Unión Europea.- Comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales Especializados. Los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sientan precedentes legales y se convierten en parte de la jurisprudencia de cada Estado miembro, destacando que, a través de ella, se han elaborado los principios del Derecho comunitario, que como fuentes de éste, sirven además para llenar lagunas jurídicas, destacándose entre otros la aplicabilidad inmediata, el efecto directo, la supremacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno de los Estados y otros, teniendo un papel preponderante y fundamental en la **institucionalidad de la** integración y consolidación del Derecho Comunitario.

Además de los indicados principios se tiene los de atribución, que delimitan las competencias asignadas al organismo supranacional, y las de subsidiaridad y proporcionalidad, que regulan el ejercicio de tales competencias. En efecto, la competencia subsidiaria se la ejerce cuando se trata de competencias no exclusivas, donde la Unión intervendrá sólo en el caso de que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros, pudiéndoselos alcanzar mejor por la acción de la Unión; y la de proporcionalidad que se traduce en que el contenido y la forma de acción de la Unión no debe exceder lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Estos principios se encuentran contemplados en el Art. 5 del Tratado de la Unión Europea.

Inicialmente los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas habían previsto un Tribunal de Justicia para cada una de ellas, es decir para la CECA, la CEEA y la CEE; es a partir de la firma del Convenio relativo a ciertas instituciones comunes anexo al Tratado de Roma, que los tres indicados órganos jurisdiccionales quedan unificados, existiendo desde entonces un único Tribunal de Justicia. Está compuesto por un juez por cada Estado Miembro y está asistido por abogados generales.

El Tribunal de justicia de la Unión es el encargado de garantizar el respeto del Derecho Comunitario en su interpretación y aplicación y como sostiene Guy Isaac en la obra citada, *“...el Tribunal como cabeza de un verdadero Poder Judicial, no solo tiene competencia para resolver los conflictos entre los Estados miembros y los particulares, sino también entre los Estados, los particulares y los órganos de gobierno de la comunidad. Tiene asimismo el control jurisdiccional sobre todos los actos en las materias de la competencia de la comunidad. Sus sentencias son de cumplimiento obligatorio y de aplicación inmediata sin necesidad de exequátur.”*.

Con relación a sus competencias jurisdiccionales, estas son: conocer y resolver los recursos de Incumplimiento, de Anulación, por Omisión, de Indemnización, de Casación, y de Cuestiones Prejudiciales

6. ALALC

En América, retomando la inspiración del Libertador y a la luz de la experiencia lograda sobre la materia en Europa, se firmó en 1960 el Tratado de Montevideo que constituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), integrada inicialmente por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay; y posteriormente por Colombia y Ecuador (1961), Venezuela (1966) y Bolivia (1967), cuyo objetivo fundacional era crear una zona de libre comercio entre los signatarios para, sucesivamente, proceder a la eliminación de los aranceles y establecer un mercado común en Latinoamérica; sin embargo dichas pretensiones no

coincidieron con las políticas y realidades de los Estados miembros que tenían diferentes niveles de desarrollo entre sí, y en este sentido Félix Peña, citado por Miguel Ángel Ekmekdjian, señala que el fracaso de la ALALC se debió a la falta de un mecanismo real y eficiente de concertación de los intereses nacionales en juego, toda vez que el convencimiento de los países miembros de que el proceso de integración es satisfactorio a su interés nacional (aunque afecte algunos de sus intereses sectoriales) es un requisito fundamental para la consolidación de éste proceso. Los principales **òrganos** rectores de la ALALC eran la Conferencia, el Comité Ejecutivo Permanente y, desde 1966, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores. La crisis económica de 1973³ y el nacimiento de iniciativas subregionales, como el Grupo Andino (actual Comunidad Andina), determinaron la sustitución de la ALALC por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) en 1980.

7. ALADI

La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) es una organización de integración voluntaria **regional** que tiene como objetivo fomentar el desarrollo económico armonioso y equilibrado de la región, promoviendo y regulando el comercio entre los Países Miembros y su complementariedad, que conduzca en forma gradual y progresiva al establecimiento de un mercado común latinoamericano, sin que medie un plazo fijo. Fue creado por el Tratado de Montevideo de 1980, ante el fracaso de la ALALC, que no pudo cumplir con sus ambiciosos objetivos, por la carencia de mecanismos apropiados, que motivo su reformulación. El sustitutivo e innovador sistema de integración ALADI, con el fin de ayudar a los **Países** miembros con menos recursos, introdujo un programa de Preferencia

³1973 - La OPEP eleva el precio del petróleo.- En octubre de 1973 los miembros de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) redujeron la producción de crudo en respuesta a victoria israelí en la guerra del Yom Kipur. Los precios internacionales del petróleo se cuadruplicaron, lo que dio lugar a un proceso inflacionario que devino en una crisis económica mundial. Surgió, además, un sentimiento de preocupación acerca de la vulnerabilidad y el carácter fungible de los recursos energéticos utilizados.

Arancelaria Regional (PAR), organizado según el grado de desarrollo económico de cada país, clasificados en: **países de menor desarrollo económico relativo (PMDER)** (Bolivia, Ecuador y Paraguay), **desarrollo económico intermedio** (Colombia, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela), y **mayor desarrollo económico** (Argentina, Brasil y México).

Su organización está conformada por la siguiente estructura: Consejo de Ministros, Conferencia de Evaluación y Convergencia, y Comité de Representantes, como órganos políticos, y la Secretaría General como órgano técnico administrativo.



Fuente:
ALADI,
enero
2011www.aladi.org

El máximo órgano político de la ALADI es el **Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores**, responsable de adoptar las decisiones políticas del proceso de integración, se reúne a convocatoria del **Comité de Representantes** que viene a ser el órgano político permanente, encargado de asegurar la correcta aplicación de la política y normativas aprobadas.

La **Conferencia de Evaluación y Convergencia** tiene por función potenciar las negociaciones entre los países signatarios y evaluar el proceso de integración.

La **Secretaría General**, como entidad técnica, es responsable de elaborar propuestas, desarrollar labores de investigación y evaluar actividades.

La sede de la organización se encuentra en Montevideo - Uruguay y está conformado por doce miembros que son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Participan también como países observadores Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, Nicaragua, Panamá, Portugal, España, Rusia, Suiza, Rumania y China.

El citado profesor Miguel Ángel Ekmekdjian, señala que la ALADI otorga a los países miembros la posibilidad de: (1) negociar acuerdos con un enfoque selectivo, mediante la celebración de acuerdos de alcance parcial (bilaterales o multilaterales), en la que no intervienen la totalidad de los países miembros... como una forma de ir logrando, por etapas, la integración del subcontinente; (2) establecer vínculos o acuerdos multilaterales con organizaciones de integración y países latinoamericanos no miembros, y con grupos económicos y países subdesarrollados que no pertenezcan a la región.

Siguiendo los criterios de Leonardo Barriga López, en su obra **Compendio Integración y Mercados Económico**, Editorial Pedro Jorge Vera, Quito – Ecuador. 2001, la situación actual que atraviesa la organización, se debe a que en su seno, la integración multilateral no avanza y la integración comercial se sustenta en la suscripción de acuerdos parciales, éste hecho hace que ALADI prácticamente se concrete a patrocinar la conformación de nuevos entes subregionales como MERCOSUR, el Grupo de los Tres (G-3)⁴, impulsando una nueva dinámica para el Grupo Andino, y otras acciones bilaterales. Al respecto la CEPAL (Comisión Económica para

⁴ Grupo de los Tres, bloque económico regional compuesto por Colombia, México y Venezuela, cuyo objetivo es la creación de una zona de libre comercio entre los estados miembros.

América Latina y el Caribe), señala que la ALADI continúa como **marco institucional y legal de los procesos de integración** y de los numerosos acuerdos bilaterales suscritos entre sus países miembros; y trata de redefinir su papel a través de una nueva interpretación de su carta constitutiva, y así resolver los problemas referidos a situaciones conflictivas por la proliferación y superposición de acuerdos bilaterales y en los casos de perforación de aranceles comunes de los esquemas subregionales.

Como marco institucional, en su normativa, contenida en sus 68 artículos, se encuentran los objetivos de promover el desarrollo económico-social armónico y equilibrado de la región para lograr a largo plazo, en forma gradual y progresiva, un mercado común latinoamericano; entre sus funciones básicas se prevé la promoción y regulación del comercio recíproco, la complementación y la cooperación económica, y entre los Principios se tiene: el pluralismo, la convergencia y la consiguiente multilateralización progresiva de los acuerdos, la flexibilidad, el tratamiento diferenciado y formas múltiples de concertación, conforme lo establecen los artículo 1, 2 y 3 , del indicado Tratado.

Para lograr dichos objetivos se disponen de los mecanismos de un área de preferencias económicas, compuesta por: preferencia arancelaria regional, por acuerdos de alcance regional y acuerdos de alcance parcial, pudiendo ser estos últimos de carácter comercial, de complementación económica, agropecuarios, de promoción del comercio o adoptar otras modalidades, pero deberán estar abiertos a la adhesión de los otros países miembros, contener cláusulas de convergencia, tratamiento diferenciados en función de las tres categorías de países reconocidos en el Tratado y en especial a los de menor desarrollo económico relativo y otras regulaciones que, precisamente, por ello se justifica su calificación de **marco institucional y legal de los procesos de integración**.

Acerca de las deficiencias de la ALADI, asimismo Ekmekdjian dice: “...metas muy ambiciosas del Tratado constitutivo, falta

de aplicabilidad inmediata y directa de sus normas derivadas, así como la ausencia de un Tribunal de Justicia, que funcione con jurisdicción e imperium obligatorios, no sólo sobre los Estados signatarios, sino también sobre los habitantes de éstos, a fin de lograr, el desarrollo autónomo de un derecho comunitario latinoamericano...”

8. Comunidad Andina.-

Tiene su génesis espiritual en las inquietudes, aspiraciones y visionarias ideas legadas por el Libertador Simón Bolívar, testimoniadas en varios documentos, entre ellos la carta de Jamaica del 6 de septiembre de 1815, donde proclama su determinación de “Unir a los Pueblos Hispanoamericanos en una sola Nación, con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo”;



se objetiva en la Declaración de Bogotá de 1966 y se materializa el 26 de mayo de 1969, con el **Acuerdo de Cartagena (Ver anexo 1)**. Es un organismo subregional de carácter supranacional, surge dentro del nuevo concepto de la soberanía compartida, cuenta con un **orden jurídico** y un **ordenamiento jurídico comunitario** propio, cuyos caracteres serán desarrollados más adelante.

Como sostiene la Ex Magistrada Doctora Olga Inés Navarrete Barrero: *“La Comunidad Andina es una Comunidad de Derecho, dado que sus órganos e instituciones, así como los Países Miembros están sometidos al control de sus actos y de sus omisiones, de manera concentrada en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”*.⁵ Sin embargo, debe

⁵ Navarrete Barrero, Olga Inés. En el Curso de Especialización Superior en Integración Andina, llevado a cabo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, el 17 de julio de 2007, patrocinado por el Parlamento Andino.

entenderse que este control es solo dentro del ámbito comunitario.

La Comunidad Andina conocida con el nombre de Grupo Andino hasta agosto de 1997, con la entrada en vigencia del Protocolo de Trujillo, cambió su denominación por el de **Comunidad Andina**. Su finalidad, además de facilitar el desarrollo de los Estados Miembros a través de la cooperación económica y social, es procurar la integración de los mismos, teniendo presente que la cooperación es más propia entre países u organismos internacionales entre los que no se hace cesión de competencias, mientras que la comunidad genera una organización supranacional, en donde aparece nítidamente una nueva entidad con personalidad jurídica propia y con los órganos que ejercen la soberanía compartida en virtud de las competencias que le han sido transferidas.

Este organismo supranacional tuvo varias denominaciones: Pacto Andino, Grupo Andino, Comunidad Andina de Naciones y actualmente Comunidad Andina.

Los objetivos y fines del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), se encuentran establecidos en el preámbulo de su texto de creación y en su artículo 1 del Acuerdo ⁶, que en líneas generales se resume en cumplir con el mandato histórico, económico, político, social y cultural de sus Países Miembros, con el objetivo de fortalecer la unión de los pueblos y sentar las bases para avanzar hacia la formación

⁶ Acuerdo de Cartagena. Texto oficial codificado. Comunidad Andina. Secretaría General.

Artículo 1. "(...) *promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión*".

de una comunidad subregional andina, para promover su desarrollo equilibrado y armónico en procura de mejorar en forma persistente el nivel de vida de los habitantes de la Subregión, facilitando la integración regional con la *formación gradual de un mercado común latinoamericano*, con la finalidad de disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países miembros en el contexto internacional.

La Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina que Codifica el Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), en sus 139 artículos, XX Capítulos, con 5 Disposiciones Transitorias y 2 Anexos, establece la estructura normativa, orgánica y funcional de la Comunidad Andina, al regular en los respectivos Capítulos, los temas, instrumentos y mecanismos siguientes: I Objetivos y Mecanismos, Artículos 1 al 4; II De la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración, artículos 5 al 49; III Relaciones Externas, artículos 50 al 52; IV Armonización de las Políticas Económicas y Coordinación de los Planes de Desarrollo, artículos 53 al 59; V Programas de Desarrollo Industrial, artículos 60 al 71; VI Programa de Liberación, artículos 72 al 78; VII Comercio Intrasubregional de Servicios, artículos 79 al 80; VIII Arancel Externo Común, artículos 81 al 86; IX Programas de Desarrollo Agropecuario, artículos 87 al 92; X Competencia Comercial, artículos 93 al 94; XI Cláusulas de Salvaguardia, artículos 95 al 99; XII Origen. Artículos 100 al 103; XIII Integración Física, artículos 104 al 106; XIV Asuntos Financieros, artículos 107 al 108; XV Régimen Especial para Bolivia y el Ecuador, artículos 109 al 120; XVI Cooperación Económica y Social, artículos 121 al 132; XVII Adhesión, Vigencia y Denuncia, artículos 133 al 135; XVIII Miembros Asociados, artículos 136 al 137; XIX Disposiciones Finales, artículos 138 al 139; XX Disposiciones Transitorias, con cinco artículos y dos Anexos.

Esta estructura normativa, orgánica y funcional, cubre las 5 etapas del Proceso de Integración Económica de la Comunidad Andina, ya mencionadas: Zona de Libre Comercio; Unión Aduanera; Mercado Común; Comunidad Económica; y

Unión Económica, así como institucionaliza el proceso de Integración Supranacional.

Ha sido implementada y desarrollada por sendas Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, así como por Resoluciones de la Secretaría General de la CAN. Asimismo se encuentra complementado por el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que en su Capítulo I artículos 1 al 4 prevé y desarrolla el Ordenamiento Jurídico Comunitario.

En efecto, dentro de la estructura y desarrollo de las etapas del proceso de integración económica, entre otras disposiciones, se tienen:

1. Zona de Libre Comercio.-

Que persigue construir un espacio ampliado de libre circulación de bienes y servicios, **más eficiente** entre los Países Miembros de la CAN, con supresión o eliminación de restricciones u obstáculos al comercio de cualquier orden o naturaleza y la prohibición de crear nuevas restricciones, pero manteniendo frente a terceros un sistema común de intercambio, se encuentra normada, además de lo dispuesto por el Art. 3 literales d), h) del Acuerdo de Cartagena, que se refieren al Programa de Liberación de Intercambio Comercial y al Programa de Liberación del Comercio Intrasubregional de los Servicios, respectivamente, por un tratamiento amplio y específico en los referidos Capítulos VI y VII del mismo, de cuyos artículos 72 y siguiente, se extraen los conceptos y alcances de dicha etapa y de sus mecanismos, en sentido de que:

El programa de liberación de bienes que es automático, tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro, aunque no quedan incluido, en este concepto las tasas y recargos

provenientes de los servicios prestados. Asimismo no quedan comprendidos en dicho concepto general lo relacionado con: la protección a la moralidad pública, aplicación de leyes y reglamentos de seguridad, la regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra, la protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales, la importación y exportación de oro y plata metálicos, la protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico y exportación, utilización o consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de energía nuclear, lo que comprende un amplio campo de excepciones al programa de liberación que, en todo caso es regulado por normativa especial.

Respecto a esta importante etapa del proceso de integración económica que entró en vigencia plena a partir de 1993, la especial preocupación de los Presidentes Andinos, se expresa en la Decisión 324 de la Comisión Andina que en su parte considerativa, sexto considerando, dice:

“...Que asimismo, en el acta de Barahona, se acordó culminar el proceso de formación de la zona de Libre Comercio...” y en el artículo 7 de dicha Decisión, se dispone que el proceso de formación de la Zona de Libre Comercio para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela culminará, completando el programa de liberación para todos los productos del universo arancelario, en el año 1992, conforme con los plazos establecidos en dicho artículo; hace énfasis en que los Países miembros eliminarán, a más tardar hasta el 30 de septiembre de 1992, cualquier gravamen o recargo de efecto equivalente para las importaciones provenientes del Grupo Andino, los subsidios cambiarios, financieros y fiscales a las exportaciones intrasubregionales y se aprobará un programa de armonización de incentivos a las exportaciones intrasubregionales.

Como se desprende de la amplia jurisprudencia sentada por el Tribunal Andino, de la que algunas referencias

jurisprudenciales hemos extraído del trabajo sobre CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD, elaborado por el Magistrado Guillermo Chahin Lizcano, que se encuentra en el libro TESTIMONIO COMUNITARIO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, páginas 223 a 488, que han enriquecido y fundamentado los temas de esta parte del libro, tenemos:

La que hace referencia a la proyección de la Comunidad Andina que dice: "(...) Hoy cuando el área subregional andino debe estar llamado a lograr un espacio importante en la formación de otros bloques de comercio, con el propósito de avanzar hacia un mercado común, resulta aún más relevante la búsqueda de tales propósitos mediante la creación de un espacio económico integrado que progresivamente permita el desenvolvimiento interno de intercambio en condiciones análogas a las de un mercado nacional... El programa de liberación es considerado como uno de los instrumentos fundamentales para alcanzar los objetivos del Acuerdo...". Sentencia en el Proceso 03-AI-96., dictada el 24 de marzo de 1997, así como de la información extraída del Portal de la Secretaría General de la CAN, (www.comunidadandina.org) "*...se busca perfeccionar la normativa que rige dicho mercado ampliado e impulsar acciones que contribuyan a la transparencia y facilitar el libre flujo de mercaderías, manteniendo actualizada la Nómina de Bienes No Producidos (NBNP) y estableciendo los precios de referencia de los productos que conforman el Sistema Andino de Franjas de Precios (SAFP), a lo que se agrega las acciones de implementación y puesta en marcha del sistema informático del Arancel Integrado Andino (ARIAN), como también la asistencia técnica a los Países Miembros en sus sistemas de información de comercio, encargándose a la Secretaría General de la CAN, velar por el cumplimiento del Programa de Liberación...*".

Gravamen o Restricción.-

En resguardo de dicho programa de liberación el artículo 74 del indicado Acuerdo de Cartagena, faculta a la Secretaría General de la CAN, de oficio o a petición de parte, determinar mediante resolución, que asume la categoría de Norma Comunitaria, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye gravamen o restricción, cuya facultad se constituye en un valioso instrumento de preservación y cumplimiento de la zona de Libre Comercio y, en su caso, facilita la acción de incumplimiento.

*Respecto a la restricción y a la calidad de norma comunitaria que se le da, en tales casos, a la Resolución de la Secretaría General de la CAN, en el proceso 136 AI 2004 se sostiene:“(...) la Resolución 802 de la Secretaría General determinó que “la exigencia por parte de la República del (...) de una ‘autorización previa’ o ‘licencia de importación’, adicional a los procedimientos de control permitidos por el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, para la lista de los productos identificados en la Resolución (...) constituye una restricción al comercio”. (...) La Secretaría General fundamentó el petitorio de su demanda en esta declaratoria de restricción, y en la circunstancia de que el Gobierno (...) no hubiese procedido “a levantar tales restricciones dentro del plazo concedido”. (...) de conformidad con el artículo 4 eiusdem,... (Se refiere al artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino)... los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad, y es el caso que, a tenor del artículo 1 del Tratado de Creación en referencia, las Resoluciones válidamente adoptadas por la Secretaría General forman parte del citado ordenamiento jurídico (...)”.*⁷

Trato Nacional y Nación más Favorecida.-

Asimismo, el artículo 75 del Acuerdo norma este mecanismo de protección del Programa de Liberación y consecuentemente de la Zona de Libre Comercio, al disponer

⁷ Proceso 136-AI-2004, ya citado.

que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un país miembro gozaran en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a los productos similares nacionales.

Dicha regla es reforzada por los principios de no discriminación y de nación más favorecida, en sentido y conforme a las previsiones del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), cualquier preferencia que otorgue un Estado contratante a un tercer país, es automáticamente extendida a las otras partes que firmaron el tratado con dicha cláusula, aunque en el artículo XXIV hace excepción, al disponer que tal extensión no es aplicable a los procesos de integración económica, en consecuencia en la Comunidad Andina dicha cláusula favorece solo a los Países Miembros y no así a terceros. La violación de dichos principios constituye también causal de acción de incumplimiento, que se desarrolla en la segunda parte de éste libro.

La jurisprudencia uniforme y constante sentada respecto al trato nacional por el Tribunal Andino, dice:

“...Esta norma primaria, es clara al establecer que(...) los productos originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional y no discriminatorio, no solo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes, sino en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior según el lenguaje de la OMC y del G-3 (...) (Sentencia emitida en el Proceso 3-AI-97, publicada en la G.O.A.C. N° 422 de 30 de marzo de 1999).

(...)Asimismo con relación a la discriminación, sostiene: “... la noción de discriminación implica tanto el manejo diferente de situaciones similares como el manejo idéntico de situaciones

diferentes...”. (Proceso 4-AI-96 citado en la Sentencia emitida dentro del proceso 3-AI-97 ya citado. ⁸

Sobre la Nación Más Favorecida, igualmente la jurisprudencia es uniforme y reiterativa, tal el caso de la sentencia del Tribunal Andino de 30 de julio de 2003, en el Proceso 16-AN-02, que dice. “(...)

“El tratamiento de Nación Más Favorecida consiste de manera elemental en que cualquier concesión arancelaria, ventaja, beneficio o favor dados por un país a otro, debe ser automáticamente aplicado a todos lo demás que puedan invocarlo por tenerlo vigente en sus relaciones comerciales bilaterales o multilaterales con el país otorgante de ellos...”

Comercio de Servicios.-

Con relación al comercio intrasubregional de servicios, el Capítulo VII, artículo 79, complementado por el artículo 80 del Acuerdo, faculta a la Comisión Andina a propuesta de la Secretaria General, aprobar un marco general de principios y normas para lograr la liberación del comercio intrasubregional de los servicios, lo que así precisamente se lo hizo a través de la Decisión 439 de 11 de junio de 1998, referida al Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, implementada por otras Decisiones, entre ellas:

Decisión 659 Sobre Sectores de servicios objeto de profundización de la liberalización o de armonización normativa, que regula el libre comercio de servicios, salvo en los sectores de servicios Financieros y Porcentajes Mínimos de Programación de Producción Nacional en Señal Abierta, los cuales se encuentran pendientes de una normativa sectorial y la Decisión 772 que amplía el plazo, para tal efecto, hasta el 31 de diciembre de 2014.

⁸ Proceso 52-AI-2002, de 27 de agosto de 2003, publicado en la G.O.A.C. Nº. 990, de 1 de octubre de 2003, caso: Violación al principio de Trato Nacional. Secretaría General c/ República Bolivariana de Venezuela)

Decisión

634,

<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC634.doc> faculta a Bolivia a solicitar a la Comisión, para aquellos sectores en los que lo requiera, un trato preferencial para el cumplimiento de las obligaciones contempladas en la referida Decisión 439 y extendió, hasta el 31 de diciembre de 2014, la suspensión de la liberalización del comercio de servicios para Bolivia, así como se amplió hasta el 30 de junio de 2014 el plazo para que Bolivia presente a la Comisión para su consideración los proyectos de Decisión de los sectores que podrán ser objeto de trato preferencial que regirá para el comercio de servicios entre Bolivia y los demás Países Miembros.

En consecuencia, el marco normativo de esta materia se encuentra conformado entre otras por las siguientes Decisiones:

Decisión 439 Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina; Decisión 510 Adopción del Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios; Decisión 659 Sectores de servicios objeto de profundización de la liberalización o de armonización; listado de medidas que podrán ser mantenidas por los Países Miembros al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 de la indicada Decisión 659.

Sobre este importante tema, el Tribunal Andino en el Proceso 46- AI- 99. Sentencia del 5 de julio de 2000, referido a la Liberación de los Servicios de Transporte de Mercancías por el Territorio Comunitario, recogida, del indicado trabajo sobre CRITERIOS JURISPRUDENCIALES en las páginas 388- 389, con orientaciones y reflexiones que sirven tanto para esta etapa de la Zona de Libre Comercio, como también, en lo que corresponde, para el Mercado Común, con mucha certeza y pertinencia dice:

“La supresión de los aranceles en el comercio intracomunitario no es suficiente para alcanzar un mercado

único...Conjuntamente con la liberación de los factores productivos, la conformación de un mercado común requiere una política exterior única, así como políticas comerciales, sociales, de desarrollo fronterizo y de integración física que permita la cohesión gradual de los mercados...Aparte de la progresiva liberalización de servicios que ha efectuado en materia de transporte, telecomunicaciones y turismo, el ordenamiento jurídico comunitario cuenta en la actualidad con un "Marco general de Principios y Normas para la liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina"...

El Acuerdo Constitutivo de la Comunidad Andina en su artículo 116 establece que los Países Miembros desarrollaran una acción conjunta para lograr el mejor aprovechamiento del espacio físico, fortalecer la infraestructura y los servicios necesarios para el avance del proceso de integración económica de la Subregión...

El 17 de enero de 1997 la Comisión de la Comunidad Andina expidió la Decisión 399 (sustitutiva de la Decisión 257) sobre Transporte Internacional de Mercancías por carretera, con la consideración de que este servicio constituye uno de los instrumentos de ayuda eficaz para la consolidación del espacio económico subregional a través del apoyo determinante que brinda al intercambio comercial..."

2. Unión Aduanera y Arancel Externo Común.-

Con relación a este etapa, cuyo elemento esencial es el Arancel Externo Común, que se agrega a la zona de libre comercio, aplicable por todos los Países Miembros en sus relaciones comerciales con los demás Estados no miembros, en cumplimiento de lo previsto por los artículos 81 y siguientes del Capítulo VIII, del citado Acuerdo, a través de la Decisión 324, se aprobó la estructura del Arancel Externo Común, con base a cuatro niveles arancelarios: 5%, 10%, 15% y 20%, que se aplicará a partir del 31 de octubre de 1992, con un periodo de transición hasta el 31 de diciembre de 1993, autorizando a

Bolivia a mantener niveles de 5% a 10 %, susceptible de ser modificado conforme lo prevé el artículo 84 del Acuerdo de Cartagena. Dicha decisión ha sido complementada por la Decisión 370 de 26 de noviembre de 1994. Es de hacer notar que el trato de porcentaje menor del 5% a 10% que se concede a Bolivia, entre otras razones, se debería a que su posición geográfica en el corazón de Suramérica y el consiguiente costo de transporte, de por sí constituye una especie de barrera o arancel externo protectorio de su mercado interno.

Asimismo se cuenta con el Arancel Integrado Andino (ARIAN) aprobado por medio de la Decisión 657, *que según el referido Portal web de la Comunidad Andina permite recoger, validar e incorporar a una base de datos toda la información y normativa que generan los órganos de Decisión de la Comunidad Andina, mediante las aperturas, en los casos en que sea necesario, de las Subdivisiones de la Nomenclatura Común Andina (NANDINA), para designar las mercancías que sean objeto de reglamentaciones específicas.*

El Tribunal Andino, en la sentencia de 21 de julio de 1999, dentro del Proceso 07-AI-98, sobre este importante mecanismo, dice:

(...) “ de conformidad con la definición que sobre este vocablo ha dado la Cámara de Comercio Internacional... la expresión Arancel Externo Común dice relación con los instrumentos tributarios fundamentales para la constitución de una unión aduanera, consisten en el establecimiento de gravámenes comunes que todos los Países Miembros de la Unión aplican a los productos procedentes de terceros países” (CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL DE PARÍS “TERMINOS USUALES DEL COMERCIO INTERNACIONAL INCOTERMS, Publicado por EDITECA Quito-Ecuador 1985. pág. 14)

Normas especiales para la calificación de origen.-

Como un otro mecanismo que protege la Zona de libre Comercio, permitiendo la libre circulación de bienes originales

de la subregión sin pago de aranceles y viabiliza la aplicación del Arancel Externo Común, en aplicación de lo dispuesto por el Capítulo XII, Artículos 100 al 103 del Acuerdo de Cartagena, se cuenta con la Decisión 416 de 30 de julio de 1997, que adopta normas especiales para la calificación y certificación del origen del universo de las mercaderías comprendidas en la NANDINA y la Decisión 417 que se refiere a los criterios y procedimientos para la fijación de requisitos específicos de Origen. La indicada Decisión 416 en *su artículo 1* dispone que serán consideradas originarias del territorio de cualquier País Miembro, los productos o materias primas que cumplan con los criterios de calificación de origen, dentro de los cuales, se encuentran: "...a) Íntegramente producidas de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la presente Decisión; b) Elaboradas en su totalidad con materiales originarios del territorio de los Países Miembros; c) Que cumplan con los requisitos específicos de origen fijados de conformidad con lo establecido en el Artículo 113 del Acuerdo de Cartagena, los que prevalecerán sobre los demás criterios de la presente Decisión; Los requisitos específicos de origen se fijarán de conformidad con los criterios y procedimientos que establezca la Comisión; d) Las que no se les han fijado requisitos específicos de origen, cuando resulten de un proceso de ensamblaje o montaje siempre que en su elaboración se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador; e) Las no comprendidas en el literal anterior, que no se les han fijado requisitos específicos de origen y en cuya elaboración se utilicen materiales no originarios cuando cumplan con las siguientes condiciones; i) Que resulten de un proceso de producción o transformación realizado en el territorio de un País Miembro; y ii) Que dicho proceso les confiera una nueva individualidad caracterizada por el hecho de estar clasificadas en la NANDINA en partida diferente a la de los materiales no originarios; f) A las que no se les han fijado requisitos específicos de origen y que no cumplan con lo

señalado en el inciso ii) del literal anterior, siempre que en su proceso de producción o transformación se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador;

g) Los juegos o surtidos de mercancías, siempre que cada una de las mercancías en ellos contenida, cumplan con las normas establecidas en la presente Decisión. Los valores CIF y FOB a que se refieren los literales d) y f) del presente artículo, podrán corresponder a su valor equivalente según el medio de transporte utilizado. En el caso de Bolivia se entiende por valor equivalente el valor CIF-Puerto, cuando se trate de importaciones por vía marítima o CIF-Frontera cuando se trate de importaciones por otras vías. Disposición Transitoria Primera.- La Comisión, a propuesta de la Secretaría General, aprobará las modificaciones al formulario de certificación, el formato para la declaración del productor y sus correspondientes instructivos. En su Propuesta, la Secretaría General, procurará que los formatos e instructivos estén en armonía con los mismos documentos vigentes en otros procesos de integración regionales....La presente Decisión se aplicará para las importaciones que se despachen a consumo a partir del 1º de octubre de 1997...”.

Cláusulas de Salvaguardia y Medidas Correctivas.-

Son aquellas medidas de excepción que, en circunstancias extraordinarias de emergencia y con carácter transitorio y no discriminatorio, guardando el principio de proporcionalidad y cumpliendo con los requisitos de consulta y autorización de la Secretaría General de la CAN, un País Miembro puede adoptar para corregir desequilibrios o perturbaciones comerciales, su balanza de pagos global o evitar que el cumplimiento del programa de liberación causa o amenace causar graves perjuicios a su economía o a un sector significativo de su actividad económica, procurando que las restricciones a adoptarse no afecten, dentro de la Subregión,

al comercio de los productos incursos en el programa de liberación.

Se encuentran previstas en el Capítulo XI, artículos 95 y siguientes del Acuerdo de Cartagena, que contempla cinco tipos de salvaguardia: 1) *desequilibrio en Balanza de pagos*; 2) *el programa de liberación que cause o amenace causar perjuicios graves a la economía de un País Miembro*; 3) *casos de emergencia*; 4) *perjuicios por devaluación monetaria efectuada por otro País Miembro*; y 5) *importaciones que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos*.

El reglamento respecto al procedimiento de Salvaguardia sobre Balanza de pagos, está normada en la Decisión 386. Las salvaguardias sobre importaciones de terceros países se encuentran reguladas por la Decisión 452.

El incumplimiento de los requisitos y procedimientos previstos al efecto, da lugar a la acción de incumplimiento

Al respecto, el Tribunal Andino en la parte pertinente de la sentencia dictada en el Proceso 118-AI- de 14 de abril de 2005 dice (...).

Solamente puede darse esta posibilidad en los casos de excepción, contenidos en las Cláusulas de Salvaguardias. En ellas se admite la posibilidad para un País Miembro, de establecer, dentro de límites muy estrictos y mediante consulta y autorización de la Secretaría General de la Comunidad Andina, medidas transitorias y no discriminatorias para corregir desequilibrios o perturbaciones comerciales, procurando no afectar el comercio de productos incorporados dentro del sistema de liberación. (...) Es decir, según lo prescribe la norma y lo ha señalado este Tribunal, una medida de salvaguardia debe ser justificada, excepcional, autorizada y temporal (...).⁹

⁹ Proceso 118-AI-2003, de 14 de abril de 2005, publicado en la G.O.A.C. N°. 1206, de 13 de junio de 2005, caso: restricciones al comercio de arroz. Secretaría General c/ República de Colombia.

Con relación a la medidas correctivas, el Tribunal Andino en la sentencia pronunciada dentro del Proceso 23-AN-02 de 19 de agosto de 2003, ha manifestado que, "... existen 5 tipos de medidas según la finalidad o correctivo que ellas persigan, que son: (I) para corregir desequilibrios en la balanza de pagos, cuando se afecte al comercio intraregional de productos incorporados en el programa de liberación a que se refiere el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena (artículo 107); (II) La aplicación de medidas correctivas de carácter transitorio, cuando el programa de liberación cause o amenace causar perjuicios graves a la economía de un País Miembro; (III) la aplicación de las mismas medidas cuando se trate de casos de emergencia (artículo 108); (IV) El establecimiento de salvaguardias por parte de un país miembro que se considere perjudicado frente a una devaluación monetaria efectuada por otro País Miembro, que provoque alteraciones en las condiciones normales de competencia (artículo 110) y, (V) La aplicación de medidas correctivas provisionales cuando ocurran importaciones de productos originarios de la subregión en cantidades o condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos (artículo 109)...

En consecuencia la facultad concedida a los Países Miembros para aplicar las medidas correctivas no discriminatorias de carácter provisional contempladas en el artículo 109, están siempre sujetas a un posterior pronunciamiento de la Secretaría General..."

Distorsiones a la Competencias, Prácticas Desleales.-

Están previstas en el Capítulo X, artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena y desarrolladas y complementadas por las Decisiones: 283, que contiene "*Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios*" y las Decisiones 456 y 457, que contienen amplio campo normativo destinado a prevenir dichas prácticas,

Al respecto, en la sentencia sobre el Proceso 23-AN-02 de 19 de agosto de 2003, el Tribunal Andino, en la parte Del dumping y medidas antidumping, dice:

“... Según la doctrina especializada en términos generales se puede afirmar que la normativa...antidumping...permite la adopción de unas medidas de protección comercial de carácter selectivo...Su objetivo es luchar contra determinados fenómenos de discriminación de precios practicados en el comercio internacional. Se establecen frente a aquellas importaciones que se consideran anormalmente baratas bien por haber sido subvencionadas por gobiernos de terceros países como por haberse realizado por empresarios particulares...causen un perjuicio a la industria nacional del producto similar al importado...”

Esas medidas consisten en una elevación de las tarifas arancelarias en relación a los productos objetos de dumping o de subvenciones equivalente al monto de la subvención recibida o a la discriminación practicada. Los derechos antidumping están destinados a neutralizar determinadas prácticas de discriminación de precios realizados por exportadores de terceros países...” (López Jurado Romero de la Cruz Carmen. El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de dumping y subvenciones Estudios jurídicos internacionales y Europeos. Monografías. Universidad de Granada Junta de Andalucía 1993 p. 3 y 109

El artículo 1 de la Decisión 456, respecto al dumping, señala que el objeto de la misma es la de prevenir o corregir daños a una rama de la producción de los Países Miembros y su artículo 3 establece que un producto es objeto de dumping cuando su precio de exportación sea menor al valor normal de un producto similar destinado al consumo o utilización en el país de exportación.

Asimismo el artículo 8 de la Decisión 457, define la subvención, como un beneficio que se otorga mediante una contribución financiera del Gobierno o de cualquier organismo público en el territorio del país de origen o de exportación

La Decisión 415, contiene normas para corregir distorsiones a la competencia por diferencias arancelarias entre Perú y los demás Países Miembros, y la Decisión 284 para las restricciones a las exportaciones intracomunitarias.

Diferencia entre medidas de salvaguardia y medidas antidumping

Con base a la referida sentencia, dictada en el Proceso 23-AN-02, las diferencias, son: las medidas de salvaguardia se aplican para prevenir o corregir daños en situaciones anormales producidas por importaciones subregionales en cantidades o condiciones que afectan a una rama de la producción nacional de un País Miembro; en cambio las medidas antidumping tienen por objeto corregir una práctica desleal de comercio de un determinado producto que afecta a la producción nacional del país importador, y se aplican en las importaciones que efectúa un exportador foráneo y desleal. De ello se concluye que son dos tipos de mecanismo diferentes, con presupuestos y procedimientos propios que persiguen objetivos también diferentes

3. Mercado Común.-

Esta importante etapa de la integración económica, que para algunos procesos de integración de carácter intergubernamental como MERCOSUR por ejemplo, constituye su meta final, resulta de la consecución de las etapas y mecanismos señalados precedentemente y algunos de los que corresponde a la Comunidad económica, teniendo presente que las etapas en que, por razones didácticas, se ha dividido el proceso de integración económica no son compartimientos estancos cerrados y excluyentes, más por el contrario existe una articulación constante entre ellas, toda vez que como se tiene dicho, el Mercado Común, persigue la fusión de los mercados nacionales en un mercado único, es decir un espacio sin fronteras interiores, en donde prevalezca la libre circulación de los factores productivos: mano de obra, capitales, servicios, personas y mercancías.

Al respecto, en la Declaración de Quirama, de 28 de junio de 2003, el Consejo Presidencial Andino, reiteró su decisión política de lograr culminar con esta importante etapa de la Integración Subregional Andina, al señalar: *“... con miras a la conformación del Mercado Común, ratificamos que el mismo es un instrumento eficaz para el aprovechamiento del intercambio intracomunitario y el desarrollo de los Países Miembros, que garantice la libre circulación de los bienes, servicios, capitales y personas dentro de la Comunidad, así como para la inserción eficiente y equitativa en el mercado internacional”*.

En la consecución de la indicada Declaración, se viene profundizando y perfeccionando dichos mecanismos, aunque en lo que respecta a la mano de obra, se encuentra un tanto rezagada, no obstante que se han dictado algunas medidas que facilitan la circulación y establecimiento de trabajadores, dentro del espacio que comprende el territorio ampliado de la Comunidad Andina, bajo el principio de trato nacional, como las Decisiones: 545- Instrumento de Migración Laboral, 583 y 584 como normas complementarias de aquella, *destinadas a la protección en los campos de Seguridad Social y Salud a los trabajadores andinos que se trasladen de un País Miembro a otro; así como proyectos socio laborales sobre la Red Andina de Empleo, que facilitará el acceso a las ofertas de empleo de la subregión y la Certificación de Competencias Laborales, para la certificación sobre dichos temas*, como lo hace notar la Secretaría General en el referido portal Web.

Con relación a inversiones de capital se tiene la Decisión 291 sobre el Régimen Común de Inversiones, que garantiza un tratamiento igualitario y no discriminatorio a los inversionistas extranjeros, así como faculta a los Países Miembros a definir sus propias políticas de inversión.

El fomento a las inversiones se encuentra previsto en las Decisiones 40 y 578, de 16 de noviembre de 1971 y 1 de enero de 2005, respectivamente, que norman el Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal. En tal

sentido protege a las personas domiciliadas en cualquiera de los Países Miembros contra el doble pago de impuestos sobre unas mismas rentas o patrimonios, disponiendo en consecuencia que estos solo serán gravables en el país miembro en que tengan su fuente productora.

También se cuenta con la Decisión 292 que regula las Empresas Multinacionales Andinas (EMAs), que son aquellas en las cuales al menos el 60% del capital social pertenece a inversionistas de dos o más Países Miembros de la Comunidad Andina, a las que se les concede Trato Nacional en el rubro de compras públicas de bienes y servicios así como en materia tributaria; asimismo se les concede el derecho a la remisión en divisas libremente convertibles de la totalidad de los dividendos que se distribuyan y el de constituir sucursales en otros Países Miembros.

Asimismo, se cuenta con regulaciones sobre el Tránsito Aduanero Comunitario, Normado por la Decisión 617, modificada por la Decisión 636 que permite trasladar bajo una misma operación, mercancías desde la Aduana de un País Miembro a la Aduana de otro País Miembro, en el curso del cual cruzan una o varias fronteras de los Países Miembros.

4. Comunidad Económica.-

Esta etapa que persigue la armonización y unificación de políticas macroeconómicas de los Estados miembros, conlleva la adopción de políticas comunitarias más complejas en diferentes sectores. Se encuentra normada por los Capítulos III Relaciones Externas, artículos 50 al 52; IV Armonización de las Políticas Económicas y Coordinación de los Planes de Desarrollo artículos 53 al 59; y XIV Asuntos Financieros, artículos 107 al 108, que han sido desarrollados por una vasta regulación normativa dando lugar a un avance significativo, aunque falta aún la creación de órganos e instituciones propias de la misma, como ser un Banco Central Común, una moneda también común y otros. Sin embargo, se cuenta con Instituciones Financieras como la Corporación Andina de Fomento y el Fondo de Reserva Latinoamericano, incluyendo

las funciones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión Andina encargadas de formular, ejecutar y evaluar la política exterior y la política en materia de comercio e inversiones de la CAN, respectivamente,

Dentro de esta etapa, siguiendo las orientaciones contenidas en el referido portal web de la Secretaría, se tiene los siguientes mecanismos:

Convergencia Macroeconómica.-

Para una mejor comprensión del desarrollo de esta etapa del proceso de integración económica, con base a algunos conceptos dados a tiempo de esbozar criterios sobre las nuevas connotaciones de los elementos que conforman el poder, entre ellos la riqueza que se funda en la información y consiguiente producción sostenible y justo a tiempo, que configuran, la nueva era de la revolución del conocimiento, con el consiguiente fenómeno de la globalización, así como con el concepto básico de economía que transcribimos: *“La economía observa el comportamiento humano como resultado de la relación entre las necesidades humanas y los recursos disponibles para satisfacer esas necesidades...”* (www.significados.com/economía/), podemos decir que *esta ciencia estudia las relaciones y los procedimientos optimizados respecto a la utilización sostenible o sustentable de los recursos que se dispone, y que son cada vez más limitados, para la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas de la sociedad, procurando la preservación del medioambiente, dentro de la moderna tendencia de la ecologización de la economía, a través de sus dos principales ramas: la micro y la macroeconomía.*

Por la primera, microeconomía, *se analiza las singularidades, es decir el comportamiento y como toman las decisiones las unidades individuales, como ser: los individuos, la familia o la empresa, en la utilización de los recursos en la producción y consumo de bienes y servicios; en cambio, por la segunda, la macroeconomía, se estudia dicho comportamiento en su conjunto, es decir en grandes grupos de productores y consumidores, como ser la producción nacional, el ingreso nacional, el índice de precios, la Inflación anual, el déficit*

fiscal, el gasto y deuda pública, la integración financiera, el desempleo, la seguridad social, la seguridad y soberanía alimentaria, la integración energética, la sanidad agropecuaria, telecomunicaciones, servicios satelitales, la propiedad intelectual, la Propiedad Industrial y otros, para lo que recurre, a diferentes estrategias y mecanismos que, en el caso de la Comunidad Andina están señalados en varias normas entre ellas las referidas en el Capítulo IV Armonización de Políticas Económicas y Coordinación de Planes de Desarrollo, artículos 53 al 59 del Acuerdo de Cartagena, disponiendo el artículo 53: “Los Países Miembros adoptaran progresivamente una estrategia para el logro de los objetivos del desarrollo de la Subregión previstos en el presente acuerdo.”,

En cumplimiento de este mandato y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 54 del mismo Acuerdo, que dispone: “Los Países Miembros coordinaran sus planes de desarrollo en sectores específicos y armonizaran gradualmente sus políticas económicas y sociales...”, *que conlleva la convergencia de los mismos, en sentido de encontrar su punto de confluencia y lograr su consiguiente unión o integración*, se aprobaron sendas Decisiones y Resoluciones sobre diferentes materias que abarca esta etapa del proceso de integración económica, creando los mecanismo e instituciones correspondientes y que son objeto de análisis a continuación.

Consejo de Ministros de Hacienda o Finanzas, Bancos Centrales y Responsables de la Planeación económica.-

Este Consejo Asesor, es producto de la permanente preocupación del Consejo Presidencial Andino que, desde el año 1990, mediante directrices pidió a los Ministros de Economía y Presidentes de los Bancos Centrales de los Países Miembros a elaborar programas y mecanismos que faciliten la convergencia macroeconómica, a través de la armonización gradual de las políticas cambiarias monetarias y fiscales necesarias para asegurar la estabilidad económica y

consiguiente incremento de las relaciones comerciales y cumplimiento de los objetivos del Proceso de Integración Andino, habiéndose aprobado importantes normas sobre temas macroeconómicos cuya sistematización requerían de un órgano que las institucionalice. En la consecución de dicho propósito, en 1997 fue creado, por el Consejo Presidencial, este Consejo Asesor que, según la Secretaría General (año 2013), se ha reunido en once oportunidades y ha desarrollado una agenda de trabajo que ha permitido avanzar en la armonización de políticas macroeconómicas en la subregión, en materia de convergencia y monitoreo, servicios financieros e inversiones y doble tributación, así como en armonización de impuestos indirectos.

Respecto a la convergencia, seguimiento y monitoreo macroeconómico de la evolución de las economías andinas, a fin de adoptar políticas económicas coordinadas, se cuenta con los siguientes mecanismos:

- 1) Programas de Acciones de Convergencia (PAC);
- 2) Informes de Seguimiento del grado de cumplimiento de las Metas de Convergencia Macroeconómica;
- 3) Opinión del Grupo de Economistas del Sector No Oficial y de organismos internacional especializados; y
- 4) Indicadores de vulnerabilidad macroeconómica.

Grupo Técnico Permanente.-

Ha sido constituido en junio de 2001, para realizar el seguimiento de las metas de convergencia macroeconómica de los Países Miembros, conformado por un delegado de cada institución partícipe del Consejo y por un delegado de la Secretaría General de la Comunidad Andina, el FLAR y la CAF, que en el desempeño de sus funciones toma como referencia los Programas de Acciones de Convergencia (PAC), que son los informes que los países presentan en el tercer trimestre de cada año, en donde especifican los

supuestos macroeconómicos y las políticas económicas que planean ejecutar en el siguiente año. Al respecto, la Decisión 543, norma la presentación de dichos informes. <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC543.doc>

Metas macroeconómicas.-

Como indica en el portal web de la Comunidad Andina, el proceso de convergencia macroeconómica registra avances importantes con relación a las siguientes metas:

- Inflación anual de un dígito;
- Déficit fiscal inferior al 3% del PIB; y
- Deuda Pública inferior al 50% del PIB, tanto externa como interna, que se aplicaran sin exceder el año 2015.

Bancos de Desarrollo de los Países de la CAN.-

Conformados por: el Banco de Desarrollo Productivo de Bolivia; el Banco Exterior de Colombia (Bancoldex), la Corporación Financiera Nacional del Ecuador (CFN) y la Corporación Financiera de Desarrollo del Perú (COFIDE), así también por la Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo (Alide).

Integración financiera.-

Normada por la Decisión 659, que según el indicado portal web de la Secretaria General de la CAN, “...se busca mejorar la integración de los mercados financieros andinos a través del aumento de la eficiencia en el proceso ahorro-inversión (menores costos financieros para el usuario, variedad de instrumentos financieros, mejor manejo de riesgos, impacto positivo en la competitividad)... y en consecuencia, en cumplimiento a la Decisión 659 que regula este mecanismo, ...

se han realizado hasta el momento tres reuniones de Expertos Andinos sobre Servicios Financieros...”

Fondo para el Desarrollo Rural y la Productividad Agropecuaria.-

Destinado a promover de forma integral y equitativa las zonas rurales, garantizando la seguridad alimentaria y el desarrollo del sector agropecuario.

Seguridad y soberanía Alimentaria.-

Normada por la Decisión 742 que la considera un objetivo estratégico de las políticas nacionales y subregionales.

Asuntos Sociales.-

Se encuentra normado por las Decisiones 592 de julio de 2004, que creó el Consejo Andino de Ministros de Desarrollo Social y Decisión 601, de septiembre de 2005, que aprobó el Plan Integrado de Desarrollo Social - PIDS

Integración Energética.-

Regulada por la Decisión 536 de diciembre de 2002, que contiene el Marco Normativo General para la interconexión subregional de los sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad, con base a la que en marzo de 2003 se inauguró la interconexión eléctrica Colombia – Ecuador, y en julio de 2005, Bolivia anunció su decisión de adherirse a la misma.

La integración energética se encuentra normada por las siguientes Decisiones: 557 crea el Consejo de Ministros de Energía, Electricidad, Hidrocarburos y Minas de la Comunidad Andina, 789, 737 y 720 todas ellas relacionadas con la vigencia de la Decisión 536.

Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria.-

La Decisión 515 de marzo de 2002, crea el Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria (SASA) y norma las medidas sanitarias y fitosanitarias que rigen el comercio intrasubregional y con terceros países relacionadas con plantas, productos vegetales, artículos reglamentados, animales y sus productos.

Telecomunicaciones.-

En noviembre de 1991 se crea El Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones (CAATEL), constituido por representantes de los Organismos encargados de normar y administrar las políticas nacionales del sector en cada uno de los Países Miembros. La Decisión 462 de mayo de 1999, norma el proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Servicios satelitales para la Comunidad Andina.-

La Decisión 654 de noviembre de 2006, establece el Marco Normativo para la utilización comercial del recurso órbita-espectro de los países Miembros y los procedimientos para otorgar las autorizaciones comunitarias y la Decisión 707 de diciembre de 2008, regula el Registro Andino para la autorización de Satélites con Cobertura sobre Territorio de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

El marco normativo de esta importante materia, en las áreas que se indica a continuación, se encuentra conformado:

Recurso Órbita Espectro.-

Está normado por las Decisiones: 725, que regula la autorización del Recurso; 724 que modifica la Decisión 654; 715 que modifica el artículo 7 de la Decisión 654 y el artículo 5 y disposiciones transitorias de la Decisión 707; 707 que regula el Registro Andino de Autorización de Satélites; y la 672 que modifica la Decisión 654 que se refiere al indicado marco regulatorio.

Telecomunicaciones.-

Esta normada por las Decisiones: 638 sobre la Protección al Usuario; 462, que Regula el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones; 440 que Modifica la Disposición Transitoria Quinta de la Decisión 439; y la 439 que contiene el Marco General de Principio y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina.

Asimismo por las Resoluciones.- 1296, 1338, 1367, 1390,1423, 1472, 1473, 1497, 1501, 1545, 1596, 1597, conforme lo señala en referido Portal Web.

Propiedad Intelectual.-

Abarca muchos temas, con un marco normativo completo y muy avanzado, acorde con los principios mundiales que fundamentan y rigen esta materia y conforme a su trascendental importancia, toda vez que motoriza gran parte del movimiento económico de los Estados del orbe.

Se encuentra contenido en sucesivas Decisiones: 85 del 5 de diciembre de 1974 al 11 de diciembre de 1991, Decisión 311 del 12 de diciembre de 1991 al 13 de febrero de 1992, Decisión 313 del 14 de febrero de 1992 al 31 de diciembre de 1993, Decisión 344 del 1 de enero de 1994 al 30 de noviembre de 2000, y la Decisión 486, en actual vigencia desde el 1 de diciembre del 2000.

Régimen Común de Propiedad Industrial

Dicho Marco normativo, en especial la Decisión 486, regula también, con diferentes requisitos y criterios interpretativos: el trato nacional, el trato de nación más favorecida, el patrimonio biológico y genético, los conocimientos tradicionales, el otorgamiento de patentes de invención, diseños industriales, los secretos industriales, las marcas de fábrica, las denominaciones de origen, la competencia desleal y otros temas.

Con base a sus normas y las solicitudes de interpretación prejudicial que hacen los jueces nacionales, convertidos en jueces comunitarios cuando conocen controversias que se sustentan en normas comunitarias, el Tribunal Andino ha elaborado Criterios Jurisprudenciales que contiene conceptos sobre los temas referidos precedentemente y una vasta doctrina sobre la materia.

Al respecto, del trabajo elaborado por el autor en octubre de 2004, en su condición de Magistrado del Tribunal Andino, Sobre Criterios Jurisprudenciales Establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en Materia de Propiedad Industrial, presentado al TERCER SEMINARIO REGIONAL PARA JUECES Y FISCALES DE AMERICA LATINA, auspiciado por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual y otras organizaciones, que se realizó en la Ciudad Antigua - Guatemala, extraemos y transcribimos, por razones de espacio, solo algunos criterios y conceptos adoptados por dicho Tribunal, que se refieren a lo siguiente:

Concepto de Marca.-

En base al concepto del artículo 134 de la Decisión 486 se define la marca como “un bien inmaterial constituido por un signo conformado por palabras o combinación de palabras, imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas, escudos, sonidos, olores, letras, números, colores o combinación de colores, forma de los productos, sus envases o envolturas y otros elementos de soporte, individual o conjuntamente estructurados que, susceptibles de representación gráfica, sirvan para distinguir en el mercado productos o servicios, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie y seleccione sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio”. (Proceso 148-IP-2003, aprobado el 7 de mayo de 2004, publicado en la G.O.A.C. N° 1080 del 9 de junio de 2004, MARCA: HERBAMIEL NATURE’S BLEND).

Sobre el mismo tema ha dicho que: *“De conformidad con la disposición prevista en el artículo 134 de la Decisión 486, se*

entiende por marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. El registro de un signo como marca tiene por objeto la tutela del interés de su titular, otorgándole un derecho exclusivo sobre aquél, y la del interés general de los consumidores o usuarios a quienes se halla destinado, garantizándoles, sin riesgo de confusión o de asociación, el origen empresarial y la calidad del producto o servicio a que se refiera. En definitiva, la marca procura garantizar la transparencia en el mercado.

De lo expuesto se concluye que un signo es registrable como marca cuando cumple con los requisitos contenidos en el artículo 134 interpretado y siempre que no se encuentre comprendido en ninguna de las causales de irregistrabilidad señaladas en los artículos 135 y 136 de la misma Decisión 486". (Proceso40-IP-2004, publicado en la G.O.A.C. N°. 1111 del 2 de septiembre de 2004, marca: BSCH INFOCASH).

Concepto de Patente.-

Con fundamento en la Decisión 344, respecto al concepto de patente, el Tribunal ha dicho: "Si bien el legislador andino no ha dado una definición de patente, con apoyo en criterios doctrinales en la materia se puede afirmar que "La patente es la concesión que otorga el Estado a un inventor o a su causahabiente para explotar exclusivamente una invención industrial durante un plazo determinado, al cabo del cual pasa a ser de dominio público". (Metke Méndez, Ricardo. Lecciones de Propiedad Industrial (II). Editor Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker &McKenzie). Bogotá, 2002, p. 22).

Del indicado concepto, así como del artículo 1 de la Decisión 344, se destaca que la patente se concede para una invención, la cual, a su vez, ha sido definida por la doctrina como "la solución de un problema técnico aplicable a la industria, y que proporciona la posibilidad de obtener un cierto resultado útil" (Baylos Corroza, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Segunda edición. Editorial Civitas, 1993, p. 695). En consecuencia, la invención presupone un problema específico que es resuelto por la técnica.

El Tribunal ha dicho: “La invención puede recaer sobre una entidad física (producto, dispositivo, máquina, sustancia, composición) o sobre una actividad (procedimiento, método, utilización)” (Proceso 36-IP-2004, publicado en la G.O.A.C. N°. 1098 del 27 de julio de 2004, Preparados Farmacéuticos que contienen Ácidos Disfosfónicos para la aplicación por vía oral.

Derecho de Autor.-

La Decisión 351 de 17 de diciembre de 1993, norma esta importante materia, concediendo una amplia y adecuada protección a los autores y titulares de derechos sobre las obras de ingenio, en el campo literario, artístico o científico.

Al respecto, El Tribunal Andino en la absolución de solicitudes de interpretación prejudicial, relacionados con esta materia, ha emitido los siguientes criterios:

“Naturaleza, alcance y objeto de la protección que brinda el Derecho de Autor en la Legislación Comunitaria Andina.

El derecho de autor protege todas las manifestaciones originales que sean fruto del ingenio humano, cuando ellas son o pueden ser accesibles a la percepción sensorial y pueden ser objeto de reproducción por cualquier medio apto a tal finalidad.

Es un derecho que se ejerce sobre un bien inmaterial... En palabras de Charria García tal derecho se ejerce “con facultades absolutas para quien tenga la titularidad y referido a todo el mundo; a diferencia de los derechos reales que se ejercen sobre las cosas y de los personales que sólo permiten al acreedor hacer valer su derecho frente al deudor”.¹⁰

Al referirse al objeto de la protección que brinda el derecho de autor es importante mencionar lo que se entiende por “obra”

¹⁰CHARRIA GARCIA, Fernando. “Derechos de autor en Colombia”. Ediciones Instituto Departamental de Bellas Artes. Cali. 2001. Página 21.

en la legislación andina, que según el artículo 3 de la Decisión 351, es *“toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma...”*.

El Autor, que es el creador de esas manifestaciones originales fruto del ingenio humano, *“...es la persona natural o física que ha generado la obra a través de su esfuerzo y trabajo creativo, obteniendo como resultado una obra individual y original de la que será titular...”*.

Conforme lo dispone la indicada normativa comunitaria, el autor que es la persona que figura en la obra con su nombre, seudónimo u otro signo de identificación: tiene dos tipos de derechos: El uno de carácter MORAL que según el artículo 11 de la citada Decisión *“...es imprescriptible, inalienable, inembargable e irrenunciable, y faculta al autor para:*

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;*
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento;*
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.*

Sin embargo, tiene la facultad de modificarla, así sea que haya cedido los derechos patrimoniales sobre la obra...”

Y el otro derecho de carácter patrimonial, que le confiere el derecho exclusivo de obtener los beneficios económicos que provengan de la publicación o difusión de la obra, su edición, reproducción, comercialización, o transformación de la misma, cuyo derecho es temporal y puede *ser transferido o renunciar al mismo.*

El plazo de protección de este derecho, según el párrafo primero del artículo 18 de la indicada Decisión, no será inferior

a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte; en consecuencia es temporal.

Conforme lo dispone el párrafo segundo de dicho artículo 18, cuando la titularidad del Derecho de Autor corresponda a una persona jurídica, el tiempo de duración de este derecho no será inferior a los cincuenta años a computarse a partir de la divulgación o publicación de la obra.

En resumen, como lo dice el Tribunal Andino, la ley andina acoge el criterio que hoy impera en casi todos los ordenamientos jurídicos en el sentido de que la protección de los derechos autorales se realiza sin necesidad de que el autor cumpla con formalidad o requisito alguno, como el del registro por ejemplo. De esta manera, siendo el registro meramente declarativo, tal como se define por el artículo 53 interpretado, su utilización o no por el autor constituye una opción de éste que, por supuesto, no puede ser desconocida por la administración ni aún con el pretexto de brindarle una mayor o más efectiva protección de sus derechos.”¹¹

Derechos conexos.-

También se encuentran normados por la Decisión 351 y se refieren a las personas que participan en la difusión de las obras literarias y artísticas, más no así en la creación de las mismas, como ser los artistas, intérpretes, declamadores, cantantes, locutores actores bailarines, músicos y otros, así como a los productores de fonogramas y las empresas de radiodifusión y televisión, que transmiten programas al público, cuyos derechos son protegidos por un plazo de hasta 50 años.

Derechos de los Obtentores Vegetales.-

¹¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia del 6 de septiembre de 2000. Proceso N° 64-IP-2000. Caso: “CAVELIER”. Publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 602 de 21 de septiembre del 2000.

Se encuentran regulados por la Decisión 345 que protege los derechos de las personas que, a través de conocimientos científicos, crean u obtienen una nueva variedad vegetal, por un plazo de 20 a 25 años para las especies de vides, árboles forestales, árboles frutales, incluidos sus porta injertos, y de 15 a 20 años para las demás especies, que se computan a partir de su otorgamiento,

Estos derechos se acreditan por el certificado de obtentor que se otorga por las autoridades nacionales correspondiente, a las nuevas variedades vegetales que cumplan con lo requisitos básicos de: ser nuevas, distintas, homogéneas, estables y presentar una denominación genérica adecuada.

Acceso a los Recursos Genéticos.-

Normado por la Decisión 391 de junio de 1996, que prevé los requisitos para obtener el acceso y uso a los recursos genéticos, principios activos que contienen las plantas y los microorganismos, así como los procedimientos para suscribir con el Estado el Contrato correspondiente, garantizando una participación justa y equitativa de los Países Miembros de origen y de las comunidades tradicionales en los beneficios económicos del patrimonio genético y sus derivados, en concordancia con la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y afro americanas, conforme lo dispone la Disposición Transitoria Octava de dicha Decisión.

Nota.- Como se ha indicado, muchos de estos datos que enriquecen esta parte del libro, han sido obtenidos del referido Portal Web de la Secretaria General, **así como de trabajos prácticos presentados por los maestrantes en el desarrollo del módulo de esta materia en la Universidad Andina**, que respaldan este trabajo y motiva mi agradecimiento.

5, Unión Económica.-

Esta quinta etapa del Proceso de integración Económica que, como se tiene dicho, supone la existencia de una

institucionalidad de carácter supranacional, en la Comunidad Andina se encuentra bastante avanzada, toda vez que se trata precisamente de una integración supranacional que, con las características ya descritas y la creación de su Tribunal de Justicia, encargado de declarar el Derecho Comunitario y garantizar su interpretación y aplicación uniforme del mismo en todos los Países Miembros, la constituye en una *“Comunidad de Derecho, dado que sus órganos e instituciones, así como los Países Miembros están sometidos al control de sus actos y de sus omisiones, de manera concentrada en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”*, como sostiene la Ex Magistrada Inés Navarrete, aunque ese control debe entenderse dentro del ámbito comunitario, lo que garantiza la plena institucionalidad de este proceso de integración supranacional, como su expresión afinada y culminación del mismo, que es admirado y requerido por muchos estudiosos y tratadistas de esta importante materia, para ser aplicada a otros tipos de integración y que, de no dudarlo, servirá de base sólida para orientar y consolidar el éxito de UNASUR.

Como se puede apreciar el proceso de Integración Supranacional de la Comunidad Andina y en particular la integración económica de la misma, es multidimensional, conformado, regulado y desarrollado por muchas materias mecanismos e instituciones cuyo estudio multidisciplinario no puede lograrse en detalle y a plenitud en un curso base e introductorio referido a TEMAS DE INTEGRACIÓN Y DERECHO COMUNITARIO, como es el presente, toda vez que los mismos requieren de varios módulos que ameritan un curso completo de Maestría sobre la integración, así como, a futuro, a través de la compilación y sistematización adecuada de sus normas, la elaboración de un Código de la Integración y del Derecho Comunitario, cuyo trabajo, experiencia, jurisprudencia, doctrina y aspiraciones, no serían debidamente ponderados si solo sirvieran a la CAN y no se proyectaran y extendieran a los otros procesos de integración latinoamericano, especialmente a la UNASUR.

8.1 Orden jurídico y ordenamiento jurídico comunitario andinos. ¿Cuáles son sus caracteres y diferencias?

8.1.1 El Orden Jurídico Comunitario Andino

Es un sistema normativo debidamente estructurado e institucionalizado que contiene poderes y competencias propios, derivados de la cesión de parte del ejercicio de la soberanía sobre determinadas materias hechas por los Países Miembros – con lo que se constituye la soberanía compartida-, con órganos y procedimientos a través de los cuales se generan, interpretan y aplican las normas jurídicas comunitarias, se determinan los derechos y obligaciones de los sujetos que integran la comunidad, se administran los intereses comunitarios y se establecen mecanismos de solución de controversias así como la imposición de sanciones por violación de sus mandatos.

En la Comunidad Andina el orden jurídico está conformado, definido y caracterizado en el Acuerdo de Cartagena, Capítulo II De la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración, artículos 5 al 49. En su artículo 6 se establece la estructura del Sistema Andino de Integración (SAI), que está constituido por el conjunto de órganos e instituciones que trabajan estrechamente vinculados entre sí y cuyas acciones están encaminadas a lograr objetivos de profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y robustecer las acciones relacionadas con el proceso. Está conformado por los siguientes órganos.



- a) El Consejo Presidencial Andino;
- b) El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;
- c) La Comisión de la Comunidad Andina;
- d) La Secretaría General de la Comunidad Andina;
- e) El Parlamento Andino;
- f) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;
- g) El Consejo Consultivo Empresarial;
- h) El Consejo Consultivo Laboral;
- i) La Corporación Andina de Fomento;
- j) El Fondo Latinoamericano de Reservas;
- k) El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;
- l) La Universidad Andina Simón Bolívar;
- m) Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y,
- n) Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

a) El Consejo Presidencial Andino

Fue introducido como órgano del SAI, por el Protocolo de Trujillo; es el máximo órgano del sistema, que se encarga de emitir **Directrices** sobre distintos ámbitos de la integración subregional, las cuales son instrumentadas por los órganos e instituciones del SAI que corresponda, encaminadas a: definir las políticas de la integración subregional, orientar e impulsar las acciones en asuntos de interés de la Subregión, evaluar el desarrollo y los resultados del proceso de integración, examinar las cuestiones y asuntos relativos al desarrollo del proceso y su relacionamiento externo y, considerar y emitir pronunciamientos sobre los informes y recomendaciones que les fueran presentados y otras de interés comunitario.

Está conformado por los Presidentes de los Países Miembros, tiene un Presidente, quien ejerce la máxima representación política de la Comunidad Andina por un año calendario, función que es ejercida sucesivamente y en orden alfabético por cada uno de ellos; se reúne en forma ordinaria una vez al año y de manera extraordinaria cada vez que lo estime conveniente. Su constitución consta en el Instrumento de Creación del Consejo Presidencial Andino y del Sistema de Coordinación de las Instituciones de la Integración Andina, suscrito por los Presidentes de Bolivia, Ecuador Perú y Venezuela y el representante del Presidente de Colombia en la Ciudadela de Machu Picchu el 23 de mayo de 1990. Contiene 6 artículos.

b) El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

Es el órgano de dirección política, encargado de asegurar la consecución de los objetivos del proceso de integración subregional, teniendo entre sus funciones: formular y ejecutar la política exterior de la Comunidad Andina, dar cumplimiento a las Directrices que le imparte el Consejo Presidencial Andino y velar por la ejecución de las mismas, suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o grupo de países, o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación, representar a la Comunidad Andina, coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales en el ámbito de su competencia, aprobar su propio Reglamento y aprobar o modificar el Reglamento de la Secretaría General, a propuesta de la Comisión.

Expresa su voluntad mediante la adopción consensuada de Declaraciones y Decisiones, las primeras que son manifestaciones de carácter no vinculante y las segundas que contienen normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad

Andina. Fue creado por el Instrumento Constitutivo del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo Andino de 12 de noviembre de 1979, Lima-Perú. Consta de 10 artículos.

c) La Comisión de la Comunidad Andina

Es el órgano normativo del SAI, está constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los Gobiernos de los Países Miembros, que deben acreditar un titular y un alterno; se encuentra prevista desde la suscripción del Acuerdo de Cartagena, expresa su voluntad mediante Decisiones – al igual que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores – y tiene por funciones: **formular, ejecutar y evaluar** la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones y, cuando corresponda, en coordinación con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; **adoptar** las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo

Presidencial Andino; **coordinar** la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en el ámbito de su competencia; así como **aprobar y evaluar** el presupuesto anual de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, velar por el cumplimiento de las obligaciones que emergen del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Montevideo de 1980, aprobar o modificar su propio Reglamento, someter a consideración del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores el proyecto de Reglamento de la Secretaría General.

La Comisión tiene un Presidente designado por un año calendario, función que es ejercida por el representante del país que ocupe la presidencia del Consejo Presidencial Andino; se reúne tres veces al año y en

forma extraordinaria cuando sea convocada por su Presidente a petición de cualquiera de los Países Miembros o de la Secretaría General; la participación a estas reuniones es obligatoria y la inasistencia se considera abstención.

d) La Secretaría General de la Comunidad Andina

Es el órgano ejecutivo del SAI y en tal carácter actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión; fue creada igualmente desde la suscripción del Acuerdo de Cartagena, se expresa mediante Resoluciones y su sede está en Lima. Entre sus principales funciones están: **velar por el cumplimiento** de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, **administrar el proceso** de integración subregional andino, **atender los encargos** del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, **evaluar e informar** a los mismos sobre el logro de los objetivos y **formular propuestas** de Decisiones al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión, **resolver asuntos** sometidos a su consideración, **mantener vínculos** permanentes con los Países Miembros y de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación, **proponer medidas** necesarias para la aplicación de los tratamientos especiales reconocidos en favor de Bolivia y el Ecuador, **promover reuniones** periódicas con los organismos nacionales encargados de la formulación o ejecución de las políticas económicas, **elaborar la agenda** tentativa de las reuniones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, así como **llevar las actas** correspondientes, **ejercer la Secretaría de las Reuniones** de Representantes de las instituciones del SAI, **ser depositario** de los documentos de los órganos del SAI y dar fe de la autenticidad de los mismos, **editar la Gaceta** Oficial del Acuerdo de Cartagena , **tener a su cargo**

responsabilidad la etapa prejudicial de las acciones de incumplimiento, *y ejercer las demás atribuciones* conferidas por el Ordenamiento Jurídico Comunitario.

Está representada por un Secretario General, de alta representatividad, reconocido prestigio y nacional de uno de los Países Miembros, elegido por consenso del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada, por un período de cinco años, pudiendo ser reelegido por una sola vez, y removido, por consenso, a requerimiento de un País Miembro, únicamente cuando en el ejercicio de sus funciones hubiere incurrido en falta grave prevista en el Reglamento de la Secretaría General. Es apoyado por Directores Generales y el personal técnico y administrativo requerido y necesario para el cumplimiento de sus funciones. Deberá actuar únicamente en función de los intereses de la Subregión.

e) El Parlamento Andino

Fue creado el 28 de octubre de 1979 por el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino celebrado en la ciudad de La Paz, como un órgano deliberante de naturaleza comunitaria, representa a los pueblos de la Comunidad Andina y se expresa mediante recomendaciones. Sus miembros deben ser elegidos en elecciones directas y universales, de acuerdo al Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo, celebrado en Sucre el 23 de abril de 1997.

Entre sus atribuciones están: *participar en la promoción y orientación del proceso* de integración subregional andina, con miras a la consolidación de la integración latinoamericana; *sugerir a los órganos e instituciones del Sistema, las acciones o decisiones* que tengan por objeto o efecto la adopción de modificaciones, ajustes o nuevos lineamientos generales con relación a los objetivos programáticos y a la estructura institucional

del Sistema; *participar en la generación normativa del proceso mediante sugerencias* a los órganos del Sistema, a través de proyectos de normas sobre temas de interés común, *promover la armonización de las legislaciones* de los Países Miembros y las *relaciones de cooperación y coordinación* con los Parlamentos de los Países Miembros, órganos e instituciones del Sistema, así como con los órganos parlamentarios de integración o cooperación de terceros países

f) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, creado por el Tratado de 28 de mayo de 1979, que es objeto de un análisis específico más adelante.

g) El Consejo Consultivo Empresarial, y h) El Consejo Consultivo Laboral.- Como sus nombres lo señalan, son instituciones de consulta, conformadas por delegados de alto nivel de los sectores empresarial y laboral, respectivamente, de cada uno de los Países Miembros, elegidos y designados conforme con sus respectivos reglamentos y acreditados oficialmente por aquellas. *Emiten opiniones* por propia iniciativa o a requerimiento de los órganos del Sistema Andino de Integración, SAI, sobre los programas o actividades del proceso de integración, participando en las reuniones o grupos de trabajos sectoriales a los que fueren convocados y, en su caso, solicitar su intervención en las mismas, que sean de su interés, promoviendo la participación de la pequeña y mediana empresa. El Consejo Consultivo Laboral se rige por su Reglamento de fecha 16 de noviembre de 1989, que consta de 24 artículos.

i) Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales.- Creado por la Decisión N° 585 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, cuyos fundamentos y funciones se encuentran en dicha Decisión, y se expresan en la *participación de los Municipios en los procesos de integración*, desarrollo

armónico y equilibrado, y consolidación de la Democracia,

j) Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas.-

Constituido por la Decisión N° 674, para promover la participación de los pueblos indígenas en el proceso de integración, *emiten opiniones* por propia iniciativa o petición de los órganos del Sistema Andino de Integración, respecto a los programas o actividades del proceso de integración que sean de su interés.

k) La Corporación Andina de Fomento (CAF).-

Institución financiera creada, originalmente, para *apoyar e impulsar el desarrollo socio-económico* de la Comunidad Andina. Al presente ha sobrepasado esos objetivos, para constituirse en una organización financiera multiregional que sirve a sus países accionistas, tanto latinoamericanos, del Caribe como de Europa, siendo sus accionistas: Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Colombia, Chile, Ecuador, España, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Su sede es la ciudad de Caracas y cuenta con oficinas en La Paz, Brasilia, Bogotá, Quito, Madrid y Lima. Se encuentra normada por el Convenio Constitutivo de la Corporación Andina de Fomento, que consta de un preámbulo, 60 artículos y 3 disposiciones transitorias, suscrito en la ciudad de Bogotá el 7 de febrero de 1968 y su Protocolo Adicional con 5 artículos de 12 de agosto de 1977.

l) Fondo Latinoamericano de Reserva (FLAR).-

Creado por el Convenio para el Establecimiento del Fondo Latinoamericano de Reserva, suscrito entre los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, en la ciudad de Lima el 10 de junio de 1988, con sede en la ciudad de Bogotá. Consta de 45 artículos, con el objetivo de apoyar la balanza de pagos de los Países Miembros, *otorgando o garantizando préstamos*, así como contribuir en mejorar las

condiciones de inversión de las reservas internacionales de los mismos y en la *armonización de políticas* cambiarias, monetarias y financieras de los Países Miembros.

m) Convenio Hipólito Unanue.- Es el encargado de promover y coordinar acciones de los Países Miembros para el *mejoramiento de salud* de sus pueblos, contribuyendo en la elaboración de la agenda social andina. Se encuentra regulado por el Convenio “Hipólito Unanue” Sobre Cooperación en Salud de los Países del Área Andina, contenido en 6 artículos, de 18 de diciembre de 1971, suscrito en la ciudad de Lima-Perú, y su Protocolo Adicional que consta de 26 artículos y 5 disposiciones transitorias, de 29 de noviembre de 1974.

n) Convenio Simón Rodríguez.- Es el *foro* donde se debaten *temas socio laborales* que contribuyen a la elaboración y desarrollo de la Agenda Social de la Comunidad Andina, en coordinación con los otros órganos del Sistema Andino de Integración (SAI). Normado por el Convenio “Simón Rodríguez” de Integración Socio Laboral, contenido en 12 artículos, suscrito en la Ciudad de Caracas el 26 de octubre de 1973, y su Protocolo del Convenio “Simón Rodríguez”, con 18 artículos de fecha 12 de mayo de 1976, suscrito en la Ciudad de Cartagena de Indias.

ñ) Universidad Andina Simón Bolívar.- Fue creada por feliz e inteligente iniciativa del Parlamento Andino, en su Quinto Periodo de Sesiones, mediante Decisión 132/V, en diciembre de 1985. Posteriormente, por el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena de Trujillo, se la incorpora al SAI, como órgano Académico de la Comunidad Andina. Es un órgano valioso y de suma importancia, toda vez que tiene la misión fundamental de *preparar los recursos humanos*, en las diferentes disciplinas que requieren los procesos de

integración, en especial los de carácter supranacional, como lo es la Comunidad Andina.

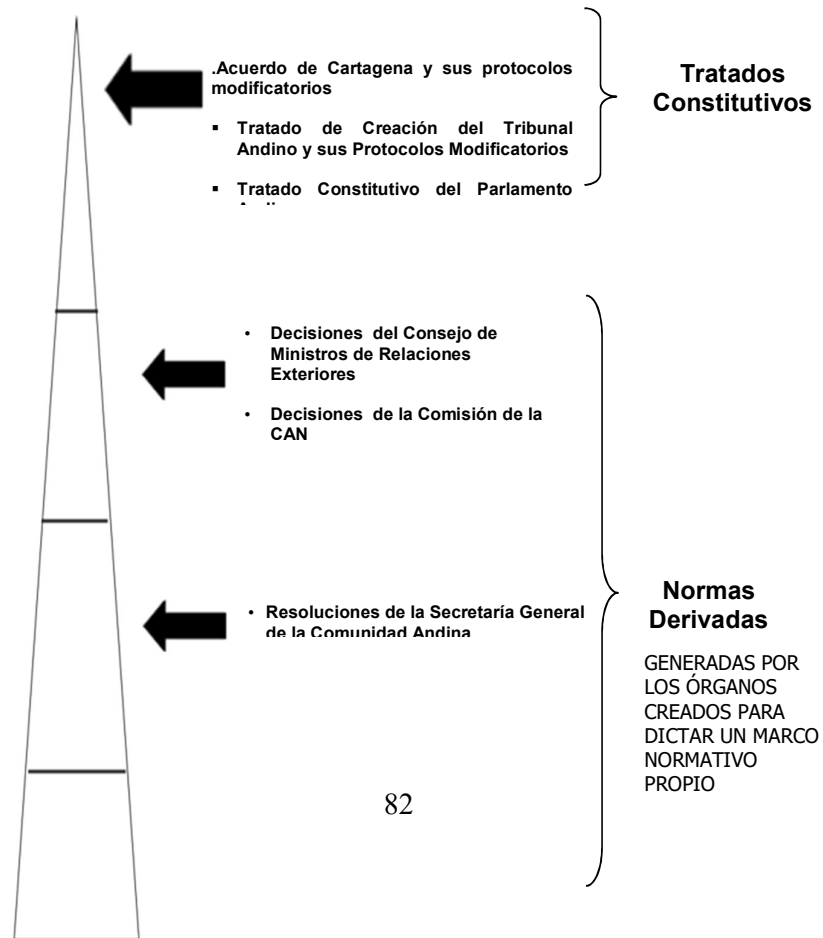
El avance de los procesos de integración supranacional, así como intergubernamental, y la consiguiente creación de UNASUR y de la CELAC, reclaman *la formación selectiva y especializada de profesionales altamente calificados*, para coadyuvar en la ejecución de este vasto campo de actividades que abarca y regula variadísimas y diferentes disciplinas, de tal manera que se constituye en el baluarte de la Integración Subregional Andina con su proyección a la integración regional, no sólo de Suramérica sino también de América Latina y el Caribe. Además, la *investigación científica y tecnológica* propia de estas Casas Superiores de Estudio, debe proyectarse como soporte sólido de la integración, como acontece en el proceso europeo, donde se le asignó a estas actividades académicas el sitio esencial que le corresponde y se le dotó de los recursos necesarios para cumplir, con éxito, tan delicadas funciones, que viabilizaron la plena institucionalización de la Unión Europea y la formación de eminentes tratadistas, cuya producción bibliográfica es fuente de sabiduría y de permanente consulta.

Tiene su sede en la Ciudad de Sucre (Bolivia), con subsedes en las ciudades de: La Paz (Bolivia), Quito (Ecuador), Caracas (Venezuela) y Cali (Colombia). Se rige por el Estatuto de la Universidad Andina Simón Bolívar que consta de XIX artículos, aprobado por Decisión N° 204/ VI del Parlamento Andino de 16-III-87; por el Convenio para Instituir la Cátedra de Derecho de la Integración, suscrito entre la Universidad Andina, el Tribunal Andino y el Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, en la Ciudad de Sucre-Bolivia el 24 de agosto de 1987; y el Acuerdo de Creación de la Facultad Andina de Integración, suscrito entre el Tribunal Andino y la Universidad

Andina Simón Bolívar, en la Ciudad de Sucre el 20 de febrero de 1992.

La complementación de los datos de los Órganos que conforman el Orden Jurídico Comunitario Andino y consiguiente Sistema Andino de Integración, se lo hizo con base al libro TRATADOS Y CONVENIOS DE LA INTEGRACION, elaborado por el Magister Scientarum en Derecho de la Integración, Dr. Galo Pico Mantilla, Ex Magistrado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito Ecuador 1992, a quien agradecemos su valioso aporte.

8.1.2 El Ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.





- Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina.

En ordenamiento jurídico comunitario proviene de los Tratados Constitutivos o Constitucionales y sus protocolos modificatorios, así como por las normas jurídicas comunitarias derivadas provenientes de los órganos que conforman el orden jurídico comunitario provisto de facultades legislativas y normativas.

Está previsto en el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal. Al respecto el Dr. Guillermo Chahín Lizcano, ex Magistrado del Tribunal, sobre el tema dice: *“Allí se establece cuáles son las normas que lo integran, su naturaleza y ámbito de aplicación, su jerarquía y preeminencia (...)”*¹².

Está conformado por el conjunto de normas jurídicas comunitarias provenientes: a) de la voluntad de los Países Miembros, contenidas, en **tratados constitutivos**: Acuerdo de Cartagena, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Tratado Constitutivo del Parlamento Andino con sus respectivos protocolos modificatorios; y b) **normas derivadas** generadas por los órganos creados para dictar un marco normativo propio: Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, Resoluciones de la Secretaría General y por los Convenios de Complementación Industrial que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina, con los caracteres de: autonomía, aplicación inmediata, efecto directo y primacía sobre el Derecho interno al que se integran y consiguiente preservación, que pasamos a desarrollarlos:

¹²Chahín Lizcano, Guillermo. **Comercio Exterior**, 2da Edición, Ed. Linotipia Bolívar, Santafé de Bogotá-Colombia, 1998.

a) **Autonomía** del ordenamiento jurídico comunitario, es una emanación del orden jurídico comunitario y de los principios comunitarios de: aplicación inmediata, efecto directo y primacía, de esencial y trascendental importancia para preservar el proceso de integración, toda vez que, por medio de ella, se evita que los derechos nacionales quebranten el Derecho Comunitario, garantizando su interpretación y aplicación uniforme en todos los Países Miembros.

b) **La aplicación inmediata** consiste en que tan pronto la norma jurídica comunitaria nace, automáticamente se integra al ordenamiento jurídico interno, como Derecho Positivo de los Países Miembros, sin necesidad de introducción, recepción, transformación o cualquier otra formalidad especial - homologación o exequátur-, obligando, por este solo hecho, a los sujetos de la Comunidad.

Al respecto Guy Isaac, con base en la concepción monista, dice: *“el derecho comunitario está integrado de pleno derecho en el orden interno de los estados sin necesidad de ninguna fórmula especial de introducción; las normas comunitarias ocupan su lugar en el orden jurídico interno en calidad de derecho comunitario y los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario.”*¹³

Sobre el tema: *“El profesor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, define el principio manifestando que: ‘La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria se integra de pleno derecho en ese orden interno, sin necesidad de ninguna fórmula de introducción o de recepción, que se impone en cuanto tal derecho comunitario y que genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla’ ”.*¹⁴

¹³ Isaac, Guy. **Manual de Derecho Comunitario General**, 1ra Edición, Ed. Ariel S.A., Barcelona-España, 1985

¹⁴ Proceso 3-AI-96, de 4 de marzo de 1997, publicado en la G.O.A.C. N°. 261, de 29 de mayo de 1991, caso: restricciones a las importaciones de café tostado procedente de Colombia. Junta del Acuerdo de Cartagena c/ República Bolivariana de Venezuela.

c) El efecto directo es la aptitud que tiene la norma comunitaria de crear derechos y obligaciones para los habitantes de la comunidad, convirtiéndolos en sujetos de Derecho Comunitario, tanto en sus interrelaciones particulares como con los Estados Miembros y con los órganos de la Comunidad, dentro del ámbito del Derecho Comunitario.

Con referencia a este principio el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala: *“Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos ‘generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales’, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales”.*

¹⁵

d) La primacía. *¿Será compatible con el respeto a la Constitución?*

La primacía del Derecho Comunitario, es una consecuencia lógica de los principios enunciados, lo que implica que las normas comunitarias que gozan de aplicación inmediata y efecto directo, cualquiera sea su fuente o rango, por su naturaleza y especialidad, se imponen a las normas internas de los Países Miembros, sin importar la jerarquía de éstas y la fecha de su vigencia, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria. Al respecto, el Art. 410 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia reitera y afianza el principio de preeminencia o supremacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno, al reconocerle y situarlo dentro del Bloque de Constitucionalidad.

El tratadista Santiago Muñoz Machado, al respecto, dice: *“(…) que la primacía del Derecho Comunitario se corresponde con una observación que es exacta: si el efecto directo se justifica*

¹⁵ Proceso 2-N-86, publicado en la G.O.A.C. Nº. 21 de 15 de julio de 1987.

en una regla básica del Derecho Comunitario que exige que sus normas sean aplicadas de manera general, uniforme e incondicionada en todos los Estados miembros, es claro, que para que esta regla tenga plena efectividad no puede admitirse que la aplicación del derecho europeo quede condicionada por normas de derecho interno, anteriores o posteriores a la norma europea, que tengan un contenido contradictorio con la misma”¹⁶.

La base jurisprudencial del principio de la primacía, se encuentra en la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas pronunciada el 15 de julio de 1964 en el caso COSTA-ENEL, que dispone: “(...) *al derecho nacido del Tratado en razón de su naturaleza específica original no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad*”¹⁷.

A propósito de este principio y a fin de resaltar su importancia, es pertinente la reflexión que hace Klaus Dieter Borchardt respecto a: “¿qué sucede si una disposición de Derecho comunitario establece derechos y obligaciones directos para los ciudadanos comunitarios y su contenido está en contradicción con una norma de derecho nacional?”, a la cual responde “el conflicto entre Derecho comunitario y Derecho nacional solo puede resolverse en la medida en que se conceda una primacía al primero sobre el segundo, de forma que prime la eficacia a todas las disposiciones nacionales que difieran de una disposición comunitaria y ocupe su lugar dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales”. Luego se pregunta: “¿qué quedaría del ordenamiento jurídico comunitario si se supeditara el Derecho comunitario al nacional?”, contestándose “muy poco”, toda vez que “Las disposiciones del Derecho comunitario podrían ser abolidas por cualquier ley nacional. Y ya no podría hablarse de la validez uniforme e igual del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. Asimismo, a la Comunidad (...) le

¹⁶ Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Tomo I, Ed. Civitas S.A., Madrid – España. 1986;

¹⁷ Proceso 3-AI-1996, ya citado.

resultaría imposible llevar a cabo las misiones que le han encomendado los Estados miembros (...).¹⁸

En la Comunidad Andina, dichos caracteres y principios se encuentran normados por los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina ¹⁹ que han sido desarrollados y fundamentados por la jurisprudencia del Tribunal.

Dentro de este análisis debemos ponderar la jurisprudencia sentada tanto por el Tribunal Europeo como por el Tribunal Andino que, en ningún momento dudaron sobre la importancia vital de hacer prevalecer el principio de primacía como sustentáculo del ordenamiento jurídico comunitario, sin descuidar la interrelación existente entre el ordenamiento comunitario y el nacional en virtud de la cual ambos se complementan, toda vez que el primero por sí solo no estaría en condiciones de realizar los objetivos perseguidos por la Comunidad Andina y, consecuentemente requiere para su ejecución contar con la cooperación de los ordenamientos jurídicos nacionales, así como la normativa constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia que, en su artículo 410, eleva a la categoría de Bloque **de Constitucionalidad** las normas de derecho Comunitario ratificadas por el país, lo que reitera y le da más consistencia al principio de Primacía.

¹⁸Dieter Borchardt, Klaus. El ABC del Derecho Comunitario. EuroLex, en: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/about/abc/index.html>, 2003

¹⁹ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Artículo 2. "Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por a Comisión de la Comunidad Andina".

Artículo 3. "Las Decisiones del Consejo Andino de ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaria General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicara la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro".

Artículo 4. Los Países miembros esta obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

La preservación del Ordenamiento Jurídico Comunitario

se sustenta en los principios de lealtad comunitaria y tutela judicial efectiva, como también en las obligaciones contenidas en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como en las competencias que se le atribuye al Órgano Jurisdiccional Comunitario, de las cuales derivan el conocimiento y decisión de los recursos y acciones previstos en el referido Tratado.

Con fundamento en el citado artículo 4, la jurisprudencia uniforme y reiterada del Tribunal señala que a través de dicha norma, “... los países miembros han adquirido *¿doble obligación: una de carácter positivo de ‘hacer’ y otra de orden negativo de ‘no hacer’*. Por la primera los países miembros deben adoptar toda clase de medidas que garanticen el cumplimiento de la normativa andina, es decir, de las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud del derecho originario y de las que corresponda por mandato de las normas secundarias o derivadas. Por otra parte en virtud de la segunda obligación el país miembro debe abstenerse de toda medida así sea legislativa, judicial, ejecutiva o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámese leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino.”²⁰

Respecto a la competencia de administrar justicia comunitaria que se asigna al Tribunal Comunitario, el artículo 42 de su Tratado de Creación dispone: “Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado”.

9. Derecho Comunitario, ¿En qué consiste?

²⁰ Proceso 16-AI-99, publicado en la G.O.A.C. Nº 581 de 16 de julio de 2000. Caso: aranceles nacionales distintos al Arancel Externo Común, Venezuela

En vista de que el proceso de integración económica comporta también una integración jurídica, como acertadamente señala José M. Gondra Romero, en el Tratado de Derecho Comunitario, cuando dice: “*el proceso europeo de integración económica induciría un vasto proceso de integración jurídica que se manifestará básicamente, de una parte en un proceso de convergencia de los ordenamientos jurídicos estatales hacia un Derecho sustancialmente ‘uniforme’ y, de otra, en un nuevo Derecho europeo de carácter ‘unitario’, en cuanto adscrito a un ordenamiento jurídico independiente (Derecho Comunitario) de carácter ‘supranacional’ con vigencia general y directa sobre todo el territorio de la Comunidad*”²¹, lo que, por ejemplo, en este último caso ya viene sucediendo en la Comunidad Andina con las **Decisiones** referentes al Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Derecho de Autor, Requisitos Fitosanitarios, Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, Lineamientos de la Política de Seguridad Externa Común Andina y muchas otras; así también que, como consecuencia del nacimiento de los organismos supranacionales surge un orden y un ordenamiento jurídico comunitario **propios** y que los conceptos del Derecho Comunitario se definen en función de las necesidades de éste y de los objetivos de la Comunidad, como ilustra Klaus Dieter Borhardt²², se podría definir al *Derecho Comunitario* como: **un producto de la soberanía compartida y del orden jurídico comunitario propio, provisto de órganos para legislar conforme a los objetivos Comunitarios y generar derechos y obligaciones para los sujetos del mismo, administrar los intereses comunitarios, dirimir controversias e imponer medidas de ejecución y sanciones que, contenido en un conjunto de normas jurídicas comunitarias, principios e instituciones de carácter supranacional, autónomos, uniformes y comunes para todos los Países Miembros, de aplicación inmediata,**

²¹ Tratado de Derecho Comunitario. Ob. Cit.

²² Dieter Borhardt, Klaus. Ob Cit.

efecto directo y primacía sobre el ordenamiento jurídico de los Países Miembros al que se integran, fundados en los objetivos y fines de la integración y en los valores sociales, regula las actividades de los órganos e instituciones comunitarias, de los Países Miembros y de sus habitantes, dentro del ámbito de la Comunidad, “con la pretensión de su intangible regularidad inviolable”.

Esta última parte, en comillas, – surge de los criterios de sabios filósofos juristas: Luis Recaséns Siches y Rodolfo Stammler, contenidos en las enseñanzas del Ilustre Profesor Dr. Jaime Moscoso Delgado en su libro *Introducción al Derecho*, Tercera Edición, Librería Editorial “Juventud” La Paz-Bolivia 1977, página 70 – no es sino la aspiración ínsita en el Derecho de su normal y regular observancia, respaldado por la conciencia colectiva de su inviolabilidad, aunque, por tratarse de mandatos de conducta, es susceptible de ser incumplido, o como dice dicho autor “(...) *la frase ‘pretensión de inviolabilidad’ salva la contradicción que se presenta entre la naturaleza normativa del derecho, quebrantable por definición y el calificativo de ‘inviolabilidad’ o ‘regularidad inviolable’ con que se trata de expresar su postulación de ser acatado y cumplido por todos los comprendidos en sus disposiciones, inclusive el propio legislador, sin ninguna excepción ni privilegio (...)*”.

En efecto, como el Derecho esta dado para las personas que gozan de libre albedrío de acatarlo, su violación no afecta la esencia y razón de ser del mismo y por el contrario, mientras más se lo incumpla es cuanto más surge la conciencia y exigencia colectiva de su observancia y el clamor popular de que se restablezca el Estado de Derecho.

Respecto al Derecho Comunitario El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas dice que constituye “*un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros (...) el Tratado no se limita a crear obligaciones recíprocas entre los diferentes sujetos a los que se aplica, sino que establece un orden jurídico nuevo que regula los poderes, derechos y obligaciones de dichos sujetos así como los*

procedimientos necesarios, para comprobar y sancionar toda violación eventual...”. Así mismo dice: “La Comunidad no es sólo una construcción jurídica, sino que persigue sus objetivos utilizando exclusivamente un nuevo Derecho, llamado Derecho Comunitario, que se caracteriza por ser un Derecho autónomo, uniforme para todos los países miembros de la Comunidad, distinto del Derecho nacional a la vez que superior a éste, y cuyas disposiciones son en gran parte directamente aplicables en todos los Estados miembros.”²³.

Axiología Jurídica

Las normas jurídicas, como elemento objetivo del Derecho, no constituyen mandatos **imperativos** hipotéticos fríos, sino que se inspiran en ciertas cualidades ideales para plasmarlas en realidad, dentro de la convivencia humana, los valores sociales que constituyen el basamento del Derecho.

Los valores son ciertas cualidades inmateriales, captadas por la conciencia estimativa y que se constituyen en principios actuantes del quehacer humano que pugnan por adherirse a las cosas para convertirlas en cosas preciosas **y valiosas**; así el escultor capta estas cualidades y luego inspirado en ellas convierte por ejemplo un trozo de mármol, quitándole todo lo que le sobra, en un objeto precioso de arte valioso.

Los valores sociales, entre ellos la justicia, llamados así porque para su aplicación requieren del concurso de dos o más personas, a quienes vincula, están constituidos también por ciertas cualidades inmateriales, que son captadas por la conciencia estimativa en mayor o menor grado, según la vocación de cada persona, y que, una vez insertos en nuestro ser, se convierten en principios actuantes de conducta humana que exigen su pronta materialización.

Estos principios iluminan y presiden la elaboración del Derecho, orientan a los jueces y abogados en la aplicación de los preceptos jurídicos y en suma incitan a los pueblos y a las

²³ <http://www.curia.eu.int/es/pres/jeu.htm>

personas que viven en sociedad al acatamiento de las normas de derecho imperantes en un momento y espacio dados.

La justicia, en el pináculo de los valores sociales se encuentra la justicia, cuyo concepto, dar a cada cual lo suyo, desde los tiempos de Platón y Aristóteles se lo ha venido dando combinando los **principios de armonía, proporcionalidad e igualdad**, resaltando el primero que enlaza a los otros, como uno de los instrumentos más preciados del quehacer humano, no solo en las relaciones interindividuales o personales sino, con mayor énfasis en las colectivas y en particular en las actividades del Estado.

Al respecto, el sabio Filósofo Chino Confucio (28 de septiembre de 551 a.c a 470 a.c) resaltaba el **principio de la armonía** cuando indicaba que la función de un buen gobernante debe ser como la de un director de orquesta que, con su habilidad en el manejo de la batuta, consigue armonizar los tonos de los diferentes órganos para obtener una melodiosa sinfonía; de igual manera el gobernante debe lograr armonizar el funcionamiento de los órganos del Estado para conseguir un buen gobierno.

El tratadista y jurisconsulto alemán Rudolf Von Ihering, en su opúsculo "La Lucha por el Derecho", con relación al tema de la justicia expresada en la figura de la Diosa Themis, dice: *"el derecho es una idea practica, es decir indica un fin y como toda idea de tendencia es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio... la lucha y la paz; La paz es el término del Derecho la lucha es el medio para alcanzarla... de ahí porque la justicia que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho sostiene en la otra la espada para*



hacerlo efectivo. La espada, sin balanza, es la fuerza bruta y la balanza sin la espada es el derecho en su impotencia: se completan recíprocamente; y el derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza”, a lo que habría que agregar que, cuando la lucha consigue el objetivo del derecho que es la paz, logrado el cambio, “la única servidumbre que no mancha es la servidumbre a la ley”, pensamiento este atribuido al Gran Franz Tamayo, que se mantendría vigente mientras subsistan las circunstancias que dieron lugar a esa paz, que es la consecución del Derecho.

Sin embargo, cualquier esfuerzo por lograr un concepto unívoco es muy difícil por lo relativo e inalcanzable que es el valor justicia, que también ha llevado a decir que la justicia es como la estrella polar, que si bien sirve al navegante para conducir sus barcos de un puerto a otro de los océanos, no obstante nadie pretendería alcanzarla.

Otros tratadistas como el Dr. Nelson Ramírez Jiménez, al referirse a Las 3 caras de la Diosa Themis, en su trabajo Excesiva Onerosidad, páginas del 207 al 211, del libro Temas del Derecho Contractual, bajo la Dirección de Manuel de La Puente y Lavalle y Jorge Muñiz Ziches – Cultura Cusco S.A. Editores, implícitamente advierte la fragilidad y la relatividad de la justicia, cuando describe sus fases apoyado en casos objetivos, así:

La primera con los ojos vendados, que no le permite ver la realidad y consecuentemente aplica de memoria las normas, lo que le induce a errores y muchas veces a grandes injusticias, como aconteció con el caso de un extranjero en la ciudad amurallada de Frentana en la que, estando prohibido a los extranjeros el subir a su muralla bajo pena de muerte, uno de ellos sofocado por el calor la trepa en busca de aire fresco, con tal coincidencia, que divisa que los enemigos de la ciudad se aprestaban a tomarla. El oportuno aviso de tal situación repele la invasión y convierte al extranjero en su héroe momentáneo, a quien lo llenan de

honoros, aunque al día siguiente lo someten a proceso y lo castigan con la pena de muerte, como estaba prevista en la ley, con lo que ejecutan a su propio héroe.

La segunda fase corresponde a la Diosa Themis, desvendada aunque iracunda, irritada por el resplandor de la espada que la empuña firmemente a la altura de su cara que la hace sombría, cuyo caso se presenta en un cuartel donde dos soldados salen al campo para traer forraje para los animales, resultando que uno solo de ellos retorna a la hora establecida, haciendo presumir que el otro habría sido victimado, lo que motiva se levante contra aquel proceso sumario que concluye con sentencia de pena de muerte. Sin embargo cuando se estaba por ejecutar la misma, apareció el soldado retrasado, lo que razonablemente hizo que el centurión suspendiera la ejecución a fin de informar de lo sucedido al superior jerárquico, el general romano Pisón, que se caracterizaba por estar siempre mal humorado, quien al recibir la información, iracundo y energúmeno, dispuso la ejecución de los tres involucrados en dicho suceso: al primero, por haber ya recibido sentencia, al segundo, por haberla provocado y al tercero, el centurión, por no haber ejecutado la sentencia, resultando de ello que la justicia iracunda, no obstante de estar desvendada, resulta peor que la anterior, pues castiga injusta e indiscriminadamente. Finalmente,

La tercera faceta, igualmente desvendada, pero sonriente y benevolente, con nariz aguileña y ojos profundos y escrutadores, a la que le toca resolver un caso de uxoricidio castigado también con la pena de muerte, donde se presenta una señora que se declara culpable de haber victimado a su marido por haber asesinado a su hijo, hijastro de aquel, argumentando que al ver tan horrible cuadro no pudo contener su reacción. Ante tal situación la diosa Themis, investiga y escruta los hechos y los valora minuciosamente y aunque tiene que aplicar la pena de muerte a la uxoricida, porque así lo manda la ley; sin embargo, dispone que su ejecución se practique después de los cien años, lo que materialmente es imposible por lo limitado de la vida humana,

resultando de ello la justicia en su impotencia, tardía e ineficaz.

Como se puede observar, si bien las tres facetas de la Diosa Themis no satisfacen los ideales de justicia, cuyos excesos y defectos de su distorsión debe evitarse y no tolerarse, sin embargo son criterios de referencia que con otros pensamientos que enriquecen este importante tema, se podría intentar dar un concepto sobre la justicia, diciendo:

La justicia es el conjunto de cualidades inmateriales que captadas por la conciencia estimativa e inspiradas por la Diosa Themis – en la que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza – se convierten en principios actuantes de conducta en procura de que cada cual haga lo que le corresponde de acuerdo a sus aptitudes y responsabilidades (armonía), contribuya al sostenimiento de la sociedad y del Estado de acuerdo a sus capacidades económicas (proporcionalidad), y reciba sus retribuciones y honores, según sus méritos y de acuerdo a sus necesidades (igualdad), a fin de que reine la paz social que es la meta del Derecho.

10. Fuentes del Derecho Comunitario

El ordenamiento jurídico comunitario conformado por las normas primarias, constitutivas o constitucionales y sus normas derivadas, es la fuente escrita esencial y principal del Derecho Comunitario, con los caracteres ya indicados. No obstante de ser autónomo, sin embargo para su aplicación requiere el concurso y cooperación de los ordenamientos jurídicos nacionales, a los cuales se integra, como Derecho Positivo, por la vertiente del Derecho Comunitario.

En un sentido específico son **fuentes primarias** del Derecho Comunitario Andino, según lo previsto por los literales a) y b) del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal: el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus protocolos modificatorios, a los

que debe agregarse el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino; son **fuentes derivadas**, conforme a los literales c), d) y e) del citado artículo 1, las normas dictadas por los órganos supranacionales del Sistema Andino de Integración en ejercicio de las competencias asignadas por los Tratados Constitutivos: Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y Resoluciones de la Secretaría General así como los convenios de complementación industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Al respecto como dice el profesor Alberto Zelada Castedo, en su obra Derecho de la Integración Económica Regional “(...) *el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, pueden ser considerados como verdaderos instrumentos constitucionales del esquema de integración... forman parte del Derecho originario (...) Los modos no convencionales de creación de normas de derecho (...) consisten en los actos de aquellos órganos de la estructura institucional (...) que han sido dotados de poderes normativos, en virtud de las disposiciones de los tratados constitucionales. De ésta fuente surgen por regla general las normas del derecho derivado*”.²⁴

Además de las fuentes mencionadas, se tiene, entre otras:

Principios Generales del Derecho, que constituyen una fuente importante del Derecho Comunitario que sirve para llenar sus lagunas jurídicas que se pueden presentar dada la peculiar estructura, características, finalidades y objetivos del proceso de integración, teniendo presente que las competencias para normar el vasto campo del mismo no siempre están desarrolladas específicamente en normas escritas, de donde resulta necesario recurrir a los principios generales del derecho, que consiste en la búsqueda, elección y aplicación de los fundamentos o razones que hacen posible

²⁴ Zelada Castedo, Alberto. **Derecho de la Integración Económica Regional**, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la integración de América Latina BID-INTAL, Buenos Aires-Argentina. 1986.

la comprensión y solución del problema o caso concreto, de donde a la vez emerge la **jurisprudencia**. Según Guy Isaac: *“permite elegir, prácticamente con toda independencia en los otros sistemas jurídicos, y sobre todo en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, los principios y las reglas que decida aplicar es decir incorporar en el orden jurídico comunitario, citando entre ellos los derechos fundamentales de la persona; el libre ejercicio de las actividades económicas y profesionales; la seguridad jurídica; la confianza legítima; la claridad y precisión del Derecho; los derechos de la defensa, de igualdad y de proporcionalidad (...)*”²⁵.

El **concepto de principio** lo desarrolla con toda amplitud el Ex Magistrado, Moisés Troconis Villarreal, de la siguiente manera: *“(...) La comprensión de un fenómeno jurídico al igual que cualquier otro fenómeno depende de que tenga sentido. El sentido de un fenómeno depende de la existencia de razones suficientes que le sirvan de fundamento. A la razón primera que sirve de fundamento a un fenómeno se le llama principio. Así, principio es la razón primera que sirve de fundamento a un fenómeno, que lo dota de sentido y que permite su comprensión*”²⁶; dentro de cuyo contexto se puede explicar los fundamentos o razón de ser del análisis de los diferentes temas de la integración y los conceptos básicos que son desarrollados en este trabajo.

La Jurisprudencia, es otra de las fuentes del Derecho Comunitario, que es la comprensión de la norma comunitaria que surge de la apreciación que hace el Juez sobre el sentido y alcance de la misma a tiempo de aplicarla al caso concreto. La jurisprudencia, en los casos de interpretación prejudicial es *vinculante para el caso concreto*, por cuya virtud los criterios emitidos por el Tribunal Comunitario deben ser aplicados obligatoriamente por el juez nacional solicitante al dictar la correspondiente sentencia, conforme lo dispone el artículo 127 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

²⁵ Isaac, Guy. Ob. Cit.

²⁶Troconis Villarreal, Moisés. Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación jurídica, Tribunal Supremo de justicia, Serie Eventos N°. 3, Caracas-Venezuela, 2001.

En consecuencia, la jurisprudencia, como sostiene el Ex Magistrado Chahin, tiene dos clases de efectos “*El uno, de carácter eminentemente judicial, generado dentro del proceso de aplicación directa de la norma comunitaria por parte del Tribunal cuando actúa y resuelve casos concretos sometidos a su decisión en ejercicio de las acciones judiciales que le son propias (...) El otro, de carácter prejudicial e indirecto (...) que es el que se produce en la absolución de consultas prejudiciales cuando le señala al juez nacional (...) criterios obligatorios para interpretar la norma comunitaria que deba aplicar en la resolución de la controversia sometida a su jurisdicción*”.²⁷

11. Integración Intergubernamental: MERCADO COMÚN DEL SUR “MERCOSUR”

La integración intergubernamental, es otra rama de la vertiente voluntaria de integración, que también persigue un mercado común, pero donde los Países Miembros no hacen cesión del ejercicio de parte de su soberanía y por tanto no contribuyen a la formación de una soberanía compartida y al consiguiente surgimiento de un organismo supranacional, con un orden y un ordenamiento jurídico comunitario **propios**, con sus correspondientes caracteres y principios: autonomía, aplicación inmediata, efecto directo, primacía y otros, propios del Derecho Comunitario; en consecuencia las decisiones que adoptan y aprueban los órganos que conforman la estructura de estos organismos intergubernamentales, para convertirse en normas jurídicas obligatorias requieren, **salvo algunas excepciones**, que sean incorporadas al derecho interno de los Países Miembros, cuyas controversias se resuelven por la vía arbitral. Dentro de este tipo de integración se encuentra el MERCOSUR.

²⁷**Testimonio Comunitario**, Doctrina-Legislación-Jurisprudencia. Trabajo del Magistrado Guillermo Chahín Lizcano: Criterios Jurisprudenciales establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, agosto 2004.

El Mercado Común del Sur, fue creado por el Tratado de Asunción, el 26 de marzo de 1991, por los representantes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; dicho instrumento constitutivo es uno de los denominados “acuerdos de alcance parcial”, previstos por el tratado de ALADI (**Art. 7 al 10**) y fue inscrito en éste organismo como Acuerdo de Complementación Económica (ACE). Tiene su génesis en la declaración de Foz de Iguazú suscrita en el año 1985 entre Argentina y Brasil por la que se crea la Comisión Mixta de Alto Nivel para la integración de ambos Estados, así como en los acuerdos de complementación económica N° 14 de 1990 suscrito entre Argentina y Brasil y N° 18 suscritos entre dichos países y Uruguay y Paraguay, referidos a la reducción de aranceles se concretiza y materializa en el referido Tratado de Asunción de 26 de marzo de 1991, que crea el Mercado Común del Sur “MERCOSUR”, entre la República de Argentina, República Federativa del Brasil, República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, que por disposición de su artículo 23, se lo denomina “Tratado de Asunción”. Consta de 24 artículos y 5 Anexos que se refieren:

I PROGRAMA DE LIBERACIÓN COMERCIAL, con 19 artículos; II REGIMEN GENERAL DE ORIGEN con 29 artículos; III SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS con 3 artículos; IV CLAUSULA DE SALVAGUARDIA, con 7 artículos; y V SUBGRUPOS DE TRABAJO DEL GRUPO MERCADO COMÚN. Ha sido complementado por los siguientes Protocolos: de Brasilia, de Ouro Preto, de Olivos y otros, así como por normas derivadas provenientes de las Decisiones del Consejo Mercado Común, Resoluciones del Grupo Mercado Común y Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, constituyendo todos ellos el Derecho de Integración Intergubernamental del MERCOSUR.

Como dice el citado tratadista Ekmekdjian, desde la firma del Tratado de Asunción, se preveía que el mercado común debía estar conformado hasta el 31 de diciembre de 1994, logrando una progresiva eliminación de barreras arancelarias entre los Estados miembros, período denominado de transición; posteriormente en 1994 por el Protocolo de Ouro Preto queda

definida la estructura institucional del MERCOSUR, que es dotado de personalidad jurídica internacional.

El Mercado Común tiene tres objetivos fundamentales: **(1)** libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países firmantes del Tratado de Asunción mediante, entre otras medidas, la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones para arancelarias; **(2)** fijación de una tarifa externa común y adopción de una política comercial común con relación a terceros países o bloques regionales, y coordinación de las posiciones en foros comerciales de la región e internacionales; **(3)** coordinación de políticas macroeconómicas y de comercio exterior, agrícolas, industriales, fiscales, monetarias, cambiarias y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones, y otras que se acuerden en el futuro, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados parte, lo que denota que cumplidas las etapas previas de todo sistema de integración económica se llegaría a un mercado común.

Adicionalmente se han suscrito otras Declaraciones y Protocolos entre ellos: Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, Protocolo de Adhesión de Bolivia y Chile, Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático, Declaración Política del MERCOSUR, Bolivia y Chile como zona de Paz, Protocolo de Olivos de 18 de febrero de 2002 que crea el Tribunal Permanente de Revisión, Protocolo Modificador del Protocolo de Olivos, Protocolo de Adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia al MERCOSUR, de 7 de diciembre de 2012, entre otros.

En el año 2000, los Estados Partes del MERCOSUR decidieron encarar una nueva etapa en el proceso de integración regional, la cual se denomina "RELANZAMIENTO del MERCOSUR" y tiene como objetivo fundamental el reforzamiento de la Unión Aduanera tanto a nivel intracomunitario como en el relacionamiento externo.

En este marco, los Gobiernos de los Estados Partes del MERCOSUR reconocen el rol central que tienen la convergencia y la coordinación macroeconómica para avanzar profundamente en el proceso de integración.

Asimismo, en la agenda del relanzamiento del MERCOSUR, los Estados Partes decidieron priorizar el tratamiento de las siguientes temáticas, con el objetivo final de profundizar el camino hacia la conformación del MERCADO COMUN DEL SUR:

- Acceso al mercado
- Incentivos a las inversiones, a la producción, a la exportación, incluyendo las Zonas Francas, admisión temporaria y otros regímenes especiales;
- Arancel Externo Común ;
- Defensa Comercial y de la Competencia ;
- Solución de controversias;
- Incorporación de la normativa MERCOSUR;
- Fortalecimiento institucional del MERCOSUR;
- Relaciones externas.

Se ha avanzado en varios de estos temas, como por ejemplo con el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, lo que demuestra la voluntad de los Estados Partes de continuar la consolidación y profundización del MERCOSUR.

La estructura definitiva del MERCOSUR, surge de los artículos 1 y 2 del mencionado Protocolo de Ouro Preto que consta de 53 artículos con un Anexo sobre PROCEDIMIENTO GENERAL PARA EL RECLAMO ANTE LA COMISIÓN DE COMERCIO DEL MERCOSUR que tiene 7 artículos. El artículo primero del referido Protocolo establece la estructura institucional del organismo, al disponer: *“La estructura institucional del Mercosur contará con los siguientes órganos:*

- I. El Consejo del Mercado Común (CMC);*
- II. El Grupo Mercado Común (GMC);*
- III. La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM);*
- IV. La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC);*

- V. *El Foro Consultivo Económico-Social (FCES);*
- VI. *La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM);*

Parágrafo único - Podrán ser creados, en los términos del presente Protocolo, los órganos auxiliares que fueren necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración.”

El artículo segundo, dispone que: *“Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR”.*

El **Consejo del Mercado Común** es el órgano supremo del MERCOSUR, conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los Estados Parte, que deben reunirse al menos una vez al año; sin embargo, una vez por semestre se conforma un Consejo Ampliado al cual se suman los mandatarios de los países miembros, correspondiéndole la conducción política de MERCOSUR, así como la toma de decisiones que aseguren el cumplimiento de los plazos y objetivos para su constitución definitiva; se expresa mediante Decisiones.

Compartimos la observación que hace el citado autor Ekmekdjian, cuando en la página 214 de la obra citada, dice: *“existen incompatibilidades en las normas constitutivas, por ejemplo el Art. 9 del Protocolo citado establece que las decisiones del Consejo del Mercado Común son obligatorias, de ésta afirmación parecería desprenderse implícitamente la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno de los Estados, sin embargo la obligatoriedad no implica aplicación inmediata sino que al contrario, los Estados miembros deben dar el exequátur a las normas comunitarias emanadas de los órganos del MERCOSUR, en otras palabras deben incorporarlas a su Derecho interno.”.*

El **Grupo Mercado Común** es el órgano ejecutivo del MERCOSUR, debe velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus protocolos complementarios y de las

decisiones adoptadas por el Consejo Mercado Común. Está integrado por cuatro miembros titulares y cuatro alternos por cada país, designados por los respectivos gobiernos, dentro de los cuales deben estar representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio de Economía y del Banco Central; se expresa por Resoluciones. Se reúne cuantas veces sea convocado.

Entre sus principales funciones y atribuciones, además de las ya mencionadas, se tiene: proponer proyectos de Decisiones y una vez aprobadas cuidar por su cumplimiento; elaborar y ejecutar programas de trabajo, creando los subgrupos de trabajo que correspondan; aprobar el presupuesto y la rendición sobre su ejecución que presente la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, adoptando las Resoluciones pertinentes sobre aspectos económicos y financieros; supervisar las actividades de la Secretaría Administrativa de MERCOSUR; elegir al Director de la Secretaría Administrativa de MERCOSUR para su posterior designación por el Consejo del Mercado Común; negociar por delegación expresa del Consejo del Mercado Común y con participación de los representantes de todos los Estados Parte, acuerdos en Nombre del MERCOSUR, con terceros países, grupos de países u organismos internacionales, y otras previstas por el artículo 14 del Protocolo Ouro Preto.

La **Comisión de Comercio del MERCOSUR**, está integrada por cuatro miembros titulares y cuatro alternos, por cada Estado parte y será coordinada por los ministerios de Relaciones Exteriores, se reunirá por lo menos una vez al mes o siempre que les fuera solicitado por el MERCOSUR, o cualquiera de los Estados partes.

Es llamada a asistir al Grupo Mercado Común y encargada de velar por la aplicación de los instrumentos de la política comercial común, acordada por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como hacer el seguimiento de los temas relacionados con la políticas comerciales comunes, con el comercio intra-MERCOSUR y con terceros países.

Entre sus funciones, además de las señaladas precedentemente, se tiene: Considerar y pronunciarse sobre las solicitudes presentadas por los Estados parte respecto a la aplicación y cumplimiento del arancel externo común y tomar las determinaciones que correspondan, proponiendo al Grupo Mercado Común las modificaciones o nuevas normas en materia comercial y aduanera, así como otras contempladas en los artículos 16, 19 y 21, del Protocolo Ouro Preto; este último artículo está relacionado con la función de la Comisión de Comercio respecto a la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del Mercosur originas por los Estados Partes o en demandas de particulares- personas físicas o jurídicas-.

La **Comisión Parlamentaria Conjunta**, tiene carácter consultivo, deliberativo y de formulación de propuestas, fue creada por el Art. 24 del Tratado de Asunción e incorporada a la estructura definitiva del MERCOSUR por el Art. 22 del Protocolo de Ouro Preto.

Es el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados partes, integrada por igual número de parlamentarios designados y representantes de dichos parlamentos.

Entre sus principales funciones, le corresponde: acelerar los procedimientos internos de incorporación de los actos normativos emanados de los órganos del MERCOSUR para su pronta entrada en vigor; coadyuvar en la armonización de las legislaciones tal como lo requiere el avance del proceso de integración; remitir recomendaciones al Consejo Mercado Común por intermedio del Grupo Mercado Común y examinar temas prioritarios que le sean solicitados por el Consejo. Se expresa mediante recomendaciones.

El **Foro Consultivo Económico Social**, es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales, y está integrado por igual número de representantes de cada Estado; se expresa mediante recomendaciones.

La **Secretaría Administrativa**, tiene su sede en la ciudad de Montevideo, está a cargo de un director de nacionalidad de uno de los Estados partes, electo por el Grupo Mercado Común, de forma rotativa, previa consulta a los Estados Partes, y designado por el Consejo de Mercado Común, con un mandato de dos años y no puede ser reelegido.

Es un órgano de apoyo operativo a los demás órganos del MERCOSUR, responsable de la prestación de servicios a los mismos. Entre sus principales actividades previstas en el artículo 32 del Protocolo Ouro Preto, se tiene las siguientes: Servir como archivo oficial de la documentación de MERCOSUR; realizar la publicación y difusión de **los actos normativos adoptadas** en el marco jurídico de MERCOSUR, informando a los Estados Partes sobre las medidas implementadas por cada país para incorporar en su ordenamiento jurídico **dichos actos** normativos emanados de los órganos de MERCOSUR, previstos en **el** artículo 2 del Protocolo Ouro Preto; organizar los aspectos logísticos de las reuniones de los órganos de MERCOSUR; registrar las listas nacionales de los árbitros y expertos, y realizar las tareas que le corresponda dentro los procesos de solución de controversias, cuyas funciones, en gran parte, han pasado a la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión, por disposición del indicado Protocolo Modificatorio del Protocolo de Olivos; desempeñar las tareas que le sean encomendadas por el Consejo Mercado Común y Grupo Mercado Común, así como por la Comisión de Comercio de MERCOSUR; elaborar su proyecto de presupuesto y una vez aprobado por el Grupo Mercado Común realizar los actos necesarios para su correcta ejecución, presentando anualmente la rendición de cuentas al Grupo Mercado Común así como un informe sobre sus actividades.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR. ANTECEDENTES.-

Conforme a lo dispuesto por el artículo 3 del Tratado de Asunción: “Durante el periodo de transición, que se entenderá desde la entrada en vigor del presente Tratado hasta el 31 de

diciembre de 1994..., los Estados Partes adoptan...un sistema de Solución de Controversias, que consta en el...Anexo III... al presente Tratado". Al respecto dicho ANEXO dispone:

1. La solución de controversias que pudieran surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del Tratado serán resueltas mediante negociaciones directas. En caso de no lograr una solución, dichos Estados Partes, someterán la controversia a consideración del GMC, el que luego de evaluar la situación formulará en el lapso de sesenta días las recomendaciones pertinentes a las partes para la solución del diferendo. A tal efecto el GMC podrá establecer o convocar paneles de expertos o grupos de peritos con el objeto de contar con el asesoramiento técnico.

Si en el ámbito del GMC tampoco se alcanza una solución, se elevará la controversia al CMC, para que adopte las recomendaciones pertinentes.

2. Dentro de los ciento veinte días de entrada en vigor del Tratado el GMC, elevará a los gobiernos de los Estados Partes, una propuesta de Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el periodo de transición.

3. Antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptaran un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común.

En cumplimiento del punto tercero del Anexo III, del Tratado de Asunción, se suscribe el Protocolo de Brasilia el 19 de diciembre de 1991, sobre Solución de Controversias, que contempla negociaciones directas y la vía arbitral, lo que se reitera en el Protocolo Ouro Preto en su artículo 43, en cuyo Parágrafo Único, incorpora como parte del marco normativo: Tratado de Asunción, Acuerdos celebrados en el marco del mismo, Decisiones del Consejo del Mercado Común, Resoluciones del Grupo Mercado Común, disposiciones contempladas en los artículos 19 y 25 del Protocolo de Brasilia, a las Directivas de la Comisión de Comercio del

MERCOSUR, cuya interpretación aplicación o incumplimiento podrían ser objeto de solución de controversias.

Con relación a las funciones de la Comisión de Comercio MERCOSUR, el ANEXO AL PROTOCOLO DE OURO PRETO sobre el PROCEDIMIENTO GENERAL PARA RECLAMACIONES ANTE LA COMISION DE COMERCIO DEL MERCOSUR, le da facultades para intervenir en las reclamaciones de los Estados Partes y de los particulares – personas físicas o jurídicas-, estableciendo en sus 6 primeros artículos los pasos que se deben cumplir ante las Secciones Nacionales de la Comisión: la presentación de las reclamaciones, a través de la Presidencia Pro-Témpore, la participación de un Comité Técnico que en un plazo de 30 días debe elevar un dictamen conjunto sobre la materia, en base al cual la Comisión decidirá sobre la cuestión.

De no existir consenso en la primera reunión de la Comisión, ésta elevará al Grupo Mercado Común las distintas alternativas propuestas, la que se pronunciará en el plazo de 30 días. Si hubiere consenso sobre la procedencia de la reclamación, el Estado Parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas en la Comisión de Comercio del MERCOSUR o en el Grupo Mercado Común, dentro de un plazo razonable que fijaran estas. En caso de no cumplir, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, lo que deberá ser comunicado a la Secretaría Administrativa de MERCOSUR, para efectos de los trámites correspondientes.

El Protocolo de Ouro Preto, en su artículo 44, dispone que antes de culminar el proceso de convergencias del Arancel Externo Común, los Estados Partes efectuaran una revisión del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR, con miras a la adopción de un sistema permanente.

PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR, QUE CREA EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN.-

Es en cumplimiento de las disposiciones precedentes y sobre las bases del Protocolo de Brasilia que estuvo vigente por más de diez años, cuya normativa regulaba las negociaciones directas, la intervención del Grupo Mercado Común, el procedimiento arbitral y la participación de los particulares, personas naturales o jurídicas, que se elaboró y suscribió, el 18 de febrero de 2002, el PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR, que crea el TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN, con facultades de emitir Opiniones Consultivas y funciones arbitrales, así como de revisión de laudos arbitrales dictados por los Tribunales Arbitrales ad hoc; entró en vigencia el 2 de enero de 2004, cuyo artículo 55 derogó tanto el Protocolo de Brasilia como su Reglamento aprobado por la Decisión N° 17/98 del Consejo Mercado Común.

Protocolo Modificadorio.-

Dicho protocolo, reglamentado por la Decisión CMC 37/03, ha sido modificado parcialmente por el Protocolo Modificadorio del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, de 19 de enero de 2007 que en su parte de Vistos y Considerativa, previendo a las futuras alteraciones en el número de Estados partes, indica que se debe modificar los artículos 18, 20 y 43 del Protocolo de Olivos, ajustar su reglamento contenido en la Decisión CMC 37/03, así como transferir a la Secretaría del Tribunal algunas tareas asignada a la Secretaría Administrativa de MERCOSUR, lo que se lo hace a través de sus 4 artículos.

Antes analizar las normas del Protocolo de Olivos considero necesario referirnos, de una manera general, al **tribunal arbitral**, órgano típico del Derecho Internacional Público, normado por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del 17 de diciembre de 1991, **que** no es de carácter permanente y como observa Ekmekdjian: *“La principal (y casi única) diferencia entre estos y el Tribunal Arbitral del MERCOSUR, consiste en que la jurisdicción de éste es obligatoria ipso facto, para los Estados Miembros...*

Sin embargo no es un tribunal permanente en cargos ad vital o bien por un número determinado de años. Al contrario es un tribunal 'ad hoc', es decir, integrado para cada caso concreto, por 3 árbitros escogidos de una lista de 40 juristas... es un Tribunal nómada no da las garantías necesarias para la consolidación del Derecho Comunitario a través de la jurisprudencia, que es su función esencial... la naturaleza jurídica de los órganos del MERCOSUR responde a la de los organismos intergubernamentales, alejándose de aquellos que pueden funcionar con cierta independencia de los gobiernos. Creo que esto es un error de ingeniería institucional, porque retarda el proceso de integración, al requerir, cada vez, la unanimidad de voto (consenso)(...)"

La observación del Ilustre tratadista Ekmekdjian, de alguna manera y en parte, ha sido superada por el referido **Protocolo de Olivos** que crea el **Tribunal Permanente de Revisión**, con sede en la Ciudad de Asunción-Paraguay, conformado según su artículo 18, por 5 árbitros, 4 de los cuales son designados por cada uno de los Estados Partes, con su respectivo suplente, por un periodo de 2 años, renovables por no más de dos periodos, y el quinto árbitro designado por unanimidad de los Estados Partes, por 3 años, no renovable salvo acuerdo en contrario.

Esta estructura ha sido modificada en parte por el artículo 1 del referido Protocolo Modificadorio que, en previsión de que aumente el número de Estados Parte, sin indicar el número de los mismos, en forma genérica dispone un (1) árbitro por cada Estado Parte y para el caso de que el número total sea par, se designará por unanimidad uno (1) adicional.

Los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión, una vez que acepten su designación, deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque. (Art. 19 P.O.),

Por lo menos tres (3) meses antes del término del mandato de los árbitros, los Estados Parte deberán manifestarse respecto a su renovación o proponer nuevos candidatos. En caso que

expire su mandato estando atendiendo una controversia, deberá permanecer en funciones hasta la conclusión de la misma.

Con relación al sorteo de los 3 árbitros previsto en el artículo 20 del Protocolo de Olivos, esta tarea se la transfiere de la Secretaría Administrativa de MERCOSUR a la Secretaría del Tribunal, por el indicado Protocolo Modificadorio.

El artículo 3 del citado Protocolo, modifica el artículo 43 del Protocolo de Olivos, con nueva redacción sobre el número del Grupo de Expertos en sentido de que estará compuesto por 3 miembros designados por el GMC y para constituir la lista de expertos, cada Estado Parte acreditará 6 personas.

Finalmente el artículo 4 de dicho Protocolo, modifica también el artículo 48 del Protocolo de olivos, disponiendo que el Tribunal Permanente de Revisión contará con una Secretaría, cuyas funciones serán reglamentadas, a la que pasan las funciones de la Secretaría Administrativa de MERCOSUR, previstas en los Capítulos VI al IX y XII, con excepción de la Comunicación al GMC.

Sin embargo, dicho Tribunal mantiene su carácter interestatal, por lo que considero que aún es pertinente la citada observación del Tratadista Miguel Ángel Ekmekdjian, toda vez que queda mucho camino por recorrer para que este Tribunal de Revisión llegue a contribuir a la plena institucionalización del sistema de integración Intergubernamental del MERCOSUR, como lo ha logrado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como órgano supranacional de vital importancia para el proceso de integración.

Sistema de Solución de Controversias previsto en el Protocolo de Olivos.-

Por las razones mencionadas, procuraremos desarrollar en forma detallada el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, en lo posible, con un análisis crítico y comparativo con relación al sistema de solución de

controversias vigente en la Comunidad Andina, a fin de contribuir con sugerencias a lograr la articulación, convergencia, complementariedad, coordinación e integración de ambos sistemas **que dé lugar a un sistema mixto de solución de controversias: intergubernamental y supranacional, como apoyo al éxito de la Unión de Naciones Suramericanas**, como órgano trascendental para su institucionalización, como sugerimos más adelante.

La solución de controversias normado por el Protocolo de olivos, como se dijo precedentemente, en su estructura normativa, mantiene similar sistema tradicional mixto: negociaciones directas, con intervención de órganos facilitadores y la vía arbitral, agregando a esta última una instancia de revisión, aunque prevé la elección de foro, que puede ser el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR, a elección de la parte demandante, conforme lo prevé el artículo 2 de dicho protocolo. Esta opción es muy criticada, toda vez que no contribuye a lograr la plena institucionalidad de este sistema de integración, lo que no sucede, por ejemplo en la Comunidad Andina, donde el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, prohíbe terminantemente a los Países Miembros recurrir a otros medios de solución de controversias, que no sean los previstos en el Tratado.

Opinión Consultiva.-

Introduce un débil instrumento de control de legalidad, que se podría conseguir a través de las Opiniones Consultivas, previsto en el artículo 3 del mismo protocolo, cuyo desarrollo se encomendó al Consejo del Mercado Común, el que al aprobar el Reglamento del Protocolo de Olivos, por Decisión del Consejo del Mercado Común 2/07, en lugar de fundamentar su trascendencia y afianzarla, le ha restado importancia al disponer que no es vinculante, a diferencia de lo que acontece en la Comunidad andina, donde el Tribunal Andino tiene expresas facultades para declarar el Derecho

Comunitario, garantizar el mismo en su interpretación y aplicación **uniforme** y ejercer el control de legalidad de las normas comunitarias derivadas y de los actos de los Órganos del Sistema de Integración, a través de la Acción de Nulidad, la Excepción de Inaplicación y del recurso de la Interpretación Prejudicial que es vinculante, asegurando que la norma comunitaria no solo sea común en su generación sino también en su aplicación uniforme, (dichas acciones y recursos se encuentran desarrollados en la segunda parte de este libro).

No obstante, la Opinión Consultiva, a nuestra manera de ver, tiene cierta semejanza con la Interpretación Prejudicial, aunque en cuanto a sus requisitos y procedimiento, advertimos que es más formal, limitada y con muchas exigencias con relación a la referida Interpretación Prejudicial de la Comunidad Andina, que es sencilla y sin mayores formalidades.

En efecto, corresponde al Tribunal Permanente de Revisión, integrado con todos sus miembros, conocer y absolver estas Opiniones Consultivas, respecto a cualquier cuestión jurídica comprendida dentro del marco jurídico de MERCOSUR: Normas Constitutivas conformadas por el Tratado de Asunción, Protocolo Ouro Preto, Protocolo de Olivos y protocolos y acuerdos suscritos con base al Tratado fundacional de Asunción; y las normas derivadas integradas por las Decisiones del Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, que en su conjunto constituyen el Derecho de Integración Intergubernamental del MERCOSUR.

Se la solicita por escrito por ante la Secretaría del Tribunal y debe contener en forma clara y precisa las cuestiones sobre las cuales se pide la opinión, las razones que la motivan, las normas jurídicas de MERCOSUR relacionadas con la solicitud y toda la documentación que respalde y amerite la misma.

Respecto al procedimiento, el Tribunal elegirá, de entre sus miembros, al Árbitro que actuará como relator y el Tribunal deberá emitir la Opinión Consultiva impetrada en el plazo de 45 días, a partir del momento de la recepción de la solicitud, pudiéndose reunirse en Sala Plena o funcionar mediante el intercambio de comunicaciones a distancias, a través de los medios idóneos pertinentes, teniendo en cuenta que si bien dicho Tribunal es permanente en cuanto a sus funciones, sin embargo los Árbitros que lo conforman solo están disponibles a los requerimientos del mismo.

En cuanto a la legitimación activa para solicitar la Opinión consultiva, esta es muy limitada y formal, toda vez que solo corresponde:

A los Estados Partes en su conjunto, mediante un procedimiento interno en el que el país que así lo requiera deberá conseguir la participación conjunta de los demás, para lo que les presentará un proyecto de solicitud a fin de consensuar su contenido para luego, el Presidente Pro Tempore la redacte y presente al Tribunal Permanente de Revisión, por ante su Secretaría;

A los Órganos Decisorios de MERCOSUR previstos en el artículo 2 del Protocolo Ouro Preto: Consejo Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio del MERCOSUR, que deben acompañar las actas en las que conste el acuerdo unánime de hacer uso de la consulta;

A los Tribunales Superiores de Justicia con jurisdicción nacional de los Estados partes, cuya solicitud se deberá circunscribir exclusivamente a la interpretación de la normativa jurídica de MERCOSUR vinculada a la causa concreta que se tramita en el poder judicial del Estado Parte solicitante, limitando al juez de la causa dirigirse directamente al Tribunal, como se permite en la Interpretación Prejudicial prevista en la Comunidad Andina, lo que supone una tamización y control de parte de los órganos superiores de justicia a dicho mecanismo, que frena su efectividad.

Ámbito de aplicación de la solución de controversias.-

Con relación a este tema, el artículo 1 del referido Protocolo de Olivos, inicialmente y en forma restringida, parecería que solo toma en cuenta a los Estados partes, respecto a las controversias que surjan sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del marco normativo o Derecho de Integración Intergubernamental de Mercosur, conformado, como ya dijimos, por: el Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto, Protocolo de Olivos y protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, los que pueden ser sometidas a los procedimientos establecidos en el indicado protocolo; se excluye de dicho marco normativo, a los particulares, toda vez que estos solo pueden hacerlo, respecto a las disposiciones de carácter restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, que emitan los Estados Partes, contrario al ordenamiento jurídico de MERCOSUR, y que les perjudique en sus derechos e intereses legítimos. Esta limitación pareciera que también se extiende respecto a la etapa arbitral.

Dicho procedimiento comprende, entre otras regulaciones, las negociaciones directas con participación optativa del Grupo Mercado Común, conforme lo establecen los artículos 4 al 7 del indicado protocolo; y la vía arbitral normada por los artículos 9 y siguiente del mismo.

Solución de Controversias entre Estados Partes:

Negociaciones directas.-

Es un mecanismo clásico utilizado en el Derecho Internacional Público, en la solución de los diferendos que surgen entre los Estados, a fin de conseguir la solución pacífica de los mismos.

Este mecanismo ha sido utilizado por MERCOSUR desde su constitución por el Tratado de Asunción y ha sido mantenido

en todos sus protocolos complementarios y modificatorios. Consiste en el diálogo directo a través del cual los Estados partes en disputa, haciendo concesiones recíprocas a sus pretensiones, que no siempre están respaldadas por la normativa integracionista, logran superar sus divergencias que perjudican u obstaculizan sus normales relaciones dentro del proceso de integración, con la intervención optativa de un órgano facilitador y dentro de un plazo racional breve que, en caso de fracasar, conlleva y culmina con el arbitraje.

Al respecto, el artículo 4 del Protocolo de Olivos, pide a los Estados partes que procuren resolver sus controversias por la vía de las negociaciones directas, para lo que el Estado Parte que decida hacer uso de este mecanismo debe comunicar a la otra parte tal determinación, a partir de cuyo momento se computará el plazo no mayor de 15 días, salvo acuerdo en contrario, en el que se debe desarrollar y concluir dichas negociaciones. Los Estados Partes deben informar al Grupo Mercado Común, a través de la Secretaría Administrativa, sobre las gestiones que realicen y los resultados logrados, conforme lo manda el artículo 5 de dicho Protocolo.

Si no se lograra un acuerdo satisfactorio, cualquiera de los Estados partes en la controversia podrá iniciar directamente el procedimiento arbitral. (Art.6-1 P.O)

Intervención optativa del Grupo Mercado Común.- Los Estados Partes en la controversias, no obstante de la facultad de hacer uso directamente del procedimiento arbitral, una vez concluida las negociaciones directas, de común acuerdo, tienen la opción de someterse a la participación del Grupo Mercado Común, como órgano facilitador, que evaluará la situación y dará oportunidad a las partes expongan los fundamentos de sus posiciones, requiriendo en su caso el asesoramiento del grupo de expertos seleccionados de la lista a la que se refiere el artículo 43 del Protocolo de Olivos, modificado por el artículo 3 de su Protocolo Modificadorio, en base al que formulará recomendaciones tendientes a la solución de la controversia, en un plazo no mayor de treinta días a partir de la reunión en que la controversia fue sometida

a su consideración, quedando, sin embargo, siempre expedita la vía arbitral. (Art. 6, 7 y 8 del P.O)

Procedimiento ante tribunales arbitrales ad hoc.-

Cuando la controversia no haya podido ser solucionada a través de las negociaciones directas, dentro de las orientaciones señaladas precedentemente, cualquiera de los Estados Partes incurso en las mismas podrán comunicar a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR su decisión de hacer uso del procedimiento arbitral, la que notificará de inmediato al Estado Parte involucrado en la controversia y al Grupo Mercado Común, teniendo a su cargo las gestiones administrativas que le sean requeridas para el desarrollo del procedimiento. Sin embargo, alguna de las funciones asignadas sobre esta materia a la Secretaría Administrativa de MERCOSUR, han sido transferidas a la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión, conforme lo dispone el artículo 4 del referido Protocolo Modificatorio.

Composición del Tribunal Arbitral ad hoc y designación de sus miembros.-

El procedimiento arbitral se sustancia ante el tribunal ad hoc, cuya *jurisdicción es obligatoria ipso facto, para los Estados Miembros*; está conformado por tres (3) árbitros, designados de la siguiente forma: Cada Estado parte en la controversia designara Un (1) arbitro titular y un suplente, de la lista de 48 árbitros registrada y a cargo de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, conforme al referido Protocolo Modificatorio, dentro del plazo de quince (15) días a partir del día en que ésta haya comunicada a los Estados partes en la controversia, la decisión de uno de ellos de recurrir al arbitraje. En el caso no hacerlo, la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión, según lo dispone el artículo 2 del indicado Protocolo Modificatorio, mediante sorteo de dicha lista, lo hará, dentro del término de dos días de vencido aquel plazo.

El tercer árbitro que ejercerá las funciones de Presidente del Tribunal, será designado de común acuerdo por los Estados partes en la controversia, de la lista de 12 árbitros que también se encuentra registrada y a cargo de la Secretaría del Tribunal, excluyendo los nombres de los árbitros que sean de nacionalidad de los Estados partes en la misma, quien deberá hacer conocer su aceptación dentro del plazo de tres días de su notificación con la designación. En caso de no lograrse el consenso, se procederá por sorteo de similar forma prevista para la designación de los anteriores árbitros. Corresponde a la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión hacer las notificaciones de los árbitros y otras diligencias de la que está encargada en el procedimiento arbitral, cuyo apoyo es por demás importante.

Lista de árbitros:

a) La conformación de la lista de árbitros para la designación de los árbitros que deben ser acreditados por cada Estado parte en la controversia, se la hará con la designación de 12 árbitros que cada Estado Parte acreditará, cuya lista, conjuntamente con el currículum vitae detallado de cada uno de ellos, será notificada simultáneamente a los demás Estados Partes, los que pueden pedir, a través del Presidente Pro Tempore, las aclaraciones u objeciones pertinentes dentro del plazo de 30 días a partir de dicha notificación, así como a la Secretaría del Tribunal, que es la encargada de notificar a los Estados Partes la lista consolidada de árbitros y sus sucesivas modificaciones y proceder a su registro.

b) La conformación de la lista de terceros árbitros se efectúa con base a 4 candidatos que cada Estado Parte propondrá para dicho objeto, de los cuales uno de ellos no deberá ser nacional de ninguno de los Estados Parte. La lista deberá ser notificada a los Estados Parte por medio del Presidente Pro Tempore, acompañado del currículum vitae de cada uno de ellos, a los efectos de las aclaraciones u objeciones que correspondan que puedan ser pedidas o presentados dentro del plazo de 30 días desde dicha notificación. De no llegarse a una solución prevalecerá la objeción.

La lista consolidada y sucesivas modificaciones serán notificadas por el Presidente Pro Tempore a la *Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* para su correspondiente registro y notificación a los Estados Partes.

Representante y asesores.-

Los Estados partes en la controversia designarán sus representantes ante el Tribunal Arbitral, así como sus asesores para la defensa de sus derechos, los que podrán unificar su representación en el caso de que sostuvieren la misma posición; asimismo pueden designar un árbitro común.(Art. 12 y 13 del P.O).

Objeto de la Controversia.-

El objeto de la controversia quedará determinado por las pretensiones contenidas en los escritos de presentación de la acción y de su contestación, que los Estados parte en la controversia lo hagan ante el Tribunal Arbitral ad hoc, que deben guardar coherencia y congruencia con las cuestiones y actuaciones realizadas en las etapas previas o negociaciones directas, no pudiendo ser ampliadas posteriormente, debiendo para tal efecto informar sobre las mismas al Tribunal Arbitral, haciendo una exposición de los fundamentos de hecho y de derecho que respalden sus respectivas posiciones y pretensiones. (Art. 14 P.O).

Medidas provisionales.-

A solicitud de parte interesada, el Tribunal, en atención de que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños graves e irreparable a una de las partes en la controversia, podrá dictar las medidas provisionales que considere apropiadas para prevenir tales daños, las mismas que pueden ser dejadas sin efecto en cualquier momento o en su caso persistir si el laudo arbitral fuera objeto de revisión, correspondiendo al Tribunal de

Revisión, en su primera reunión, resolver sobre su permanencia o cesación de las mismas.

Laudo arbitral.-

El Tribunal arbitral dictará el laudo que corresponda dentro del plazo de 60 días, prorrogable por un plazo máximo de 30 días, computables a partir de la comunicación efectuada por la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión a las partes y a los demás árbitros, informando sobre la aceptación por el árbitro presidente de su designación. (Art.16 P.O).

Debe ser adoptado por mayoría, debidamente fundada y suscripta por el Presidente y por todos los demás árbitros, quienes no pueden fundar votos en disidencia y deberán mantener la confidencialidad de la votación y de sus deliberaciones.

Obligatoriedad del laudo.-

El laudo es obligatorio para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación, debiendo ser cumplido en la forma y con el alcance con que fue dictado. La adopción de medidas compensatorias, no exime de la obligación de su cumplimiento. (Art. 27 O.P.).

Aclaración del laudo.-

Cualquiera de los Estados partes en la controversia, dentro del plazo de 15 días de la diligencia de notificación, podrá solicitar aclaración del laudo y sobre la forma en que deberá ser cumplido. El Tribunal se expedirá sobre el recurso dentro de los 15 días siguientes a la presentación de dicha solicitud, pudiendo otorgar un plazo adicional para el cumplimiento del laudo.

Fuerza de cosa juzgada.-

El laudo tendrá, con relación a los Estados parte en la controversia, fuerza de cosa juzgada, si transcurrido el plazo

de 15 días, no se interpone el recurso de revisión, por ante el Tribunal Permanente de Revisión.

Recurso de Revisión por ante el Tribunal Permanente de Revisión.-

Cualquiera de las partes de la controversia podrá presentar recurso de revisión por ante el Tribunal Permanente de Revisión, contra el laudo del Tribunal Arbitral ad hoc, dentro del plazo de 15 días de la notificación del mismo. Sin embargo dicho recurso está limitado solo a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo; en consecuencia, los laudos dictados en base a los principios ex aequo et bono- en equidad-, no serán susceptibles del recurso de revisión. (Art. 17 P.O.).

Apoyo administrativo.-

La Secretaría del Tribunal Permanente de revisión, es la encargada de prestar apoyo administrativo, teniendo a su cargo las gestiones **operativas** para el desarrollo de los procedimientos, manteniendo informadas a las partes y al Grupo Mercado Común de los mismos.

Funcionamiento del Tribunal de Revisión.-

Conforme lo dispone el artículo 20 del citado Protocolo, el Tribunal de Revisión funcionaria de la siguiente manera:

1. Cuando la controversia involucre a dos Estados Partes, el Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, dos de los cuales serán nacionales de cada Estado parte en la controversia y el tercero, que ejercerá la Presidencia, se designará mediante sorteo a ser realizado por el Secretario de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, entre los árbitros restantes que no sean nacionales de los Estados partes en la controversia. La designación del Presidente se hará el día siguiente al de la interposición del recurso de revisión, fecha a partir de la cual quedará constituido el Tribunal a todos los efectos.

2. Cuando la controversia involucre a más de dos Estados Partes el Tribunal Permanente de Revisión estará integrado por todos los árbitros.

3. Los Estados Partes, de común acuerdo, podrán definir otros criterios para el funcionamiento del Tribunal establecido en este artículo.

Contestación del recurso de revisión.-

La otra parte en la controversia, tendrá derecho a contestarla dentro del plazo de quince (15) días de notificada la presentación de dicho recurso.

Plazo para el laudo y su alcance.-

El Tribunal Permanente de Revisión tiene un plazo de 30 días, prorrogable por 15 días, contado a partir de la presentación de la contestación o del vencimiento del plazo para presentar la misma, según sea el caso, para pronunciarse sobre el recurso, pudiendo confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral Ad Hoc.(Art. 21 y 22 P.O.).

Acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión para que ejerza como Tribunal Arbitral.-

Conforme a lo dispuesto por el artículo 23 del Protocolo de Olivos, el Tribunal Permanente de Revisión se constituirá en tribunal arbitral de única instancia, cuando las partes, culminado el procedimiento de negociaciones directas, acuerden expresamente someterse directamente y en única instancia al mismo, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc, siendo sus laudos obligatorios para los Estados partes en la controversia, a partir de la recepción de la respectiva notificación, no estando sujetos a recurso de revisión y tendrán, con relación a las partes, fuerza de cosa juzgada. (Art. 24 P.O).

Plazo y modalidad de cumplimiento de los Laudos.-

Los laudos deberán ser cumplidos en el plazo que los respectivos tribunales establezcan, o dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su notificación, que será suspendido en el caso de que las partes hagan uso del recurso de revisión.

La parte obligada a cumplir el laudo debe informar a la parte beneficiada del mismo y al Grupo Mercado Común, por intermedio de la Secretaría Administrativa, sobre las medidas que adoptara, dentro del plazo de 15 días contados desde la notificación del laudo, cuyas divergencias se resuelven de acuerdo con lo previsto por el Art. 30 de dicho Protocolo de la siguiente manera: En caso de que el Estado beneficiado por el laudo entienda que las medidas adoptadas no dan cumplimiento al mismo, tendrá un plazo de treinta (30) días desde la adopción de aquellas, para llevar la situación a la consideración del Tribunal Ad Hoc o del Tribunal Permanente de Revisión, según corresponda, teniendo estos un plazo de treinta (30) días desde la fecha que tomaron conocimiento de la situación, para dirimir las cuestiones.

Medidas Compensatorias.-

La parte beneficiada del laudo que no es acatado y cumplido por la otra, está facultado para adoptar medidas compensatorias temporales, a aplicarse durante un año, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo, procurando que las mismas recaigan en el mismo sector y en el caso de que ello fuera impracticable o ineficaz, podrá aplicar la suspensión en otro sector, debiendo indicar las razones que fundamentan esa decisión, lo que deberá informar, con una anticipación mínima de quince (15) días, al Estado Parte que debe cumplir el laudo, el mismo que tiene la facultad de cuestionar tales medidas cuando estime que, las que él ha tomado, son satisfactorias al cumplimiento de su obligación, teniendo el plazo de 15 días para llevar la situación a consideración del Tribunal Arbitral Ad Hoc o del Tribunal Permanente de Revisión, según corresponda, el cual tendrá

un plazo de treinta (30) días para pronunciarse al respecto. (Art.31 P.O).

Es de hacer notar que estas medidas compensatorias se parecen también a las que autoriza adoptar el Tribunal Andino, en la vía sumaria, cuando se produce el desacato de las sentencias en la acción de incumplimiento.

Solución de controversias relacionadas con los particulares: personas físicas o jurídicas.-

A los particulares, como se dijo, se les permite participar en los mecanismos de solución de controversias en forma limitada, tanto respecto al marco normativo, solo referidos a las disposiciones de carácter restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, que emitan los Estados Partes, contrario al ordenamiento jurídico de Mercosur, y que les perjudique en sus derechos e intereses legítimos, así como también en un procedimiento muy restrictivo, a través de las Secciones Nacionales del Grupo Mercado Común, y en su caso del propio Grupo Mercado Común, cuyas determinaciones, en cuanto a la admisión o rechazo de sus reclamos, son definitivas y no admiten procedimiento o recurso ulterior.

Presentación y trámite del reclamo.-

Los particulares afectados en sus derechos e intereses legítimos, deberán presentar sus reclamos sobre las referidas medidas restrictivas, discriminatorias o de competencia desleal, acompañados de todas las pruebas de convicción que hagan inverosímil el mismo, a la Sección Nacional del Grupo Mercado **Común**, donde tiene sus actividades o residencia, la que puede admitirlo o no.

En el caso de su admisión, deberá establecer consultas con la Sección Nacional del Grupo del Mercado Común del Estado Parte al que se atribuye la violación normativa, a fin de encontrar una solución inmediata al reclamo en el plazo máximo de 15 días, a partir de la comunicación del mismo,

caso contrario y sin más trámite, elevará el reclamo al Grupo Mercado Común.

Participación del Grupo Mercado Común.-

Este Órgano se concreta inicialmente a evaluar si la Sección Nacional ha cumplido con todos requisitos previstos para la admisión del reclamo; si constata que no están cumplidos los mismos, rechazará por consenso y sin más trámite el reclamo. Caso contrario lo aceptará, convocando de inmediato al grupo de expertos conformado por 3 miembros, uno de los cuales no podrá ser nacional del Estado Parte contra el cual se adelantó el reclamo, que serán designados por el Grupo Mercado Común de la lista de 24 que se encuentran registrados en la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión (antes en la Secretaría Administrativa del Mercosur), conformada con la participación de 6 expertos acreditados por cada Estado Parte, el que deberá emitir un dictamen sobre su procedencia dentro de los 30 días de su designación.

Si por unanimidad, este dictamen es procedente, cualquier Estado parte podrá pedir las medidas correctivas que correspondan, las que debe cumplir el Estado Parte Infractor dentro del plazo de 15 días, caso contrario podrá hacer uso directamente del procedimiento arbitral, tal como lo prevé el artículo 44 del citado Protocolo de Olivos, dentro de cuya regulación, en su parte final se extraña la falta de participación directa de los particulares afectados en sus derechos e intereses legítimos en esta etapa arbitral, lo que, comparativamente, no acontece con el sistema de Solución de Controversia de la Comunidad Andina, que privilegia los derechos de los particulares, personas naturales o jurídicas, sujetos esenciales y más importantes del proceso de integración, a los que, para la tutela y defensa de sus derechos, se les concede las acciones de incumplimiento en sus dos vías: una a través de los órganos comunitarios: la Secretaria General de la Comunidad Andina, en la etapa administrativa prejudicial y ante el Tribunal Andino en la etapa judicial, y la otra vía directamente ante los jueces nacionales, convertidos, en estos casos, en jueces comunitarios, en acción

de responsabilidad patrimonial contra el Estado y consiguiente resarcimiento de daños y perjuicios.

Del breve análisis comparativo y crítico realizado precedentemente, cuyas conclusiones y recomendaciones desarrollaremos más adelante, en la parte pertinente de UNASUR, a fin de afianzar su institucionalidad, se extraen afinidades que adecuadamente utilizadas, pueden servir para fundamentar un sistema mixto de solución de controversias, máxime si ambos procesos de integración cuentan con una estructura institucional y órganos parecidos que generan normas integracionistas, administran los intereses de la integración y resuelven las controversias, así como también un ordenamiento y principios jurídicos de los que surge el Derecho de Integración Intergubernamental y Supranacional o Comunitario, respectivamente.

RELACIÓN CAN - MERCOSUR

Siguiendo las orientaciones del ilustre tratadista Oswaldo Salgado, en la obra citada, páginas 274 y siguientes, las relaciones entre ambos sistemas de integración subregional se han expresado en declaraciones y acuerdos políticos para iniciar un proceso de articulación y convergencia entre ellos, cuyos avances más significativos se pueden sintetizar:

-En la creación de una zona de libre comercio, cuya negociación se inició en 1998, cuando se suscribió el Acuerdo Marco que contempla dicha creación y un acuerdo de preferencias arancelarias, y dentro del desarrollo del diálogo político se ha logrado la asociación recíproca de ambos bloques.

-En el año 1999 se suscribió entre Colombia, Ecuador Perú y Venezuela con el Brasil, el "Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica", por medio del cual la partes establecieron márgenes de preferencias fijas, como primer paso para implementar la zona de libre comercio.

-El 16 de diciembre de 2003, los Países Miembros de la Comunidad Andina y del MERCOSUR firmaron el Acuerdo de Complementación Económica, destinado a constituir esa área de libre comercio, eliminando las restricciones arancelarias y no arancelarias que afectan el comercio recíproco.

-Desde el año 2004, se viene perfeccionando e implementando la zona de libre comercio, que debe entrar en plena vigencia a partir del 2014.

-Dentro del Marco del Acuerdo de Complementación Económica, MERCOSUR concedió la calidad de Estados Asociados a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, los que participan en tal calidad en las cumbres ordinarias de este organismo de integración intergubernamental.

- A su vez, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en 2005, en reunión ampliada con la Comisión, mediante Decisión 613 otorgó la calidad de Miembros Asociados a los Estados Partes de MERCOSUR. En dicha Decisión se establece:

Los Miembros Asociados deberán “adherirse al Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena, al Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia” y a la Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos.

Los Miembros Asociados a que se refiere la presente Decisión y demás Países Miembros de la Comunidad Andina aplicaran y administrarán, en sus relaciones recíprocas, las reglas previstas en los Acuerdos de Complementación Económica suscritos al amparo del Tratado de Montevideo de 1980 y la Resolución 2 del Consejo de Ministros de la ALADI.

Con miras a profundizar la convergencia de la Comunidad Andina y el MERCOSUR, en el acuerdo de la Comunidad Suramericana de Naciones, los Miembros Asociados y los Países Miembros procurarán celebrar reuniones conjuntas de las Comisiones Administradoras de los Acuerdos de Complementación Económica a que se refiere el presente

artículo. Al respecto, dicho artículo es el 4 de la Decisión 613, y en lo que concierne a la Comunidad Suramericana de Naciones, ha sido sustituida por la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

DIÁLOGO POLÍTICO CAN, MERCOSUR Y CHILE

La Comunidad Andina y MERCOSUR, en sendas reuniones, vienen desarrollando agendas de cooperación política que complementan los avances en materia económica; así, en la Cumbre de Cancilleres de 2001, la CAN, MERCOSUR y Chile acordaron un Mecanismo de Diálogo y Concertación Política con el fin de facilitar acciones conjuntas en las áreas de: cooperación política, integración económica, infraestructura física, relaciones exteriores, intercambio de información y otras.

La CAN en su Agenda Estratégica 2010, en lo concerniente a sus relaciones con MERCOSUR, resolvió:

Converger las actividades con MERCOSUR, para fortalecer la integración latinoamericana, por medio de la Comisión Mixta CAN MERCOSUR.

Profundizar las relaciones con Chile y otros miembros asociados de la Comunidad Andina.

En la cumbre del MERCOSUR del 3 de agosto de 2010, realizada en la ciudad de San Juan (Argentina), participaron los Jefes de Estado de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, donde juntamente con los Jefes de Estado del MERCOSUR recomendaron la articulación y convergencia de los organismos de integración existentes en Suramérica.

Como se puede apreciar, en todas estas cumbres ha estado presente la permanente preocupación de lograr la articulación y convergencia de los procesos de integración subregional, con miras a constituir la integración regional [suramericana](#), Latinoamericana y del Caribe, lo que felizmente se viene logrando con UNASUR y la CELAC.

12. De la necesidad de normativa constitucional.-

Para afianzar el Proceso de Integración, *¿Será necesario contar con normativa constitucional expresa, por qué?*

Por los efectos y consecuencias que conlleva participar en los procesos de integración supranacional, en virtud de los cuales se transfiere el ejercicio de parte de la soberanía, se asignan competencias y se encarga a órganos del sistema comunitario para que ejerzan funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales, del que emerge el orden y ordenamiento jurídico comunitario propio que escapan al control constitucional de los Países Miembros, aunque en lo que respecta a los Tratados Constitutivos, pueden ser objeto de control previo antes de su ratificación, correspondiendo el control legal del ordenamiento jurídico derivado al órgano jurisdiccional supranacional, todo lo que implica limitaciones a las atribuciones conferidas originalmente a los clásicos poderes u órganos del Estado. Que asimismo, conforme al Preámbulo y al artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, no sólo se busca la integración económica sino también la integración social, cultural y política.

Por estas razones, los Países Miembros para asumir y ejercer tan altas responsabilidades requieren de normas constitucionales que así lo autoricen expresamente con preceptos claros y precisos sobre la temática de la integración y que facilite el proceso de adecuación del ordenamiento jurídico interno al comunitario, conforme a los principios y objetivos supranacionales como lo hicieron oportunamente Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela y últimamente Bolivia, que en forma expresa reconocen su participación en los Procesos de Integración y facultan la cesión de poderes y competencias.

13. Con relación al tema de la Normativa Constitucional, ¿que disponen las constituciones de los Países Miembros?

La República de Colombia, adelantándose al Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969, con ocasión de la reforma constitucional de 1968, como dice el Doctor Guillermo Chahín Lizcano, “(...) *en procura de darle piso Constitucional al nuevo Derecho Comunitario, una de cuyas características (...) es la de la supranacionalidad se le agregó al numeral 19 del artículo 76 de la Carta Política, un inciso en el que se dispuso: ‘Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso podrá el Estado obligarse para que, sobre base de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados’.*”²⁸

Posteriormente en la *Constitución de 1991*, en su artículo 150 numeral 16) reconoce como funciones del Congreso: “(...) *aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de Derecho Internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados*”, y el artículo 227 dispone: “*El Estado promoverá la integración económica, social y política, con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y el Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad Latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la Constitución del Parlamento Andino y de Parlamento Latinoamericano.*”

La Constitución Política de la República de Ecuador de 1998 en su artículo 4 prescribía “*El Ecuador en sus relaciones con la comunidad internacionales: (...) numeral 5) Propugna la integración, de manera especial la andina y latinoamericana*”; y en su artículo 161 disponía: “*El Congreso Nacional aprobará o*

²⁸ **Testimonio Comunitario**, ob cit. Trabajo del Magistrado Guillermo Chahín Lizcano: *Fundamentos Constitucionales del Derecho Comunitario Andino*. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, agosto 2004.

improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: (...) 3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración. 4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley”.

La nueva y actual Constitución de 2008, en el TÍTULO VIII RELACIONES INTERNACIONALES Capítulo tercero Integración Latinoamericana, en el artículo 423 numerales 1, 3, y 7, relacionado con los artículos 416 numeral 11 y 419 numerales 6 y 7, dispone:

“Art. 423.- *La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a:*

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.

3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.

7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

Art. 416.- *Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:*

11. *Impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica.*

Art. 419.- *La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:*

6. *Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.*

7. *Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.”*

La Constitución Política de la República del Perú de 1993 en el artículo 44 párrafo segundo dispone: *“Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”.*

La Constitución Política de Bolivia de 1967, y sus modificaciones parciales posteriores, que fue abrogada expresamente por la actual Constitución promulgada el siete de febrero de dos mil nueve, solo en forma implícita, a través de una interpretación teleológica, se refería al tema en sus artículos 59 y 96 que disponían: Artículo 59 *“Son atribuciones del Poder Legislativo (...) 12. Aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales”;* y el artículo 96: *“Son atribuciones del Presidente de la República: (...) 2. Negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa ratificación del Congreso”.*

La nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, de 7 de febrero de 2009, en su TÍTULO VIII CAPÍTULO TERCERO INTEGRACIÓN, Artículos 265 y 266, relacionados con los Artículos 257, 410 y *Disposición Transitoria NOVENA* de la misma Constitución, disponen:

“Artículo 265.

I. El estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana.

II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesino con los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 266. Las representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supranacionales emergentes de los procesos de integración se elegirán mediante sufragio universal.

Artículo 257.

I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.

II. Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen:

- 1. Cuestiones limítrofes.*
- 2. Integración monetaria.*
- 3. Integración económica estructural.*
- 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración.*

Este artículo garantiza la participación del pueblo en la toma de decisiones trascendentales que adopta el Estado y hace que los procesos de integración se democratizen.

Artículo 410.

I. Todas las personas, naturales o jurídicas, así como los órganos públicos, funcionarios públicos e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de la primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias territoriales:

- 1. Constitución Política del Estado*
- 2. Los tratados internacionales*
- 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas, y el resto de la legislación departamental, municipal e indígena.*
- 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes*

Esta Norma Constitucional reitera y afianza el principio de preeminencia o supremacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno, al incorporar las Normas del Derecho Comunitario **al Bloque de Constitucionalidad**, tanto más si se toma en cuenta la condición de Derecho Especial que tienen dichas normas.

Disposición Transitoria

NOVENA.-

Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución.”.

Con esta normativa constitucional, el Estado Plurinacional de Bolivia supera plenamente las limitaciones inmersas en normas muy generales que regulaban esta importante materia de la integración y ahora expresa y vigorosamente reconoce su pertenencia a estos procesos y en especial a la integración

supranacional, con normas precisas y claras que facultan inclusive la cesión de competencias a organismos supranacionales, lo que es plausible y digno de reconocimiento, máxime si se considera que corresponde a Bolivia, en su condición de corazón de Suramérica y consiguiente país de contactos, asumir el rol trascendente y protagónico de bisagra articuladora de los sistemas de integración del Sur continente. Sin embargo, debe ser muy cuidadosa en observar estrictamente el Derecho comunitario y adecuar sus normas, en especial las de carácter económico y comercial, a sus mandatos, toda vez que ellas constituyen la base fundamental de este proceso que, así como reconocen derechos también establecen obligaciones cuyas violaciones conllevan responsabilidades no solo en el orden comunitario sino también interno como lo prevé el Art. 113 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, como se verá más adelante.

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Del párrafo II del Art. 410 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, que asigna a las "...normas del Derecho comunitario ratificadas por el país..." la calidad de Bloque de Constitucionalidad.

HERMENEÚTICA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Con base a criterios de algunos estudiosos sobre este importante tema, entre ellos el Mons. Rivas, Arzobispo de Buenos Aires, quien en una entrevista en la televisión EWTN, decía que la hermenéutica es el dialogo directo con el autor de los hechos, en relación con lo enseñado por Larenz, citado por el Dr. Moisés Troconis Villarreal, ex Magistrado del Tribunal Andino, como la teoría sobre las condiciones de posibilidad y sobre el especial modo de comprender lo que tiene sentido así como con la ayuda de los cánones de interpretación enseñados por

el Profesor Emilio Betti, y otros tratadistas, podemos decir que:

La hermenéutica de interpretación jurídica es un proceso de diálogo directo con el autor de las normas jurídicas y con los hechos mismos que las generan, retrotrayéndose a la época, al espacio y entorno económico, social, político e histórico en que acaecieron, utilizando el método dogmático jurídico y los cánones de la hermenéutica interpretativa, para descubrir su razón suficiente, su fundamento y consiguientemente comprensión, que permita obtener el sentido y alcance de las normas jurídicas, para su aplicación a una determinada realidad.

En tal sentido, la interpretación jurídica "... permite comprender el dato representativo (las normas) a la realidad a la que debe aplicarse ese mandato imperativo (los hechos, cada hecho)...", como nos enseña el tratadista Betty.

Para lograr este propósito estudiaremos e interpretaremos el parágrafo II del Art. 410 de la Constitución dentro del Texto y Contexto de la Normativa Constitucional pertinente y de las Normas y Principios del Derecho Comunitario, que le son concordantes, convergentes y consiguiente articulación, utilizando la doctrina, los cánones de la hermenéutica y metodología jurídica que corresponda.-

Comenzaremos señalando que la Constitución Política del Estado Plurinacional, promulgada el 7 de febrero de 2009, en su Capítulo Sexto Tribunal Constitucional Plurinacional Artículo 196, párrafo II dispone:

"...II. En su función interpretativa el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del

constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal de su texto...”.

BASE NORMATIVA

Normas Constitucionales y de Derecho Comunitario sobre cuyo texto y contexto se hará la interpretación

Con base a dicha norma de función interpretativa, estudiaremos el texto del referido párrafo II del Art. 410, dentro del contexto Normativo Constitucional contenido, principalmente en los Artículos 265, 257 y Transitoria Novena de la misma Constitución ya transcritos , Artículos 1, 5 y 6 del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena); Artículos 1, 2, 3 y 4 del Tratado de Creación de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Doctrina y Jurisprudencia que se ha elaborado al respecto, utilizando los principios jurídicos comunitarios, los cánones de la hermenéutica interpretativa y la metodología jurídica para lograr la interpretación jurídica del contenido: sentido y alcance de la parte que se refiere a la ratificación por el país de las Normas del Derecho Comunitario, contenida el referido párrafo II del Art. 410 de la Constitución, objeto de investigación.

Concordancia, convergencia y articulación de normas

A propósito, el Art. 265 de la Constitución, al disponer que el Estado promoverá las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana, en relación con lo prevenido en el Art. 257 numeral 4 que se refiere a la Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración y su Disposición Transitoria

Novena de la misma, reiteran y dan por bien hecho lo que el Estado Boliviano, conjuntamente con los Países Miembros Andinos, constituyeron la Comunidad Subregional Supranacional Andina al suscribir el Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969, cuya estructura orgánica, jurídica y funcional esta normada por 139 artículos, XX Capítulos, con cinco Disposiciones Transitorias y 2 Anexos, dentro de la cual debemos referirnos a los artículos 1, 5, y 6 que establecen:

Art.1. Los objetivos y fines del acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), se encuentran establecidos en el preámbulo de su texto de creación y en su artículo 1 del Acuerdo. ²⁹,

Art. 5. Crea la Comunidad Andina;

Art. 6. Establece el Orden Jurídico Comunitario con el Sistema Andino de Integración, conformado por Órganos que tienen facultades legislativas, administrativas y jurisdiccionales.

La indicada estructura se encuentra complementada con los 4 primeros artículos del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de 28 de mayo de 1979,

²⁹ Acuerdo de Cartagena. Texto oficial codificado. Comunidad Andina. Secretaría General.

Artículo 1. "(...) *promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión*".

que establecen: el Ordenamiento Jurídico Comunitario y los Principios Comunitarios de Aplicación Inmediata, Efecto Directo y Primacía, fundamentos básicos y esenciales de este Organismo Supranacional, en cuyo respaldo se encuentra el indicado Art. 410 de la Constitución, que integra al Derecho Comunitario como parte del Bloque de Constitucionalidad.

*Es de hacer notar que el indicado Art. 257 de la Constitución, garantiza la participación del pueblo en la toma de decisiones trascendentales que adopta el Estado y hace que los procesos de integración se democratizen. Tiene íntima relación y consiguiente articulación no solo con el Art. 265 antes transcrito que se refiere a los procesos de integración que debe promover el Estado, sino también con el párrafo II del Art. 410, en cuanto se refiere a los **tratados** que contienen normas comunitarias y que para que integren al Bloque de Constitucionalidad deben ser ratificados por el país conforme al procedimiento señalado en el párrafo II del Art. 257, del referendo popular vinculante; asimismo la indicada Norma Constitucional contenida en el Art. 410, reitera y afianza el principio de preeminencia o supremacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno, al incorporar las Normas del Derecho Comunitario al Bloque de Constitucionalidad, tanto más si se toma en cuenta la condición de Derecho Especial que tienen dichas normas comunitarias.*

Doctrina y Principios Comunitarios

Con base a las indicadas Normas Comunitarias se han elaborado los criterios doctrinarios y principios comunitarios desarrollados en este libro y que para fines de la presente interpretación los sintetizamos a continuación:

La Integración.- Es un proceso multidimensional, aunque inicialmente de carácter económico, que comprende varias etapas.

Soberanía Compartida.- Es la fusión de las partes del ejercicio de las soberanías que ceden los Países Miembros al Organismo Supranacional, que conlleva la consiguiente asignación de competencias.

Un orden jurídico propio, con órganos autónomos, que se encargan de legislar, administrar sus intereses y dirimir las controversias que surjan en su seno por la vía judicial.

Un ordenamiento jurídico que proviene de los Tratados Constitutivos y de las Normas Derivadas, que emergen de aquellos órganos legislativos previstos en el Art. 1 del Tratado de Creación del Tribunal Andino:

A) Normas Originarias, contenidas en los Tratados Constitutivos o Normas Constitucionales Comunitarias, conformadas por: el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, con sus respectivos Protocolos Modificatorios que, según nuestro criterio, conforme lo dispone el parágrafo II del Art. 410 de la Constitución, concordante con el Art. 257 parágrafos II de la misma, en su caso, si son ampliados por los correspondientes protocolos, deberían ser ratificados de acuerdo al procedimiento previsto en el mismo, precisamente por provenir de Tratados.

B) Normas Derivadas, generadas por los órganos creados para dictar un marco normativo propio: Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y de la Comisión de la Comunidad Andina, Resoluciones de la Secretaría General y por los Convenios de Complementación

Industrial que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina, con los caracteres y principios de: autonomía, aplicación inmediata, efecto directo y primacía sobre el Derecho interno al que se integran, con su consiguiente preservación que, precisamente, por fundarse en estos principios no requieren de ratificación alguna. :

La aplicación inmediata consiste en que tan pronto nace la norma jurídica comunitaria, automáticamente se incorpora e integra al ordenamiento jurídico interno, como Derecho Positivo de los Países Miembros, por la fuente del Derecho Comunitario, sin necesidad de introducción, recepción, transformación o cualquier otra formalidad especial -homologación o exequátur-, obligando, por este solo hecho, a los sujetos de la Comunidad: Países Miembros, Órganos Comunitarios y particulares, personas naturales o jurídicas, lo que garantiza una norma común para todos los Países Miembros, que se complementa al convertir el Derecho Comunitario a los jueces nacionales en jueces comunitarios, cuando conocen controversias fundadas en normas comunitarias, en tal caso, deben solicitar al Tribunal Andino la Interpretación Prejudicial, con cuyos criterios interpretativos se asegura que la norma comunitaria sea común no solo en su generación sino también en su aplicación.

El efecto directo es la aptitud que tiene la norma comunitaria de crear derechos y obligaciones para los habitantes de la comunidad, convirtiéndoles en sujetos de Derecho Comunitario, tanto en sus interrelaciones particulares como con los Estados Miembros y con los órganos de la Comunidad, dentro del ámbito del Derecho Comunitario, que distingue y diferencia a estas normas de las del Derecho Internacional Público, que solo

norman las relaciones de los Estados y de los Organismos Internacionales y no así de los particulares.

La primacía es una consecuencia lógica de los principios enunciados, lo que implica que las normas comunitarias que gozan de aplicación inmediata y efecto directo, cualquiera sea su fuente o rango, por su naturaleza y especialidad, se imponen a las normas internas de los Países Miembros, sin importar la jerarquía de éstas y la fecha de su vigencia, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria.

Derecho Comunitario, cuyo concepto lo hemos elaborado como síntesis de la normativa, principios y doctrina contenidos en este libro, que por su importancia lo reiteramos: es un producto de la soberanía compartida y del orden jurídico comunitario propio, provisto de órganos para legislar conforme a los objetivos Comunitarios y generar derechos y obligaciones, para administrar los intereses comunitarios y para dirimir controversias e imponer medidas de ejecución y sanciones que, contenido en un conjunto de normas jurídicas comunitarias, principios e instituciones de carácter supranacional, autónomos, uniformes y comunes para todos los Países Miembros, de aplicación inmediata, efecto directo y primacía sobre el ordenamiento jurídico de los Países Miembros al que se integran y fundados en los objetivos y fines de la integración y en los valores sociales, regula las actividades de los órganos e instituciones comunitarias, de los Países Miembros y de sus habitantes, dentro del ámbito de la Comunidad, para conseguir sus objetivos, “con la pretensión de su intangible regularidad inviolable”.

Autonomía del Derecho Comunitario, es una emanación del orden y ordenamiento jurídico comunitario

y de los principios comunitarios de: aplicación inmediata, efecto directo y primacía, de esencial y trascendental importancia para preservar el proceso de integración, toda vez que, por medio de ella, se evita que los derechos nacionales quebranten el Derecho Comunitario, garantizando su interpretación y aplicación inmediata, uniforme y preferente en todos los Países Miembros

***METODOLOGIA Y CANONES DE INTERPRETACIÓN,
para encontrar el verdadero sentido y alcance de la
parte del parágrafo II del Art. 410 de la Constitución,
que se refiere a la ratificación***

Con fundamento en la referida base normativa, doctrina y principios, que se constituyen en soporte y andamiaje jurídico del procedimiento de esta interpretación dogmática jurídica teleológica, pretendemos obtener el sentido y alcance del aditamento "...ratificados por el país." que completa la frase de integración al Bloque de Constitucionalidad de las "Normas del Derecho Comunitario..." inserta en el parágrafo II del referido Art. 410 de la Constitución, y de esta manera establecer si dicha "ratificación" se refiere solo a los Tratados o Normas Originarias, o también alcanza a las normas derivadas del Derecho Comunitario.

En este propósito considero de utilidad práctica, utilizar, en cuanto corresponda, algunos conocimientos insertos en la parte de hermenéutica jurídica y cánones de interpretación que se encuentra en mi libro Curso de Derecho Civil, Contratos, Primera Parte, Volumen I Teoría General de los Contratos, Tema VII, páginas del 178 y siguientes, del que hemos tomado algunos criterios que espero nos ayuden a conseguir el objetivo de este trabajo, haciendo que la teoría sea demostrada por la práctica, en hechos concretos.

Al respecto, el ilustre tratadista Luis Recasens Siches, en su libro Filosofía del Derecho, México 1961, páginas 627-628 nos enseña "...no puede haber ningún orden jurídico sin función interpretativa por que las normas están destinadas a ser cumplidas y en su caso aplicadas..."

Sobre la teoría de la interpretación, el ilustre Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Alejandro Vergara Blanco, en la Presentación y Notas a la Traducción del libro LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA, Emilio Betti, en la parte de la Metodología de la Hermenéutica Jurídica, señala Cánones de interpretación cuya observancia garantizan el éxito Epistemológico de la Interpretación, facilitando a los juristas, jueces, abogados y a quienes se dedican a la delicada y noble misión de enseñar y aplicar la Ciencia del Derecho, acceder a esas valiosas herramientas.

Según dicho profesor, el Tratadista Betti, con relación al lugar de la Interpretación en la Metodología Jurídica, "...sitúa a la hermenéutica, en medio del Método jurídico, diciendo: Es que el fenómeno jurídico para ser comprendido requiere de una metodología como toda ciencia...Luego al analizar los temas del fenómeno jurídico, dice:... El método jurídico describe al fenómeno jurídico que está conformado por temas esenciales, nucleares, imprescindibles, los cuales nos permiten comprender la estructura del sistema jurídico... que está integrado por: 1) normas jurídicas y sus lagunas; 2) por hechos; e 3) interpretación.

En tal sentido, enseña: "...Un primer tema teórico nos lleva a observar su estructura...pero no siempre son normas, también la ausencia de normas...lagunas legales...El segundo tema teórico, escruta los hechos para comprender la realidad...Estos hechos los estudia en su... Doble perspectiva: primero los supuestos de

hecho que establece cada norma... y luego los hechos reales... que corresponden al mundo circundante;...Un tercer tema teórico...es el relativo a la interpretación..., que según él,... Es en realidad el gozne que permite comprender el dato representativo (las normas) a la realidad a la que debe aplicarse ese mandato imperativo (los hechos, cada hecho)..."

Para destacar la importancia de la interpretación, sostiene: "...La interpretación no solo es la lectura de las leyes, ni parte de ellas; es un proceso más complejo que hoy es ineludible adscribir a la moderna teoría de la hermenéutica..."

La interpretación desde el punto del método, según el citado profesor, debe cubrir al menos 4 cánones o cuatro combinaciones metodológicas, siguientes:

"...a) Cánones hermenéuticos objetivos, a través de dos primeros cánones, que dirigen...una mirada al objeto a interpretar; al texto normativo..."

I Un primer canon de interpretación, nos hace comprender que no es lo mismo el tenor que el sentido de una ley...Lo que importa es el sentido de las leyes y no su mera textualidad gramatical,

II El segundo canon es el de la totalidad del entender. No podemos despreciar los contextos: a la parte también la hace el todo, es lo que llamamos método sistemático...

b) Cánones hermenéuticos subjetivos,...son más complejos, dice relación ya no con el objeto sino con los sujetos que interpretan... el jurista... interpreta las leyes para primero comprender ese texto y, luego, para aplicar dicho texto a una realidad prefigurada en la hipótesis de

hecho, de tal manera... producir en la praxis un resultado impositivo normativo;... interpretar para aplicar... el sujeto que interpreta cumple una función relevante... aporta su inteligencia...

Además se refiere a dos cánones subjetivos adicionales:

III. Un tercer canon es el de la actualidad de entender, según el cual el intérprete es llamado a recorrer en sí mismo el proceso creativo de la norma e introducirlo en su propia experiencia, a través de una especie de transposición, de reconstrucción del modo en que fue pensado el texto respectivo... y

IV. En fin un cuarto canon es el de la adecuación del entender, esto es de la correspondencia o de la consonancia con el objeto, de modo que haya una especie de vibración en perfecto unísono entre ese camino y la realidad..."

Hace énfasis que... De la utilización o no de estos cánones depende en realidad el éxito de toda interpretación..."

DE LA HERMENEUTICA A LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Es de destacar, conforme lo sostiene el ilustre tratadista y profesor Vergara Blanco, que "...solo después de un análisis de los datos anteriores (normas, hechos, una interpretación racional y re-sistematizando los criterios jurisprudenciales) los juristas pueden ofrecer lo más propio de su tarea: los "principios jurídicos", los llamados " principios generales del Derecho" que es el producto jurídico más depurado que todo jurista debe ofrecer a la sociedad... los principios jurídicos en que se basa la paz,

la justicia, la seguridad, la certeza, en fin su vida misma...”.

A propósito de los principios, el Ex Magistrado del Tribunal Andino, Moisés Troconis Villarreal, dice: “...principio es la razón primera que sirve de fundamento a un fenómeno, que lo dota de sentido y que permite su comprensión...”

Corresponde al Tribunal Constitucional, conforme al referido Artículo 196, párrafo II) la función interpretativa de acuerdo a los criterios de interpretación señalados en el mismo. En esta delicada como importante función, la norma jurídica constitucional contenida en el citado párrafo II del Art. 410 de la Constitución, objeto de este estudio, debe ser interpretada en su texto y contexto, relacionada con las normas constitucionales concordantes contenidas en los Arts. 265 y 257, y articuladas con las normas comunitarias y principios pertinentes, que sirven de soporte y andamiaje jurídico dentro del proceso de creación de instituciones y sistematización, para así con base a los criterios y cánones de interpretación, se encuentre el verdadero y cabal contenido, es decir el sentido de dicho párrafo en lo que respecta a su alcance.

MÉTODO. - Concepto

Método es el camino o procedimiento que se debe seguir para conseguir un fin determinado. Como el conocimiento es el objeto de toda ciencia, el método es el medio para obtenerlo. En tal sentido, como nos enseña Betti “... el fenómeno jurídico para ser comprendido requiere de una metodología.

Método científico de interpretación: Etapas

El método científico de interpretación, llamado dogmático jurídico, "...describe al fenómeno jurídico el que está conformado por temas esenciales, nucleares, imprescindibles, los cuales nos permiten comprender la estructura del sistema jurídico...", que abarca tanto las normas como la ausencia de ellas, sus lagunas, para lo que hace uso de las 3 etapas comunes a todo método científico, a saber: a) investigación; b) sistematización; y c) comunicación, dándole a cada una de ellas su propia nominación:

A). Interpretación.-

El jurista, como primer paso, investiga la norma jurídica positiva, objeto de interpretación, en su texto y contexto, aplicando los cánones de hermenéutica interpretativa, en procura de encontrar su contenido: sentido y alcance.

En el presente caso, referido al párrafo II del Art. 410 de la Constitución, se deberá aplicar como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal de su texto, como también su sentido objetivo insito en dicho párrafo, "...dentro de la estructura del sistema jurídico, conformado por temas esenciales, nucleares, imprescindibles...", de los que forma parte el indicado párrafo II, que integra al Bloque de Constitucionalidad las normas del Derecho Comunitario ratificadas por el país, en relación no solo con las normas jurídicas concordantes, aplicables al caso concreto, como son: el Art. 265 que dispone que el Estado promoverá las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo...y el Art. 257, en su numeral 4, autoriza la Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración y su articulación y convergencia

con las normas y principios del Derecho Comunitario ya referidos, que constituyen su contexto y consiguiente soporte y andamiaje jurídico, sino también la ausencia de normas claras, sus lagunas que contiene dicho párrafo al no diferenciar a qué tipo de normas comunitarias ratificadas se refiere; no hace distinción entre la normas originarias que provienen de los Tratados con las normas derivadas que emergen de los órganos creados por aquellas, lo que lleva a la confusión y duda de su alcance, cuya aclaración motiva este análisis.

Sin embargo, según nuestro criterio, dentro del proceso de interpretación sistemática jurídica, viene en auxilio para despejar dicha confusión y duda el mismo el Art. 257 de la Constitución, en su párrafo II, al prescribir, en forma expresa que la ratificación, dentro del procedimiento establecido al efecto, solo se refiere y alcanza a los Tratados y no así a las normas derivadas de estos, cuando dispone: "...II Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: "... 3 Integración económica estructural; 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración.", disposición esta que es consecuente, converge y se articula con los Arts. 1, 5 y 6 del Acuerdo de Cartagena ya estudiados, cuya estructura se encuentra complementada con los 4 primeros artículos del Tratado de Creación del Tribunal Andino que establecen: el Ordenamiento Jurídico Comunitario conformada por los Tratados Constitutivo y las Normas Derivadas, así como los Principios Comunitarios y doctrina de Aplicación Inmediata, Efecto Directo y Supremacía, fundamentos básicos y esenciales de los Organismos de Integración Supranacional, constituyendo toda esta normativa el contexto de lo dispuesto por el párrafo II de dicho Art. 410, referido a la ratificación de las normas del

Derecho Comunitario para que integren el Bloque de Constitucionalidad, cuyo sentido y alcance es objeto de este proceso de investigación. En consecuencia corresponde proyectar su texto normativo a su contexto, es decir, entender su contenido: sentido y alcance de la norma y "...no su mera textualidad, dentro la totalidad del entender...", mediante la comprensión de sus disposiciones, la una por medio de las otras que corresponda y cada una de ellas con relación al todo

En el proceso interpretativo se debe analizar tanto los hechos que materializan la hipótesis o supuestos previstos en la parte de la estructura de la norma, de cuya consecuencia, convierte la situación jurídica abstracta descrita por la ley en situación jurídica concreta, dando lugar a la correspondiente relación jurídica, como así también los hechos que configuran su entorno, tales como, la época de su promulgación, las condiciones económicas, sociales, culturales, políticas, e histórica que motivaron su sanción, y el ámbito de su consiguiente aplicación, a fin de "...constatar si tales hechos se corresponden con lo previsto en los supuestos o hipótesis de la norma jurídica objeto de interpretación. De esta manera conseguir, por medio del mecanismo de la interpretación sistemática, "...una cabal comprensión del acto representativo de la norma con la realidad a la que debe aplicarse, adaptando a tal momento ese entendimiento...", toda vez que las condiciones imperantes entre la época del nacimiento de la norma y de su aplicación no son siempre las mismas y más bien son diferentes y sin embargo, el derecho que es una realidad viviente, tiene que ser aplicado en el devenir histórico para resolver la multiplicidad de problemas que puedan surgir, recurriendo a los referidos cánones de la hermenéutica interpretativa, donde "...el interprete aporta su subjetividad e inteligencia para conseguir que la actualidad del entender, introducida a su propia

experiencia, en una especie de transfiguración y reproducción de la norma, produzca la adecuación de ese entender con la realidad a la que debe aplicar, como mandato imperativo...”.

Como resultado de este proceso de interpretación sistemática, no cabe la menor duda que la voluntad del constituyente no solo ha sido reconocer y ratificar el Proceso de Integración Supranacional (Comunidad Andina) del que forma parte el Estado Boliviano, sino también autorizar expresamente su participación en todas las relaciones de integración social, política cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo en sus diferentes modalidades y en especial en las de carácter supranacional que conlleva la cesión de competencias a organismos supranacionales, lo que supone observar y someterse a los principios normativos que caracterizan a estos tipos de integración, donde la autonomía, aplicación inmediata, efecto directo y supremacía de su ordenamiento jurídico comunitario, plenamente reconocidos por la normativa constitucional, lleva inexorablemente a hacer una cabal diferenciación entre los Tratados Constitutivos de los que emergen las Normas Originarias del Derecho Comunitario a las que se refiere el citado párrafo II del Art. 410 de la Constitución, las que por provenir, precisamente, de Tratados deben ser ratificadas por el país, conforme al procedimiento previsto por el párrafo II del Art. 257, y no así las normas derivadas, es decir las Decisiones y las Resoluciones de los órganos provistos con facultades y competencias legislativas, las que, por estar fundadas y respaldadas por el principio comunitario de aplicación inmediata, que es de la esencia de la integración supranacional, no requieren ratificación alguna. Lo contrario, sería desnaturalizar y atacar la existencia misma de estos procesos de integración, además de resultar materialmente imposible su realización, por la

magnitud de estas normas que obligaría mantener al pueblo en referéndum permanente.

B). Construcción de instituciones y sistematización.-

*En esta segunda etapa, con base a “los temas esenciales, nucleares, imprescindibles”, del Sistema Jurídico Constitucional y del Derecho Comunitario, extraídos y seleccionados en esta investigación, se construye la Institución Jurídica correspondiente, alrededor y teniendo como tema nuclear la norma jurídica contenida en el parágrafo II del Art. 410 de la Constitución, en la parte que se refiere a que integran el bloque de Constitucionalidad las normas del Derecho Comunitario ratificadas por el país, cuyo alcance, respecto a la ratificación, es objeto de este análisis, relacionado con los artículos Constitucionales: 265 que indica que el Estado promoverá las relaciones de integración y el 257, en su parágrafo II, que dispone que requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los **tratados internacionales** que impliquen: 1. Cuestiones limítrofes. 2 Integración monetaria. 3. Integración económica estructural. 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales en el marco del proceso de integración, y con las normas y principios del Derecho Comunitario que constituyen su contexto.*

Del contenido, sentido y alcance de dichas normas se tiene dos connotaciones especiales que debemos destacar:

1) Que la ratificación mediante referendo solo es para los tratados y no así para las normas derivadas o secundarias que provienen de aquellos y;

2) La cesión de competencias institucionales, que conlleva la correspondiente cesión de parte del ejercicio de la soberanía a organismos supranacionales, reconoce expresamente la Integración Supranacional del que emerge el Derecho Comunitario con todos sus principios y caracteres ya señalados.

Dentro de esta etapa, la norma Constitucional contenida en el referido párrafo II del Art. 410, se constituye en el núcleo o epicentro del objeto de interpretación y consiguiente construcción de institución, soportada con las referidas normas Constitucionales y del Derecho Comunitario. De esta manera, mediante un procedimiento selectivo, se ubica a dicha norma, dentro de una adecuada estructura y andamiaje jurídico y principios doctrinarios, ordenados según su importancia y jerarquía, sistematizándolas a través del método Dogmático Jurídico, conforme al canon hermenéutico objetivo de la totalidad del entender, ... no despreciando a los contextos, en el entendido ... que no es lo mismo el tenor que el sentido de la ley: ... es el sentido de las leyes lo que importa, no su mera textualidad gramatical... como enseña Betti; lo que, consecuentemente, le sirve de razón suficiente y fundamento jurídico, que le dota de sentido y que permite su comprensión para lograr obtener el verdadero y cabal contenido: sentido y alcance que corresponde al referido párrafo II del Art. 410 de la Constitución.

De donde resulta, en consecuencia, que la ratificación prevista es solo para las Normas del Derecho Comunitario contenidas en los Tratados Constitutivos y sus Protocolos Modificatorios y no así para las Normas

Jurídicas Comunitaria Derivadas o Secundarias dictadas por los Órganos Comunitarios creados por aquellos con competencias legislativas, lo que garantiza la coordinación, convergencia y articulación, de ambos sistemas jurídicos: el Nacional y el Comunitario, así como la consecución de los objetivos comunitarios y la propia existencia de la integración supranacional.

C). Comunicación.-

Es la tercera etapa del Método Dogmático Jurídico, que debe hacerse en forma puntual, debidamente fundamentada y didáctica que contribuya a una mejor comprensión de estos dos sistemas jurídicos: el nacional y el comunitario, en sentido de que ambos convergen, se articulan y se complementan para la integración de los países y de los pueblos, concluyéndose que, como consecuencia de la interpretación sistemática del indicado parágrafo II del Art 410 de la Constitución, de la Construcción de Instituciones, efectuada con base a dicho parágrafo, como tema nuclear, soportado en un amplio andamiaje jurídico, conformado con las indicadas normas Constitucionales y del Derecho Comunitario, y la consiguiente sistematización, resulta que las Normas del Derecho Comunitario integran el Bloque de Constitucionalidad, con toda la jerarquía que ello presupone y en particular por su calidad de derecho especial, requiriendo la ratificación del País solo los Tratados Constitutivos y sus Protocolos Modificatorios que contienen la Normas Jurídicas Comunitarias Originarias, más no así sus normas derivadas, que se rigen por los principios comunitarios propios de aplicación inmediata, efecto directo y primacía.

Con relación a los Estados Parte de MERCOSUR, se tiene asimismo las siguientes disposiciones constitucionales referidas a la integración:

ARGENTINA.- En su Constitución reformada en el año 1974, en su Artículo 75 dice:

Artículo 75.- Corresponde al congreso:

(...) Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supranacionales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes...”.

BRASIL.- En el artículo 4, parágrafo único de su constitución dispone:

Art.4 (...) Parágrafo único. La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

PARAGUAY.- En el artículo 145 de su Constitución dispone:

Artículo 145.- Del orden jurídico supranacional.

La República del Paraguay en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los Derechos Humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico social y cultural.

Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

URUGUAY.- En el artículo 6 de su Constitución, se dispone:

Artículo 6.- En los Tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

14. Proyección CAN – MERCOSUR para el éxito de UNASUR

Con base en la estructura de este trabajo, se pretende demostrar que los procesos de integración conllevan una serie de etapas y ajustes en los distintos órdenes del quehacer económico, político, social y cultural; y que solamente viéndolos desde una perspectiva global, puede llevar al convencimiento de que todos los pasos esbozados, forman parte de un todo, en cuyo respaldo y reafirmación viene el exitoso proceso de la Unión Europea, que ya se encuentra en la etapa de la integración política, con la proyectada Constitución Europea.

Por su parte, la ansiada integración suramericana, **prodigara** al subcontinente una infinidad de beneficios y ventajas, entre ellas la ampliación de un mercado común, que *“posee un PIB de 973.613 millones de dólares, con lo cual se constituye en la quinta potencia mundial; tiene una población de 361 millones de habitantes, la cuarta a nivel mundial; ocupa una superficie superior a los 17 millones de km²; sus exportaciones ascienden a 181.856 millones de dólares; posee el 27% del agua dulce del mundo; dispone de ocho millones de kilómetros cuadrados de bosques, dos océanos; y es la región que más alimentos produce y exporta en el mundo”*³⁰, esta integración multiplicará las actuales operaciones comerciales en límites extraordinarios, en relación con lo que se da en forma individual en cada una de las organizaciones subregionales.

En el orden y ordenamiento jurídico de cada bloque subregional, además de favorecer la paulatina uniformización de la legislación de los países de la región **y consiguiente integración jurídica, como también** la armonización y convergencia de los sistemas jurídicos de los organismos de integración intergubernamental y supranacional, permitirá compartir, combinar y redimensionar las experiencias logradas por ambos sistemas, a fin de proyectarlas hacia una convergencia, **complementariedad** y unión optimizada del

³⁰ Ver <http://www.comunidadandina.org/sudamerica.htm>

proceso de integración suramericano, en donde la institucionalidad, que en forma progresiva y sostenible logre cada uno de los organismos subregionales, se proyecte y compatibilice en beneficio del nuevo ente de integración suramericano, lo que redundará al mismo tiempo en un mayor ámbito de aplicación y enriquecimiento del Derecho de Integración y del Derecho Comunitario regional, con la consiguiente ampliación de competencias y una mejor eficiencia de los nuevos órganos del sistema de integración.

Este nuevo organismo de integración regional de proyección supranacional viabilizará la conversión de los ríos navegables en una amplia red de hidrovías, que permitirá reducir costos de transporte, facilitando de este modo el comercio interregional, materializando la visionaria idea del Arq. Fernando Belaúnde Terry, ex-Presidente del Perú, de unir el Caribe con el Mar del Plata, por medio de la interconexión de las cuencas: Orinoco, Amazonas y del Plata, a través de los ríos Orinoco, canal Casiquiare, Negro, Amazonas, Madeira, Madera, Mamoré, Iténez, (Pantanal), Paraguay, Paraná y Río de La Plata, que la gracia de Dios prodigó a Suramérica para su integración física, viabilizando, juntamente con los ríos tributarios, la mencionada red interna de hidrovías integradas, como sustentáculo para el desarrollo sostenible de toda la región y su consiguiente potenciamiento.

En lo que respecta a Bolivia, que se constituye en nexo de las indicadas cuencas, su rol trascendente, exige utilizar adecuadamente el triángulo sureste de su territorio, Puerto Busch, que cuenta con playas en el Río Paraguay, donde no sólo se debe rellenar los bajíos con los desmontes de la minería del Mutún, para ampliar su área útil, sino también construir un canal dentro del territorio nacional de muchos kilómetros tierra adentro, con la anchura y profundidad requeridas, que el espacio así lo permita, que facilite la construcción, a ambos lados del canal, de las instalaciones portuarias que no solo aseguren la atención del transporte fluido de nuestra producción y mercancías, sino también negociar con los países de la costa del pacífico la permuta de puertos similares, contribuyendo de esta manera con la

interconexión bioceánica en esta parte del subcontinente suramericano.

Respecto de la estructura y los fundamentos estratégicos y geopolíticos del proyecto CANAL MUTUN PUERTO BUSCH (triángulo invertido), se puede mencionar los siguientes:

Estructura: Según lo sugiere el distinguido Ing. Antonio Bazoberry Q. autor de muchos libros y proyectos en recursos hídricos, entre ellos PROYECTO CORREDOR FLUVIAL BOLIVIANO MUTUN-ATLÁNTICO, que lo respaldamos plenamente por considerarlo el mejor medio de transporte y más económico para esa zona que es un bajo inundable e inestable y que a la vez proporcionaría suficiente caudal de agua para la industria siderúrgica del Mutún, entre otras ventajas; dicho canal tendría una longitud de aproximadamente 120 Kms, con un ancho y profundidad propuesto en dicho proyecto, susceptible de ser ampliados según los requerimientos que surjan al efecto, debidamente canalizado con muros de contención apropiados, en cuya periferia se construirían muchas instalaciones portuarias con un frente de 10 o más kilómetros, con la extensión que en cada caso se requiera, para albergar pequeñas ciudades portuarias, teniendo presente que en esa zona se dispone de amplia superficie territorial.

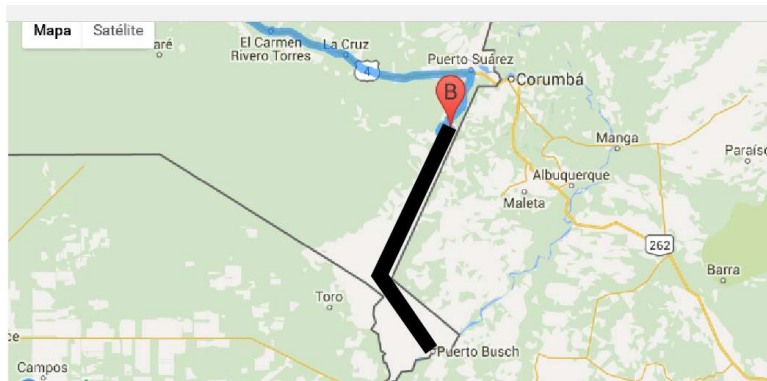


Figura canal propuesto (Mutun - Puerto Busch)

Fundamentos estratégicos:

La construcción de este canal y las consiguientes instalaciones portuarias, permitirá a Bolivia contar con un importante y moderno puerto fluvial multiuso, que facilitara el transporte barato por la Hidrovia del plata, a través de los países ribereños y allende los mercados del océano atlántico, facilitando su desarrollo industrial y agroindustrial presente y futuro, en especial del oriente boliviano y la del MUTUN.

Esta importante obra, además de impulsar la ejecución del ideario de unir el Caribe con el Mar del Plata, mediante la interconexión de las cuencas del Orinoco, Rio Negro, Amazonas, y Rio de la Plata, importante instrumento de la integración física de Suramérica, se constituirá en un eslabón esencial del corredor bioceánico que facilitará aún más la integración física del MERCOSUR y la COMUNIDAD ANDINA como soporte de UNASUR, cuya importante bisagra constituye Bolivia como corazón de Suramérica y país de contactos.

Fundamentos geopolíticos:

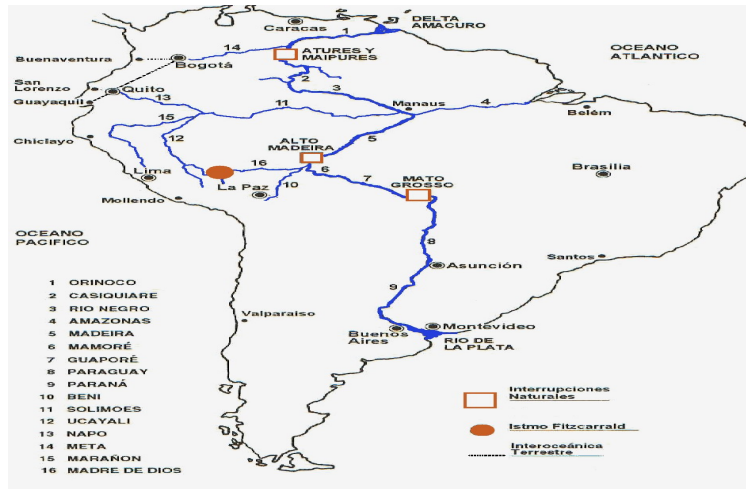
El disponer de varias instalaciones portuarias, dentro del territorio boliviano, a construirse en dicho canal, conectados con el Rio Paraguay, permitirá a Bolivia optimizar los vínculos fraternos con las países ribereños de este rio (Brasil, Paraguay, Argentina y Uruguay) que nos prestan su valiosa cooperación para la navegación de nuestras barcazas y, en reciprocidad a ello, nosotros les facilitaríamos la utilización de dichas instalaciones portuarias para que a través de nuestras redes camineras y ferroviarias, se conecten y accedan a mercados del pacífico.

Se dispondría, además, de algunas de estas instalaciones portuarias y consiguiente espacio donde se construya enclaves de ciudades portuarias, para negociar con el Perú un trueque de enclaves en el puerto de ILO, que nos permita un acceso soberano al mar así como con otros países que tengan compromisos o interés de acceder a la Cuenca del

Plata o a la costa del pacífico, y en caso de Bolivia para obtener también un puerto en el atlántico, por ejemplo en el Uruguay, con interconexión recíproca bajo la modalidad del Derecho de Superficie.

En lo que concierne a Bolivia, ver la tesis: “Fundamentos estratégicos y geopolíticos que viabilizan el Proyecto El Bala”, publicada en el periódico El Diario (sección Magazine), en fecha 11 de octubre de 1998, escrita por Walter Kaune A.; y el libro “Reforma y Modernización del Estado”, páginas 63 y siguientes, del mismo autor.

Mapa hidrográfico



Fuente: www.userway.com/argentina/hidroviapp/oriample/oriample.htm ,
enero 2011

Al respecto, en el XIV Consejo Presidencial Andino, Quirama – Colombia, el Secretario de la Comunidad Andina de entonces, Guillermo Fernández de Soto, al dirigirse a los señores Presidentes de los Países Miembros de la Comunidad y a los invitados a la misma, decía: “La Comunidad Andina unida al

MERCOSUR representa... un tercio de la biodiversidad del planeta y casi un cuarto del agua dulce del mundo. En la nueva 'era del agua y del oxígeno', en la que según algunos ya hemos entrado, podemos ser jugadores mundiales”.

Es a la luz de estas proyecciones que podemos vaticinar el éxito de esta portentosa obra integracionista, UNASUR, que hará realidad el sueño de nuestros libertadores y que, en el presente nuevo orden mundial, facilitará a la región Suramericana contar con un efectivo y potenciado interlocutor válido y vocero común que defienda los intereses de esta parte del continente americano, en las negociaciones con otras organizaciones, sean éstas interestatales o supranacionales, y en definitiva con la temida globalización que facilite acceder a sus beneficios, así como neutralizar o mitigar sus consecuencias negativas.

15. El Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas ¿A cuál de los sistemas de integración voluntaria se aproxima? ¿Es posible la convergencia y unión de estos sistemas?

El Tratado Constitutivo de UNASUR, de 23 de mayo de 2008, suscrito en la ciudad de Brasilia por los países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela, no obstante que **sus normas** se orientan más por el sistema de integración intergubernamental, toda vez que no cuenta con los principios de aplicación inmediata, efecto directo, primacía y otros que caracterizan a la integración supranacional, **cuyos principios son, en todos caso**, indispensable para lograr un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos que se proclama en dicho tratado – como se desprende de los artículos 11, 12, y 21 que se transcribe; sin embargo, implícitamente se encuentran abiertos los caminos para lograr aquel **propósito de una proyección de carácter supranacional, que facilite una integración mixta completa** .

En efecto, la normativa contenida en los artículos siguientes dispone:

“(...)

Artículo 11. Fuentes Jurídicas.-

Las fuentes jurídicas de UNASUR son las siguientes:

- 1. El Tratado Constitutivo de UNASUR y los demás instrumentos adicionales;*
- 2. Los Acuerdos que celebren los Estados Miembros de UNASUR sobre la base de los instrumentos mencionados en el punto precedente;*
- 3. Las Decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno;*
- 4. Las Resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; y*
- 5. Las Disposiciones del Consejo de Delegadas y Delegados.*

Artículo 12. Aprobación de la normativa.-

Toda la normativa de UNASUR se adoptará por consenso.

Las Decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, las Resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores y las Disposiciones del Consejo de Delegadas y Delegados, se podrán acordar estando presentes al menos tres cuartos (3/4) de los Estados Miembros.

Las Decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, las Resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, que se acuerden sin la presencia de todos los Estados Miembros deberán ser consultadas por el Secretario General a los Estados Miembros ausentes, los que deberán pronunciarse en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, luego de haber recibido el documento en el idioma correspondiente. En el caso del Consejo de Delegadas y Delegados, dicho plazo será de quince (15) días.

Los Grupos de Trabajo podrán sesionar y realizar propuestas, siempre que el quórum de las reuniones sea de mitad más uno

de los Estados Miembros.

Los actos normativos emanados de los órganos de UNASUR, serán obligatorios para los Estados Miembros, una vez que hayan sido incorporados en el ordenamiento jurídico de cada uno de ellos, de acuerdo a sus respectivos procedimientos internos

Artículo 21. Solución de Diferencias.-

Las diferencias que pudieren surgir entre Estados Partes respecto a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Tratado Constitutivo serán resueltas mediante negociaciones directas.

En caso de no lograr una solución mediante la negociación directa, dichos Estados Miembros someterán la diferencia a consideración del Consejo de Delegadas y Delegados, el cual, dentro de los 60 días de su recepción, formulará las recomendaciones pertinentes para la solución de la misma.

En caso de no alcanzarse una solución ésta instancia elevará la diferencia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, para su consideración en su próxima reunión (...)."

En cambio, los principios y fundamentos contenidos en su preámbulo, y los objetivos y fines contemplados en sus primeros artículos, dentro de una interpretación dogmática jurídica y teleológica, deja plenamente abierta la posibilidad de que se la pueda, y es más se la deba, complementar e enriquecer con los principios y experiencia de la integración supranacional.

En efecto, de los principios y fundamentos contenidos en las partes pertinentes de dicho PREÁMBULO y de su otra parte normativa, se puede colegir ese aserto, cuando se lee:

“APOYADAS en la historia compartida y solidaria de nuestras naciones, multiétnicas, plurilingües y multiculturales, que han luchado por la emancipación y la unidad suramericana,

honrando el pensamiento de quienes forjaron nuestra independencia y libertad a favor de esa unión y la construcción de un futuro común;

INSPIRADAS en las Declaraciones de Cusco (8 de diciembre de 2004), Brasilia (30 de septiembre de 2005) y Cochabamba (9 de diciembre de 2006);

AFIRMAN su determinación de construir una identidad y ciudadanía suramericanas y desarrollar un espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura, para contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe;
(...)

ENTIENDEN que la integración suramericana debe ser alcanzada a través de un proceso innovador, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos de MERCOSUR y la CAN, así como la experiencia de Chile, Guyana y Suriname, yendo más allá de la convergencia de los mismos;

(...)

Artículo 1. Constitución de UNASUR

Los Estados Parte del presente Tratado deciden constituir la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) como una organización dotada de personalidad jurídica internacional.

Artículo 2. Objetivo

La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del

fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados (...)”.

En consecuencia, podemos aseverar que lo indicado precedentemente, en sentido de su proyección hacia la integración supranacional y consecuentemente a una integración mixta, no es una mera especulación, ni siquiera una excesiva aspiración, sino la consecución del propio proceso de integración denominado, precisamente, Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), que así lo reclama, toda vez que para alcanzar la Unión cultural, social, económica y política entre sus pueblos, perseguida por este proceso, es aconsejable e indispensable avanzar en la dirección sugerida **que permita contar con los principios, órganos e instituciones de carácter supranacional a fin de lograr una integración completa mixta, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos de MERCOSUR y la CAN, así como la experiencia de Chile, Guyana y Suriname**, más allá de su convergencia, como así también lo señala la parte pertinente de su preámbulo arriba transcrito, lo que conlleva la armonización, complementariedad e integración de ambos sistemas.

UNASUR

La Unión de Naciones Suramericanas es una organización intergubernamental de carácter regional pero con proyección supranacional, conformada por 12 Estados suramericanos, con personalidad jurídica internacional.

Constitución, Primer Presidente y Sede

Este organismo regional de integración y unión de naciones fue creado por el referido Tratado Constitutivo de 23 de mayo de 2008, suscrito en Brasilia (Brasil). Entró en plena vigencia el 11 de marzo de 2011, después de que 9 de los 12 países que lo suscribieron lo ratificaron, siendo su primer presidente, la Presidenta Chilena Bachelet.

La Sede de la Secretaría General es la ciudad Mitad del Mundo, Quito (Ecuador), en donde, durante la Cumbre de Ministros de Relaciones Exteriores realizada el 11 de marzo de 2011, se colocó la piedra fundamental del edificio de la Sede de la Secretaría General de UNASUR.

La Sede del parlamento es la ciudad de Cochabamba (Bolivia).

Objeto, *constituir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo Cultural, Social, Económico y Político entre sus integrantes, utilizando el diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, la financiación y el medio ambiente, para eliminar las desigualdades socioeconómicas, lograr la ciudadanía regional y fortalecer la democracia.*

Génesis, el proceso de creación se remonta a la declaración de 8 de diciembre de 2004, fecha en la que, en la ciudad de Cusco, los Presidentes de los 12 países suramericanos decidieron constituir la Comunidad de Naciones Suramericana, cuyo primer paso se dio con la construcción e implementación de la carretera interoceánica Perú - Brasil, proceso éste que fue evolucionando y perfeccionando en las sucesivas cumbres y declaraciones de Presidentes de: Brasilia, el 30 de septiembre de 2005, y de Cochabamba el 9 de diciembre de 2006, para después, con fundamento en las experiencias de la Unión Europea, y luego que una Comisión estratégica de reflexión aportara las bases para conformar la Unión, los Presidentes reunidos en la Isla Margarita, el 17 de abril de 2007, decidieron renombrar a la Comunidad como Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), que culminó con la Creación de UNASUR en la reunión extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno en la ciudad de Brasilia el 23 de mayo de 2008. Entró en vigencia el 11 de marzo de 2011, habiendo el Ecuador entregado a la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Tratado Constitutivo de UNASUR para su registro y publicación, en cuya oportunidad también se aprobó en Quito la Resolución del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, sobre entrada en vigencia del Tratado.

Marco Institucional

Los *Órganos e Instituciones* que la conforman se encuentran en pleno proceso de implementación, siendo los siguientes:

El Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno

Presidencia Pro Témpore

Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores

Consejo de Delegados y Delegadas

Secretaría General

El Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, es el órgano máximo que establece las políticas, planes de acción, programas y proyectos del proceso, decidiendo sus prioridades. Sus reuniones ordinarias tienen una periodicidad anual y las extraordinarias son convocadas a petición de un Estado Miembro, por la Presidencia Pro Témpore con el consenso de los otros Estados Miembros. Se expresa mediante decisiones.

La Presidencia Pro Témpore, es ejercida sucesiva y anualmente por cada Estado Miembro, en orden alfabético, teniendo entre sus atribuciones: preparar, convocar y presidir las reuniones de los órganos de UNASUR, con apoyo de los órganos que corresponda; elaborar y presentar el Programa anual de actividades de UNASUR, con fechas, sedes y agenda de las reuniones en coordinación con la Secretaría General; representar al Organismo y asumir compromisos, previo consentimiento de los órganos que corresponda.

El Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, tendrá reuniones ordinarias periódicas semestrales y reuniones extraordinarias convocadas por la Presidencia Pro Témpore, a petición de la mitad de los Estados Miembros. Entre sus atribuciones, se tiene: Implementar las Decisiones

del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, proponer proyectos de Decisiones y preparar las reuniones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, coordinar posiciones en temas centrales de la integración suramericana; promover el diálogo político y la concertación sobre temas de interés regional e internacional; hacer el seguimiento del proceso, y otros. Se expresa mediante Resoluciones.

El Consejo de Delegadas y Delegados, está conformado por una o un representante acreditado por cada Estado Miembro. Sus reuniones son preferentemente bimestrales, en el territorio del Estado que ejerce la Presidencia Pro Témpace u otro lugar que se acuerde.

Entre sus atribuciones se tienen las siguientes: con el apoyo de la Presidencia Pro Témpace y la Secretaría General, *implementar mediante la adopción de las Disposiciones pertinentes, las Decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, y las Resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; preparar las reuniones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; elaborar proyectos de Decisiones, Resoluciones y Reglamentos para la consideración del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; compatibilizar las iniciativas de UNASUR con otros procesos de integración regional y subregional vigentes, promoviendo la complementariedad de esfuerzos; dar seguimiento al diálogo político y a la concertación, promoviendo los espacios de diálogo y participación ciudadana; proponer al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores el proyecto de presupuesto ordinario anual de funcionamiento para su aprobación y otras. Se expresa mediante Disposiciones*

Secretaría General, a cargo de un Secretario general, es el órgano que ejecuta los mandatos que le confieren los órganos de UNASUR y ejerce su representación por delegación expresa de los mismos. Tiene sede en Quito, Ecuador.

Entre sus atribuciones se tienen: *apoyar al Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, al Consejo de Ministras y*

Ministros de Relaciones Exteriores, al Consejo de Delegadas y Delegados y a la Presidencia Pro Témpore, en el cumplimiento de sus funciones; preparar los proyectos de Reglamento para el funcionamiento de la Secretaría General, y someterlos a la consideración y aprobación de los órganos correspondientes; proponer iniciativas y efectuar el seguimiento a las directrices de los órganos de UNASUR; participar con derecho a voz y ejercer la función de secretaría en las reuniones de los órganos de UNASUR; preparar y presentar la Memoria Anual y los informes respectivos a los órganos correspondientes de UNASUR; servir como depositaria de los Acuerdos en el ámbito de UNASUR y disponer su publicación correspondiente; preparar el proyecto de presupuesto anual para la consideración del Consejo de Delegadas y Delegados, y adoptar las medidas necesarias para su buena gestión y ejecución; celebrando, de acuerdo con los reglamentos, todos los actos jurídicos necesarios para la buena administración y gestión de la Secretaría General.

El Secretario General es designado por el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, a propuesta del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, por un período de dos años, renovable por una sola vez, no pudiendo ser sucedido por una persona de la misma nacionalidad.

El Secretario General y los funcionarios de la Secretaría tendrán dedicación exclusiva, no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún Gobierno, ni entidad ajena a UNASUR, son responsables únicamente ante la misma. Se garantizará una representación equitativa entre los Estados Miembros, tomando en cuenta, en lo posible, criterios de género, idiomas, étnicos y otros.

El 4 de mayo de 2010 se designó como Secretario General al Ex Presidente de la República Argentina, Dr. Néstor Kirchner, quien ejerció dichas funciones hasta su fallecimiento, acaecido el 27 de octubre de 2010. En marzo de 2011 fue designada Secretaria General la diplomática y política colombiana [María Emma Mejía Vélez](#), quien alternará dichas funciones con el

Ministro Venezolano de Electricidad, Ali Rodríguez, a razón de un año cada uno.

Estados Miembros.-

Para una mejor comprensión del proceso de UNASUR y fundamentar y facilitar la aplicación de las sugerencias que se señalan, así como con fines didácticos, agrupamos a los Estados Miembros de la Unión, por su pertenencia a los sistemas de integración, en:

A) Los que forman parte de la integración supranacional (CAN):

1) Estado Plurinacional de Bolivia, 2) República de Colombia, 3) República del Ecuador, y 4) República del Perú.

B) Los que pertenecen al sistema intergubernamental (MERCOSUR):

1) República de Argentina, 2) República Federativa del Brasil, 3) República del Paraguay, y 4) República Oriental del Uruguay.

C) Los que no forman parte de sistemas específicos de integración:

1) República de Chile (antes perteneció a la CAN), 2) República Cooperativa de Guyana, 3) República de Suriname, y 4) República Bolivariana de Venezuela (antes perteneció a la CAN y al presente se encuentra en trámite su incorporación a MERCOSUR).

Generación normativa.- De conformidad con lo previsto por el artículo 12 del Tratado, *toda la normativa de UNASUR se adoptará por consenso* y conforme al procedimiento señalado en dicho artículo, y será obligatoria para los Estados Miembros una vez que haya sido incorporada en el ordenamiento jurídico

de cada uno de ellos, de acuerdo con sus respectivos procedimientos internos.

De ello resulta que la creación de las normas de la Unión caen bajo el sistema de la integración intergubernamental, lo que no permite *ad initio* contar con un ordenamiento jurídico autónomo y propio; en consecuencia, no goza de los principios de Aplicación Inmediata y Primacía, aunque a *posteriori*, es decir una vez incorporado al Derecho Positivo interno de los Estados Miembros, aparece el Efecto Directo, de crear derechos y obligaciones para los particulares, personas físicas o jurídicas, de cuya situación se desprende que, inicialmente, no garantiza un ordenamiento jurídico uniforme y común para todos los Estado Miembros de la Unión.

Por otra parte, al no contar con un órgano jurisdiccional de solución de controversias propio, tampoco garantiza la **declaración del Derecho**, la observancia, interpretación y aplicación uniforme y común de la normativa jurídica de la Unión, según se desprende de lo dispuesto por el artículo 21 del Tratado, que dispone:

“...Solución de Diferencias

Las diferencias que pudieren surgir entre Estados Partes, respecto a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Tratado Constitutivo serán resueltas mediante negociaciones directas.

En caso de no lograr una solución mediante la negociación directa, dichos Estados Miembros someterán la diferencia a consideración del Consejo de Delegadas y Delegados, el cual, dentro de los 60 días de su recepción, formulará las recomendaciones pertinentes para la solución de la misma.

En caso de no alcanzarse una solución, esta instancia elevará la diferencia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, para su consideración en su próxima reunión...”.

Dicha norma, además de adolecer de dos lamentables omisiones: a) solo se refiere al Tratado e ignora a las normas derivadas, tales como las decisiones, resoluciones y otras, que emergen de aquel; y b) únicamente se refiere a los Estados Miembros sin contemplar a los sujetos más importantes de la integración que son los particulares: personas naturales o jurídicas, se reitera, tampoco asegura una aplicación uniforme y común de la normativa de la Unión por todos los Estados Miembros y, por tanto, no garantiza la institucionalización del proceso, lo que fundamenta la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional propio, por cuya razón, en lo que corresponda, serían aplicables las razones que motivaron la creación del Tribunal Andino, así como considerar el criterio del tratadista Miguel Ángel Ekmekdjian, que al referirse a las deficiencias de la ALADI, dice: “...*metas muy ambiciosas del Tratado constitutivo, falta de aplicabilidad inmediata y directa de sus normas derivadas, así como la ausencia de un Tribunal de Justicia, que funcione con jurisdicción e imperium obligatorios, no sólo sobre los Estados signatarios, sino también sobre los habitantes de éstos, a fin de lograr, el desarrollo autónomo de un derecho comunitario latinoamericano...*”.

DE LA INSTITUCIONALIDAD Y NECESIDAD DE CONTAR CON UN SISTEMA MIXTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN UNASUR

Por esas razones y las que surgen al responder la pregunta: ¿a qué tipo de integración pertenece la UNASUR?, es que fundamentamos las reflexiones y sugerencias que hacemos respecto a la necesidad de contar con un sistema de solución de controversias mixto, máxime si se considera que se deben articular y armonizar los dos sistemas de integración: supranacional (CAN) e intergubernamental (MERCOSUR), más allá de su convergencia, hasta lograr su integración mixta, así como implementar los éxitos que *ad initio* viene logrando UNASUR en las diferentes áreas: democráticas, sociales, culturales, políticas y otras, que requieren de un sistema debidamente estructurado e institucionalizado, vigoroso y sólido, que permita avanzar en esa armonización y unión, no

sólo de la integración económica, en sus diferentes etapas (zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, y otras y en sus mecanismos e institutos que la respaldan: normas de origen, trato nacional, salvaguardia y otras), sino también, cumplir con la normativa de lograr un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, como lo manda expresamente el Tratado Constitutivo de UNASUR.

Para dicho objeto, a fin de crear los mecanismos que garanticen la plena institucionalidad de UNASUR, en un proyecto de Integración Integral Mixto: Intergubernamental y Supranacional, considero también útil tomar en cuenta la sugerencia que hacemos más adelante en el punto 17, donde nos preguntamos si ¿Será posible que, con base a la función arbitral del Tribunal Andino se pueda conformar un sistema mixto de solución de controversias?, respondiéndonos que, conjuntamente con las funciones del Tribunal Permanente de Revisión de MERCOSUR, es posible constituir dicho sistema, para lo que se requeriría que el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la UNASUR, con base a las normas que ya son comunes para todos los Estados Partes, como las de propiedad industrial, cuyo proyecto de Código en materia de Patentes y Marcas, a nivel Suramericano y Latinoamericano, ha sido elaborado con los auspicios de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas y con el concurso de los Académicos: Tinoco, Académico Correspondiente del Brasil, Ramiro Moreno Baldiviezo, Presidente de la Academia y Walter Kaune Arteaga, Académico Fundador, y que se encuentra en pleno proceso de divulgación y análisis, derechos de autor, telecomunicaciones, transporte, seguros, medio ambiente, biodiversidad y otras, que serían recopiladas y sistematizadas por la Secretaria General de UNASUR, con el consiguiente informe técnico jurídico, mediante Decisión expresa las declare normas comunitarias, las que conjuntamente con otras que con tales caracteres también las apruebe, se conformaría el ordenamiento jurídico supranacional de UNASUR, cuyas controversias, serían resueltas por la jurisdicción comunitaria judicial, mientras que las otras de carácter intergubernamental, corresponderían a la

función arbitral. Así mismo será importante tomar en cuenta el análisis comparativo y crítico del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR con relación a la CAN, que se hizo precedentemente, de cuyas resumidas conclusiones se tendría las siguientes orientaciones:

Si bien las instituciones y procedimientos son diferentes, entre los procesos de integración intergubernamental y supranacional, sin embargo, no son irreductibles, exclusivos y excluyentes, sino que **algunos** de ellos admiten su combinación, **articulación y complementariedad** dando lugar a sistemas mixtos que, en todo caso, pueden servir para tender puentes comunicantes entre ambos procesos de integración que faciliten cumplir con uno de los propósitos y principios insertos en el preámbulo del Tratado de Creación de la UNASUR, que dice: “... *ENTIENDEN que la integración suramericana debe ser alcanzada a través de un proceso innovador, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos de MERCOSUR y la CAN, así como la experiencia de Chile, Guyana y Suriname, yendo más allá de la convergencia de los mismos;...*”

En la consecución de este propósito, en la parte que corresponde al Sistema de Solución de controversias, se evidencia que, en ambos procesos: CAN MERCOSUR, existen competencias y mecanismos procesales parecidos que facilitan su articulación, armonización e integración mixta, como se desprende de lo siguiente:

a) MERCOSUR a través de la Opinión Consultiva y la CAN por medio de los recursos de nulidad, de inaplicabilidad y de la interpretación prejudicial buscan declarar el Derecho de Integración Intergubernamental y Supranacional, respectivamente, garantizando su interpretación y aplicación uniforme, así como ejercer el control legal del ordenamiento jurídico derivado y de los actos de sus órganos;

b) Por medio de la etapa de las negociaciones directas en MERCOSUR y en la etapa prejudicial de la acción de incumplimiento ante la Secretaria General de la CAN, se

procura acercar a las partes de la controversia, a fin de que se logre un arreglo amigable y concertado que preserve también los intereses del proceso integracionista.

c) De no lograrse la solución de la controversia, ambos tienen procedimientos jurisdiccionales: MERCOSUR a través de los tribunales arbitrales ad hoc y del Tribunal Permanente de Revisión y la CAN por medio de su Tribunal Andino que también tiene prevista la función arbitral;

d) Ambos sistemas disponen de mecanismos para el cumplimiento de los laudos y sentencias y la aplicación de medidas compensatorias;

e) Asimismo estos sistemas reconocen la participación y la tutela de los derechos e intereses de los particulares, personas físicas o jurídicas: MERCOSUR, aunque con ciertas limitaciones y la CAN, ampliamente por medio de las acciones de incumplimiento,

Como se puede advertir, están sentadas las bases para configurar un sistema mixto de solución de controversias para la Unión de Naciones Suramericanas, "UNASUR", **sustentado en normas intergubernamentales y en normas comunes o supranacionales**, a través de un Tribunal Suramericano **con sus respectivas salas** que declare el Derecho de Integración Intergubernamental y Supranacional, asegure su interpretación y aplicación uniforme de los mismos, así como garantice la **legalidad e** institucionalidad del sistema; solo resta cumplir **con lo mandado en el** citado preámbulo del Tratado de la UNASUR, y en consecuencia realizar los trabajos de articulación, armonización, convergencia **y complementariedad** de ambos sistemas para obtener un Sistema Mixto de Solución de Controversias para UNASUR, máxime si se tiene en cuenta que el Estado Plurinacional de Bolivia, País Miembro de la CAN, por el Protocolo de Adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia al MERCOSUR, de 7 de diciembre de 2012, ha sido incorporado a MERCOSUR y consecuentemente forma parte integrante de ambos procesos de integración y, en tal calidad, le corresponde cumplir la

importante misión de constituirse en bisagra de dicha articulación, armonización, complementariedad y finalmente integración de los mismos a través, entre otros mecanismos, la conversión de normas comunes en normas comunitarias y del sugerido Sistema Mixto de Solución de Controversias, en cuyo propósito corresponde a la Universidad Andina asumir un rol trascendente que contribuya con sugerencias inteligentes al éxito de este importante objetivo.

Al respecto, nos parece oportuno insertar algunos criterios que surgieron con motivo de prologar la interesante e ilustrativa tesis-libro: "UN NUEVO MODELO DE GESTIÓN INTEGRAL PARA EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA UNASUR", en febrero de 2012, con la que el Dr. Oswaldo Salgado ha formalizado su incorporación a la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia, con quién compartí varios años de trabajo de alta responsabilidad en la administración de Justicia de la Comunidad Andina, como Magistrados del Tribunal Andino, donde aunamos inquietudes, aspiraciones y esfuerzos permanentes, llenos de fe y esperanza, al servicio del proceso de la integración, cuyos frutos se encuentran testimoniados en sendos libros, tesis y otras obras, que deseamos y aspiramos contribuyan y coadyuven al valioso esfuerzo que realizan los gobernantes de América Latina y el Caribe, así como a las autoridades que tienen a su cargo los procesos de integración: supranacional (la Comunidad Andina, CAN), e Intergubernamental (el Mercado Común del Sur, MERCOSUR), y la convergencia de éstos hacia la Unión de Naciones Suramericanas, UNASUR, y de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe, CELAC, para lograr la integración de esta parte del Continente, al servicio de sus pueblos y de la patria grande latinoamericana.

En dicha oportunidad, en un permanente intercambio de criterios, coincidimos en muchas ideas creativas para apoyar los procesos de integración, especialmente en la búsqueda de un sistema integrado de solución de controversias con base en la CAN y MERCOSUR.

El Dr. Salgado, con gran maestría y profundas reflexiones, viene creando nuevos paradigmas para la neo integración y, en ese afán, pretende demostrar que los pilares fundamentales de la integración necesitan de un revolucionario y profundo cambio, no sólo estructural sino también mental.

Al referirse a la Integración Suramericana tradicional, opina que ha tenido un carácter predominantemente subregional, procesos parciales: CAN - MERCOSUR, con caracteres más económicos y comerciales.

Considera que la creación de UNASUR, en el 2008, trae la necesidad de formular un nuevo paradigma integracionista de la Región, donde la Solución de Controversias no debe estar rezagada a modelos tradicionales. En tal sentido, coincidiendo con nosotros, sugiere un nuevo modelo que garantice una justicia y solución de controversias efectiva, real, sólida, eficaz y legítima para el buen vivir - Sumak Kawsay-, mejor calidad de vida, eliminar la pobreza, la marginación, explotación, depredación del ambiente..., entre otros, respaldados por principios éticos de servicio a la persona humana, apoyados en frases celebres del libertador Bolívar: "La justicia es la reina de las virtudes republicanas y con ella se sustenta la igualdad y la libertad"; "Las armas nos han dado la independencia, las leyes nos darán la libertad".

Con ideas imaginativas, crea y desarrolla nuevos paradigmas para la Neo Integración Integral Mixta, incluyente y participativa, donde las personas o seres humanos seamos la verdadera razón de ser o el objetivo primario y donde las mercancías no tengan más importancia que los seres vivos, utilizando la modalidad de Integración Comunitaria o supranacional y la integración intergubernamental, con un **neo** Derecho y Neo Justicia para UNASUR. integrar ambos sistemas en uno nuevo denominado NEO INTEGRACIÓN INTEGRAL MIXTA, explicando que es mixta porque utilizaría lo mejor de lo intergubernamental y de lo supranacional; es integral porque integraría las modalidades reales:

MERCOSUR (Intergubernamental) y la CAN (Supranacional).

Se pregunta, ¿cuándo utilizar la Integración Comunitaria?, respondiendo, cuando los Países Miembros estén convencidos que, en determinados ámbitos específicos, se debe avanzar de manera ágil y no hay inconvenientes en delegar a un Órgano Facilitador competencias, decisión soberana de cada País Miembro. En cambio, se utilizaría la Integración Intergubernamental, cuando los Países Miembros no estén convencidos aún en ceder determinadas competencias, avanzar de manera lenta, coordinada y consensuada cada paso. La ventaja sería que se pueda romper los mitos y miedos, cuando se puede revertir la delegación y la modalidad supranacional a una intergubernamental y viceversa.

Este proceso conlleva que se unifiquen los referidos conceptos de Derecho en uno solo, con el nombre de Derecho de Integración Supranacional e Intergubernamental, lo que es posible si se tienen los conceptos previos, claramente definidos de cada uno de ellos, con lo que se tendría un Neo Derecho para la Neo Integración de UNASUR, resultando que este Derecho, por su naturaleza, es Mixto.

Sostiene que la Unión de Naciones Suramericanas, por su novísima conformación, no cuenta aún con un sistema independiente y órgano autónomo para la solución de controversias, sólo mecanismos y procedimientos de negociaciones directas, previstos en el artículo 21 de su Tratado Constitutivo. Al respecto, cita a Diego Cardona, en su obra "La Construcción de la Integración Suramericana", quien dice: "Hasta el momento se ha previsto lo conducente a solucionar solamente diferendos provenientes de la interpretación al Tratado. El mecanismo no es otro que el de las soluciones directas con un mecanismo subordinado si el otro falla, cual es el del Consejo de Delegados, el cual debe emitir recomendaciones en 60 días. El Plan C, es elevar el tema al Consejo de Cancilleres si los otros dos mecanismos no producen buenos resultados...".

En consecuencia, sugiere un marco de solución de controversias de diversa índole, propiciando una salida por medio de su estructura diplomática y judicial, que garantice la seguridad jurídica, la vigencia de los derechos fundamentales y la solución pacífica de los conflictos, fomentando la cultura del diálogo y la paz.

EL NEO SISTEMA INTEGRADO DE JUSTICIA Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SURAMERICANO que propone, recogería las mejores experiencias de la CAN-MERCOSUR y de los otros sistemas jurisdiccionales y/o mecanismos alternativos, tanto regionales como mundiales.

Estaría conformado por un Órgano Rector, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA SURAMERICANO, que manejaría el sistema integral de solución de controversias suramericanas y garantizaría la validez y eficacia del ordenamiento jurídico, tanto intergubernamental como comunitario, así como los ámbitos de controversias internacionales relacionados con determinados negocios, como las controversias en materia de inversiones. Estaría integrado por 4 salas: SALA DE JUSTICIA DE LA UNASUR; SALA ARBITRAL; SALA DE CASACIÓN Y NULIDADES DE LAUDOS ARBITRALES, Y SALA CENTRO DE ARBITRAJE DE LA UNASUR, cuya organización y funciones debería ser objeto de un riguroso y amplio estudio, así como de una reglamentación altamente especializada.

Como se puede advertir estas sugerencias son coincidentes con las nuestras, lo que es consecuencia y resultado de lo dicho al comenzar esta referencia a los criterios vertidos por el prestigioso Tratadista Oswaldo Salgado Espinoza, y que son complementadas en el tema siguiente, referido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

SEGUNDA PARTE

TRIBUNAL ANDINO, SUS COMPETENCIAS Y CUESTIONES PROCEDIMENTALES

16. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los fundamentos de su creación. *¿Fue necesaria la creación de este órgano jurisdiccional?*

Como anotamos, el Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969 (Anexo 1), en cumplimiento de un mandato histórico, político, económico, social y cultural de los países miembros, constituyó un Proceso de Integración Supranacional de Carácter Subregional con objetivos claramente señalados y con un orden y ordenamiento jurídico propio, aunque incompleto. Posteriormente el 28 de mayo de 1979, se creó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como Órgano Jurisdiccional Supranacional Comunitario, con competencias y facultades atributivas de declarar y garantizar el respeto del Derecho Comunitario en su interpretación y aplicación uniforme, ejercer el control de su legalidad y cumplimiento y resolver las controversias que surjan de su aplicación, con lo que se perfeccionó y completó dicho organismo supranacional.

En efecto, como se puede apreciar, inicialmente el Acuerdo de Cartagena no contempló un Tribunal Comunitario, lo que se explica si se considera que la Integración Subregional Andina surgió dependiente y subordinada al Tratado de Montevideo [de 1960, que crea la ALALC](#), según se desprende del artículo 1 del Acuerdo, lo que motivó que el artículo 23 del mismo, remita a la Comisión del Acuerdo de Cartagena y, en su caso, al “Protocolo para Solución de Controversias” suscrito en Asunción el 2 de septiembre de 1967, la solución de discrepancias que se presentaren con motivo de la interpretación o ejecución del Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión, disposiciones estas que subsistieron hasta el Tratado de 28 de mayo de 1979 de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que, al mismo tiempo de institucionalizar el ordenamiento jurídico comunitario en sus

artículos 1 al 4, implícitamente modifica aquellas disposiciones comunitarias en el citado Artículo 42 del mismo Tratado.

Todo este proceso de consolidación institucional se puede observar en el Protocolo Modificador del Acuerdo de Cartagena – suscrito en Trujillo – que entró en vigencia el 3 de junio de 1997, codificado por la Decisión 406 de la Comisión de la Comunidad Andina, donde expresamente se suprime del artículo 1 la referida subordinación y se abroga el artículo 23, reemplazándolo por los artículos 40 y 41, Sección E- Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y artículo 47, Sección I- De la Solución de Controversias. Dichas normas se encuentran reiteradas en similares artículos y Secciones de la Decisión 563 de la Comisión Andina, que Codifica el Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena).

La Creación del Tribunal Comunitario fue el resultado de un proceso de varios años de análisis y reflexión, en el que, a medida que el proceso de integración se fue desarrollando y afianzando, surgió la imperiosa necesidad de institucionalizarlo con un órgano jurisdiccional propio. Este proceso culminó con la suscripción del referido Tratado de Creación del Tribunal el 28 de mayo de 1979.

Entre las razones que motivaron su creación, se tiene:

1. Institucionalizar el proceso de integración,
2. Normar el principio de aplicación inmediata a fin de lograr en los Países Miembros la observancia uniforme del ordenamiento jurídico comunitario, toda vez que las Decisiones y Resoluciones entraban en vigencia según criterios y procedimientos distintos,
3. Establecer el alcance del principio efecto directo en la creación de los derechos y obligaciones que emergen de la normativa comunitaria para las personas naturales o jurídicas,

como sujetos del Derecho Comunitario, y su consiguiente tutela

4. Fundamentar el principio de primacía del Derecho Comunitario,

5. Constituir mecanismos apropiados para la declaración, aplicación uniforme y preservación del ordenamiento jurídico comunitario y consiguiente solución de controversias.

Tan pronto entró en vigencia, en el año 1983, el Tratado de Creación del Tribunal Comunitario, e inició sus actividades en el año 1984, se vio la necesidad de revisar y ampliar sus competencias. Después de varios años de estudio y preparación del proyecto, el 28 de mayo de 1996 en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, se aprobó el Protocolo Modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina que contempla reformas y ampliación de competencias.

Su primer Estatuto fue aprobado por la Decisión 184 de fecha 19 de agosto de 1983, modificado y codificado posteriormente por Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores el 22 de junio de 2001.

El Tribunal, estaba integrado por cinco Magistrados. Sin embargo, por la Decisión 633, de 12 de junio de 2006, publicada en la G.O.A.C. N°. 1356, de 16 de junio de 2006, se determinó que: *“Artículo 1.- El número de Magistrados que integren el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina será igual al número de Países Miembros de la Comunidad Andina”*, por lo que, actualmente, lo conforman cuatro Magistrados designados por la Comisión de Plenipotenciarios de los Países Miembros, con sede en la Ciudad de Quito, de ternas presentadas por sus cancillerías.

El Tribunal Comunitario es parte integrante del Sistema Andino de Integración, pero a la vez independiente de los órganos que lo conforman y de los Países Miembros. Tiene su sede permanente en la ciudad de Quito-Ecuador.

De acuerdo a la doctrina, como sostiene el ilustre tratadista Ricardo Alonso García, “*En cuanto al control del respeto del Derecho ‘en la aplicación del presente Tratado’, alcanza (...) tanto a la actividad desarrollada por las instituciones europeas como por las autoridades nacionales en los ámbitos cubiertos por el ordenamiento comunitario, arbitrándose a tales efectos una serie de procedimientos (...)*”.³¹

Dentro del marco previsto por el Tratado de Creación del Tribunal, referente a la preservación del orden y ordenamiento jurídico comunitario, dicho Tratado y su Estatuto han contemplado como sus competencias las de conocer y resolver las Acciones de Nulidad, de Incumplimiento, Interpretación Prejudicial, **Recurso por Omisión o Inactividad, Jurisdicción Laboral y Función Arbitral**, habiendo sido estas tres últimas incorporadas por el referido Protocolo de Cochabamba.

17. ¿Será posible que, con base a la función arbitral, se pueda conformar un sistema mixto de solución de controversias?

Es de relieves que el Tribunal Comunitario con la función arbitral prevista en los artículos 38 y 39 del Tratado de su Creación, que conlleva laudos arbitrales revestidos de los atributos y fuerza que emergen de los principios del Derecho Comunitario, cuya normativa, sin embargo, requiere de adecuación y ampliación de sus competencias para los fines que se sugiere más adelante, dentro de las políticas de articulación, convergencia y complementariedad de los sistemas de integración intergubernamental y supranacional, entre ellas por ejemplo la selección de normas comunes para todos los países de ambos sistemas, como ser: las de propiedad industrial, derechos de autor, telecomunicaciones, transporte, seguros, medio ambiente, biodiversidad y otras, que como se dijo podrían ser recopiladas y sistematizadas, a través de una Decisión del Consejo de Jefes y Jefes de

³¹ Alonso García, Ricardo. Sistema Jurídico de la Unión Europea, Primera Edición 2007, Ed. Aranzadi S.A., pp. 141 y 142

Estado y de Gobierno de UNASUR, previo el trabajo técnico-jurídico que corresponda, y aprobadas como normas comunitarias para toda la UNIÓN, con los principios de aplicación inmediata, efecto directo y supremacía, así como otras normas que con tales características y principios sean dictadas por dicho órgano supremo, con lo que se conformaría el ordenamiento jurídico supranacional de UNASUR, cuyas controversias, por referirse precisamente a normas comunes, podrían ser resueltas por la jurisdicción comunitaria judicial, mientras que las otras de carácter intergubernamental, corresponderían a la función arbitral, dando lugar así a un *régimen mixto* de solución de controversias donde, el referido Tribunal Comunitario, se constituiría en piedra angular de dicho régimen mixto y consiguiente factor de convergencia, complementariedad y unión, con lo que MERCOSUR y la COMUNIDAD ANDINA dispondrían de un importante y útil mecanismo de articulación para avanzar juntos y viabilizar, en el orden institucional, la UNION DE NACIONES SURAMERICANAS (UNASUR) y posterior integración latinoamericana, para lo que también será necesario la readecuación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, a fin de que, sobre sus bases, se constituya el Órgano Judicial de la Unión.

Con relación a este importante tema, en el referido prólogo a la tesis-libro del Dr. Salgado, se hizo énfasis en EL NEO SISTEMA INTEGRADO DE JUSTICIA Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SURAMERICANO que propone, el cual estaría conformado por un Órgano Rector, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA SURAMERICANO, que manejaría el sistema integral de solución de controversias suramericanas y garantizaría la validez y eficacia del ordenamiento jurídico, tanto intergubernamental como comunitario, así como los ámbitos de controversias internacionales relacionados con determinados negocios, como las controversias en materia de inversiones.

Como ya se indicó, estaría integrado por 4 salas: SALA DE JUSTICIA DE LA UNASUR; SALA ARBITRAL; SALA DE

CASACIÓN Y NULIDADES DE LAUDOS ARBITRALES; Y SALA CENTRO DE ARBITRAJE DE LA UNASUR,

Reiterando lo que sostenemos precedentemente, es de destacar las valiosas sugerencias que contiene su libro, en sentido de conseguir que los Estados Miembros de su propia voluntad y en ejercicio de su soberanía, a través del Órgano Facilitador correspondiente, seleccionen las normas jurídicas que ya son de uso común, como ser: las de propiedad industrial, derechos de autor, telecomunicaciones, transporte, seguros, medio ambiente, biodiversidad, etc., y con base a dichas normas se constituya un ordenamiento comunitario o supranacional, obligatorio y común para todos los Países Miembros, el que podría incrementarse en la medida en que se dicten nuevas normas de carácter comunitario, provenientes de órganos de carácter supranacional a crearse, cuya resolución de controversias abriría la jurisdicción comunitaria, a cargo de la SALA DE JUSTICIA, con función jurisdiccional.

En cambio, la regulación normativa que responde al sistema de integración intergubernamental, cuyos caracteres ya han sido indicados, y la consiguiente solución de controversias que se pudieran presentar, fundamentaría la creación de la SALA ARBITRAL, con función arbitral, haciendo énfasis, sin embargo, que los aspectos relacionados con el orden público de la integración, necesariamente deben ser conocidos y resueltos por la Sala Judicial, a fin de institucionalizar la Neo Integración Integral Mixta.

Contaría también con una SALA DE CASACIÓN Y DE NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES, para conocer y resolver Recursos de Casación y de Nulidad de Laudos Arbitrales, emitidos por las anteriores Salas.

Para lograr un escenario normativo amplio y completo, incluyente de los procesos de Integración intergubernamental y de Integración Supranacional, además de las normas comunitarias que provienen de dichos procesos, sugiere se tenga presente otras normas de relación internacional

aceptadas por los Países Miembros de Suramérica, como las comerciales, inversiones y otras, cuya resolución de controversias estaría a cargo de la SALA CENTRO DE ARBITRAJE SURAMERICANO.

Correspondería también al TRIBUNAL DE JUSTICIA DE UNASUR, la Facultad Consultiva, con carácter vinculante para quien hace la consulta.

Coincidimos con dichas ideas y sugerencias, y aspiramos que la Neo Integración Integral Mixta que propone, facilite que el orden y ordenamiento jurídico de cada sistema subregional de integración: supranacional e intergubernamental, CAN y MERCOSUR, respectivamente, logren su articulación, convergencia, armonización **y completariedad** que permitan compartir, combinar y redimensionar las experiencias logradas por ambos sistemas, para proyectarlas optimizadamente hacia el proceso de Integración Suramericano, la UNASUR.

En todo caso, se debe tener presente, como ya se advirtió, que si bien UNASUR más se orienta por el sistema de integración intergubernamental, como se desprende de los artículos 11, 12 y 21 de su Tratado Constitutivo, al no contar con un ordenamiento jurídico con los principios de aplicación inmediata, primacía y otros, así como con un sistema de solución de controversias institucionalizado y autónomo, que caracterizan a la integración supranacional; sin embargo, para lograr plenamente un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, que se proclama en el Preámbulo y Artículo 2 de dicho Tratado, que conlleva una integración amplia y holística, implícitamente, abre el camino hacia la convergencia Supranacional, cuyo objetivo se lo puede alcanzar precisamente con la referida Integración Integral Mixta.

En tal sentido, reiteramos, ¿será posible que, con base en la función arbitral del Tribunal Comunitario Andino, y la que corresponde al Tribunal Permanente de Revisión de MERCOSUR, se pueda conformar ese sistema mixto de solución de controversias? Consideramos positivamente,

coincidiendo que, para facilitar la ejecución exitosa del proyecto propuesto por el Dr. Salgado, el Tribunal Comunitario Andino, con la función arbitral prevista en los artículos 38 y 39 del Tratado de su Creación, armonizada con la normativa del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, dentro de las políticas de convergencia y complementariedad de los sistemas de integración intergubernamental y supranacional, permitiría contar con un *régimen mixto* de solución de controversias, importante y útil mecanismo de articulación para avanzar juntos y viabilizar, en el orden institucional, la ansiada UNION DE NACIONES SURAMERICANAS (UNASUR) y posterior integración latinoamericana, para lo que será necesario la readecuación de dichos Tribunales a fin de que, sobre sus bases, se constituya el TRIBUNAL DE JUSTICIA SURAMERINANO propuesto.

18. El Tribunal Andino como parte esencial y medular del Órgano Judicial Suramericano. *¿Podrá constituirse en bisagra de un órgano jurisdiccional mixto?*

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro del contexto precedentemente sugerido y de las competencias jurisdiccionales que le han sido asignadas, así como en relación con las ejercidas por los jueces nacionales de los Países Miembros, convertidos en jueces comunitarios en la aplicación del Derecho Comunitario, conjuntamente con las funciones arbitrales y las asignadas al Tribunal Permanente de Revisión de MERCOSUR, podría constituirse en parte esencial del Órgano Judicial Suramericano. A propósito, en lo que corresponda, Lotario VilaBoy Lois, citando a Guy Isaac, referente al reparto de las competencias entre la institución judicial comunitaria y las jurisdicciones nacionales, dice: *“El TJ no es un simple órgano judicial, ni siquiera únicamente una autoridad judicial, sino que se presenta como un auténtico poder judicial comunitario, del que posee los medios para serlo, un título indiscutible y voluntad de comportarse como tal”*.³²

³² Vilaboy Lois, Lotario y varios autores. Derecho Procesal Comunitario. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p.p. 16 y 17.

El Tribunal Comunitario Andino si bien es la única jurisdicción comunitaria que declara e interpreta el Derecho Comunitario, no es en cambio el único juez que administra justicia en ese marco jurídico, toda vez que a través de la interpretación prejudicial, de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado e indemnización del daño a favor de los particulares afectados en sus derechos subjetivos por ante las autoridades jurisdiccionales nacionales competentes y otras, se desprende que el sistema comunitario en lugar de crear Tribunales propios en cada uno de los Países Miembros, lo que resultaría de difícil administración, semilleros de permanente conflictos con los jueces nacionales e ineficaces para conseguir la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario, como sostienen algunos tratadistas, ha optado por convertir a los jueces nacionales en jueces comunitarios y a los habitantes de los Países Miembros en sujetos de derechos y obligaciones comunitarios, de donde se desprende que el Órgano Judicial Comunitario reside en los órganos que integran ambos niveles: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Jueces Nacionales constituidos en jueces comunitarios, en consecuencia, aspiramos que sobre sus bases y luces así como con la institucionalidad que logre adquirir el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, creado por el Protocolo de Olivos, en estrecha cooperación y coordinación con la función arbitral prevista para el Tribunal Comunitario Andino, respaldados por las valiosas sugerencias del Dr. Salgado y dentro de las proyecciones precedentemente anotadas, se conforme e instituya el sugerido *Órgano Judicial Suramericano*.

19. Cuestiones Procedimentales

19.1 Aplicación del Ordenamiento Jurídico en el tiempo.-

El Tribunal Andino en los casos de interpretación prejudicial ha sostenido: *“Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima, la norma comunitaria sustantiva no surte efectos retroactivos. En consecuencia, las situaciones jurídicas concretas se encuentran sometidas a la norma vigente en el tiempo de su constitución. Y si bien la norma*

comunitaria nueva no es aplicable a las situaciones jurídicas originadas con anterioridad a su entrada en vigencia, procede su aplicación inmediata tanto en algunos de los efectos futuros de la situación jurídica nacida bajo el imperio de la norma anterior, como en materia procedimental”.

19.2 La jurisdicción y Competencia comunitaria

Jurisdicción Comunitaria, es la potestad atributiva y exclusiva que tienen el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los jueces nacionales – convertidos en jueces comunitarios cuando conocen de controversias suscitadas con motivo de la aplicación de normas comunitarias– de administrar justicia dentro del ámbito comunitario.

Como se dijo, si bien el Tribunal Comunitario Andino es la única jurisdicción comunitaria que declara e interpreta el Derecho Comunitario, no es en cambio el único juez que administra justicia en ese marco jurídico, toda vez que la jurisdicción Comunitaria también se encomienda a los Jueces Nacionales, donde actúan como jueces comunitarios.

La Jurisdicción Comunitaria proviene del propio proceso de integración supranacional, cuya base esencial es la soberanía compartida que emerge de la fusión de la cesión del ejercicio de una parte de soberanía que hacen los Países Miembros a la Comunidad, al amparo de lo facultado por sus Constituciones Políticas, de donde surge un orden y un ordenamiento jurídico propio y el consiguiente Derecho Comunitario que viene a ser el objeto de la Jurisdicción Comunitaria. En efecto dentro del orden jurídico se encuentran, como ya se dijo, los órganos comunitarios con poderes atributivos de legislar, administrar los intereses comunitarios y el de administrar justicia dentro del campo del Derecho Comunitario.

Dicha Jurisdicción Comunitaria que es atributiva y propia, se fundamenta en las referidas normas constitucionales relacionadas con la integración y se encuentran consagradas específicamente en el Tratado Constitutivo del Acuerdo de

Cartagena, en su preámbulo y artículos 1, 2, 5, 6, 40, 41, y 47 así como en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sus artículos 5 y 42.

Al respecto como señala Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, La Jurisdicción “(...) viene definida y limitada por su objeto: el Derecho Comunitario (...) la interpretación y aplicación del Ordenamiento jurídico comunitario se encarga a los órganos jurisdiccionales comunitarios, los cuales serán, a su vez, los únicos que ostenten jurisdicción sobre dicho Ordenamiento”.³³

Con relación al mismo tema, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al referirse a éste tema dice: “(...) el juez interno tiene que asumir, junto con el Tribunal de Justicia y en estrecha colaboración con él, la responsabilidad de la aplicación del derecho comunitario (...)”.³⁴

Competencia Comunitaria, es la medida de esa jurisdicción para conocer de determinadas y específicas acciones y recursos, se encuentra prevista en los artículos 17 al 40 del indicado Tratado de Creación del Tribunal Andino, que norma tanto las acciones y recursos que conoce el Tribunal Andino como las que corresponden a los jueces nacionales, que serán desarrollados más adelante.

Las citadas normas constitutivas confieren potestades y competencias atributivas y, dentro del concepto de reparto de competencias, limitan las competencias de los países miembros en ese ámbito de las asignadas o cedidas.

La competencia, según el citado autor Jesús Ángel Fuentetaja Pastor “(...) es la medida exacta en que se atribuye jurisdicción a un órgano. Órganos jurisdiccionales comunitarios

³³ Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel. **El Proceso Judicial Comunitario**, Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 1996, p. 63

³⁴ Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso. **Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario, Modelos Europeos y Americanos**. Ed. Santafé de Bogotá abril 24, 25 y 26 de 1995, Primera Edición, Impresión Artes Gráficas Señal, Impreseñal Ltda., Quito Ecuador, p. 169, 171, 173 y 175.

son: el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales. La competencia para interpretar y aplicar el Derecho Comunitario se reparte entre ellos de la siguiente manera:

A) La competencia general en materia de Derecho Comunitario corresponde a los Tribunales nacionales de los diferentes Estados miembros como jueces comunitarios.

B) El Tribunal de Justicia, cuya competencia no se ordena sobre una genérica 'cláusula general de competencia' por el contrario es un Tribunal de competencias específicas o analíticas, las enumeradas taxativamente en los Tratados (...) Ello ha permitido hablar de una 'competencia de atribución' (...).³⁵

Ricardo Alonso García en su libro Derecho Comunitario Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea, dice: "(...) la comunidad no goza de competencias ilimitadas; por el contrario actúa a través de las competencias que específicamente le atribuye el Tratado- competencias de atribución-, enunciadas en los artículos 3 y 3A, en función de los objetivos que le han sido asignados por el artículo 2 (...)"

19.3 Requisitos generales para la presentación de la demanda, su contestación, y otras cuestiones procedimentales

Los requisitos exigidos por la norma comunitaria para presentar una demanda de acción de incumplimiento, de acción de nulidad, de un recurso por omisión o inactividad y de las acciones laborales, son los siguientes:

1 Presentación de la demanda.- Envío

La demanda debe ser suscrita por la parte y su abogado dirigida al Presidente del Tribunal y presentada ante la Secretaría del Tribunal en original y tres copias.

³⁵ Idem. p. 63.

La demanda puede ser enviada vía fax, por correo o por medios electrónicos con la debida confirmación por parte del Tribunal, caso en el cual el demandante tiene un plazo de tres días para remitir por correo el original de la demanda y sus anexos. De lo contrario la demanda se tendrá como no presentada.

En el caso de que la demanda no sea presentada de forma personal ante el Tribunal y, cuando el demandante sea una persona natural o jurídica, debe constar el reconocimiento ante notario o juez competente del respectivo País Miembro, de las firmas de la parte o de su representante legal y la de su abogado (artículo 45 del Estatuto del Tribunal).

2. Contenido de la demanda

La demanda, de conformidad con el artículo 46 del mismo Estatuto, necesariamente, deberá contener,

- a) Los nombres y domicilios del actor y de la parte demandada, así como su naturaleza jurídica. En el caso de los Países miembros la indicación de la Autoridad Nacional Competente;
- b) La identificación del abogado del demandante;
- c) El objeto de la demanda;
- d) Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento a la acción o al recurso;
- e) Los fundamentos de derecho de las pretensiones de la acción o del recurso;
- f) El ofrecimiento de pruebas y la petición concreta de que se decreten y se practiquen las mismas, si fuere el caso; y,
- g) Opcionalmente, el domicilio del actor en la sede del Tribunal y el nombre de la persona autorizada para recibir notificaciones en el mismo.

3. Anexos a la demanda.

De acuerdo con el artículo 47 del Estatuto, se deberá anexar, los siguientes documentos:

- a) Cuando el demandante sea un País Miembro o un órgano o institución del Sistema Andino de Integración copia simple del nombramiento de su representante legal;
- b) Cuando el demandante sea una persona jurídica, la prueba que acredite su existencia y la identidad de su representante legal;
- c) El poder conferido a quien actúe como su mandatario judicial; y,
- d) Los documentos y pruebas que se encuentren en su poder.

4. Requisitos específicos

La norma comunitaria, prevé algunos requisitos específicos para cada una de las acciones, los cuales serán estudiados con cada una de ellas.

5. Regularización de la demanda

Si la demanda no cumple con alguno de los requisitos específicos o generales, el Tribunal fijará un término de quince días para que el demandante regularice la demanda y presente los documentos exigidos. Si, vencido este término la parte no cumple con lo requerido, el Tribunal rechazará la demanda conforme al artículo 52 del Estatuto del Tribunal.

6. Rechazo in límine

El Tribunal, además, tiene la facultad de rechazar de plano la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando de la propia demanda o de los documentos presentados junto a ésta, se evidencie que está vencido el término de caducidad de la acción, conforme a lo previsto por el artículo 53 del Estatuto del Tribunal.

7. Admisión, reforma o complementación de la demanda

Si la demanda cumple con todos los requisitos exigidos por ley el Tribunal la admitirá a trámite, para lo cual emitirá un auto de admisión de la demanda y correrá traslado tanto de la demanda como de sus anexos al demandado, concediéndole un término de 40 días para que de contestación a la misma.

La demanda puede ser reformada o complementada por una sola vez, hasta antes de la contestación o hasta antes del vencimiento del plazo para contestarla, lo que suceda primero. Una vez notificada la complementación o la reforma, empezará a correr un nuevo término según el artículo 54 del Estatuto del Tribunal.

8. Contestación a la demanda

De acuerdo con el artículo 56 del Estatuto, se realizará mediante escrito dirigido al Tribunal, igualmente firmado por el demandado y su abogado, y deberá contener:

- a).El nombre y domicilio de la parte demandada y los de su representante legal y de su abogado;
- b).Una exposición detallada sobre los hechos de la demanda y las razones de la defensa;
- c).La proposición de las excepciones que se invoquen contra las pretensiones del demandante, si lo estima la parte demandada;
- d).El ofrecimiento de pruebas y la petición concreta de que se decreten y practiquen las mismas, si fuera el caso; y,
- e). La indicación del lugar donde podrán hacerse las notificaciones al demandado y a su apoderado **judicial**.

En el auto en el cual el Tribunal da por contestada o por contradicha la demanda, dispondrá que se remita copia de la contestación de la demanda y de sus anexos al demandante, si esta última se hubiera producido.

9. Anexo a la contestación a la demanda.

Deberá incluir, de conformidad con el artículo 57 del Estatuto:

- 1) Cuando el demandado sea un País Miembro o un órgano o institución del Sistema Andino de Integración, copia simple del nombramiento de su representante legal;
- 2) Cuando se trate de una persona jurídica, la prueba que acredite su existencia y la identidad de su representante legal;
- 3) El poder conferido a quien actúe como su mandatario legal; y
- 4) Los documentos y pruebas que se encuentren en su poder.

10. Allanamiento a la demanda y reconvención

Ya sea en la contestación a la demanda o en cualquier momento anterior a la sentencia el demandado podrá, si la naturaleza de la acción lo permitiere, allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, caso en el cual se proveerá de acuerdo con lo solicitado en ella. De igual forma, cuando la naturaleza de la acción lo permita, el demandado podrá reconvénir la demanda, siempre que la naturaleza de las acciones así lo amerite.

11. Contradicha la demanda.

Si el demandado no diese contestación a la demanda o si ésta fuese presentada fuera de término, se la tendrá como contradicha tanto en los hechos como en el derecho.

Con la demanda y la contestación a la misma o cuando ésta se haya declarado como contradicha, se produce la relación procesal.

Otras Cuestiones Procedimentales

Dentro del trámite del proceso pueden darse las siguientes cuestiones procedimentales:

1. Excepciones previas, junto con la contestación a la demanda, el demandado podrá presentar excepciones previas, que el Tribunal deberá resolver con este carácter:

- a. Falta de jurisdicción.
- b. Falta de competencia del Tribunal.
- c. Incapacidad o indebida representación de las partes.
- d. Inexistencia del demandante o demandado.
- e. Falta de requisitos formales de la demanda.
- f. Indebida acumulación de pretensiones.
- g. Proceso pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
- h. Cosa juzgada.
- i. Caducidad de la acción.
- j. Falta de agotamiento de la vía comunitaria previa.
- k. Indebida naturaleza de la acción
- l. Falta de objeto de la demanda.

2. Acumulación, conforme a lo dispuesto por el artículo 63 del Estatuto, el Tribunal de oficio, previa consulta a las partes o a solicitud de una de ellas, podrá acumular dos o más procesos cuando considere que por su naturaleza sean compatibles, exista relación entre ellos y deban ser resueltos en una misma sentencia. Esta acumulación, se podrá tramitar hasta el vencimiento del término para presentar los alegatos de conclusiones.

3- Nulidades procesales y saneamiento, el Tribunal de oficio o a petición de parte podrá declarar la nulidad procesal total o parcial por las causales prevista en el artículo 64 del Estatuto del Tribunal. En las causales previstas en los tres primeros literales de dicho artículo, que se refieren: distinta jurisdicción, carezca de competencia y no se hayan cumplido con trámites previos, no procede el saneamiento, mientras que, en los demás casos podrá sanearse el proceso, reponiendo la actuación afectada desde el momento en que se produjo el vicio que la determinó.

La declaración de una nulidad procesal podrá darse en cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia y deberá procederse conforme a lo dispuesto por el Artículo 66 del Estatuto del Tribunal Comunitario.

4. Participación de terceros, conforme con el artículo 72 del Estatuto del Tribunal, está prevista para quienes, sin ser sujetos de la sentencia, tengan un interés jurídico sustancial y puedan ser afectados desfavorablemente si la parte a la que desean coadyuvar es vencida. La solicitud de coadyuvancia debe cumplir con los mismos requisitos de la demanda o de su contestación. El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que coadyuva y tomará el proceso en el estado en que se encuentre.

5. Pruebas, recibida la contestación a la demanda y admitida por el Tribunal o declarada contradicha ésta, dentro los diez días siguientes, conforme a lo dispuesto por el Artículo 75 del Estatuto, si el Tribunal Comunitario considera necesario abrirá un término probatorio, decretará las pruebas y la práctica de las mismas, que no excederá de treinta días, prorrogable por treinta días más.

Medios de prueba son: a) la declaración de las partes; b) los documentos; c) el testimonio; d) el dictamen pericial o informe de expertos; e) la inspección judicial; y, f) otros idóneos, para la formación de la convicción del Tribunal. Además, el Tribunal de oficio, en cualquier estado de la causa y antes de dictar sentencia podrá ordenar las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

El Tribunal, podrá solicitar directamente a los jueces nacionales de los Países Miembros la colaboración para la práctica de pruebas y el cumplimiento de otras diligencias judiciales.

6. Audiencia pública, si el Tribunal considera que no es necesario abrir un periodo probatorio porque cree que las pruebas aportadas por las partes en sus escritos de demanda

y de contestación son suficientes, o una vez concluido el periodo probatorio, convocará a las partes a audiencia pública, la cual se llevará a cabo en el Tribunal y podrán participar las partes y sus coadyuvantes. También, podrán intervenir expertos o asesores, quienes deberán ser acreditados dentro los 8 días de la notificación del auto de convocatoria de la audiencia, a fin de que se posibilite realizar las impugnaciones que pudieren corresponder.

Instalado el acto, se concederá la palabra a la parte demandante, después a la parte demandada y a la coadyuvante o a los expertos de ser el caso, finalmente, las partes tendrán derecho a la réplica y a la dúplica. El tiempo para cada una de las intervenciones se acordará en reunión previa con las partes.

Alegatos, realizada la audiencia las partes tienen un término de 8 días para presentar sus alegatos de conclusiones, salvo lo previsto por el Artículo 86 del Estatuto del Tribunal que establece un plazo de quince días en los procesos en los que no se hubiese convocado a audiencia.

7. Sentencia, una vez recibidos los alegatos, la causa queda para dictar sentencia definitiva, la que deberá emitirse en el plazo de sesenta días, conforme a lo dispuesto por el último párrafo del citado Artículo 86, observándose lo previsto en el artículo 90 del Estatuto del Tribunal.

8. Notificación de la sentencia, se realizará fijando en el despacho de la Secretaría un edicto que contenga la parte resolutive de la sentencia, por el término de diez días, al cabo de los cuales se entenderá efectuada tal diligencia y se dejará constancia en el expediente. Simultáneamente a la fijación del Edicto, la sentencia se remitirá por correo rápido o por facsímil a las partes y a la Secretaría General, para su publicación en la Gaceta Oficial.

9. Enmienda, ampliación y aclaración, dictada la sentencia, las partes tienen un plazo de quince días, contados desde la

notificación de la sentencia para presentar solicitud de enmienda, ampliación o aclaración de la sentencia.

Enmienda tiene lugar si la sentencia contuviere errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes o si se hubiese pronunciado sobre un asunto no planteado en la demanda.

Ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos.

Aclaración recae sobre puntos de la sentencia que resultaren ambiguos o dudosos.

19.4 La Acción de Nulidad

Esta competencia faculta al Tribunal a ejercer el control de validez y de legalidad de la normativa comunitaria derivada y de los actos de los órganos comunitarios. Dicha acción la pueden incoar, como legitimados activos, los Países Miembros, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaria General y las personas naturales o jurídicas, afectadas en sus intereses legítimos o en sus derechos subjetivos, a fin de **obtener la nulidad de las Decisiones** del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, de las **Resoluciones** de la Secretaria y de los **Convenios** a que se refiere el literal e) del artículo 1 del Tratado, dictados o acordados con violación de las normas que conforma el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.

Según lo señalado por el Tratadista Ricardo Alonso García: *“(...) el Tribunal de Justicia, garante tanto de la legalidad en sentido estricto como de la constitucionalidad comunitaria (...). Actúa como juez constitucional cuando controla la constitucionalidad de las disposiciones generales que plasman de manera directa las opciones abiertas por el Tratado a las Instituciones comunitarias; y por otro, cuando constituye, vía pretoriana, los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario. Y actúa como juez contencioso cuando*

*controla la legalidad de las disposiciones comunitarias de carácter general dictadas en desarrollo de otras cuyo contenido es el que utiliza como parámetro de validez (sobre todo en los supuestos de delegación en favor de la Comisión); también cuando controla la legalidad de los actos comunitarios stricto sensu, esto es, de los actos administrativos comunitarios”.*³⁶

19.4.1 Objeto y naturaleza de la acción de nulidad

El Tribunal ha dicho: *“Las normas comunitarias de derecho positivo que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, se encuentran enumeradas en el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal, cuya validez de los literales c), d) y e) puede ser puesta en tela de juicio por medio de la acción de nulidad, la misma que es de acción pública por esencia ya que se consagra en beneficio de la legalidad y no para proteger directamente intereses particulares o subjetivos”*, como lo señala el tratadista Fernando Uribe Restrepo. (Uribe Restrepo, Fernando, "El Derecho de la Integración en el Grupo Andino". Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 77, 140).

Por medio de dicha acción se garantiza el principio de legalidad y de validez que es consustancial a todo régimen jurídico, **así como** se institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia del principio de la jerarquía normativa inserta en el mencionado artículo 1 del Tratado de Creación.

El artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal dispone que: *“Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el*

³⁶ Idem.

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado”.

Con relación a la **finalidad de la Acción de Nulidad** ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino **derivado**, el Tribunal ha expresado: *“Resulta por tanto de claridad meridiana que la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino, es la tutela del mismo, a fin de que aquélla quede sin efecto por contrariar las normas superiores de derecho; sin que a ese respecto la norma transcrita precise otras condiciones restrictivas para el pronunciamiento del Tribunal acerca de la decisión de la acción de nulidad interpuesta en tiempo hábil...”*

*Esta acción, si bien subjetiva por lo que respecta a la legitimación para interponerla, es en cambio, de carácter predominantemente objetivo en cuanto se encuentra consagrada en interés general a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, y por ello en el sistema recursorio andino su ejercicio no persigue, cuando menos en forma directa, el restablecimiento de derechos particulares y concretos, sino, se repite, el imperio de la jerarquía normativa, característica de todo ordenamiento jurídico”. (Proceso 1-AN-96, publicado en la G.O.A.C. Nº. 520 de 20 de diciembre de 1999)”.*³⁷

19.4.2 Dictámenes o actos preparatorios que no son objeto de la acción de nulidad

Al respecto el Tribunal ha sostenido: *“En el derecho comunitario andino y concretamente en la regulación que hace de la acción de incumplimiento el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, aparece nítidamente marcada esta característica de acto preparatorio o acto intermedio de los*

³⁷ Proceso 23-AN-2002, de 19 de agosto de 2003.

dictámenes que emite la Secretaría General. Así ellos se plasman en una resolución, son actos que no ponen fin a una actuación administrativa ni hacen imposible su continuación, ni tampoco contienen una manifestación de voluntad del organismo emisor, razón ésta que los asemeja más a los actos preparatorios o actos intermedios, que por definición no son susceptibles de discusión judicial independiente.

(...) resulta claro para El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que los dictámenes emitidos por la Secretaría General no son susceptibles de acciones de nulidad tendientes a que el juez comunitario defina acerca de su legalidad, toda vez que tanto por su naturaleza como por los objetivos que persigue dicho instituto jurídico, deben ser apreciados por la instancia judicial únicamente dentro del correspondiente juicio derivado de la acción de incumplimiento que ante ella se ventile. El País Miembro afectado por el dictamen de incumplimiento, o en su caso el particular interesado, tienen siempre la oportunidad procesal de discutir, cuestionar y oponerse al dictamen de incumplimiento emitido por la Secretaría General alegando ante El Tribunal dentro del proceso que se adelante con ocasión de la acción de incumplimiento tanto inconformidades por razones de forma como por motivos materiales o de fondo. Igualmente es obligación del Tribunal cuando quiera que deba apreciar un dictamen de incumplimiento realizar, con base en las reglas de la sana crítica y de los poderes del juez, un análisis profundo del mismo, para determinar si lo acoge o lo desestima.

Si bien en el ordenamiento jurídico andino no existe una disposición expresa como la contenida en el artículo 173 del Tratado de la Comunidad Económica Europea que excluya de la acción de nulidad los dictámenes de la Secretaría General, ello se deduce de una manera lógica e incontrastable tanto de la naturaleza jurídica de ellos, según lo que se ha expuesto, como de los objetivos que persiguen y de la condición procesal que ostentan dentro de la regulación que el Tratado de Creación del Tribunal consagra para la acción de incumplimiento.

*Como consecuencia de lo anterior El Tribunal, modificando anteriores posiciones que lo llevaron a admitir demandas en acciones de nulidad contra dictámenes emitidos por la Secretaría General, la presente entre ellas, se abstiene de fallar en el fondo la cuestión debatida y dará por terminado el presente proceso declarando que el acto sobre el cual versa la demanda no es susceptible de demanda en acción de nulidad”.*³⁸

En el Derecho Comunitario europeo, según Ricardo Alonso García, en lo concerniente a la naturaleza del acto impugnado, adviértase que, junto con “*las recomendaciones y los dictámenes, excluidos expresamente del recurso de anulación por el propio artículo 230 TCE (...) quedan también fuera de dicho precepto los actos destinados a producir efectos puramente ad intra (esto es, los meros actos de trámite emitidos en el marco de un proceso decisorio que, precisamente dada su naturaleza preparatoria, no se podrían impugnar al margen de la decisión definitiva) (...) así como los puramente confirmatorios de otros anteriores (en virtud de la doctrina del acto consentido, (...))*”.³⁹

19.4.3 Requisitos especiales para la presentación de una acción de nulidad

De acuerdo con el artículo 48 del Estatuto, se debe anexar lo siguiente:

- a) Si el actor es un País Miembro, la demostración de que la Decisión impugnada no fue aprobada con su voto afirmativo;
- b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, siendo, sin embargo, suficiente la demostración de estos últimos;

³⁸ Proceso 24-AN-99, de 2 de febrero de 2000, publicado en la G.O.A.C. Nº. 542, de 8 de marzo de 2000.

³⁹ Idem. p. 160

- c) La copia de la Decisión, de la Resolución o del Convenio que se impugna;
- d) La indicación de las normas que se estimen violadas y las razones de la transgresión; y,
- e) Cuando la acción se interponga contra una Resolución de efectos particulares, la designación y lugar en el que se debe notificar a los destinatarios o beneficiarios del acto impugnado.

Cabe aclarar que los Países Miembros solo podrán intentar la acción cuando las Decisiones o Convenios que deseen impugnar no hayan sido aprobados con su voto favorable.

La acción de nulidad solo puede ser intentada ante el Tribunal Comunitario dentro de los dos años siguientes a la fecha de su entrada en vigencia.

19.4.4 Efectos de la sentencia

El Tribunal declarará la nulidad total o parcial del acto demandado y los efectos de la sentencia en el tiempo, así como la obligación del órgano que emitió la norma declarada nula de dar cumplimiento a la sentencia.

Sobre los efectos de la sentencia, el Tribunal ha sostenido *“Como consecuencia de la citada declaratoria de nulidad, principalmente de la del artículo 3 de la Resolución 672, y no obstante sus efectos ex tunc, los derechos antidumping establecidos en el artículo 1 de la Resolución demandada serán exigibles a partir de la fecha de publicación de esta sentencia en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. De conformidad con los artículos 22 del Tratado de Creación del Tribunal y 106 de su Estatuto, la Secretaría General deberá adoptar las disposiciones necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo de esta sentencia, a partir de la fecha de su notificación.*

*Por cuanto la demanda será declarada parcialmente con lugar, no habrá lugar a la condena en costas”.*⁴⁰

19.4.5 Medidas cautelares

El Tribunal, a petición de parte podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o podrá ordenar otras medidas cautelares, de conformidad con lo previsto en el artículo 105 del Estatuto; para que prospere dicha medida provisional, además de los principios *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, se tendrá en consideración:

1. Si la demanda de nulidad se dirige contra una disposición comunitaria de contenido general, basta que haya manifiesta violación de otra de superior categoría del mismo ordenamiento, que se pueda percibir mediante una elemental comparación entre ésta y aquella;
2. Si la acción ejercitada tuviere como objeto la nulidad de una norma de contenido particular, deberán aparecer comprobados, además, los perjuicios irreparables o de difícil reparación que causa o pudiere causar al demandante, la ejecución de la norma demandada; y,
3. Si la medida se solicita y se sustenta de modo expreso en la demanda.

Si lo considera necesario, el Tribunal podrá exigirle al solicitante para que el decreto de suspensión se haga efectivo, constituir caución o fianza que asegure la reparación de los eventuales perjuicios que se generen por la suspensión cuando la sentencia definitiva no sea de anulación. El afianzamiento podrá consistir en caución, garantía de compañía de seguros o aval bancario. Podrá también disponer otras medidas cautelares.

19.4.6 Excepción de inaplicación

⁴⁰ Proceso 35-AN-03, de 25 de agosto de 2004, publicado en la G.O.A.C. N°. 1121, de 28 de septiembre de 2004.

No obstante de que hubiere **expirado el término de dos años** para plantear la acción de nulidad, cualquiera de las partes que litigue ante un juez o tribunal nacional en base de normativa comunitaria, podrá solicitar a dicho juez la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el proceso se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione.

Cuando se presente la **solicitud de inaplicabilidad**, el juez o tribunal nacional que conozca la causa, deberá consultar al Tribunal Comunitario sobre la legalidad de la norma impugnada y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia emitida por el Tribunal, la cual es de aplicación obligatoria en la sentencia que emita el consultante.

En el trámite, el Tribunal notificará a los Países Miembros, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión de la Comunidad Andina y a la Secretaría General, para que en un término de 30 días puedan presentar ante el Tribunal alegaciones y observaciones escritas.

En caso de incompatibilidad de las normas comunitarias, el Tribunal aplicará las de mayor jerarquía.

Con relación a este importante tema, el citado tratadista Ricardo Alonso García, dice: *“En lo concerniente a la excepción de ilegalidad, que también (...) permite rebatir indirectamente la legalidad de una norma con ocasión de la impugnación (directa) de un acto de aplicación de la misma (...) debe recalcarse ante todo que no se trata de una vía procesal autónoma de acceso al Tribunal de Justicia, sino de una alegación ex parte (...). Cumple así la excepción de ilegalidad una primera función esencial vinculada a la tutela efectiva, permitiendo a los sujetos que carecen de legitimación para discutir la legalidad de la norma en cuestión en el marco de un recurso de anulación, poder hacerlo con ocasión de la impugnación de actos de aplicación de la misma (...).”*⁴¹

⁴¹ Idem. p 166

Continúa diciendo que: “(...) (y no sólo, pues la parte demandante, sino también la demandada), discuta la legalidad de una disposición general a utilizar por el Tribunal en cuanto marco normativo de referencia a los efectos de resolver el litigio ante él suscitado (...)”.⁴²

19.5 El Recurso por Omisión o Inactividad

Esta competencia, faculta al Tribunal a compeler a que el órgano comunitario incumpliente adopte la conducta señalada por ley a fin de hacer cesar su inactividad; se da cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, se abstuvieron de cumplir una actividad a la que estuviesen obligados expresamente por el ordenamiento jurídico comunitario.

Legitimados activos para presentar esta acción son: los órganos precedentemente citados, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas, quienes deberán requerir previamente, ante el organismo incumpliente, el cumplimiento de tales obligaciones. Transcurridos los **treinta días sin que el órgano haya dado respuesta**, el solicitante podrá acudir directamente ante el Tribunal. Es necesario recalcar, que si el solicitante es una persona natural o jurídica deberá comprobar que con la omisión del órgano comunitario se está afectando sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, conforme a lo dispuesto por el artículo 37 del Tratado de Creación del Tribunal, relacionado con el artículo 19 del mismo.

Dentro de los treinta días siguientes de admitida a trámite la demanda y previa la solicitud de informe al Órgano que corresponda, el Tribunal dictará sentencia indicando la forma, modalidad y plazo en los que el órgano comunitario objeto del recurso deberá cumplir con su obligación. Por su propia naturaleza **este recurso es sumario**.

⁴² Idem p. 168

Sobre el tema el citado tratadista Ricardo Alonso García, dice que: *“El Tribunal de Justicia controla la actividad de las Instituciones comunitarias, esencialmente, a través de las vías directas del recurso de anulación (artículo 230 TCE) y del recurso por omisión (artículo 232), y de las vías indirectas de la cuestión prejudicial (...) y de la excepción de ilegalidad (artículo 241 TCE) (...). Por lo que respecta a la tramitación del recurso, debe destacarse la necesidad de agotar una fase administrativa previa antes de acceder al Tribunal de Justicia (artículo 232 TCE): ‘Este recurso solamente será admisible si la institución de que se trate hubiere sido requerida previamente para que actúe (...)’. Si durante la fase judicial se pone fin a la omisión, el Tribunal de Justicia considera desaparecido el objeto del proceso dado el carácter declarativo de la sentencia (...), solución esta discutible habida cuenta de que, mientras duró la omisión, pudieron producirse daños o prejuicios; y, como sostiene el Tribunal en el marco de la acción por incumplimiento en relación con las omisiones de los Estados miembros que les puedan ser imputadas, “la prosecución de la acción conserva un interés con vistas a determinar la base de responsabilidad (...)”.*⁴³

El tratadista Guy Isaac, sostiene que: *“El Tribunal de Justicia no sólo es competente para sancionar los actos irregulares adoptados por las instituciones comunitarias sino que también lo está para sus inacciones contrarias al derecho comunitario”.*⁴⁴

Sobre el tema, Eduardo García de Enterría al referirse a *“(...) dos modelos conocidos de recurso contencioso administrativo de sistemas nacionales y continentales: la técnica del silencio administrativo denegatorio que procede del Sistema Francés y hoy generalizada, y la técnica de la (...) acción por inactividad de la administración propia del Derecho Alemán, dice, (...) en cualquier caso, es notorio que el régimen de este recurso permite controlar el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Tratado a las instituciones comunitarias, lo*

⁴³ Idem. pp 157, 158, 163, 164

⁴⁴ Isaac Guy, Manual de Derecho Comunitario General, Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1985, p. 285.

que es por **sí** solo bastante más de lo que permite el sistema español de regulación del silencio administrativo, solo muy insuficientemente apto para fiscalizar esa inactividad material, lo que nos aproxima al régimen alemán de la acción por inactividad”.⁴⁵

Sobre el recurso por omisión el Tribunal ha dicho *“El Recurso por Omisión o Inactividad persigue hacer cesar la inactividad y compeler, ya sea al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión o a la Secretaría General cuando se encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a cumplir con su conducta de emitir el pronunciamiento. En consecuencia, el recurso por omisión está previsto para los casos en los que los órganos encargados de cumplir y hacer cumplir una disposición de derecho comunitario no lo hacen y de esta manera infringen la normativa comunitaria al abstenerse de actuar”*.

El Recurso por Omisión se encuentra regulado en el artículo 37 del Tratado de Creación del Tribunal y los artículos 129 y siguientes del Estatuto. Este recurso fue introducido, junto con las acciones laborales y la función arbitral, como competencias del Tribunal mediante el Protocolo de Cochabamba. En la exposición de motivos de este recurso se dijo: *“Para que opere eficazmente el control de la legalidad por parte del Tribunal, debe contemplarse no sólo el examen y la sanción por el órgano judicial de las conductas positivas contrarias al ordenamiento jurídico de los órganos del Acuerdo, sino también las omisiones o abstenciones que impliquen infracción de la norma comunitaria. El recurso de nulidad se refiere sólo a la actividad positiva de los órganos del Acuerdo, por lo cual se ha considerado necesario dotar a los actores de la integración –Países Miembros, Órganos del Acuerdo y personas naturales o jurídicas – de un instrumento que les permita reclamar a las autoridades del Acuerdo, cuando éstas se hayan abstenido de cumplir una actuación a la que estén obligadas por el ordenamiento jurídico andino, instándolas a*

⁴⁵ García de Enterría, Eduardo Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Editorial Civitas S.A., Madrid 1986, pp. 687-688.

cumplir o acudiendo al Tribunal de Justicia para que éste disponga el cumplimiento de la actuación omitida”.

Conforme a dichas normas, tienen legitimación activa para presentar el mencionado recurso: el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, estas últimas previa comprobación de que la omisión o inactividad afectan sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Para que prospere la acción conforme a lo dispuesto en los artículos 37 del Tratado de Creación y 131 de su Estatuto, **se exige el cumplimiento previo de una etapa administrativa** que necesariamente tiene que agotarse ante el Órgano Comunitario correspondiente, en el sentido de que: **(i)** quien pretenda usar este recurso debe, previamente, requerir por escrito al Órgano correspondiente el cumplimiento de la actividad omitida; y, **(ii)** que en el plazo de treinta días para que el Órgano respectivo de respuesta a la solicitud, no se pronuncie al respecto. Sólo cumplidos estos requisitos se puede hacer uso del recurso por omisión y en consecuencia acudir directamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.⁴⁶

19.5.1 Requisitos especiales para la presentación de un recurso por omisión o inactividad

El artículo 50 del Estatuto del Tribunal, exige también que junto con la demanda se anexasen los siguientes documentos:

- a) Copia de la respuesta emitida por el órgano de la Comunidad Andina requerido para dar cumplimiento a la actividad a que estuviere obligado o, en su defecto, la demostración de que han transcurrido más de treinta días desde la fecha de presentación del requerimiento y la manifestación de que la respuesta al mismo no se ha producido; y,

⁴⁶ 76-RO-2003, de 6 de octubre de 2003.

- b) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar las pruebas que demuestren que resulta afectado en sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos por la omisión cuyo cumplimiento se demanda.

19.6 Interpretación Prejudicial

Este procedimiento persigue que todos los Países Miembros tengan un igual entendimiento del sentido y alcance de la norma comunitaria, a fin de que se logre su aplicación uniforme en todos ellos.

Dentro del contexto del Derecho Comunitario se resalta el mecanismo previsto por el sistema comunitario que precisa la cooperación entre los jueces nacionales y la jurisdicción comunitaria en la aplicación y observancia del Derecho Comunitario, por el cual los jueces nacionales se constituyen en jueces comunitarios.

El Magistrado Ricardo Vigil Toledo, sobre el tema ha sostenido: “(...) **La interpretación prejudicial** también llamada **consulta prejudicial** es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la comunidad Andina por cuanto mediante dicho mecanismo el Tribunal asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino y convierte automáticamente en jueces comunitarios a los jueces nacionales de los (...) países miembros, estableciendo con ello una cooperación horizontal con los órganos jurisdiccionales nacionales (...). Se trata de un mecanismo por el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el orden de sus propias competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión para asegurar una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del Derecho comunitario. Se establece así una cooperación horizontal, viva, entre el Tribunal de Justicia

de la Comunidad Andina y los órganos jurisdiccionales de los Países Miembros para lograr dicho fin”.⁴⁷

La interpretación prejudicial según el tratadista Guy Isaac constituye un “mecanismo de cooperación judicial por el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, en el orden de sus propias competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión”.⁴⁸

Sobre el tema el tratadista Ricardo Alonso García dice: “Asumido que la mayor parte del Derecho comunitario es desarrollado y ejecutado por los Estados miembros, parece claro que la ‘comunidad’ propia de la fase de producción normativa (en el sentido de una norma común europea para todos los Estados miembros) correría el riesgo de ruptura si la fase aplicativa, que opera según se acaba de señalar en régimen de descentralización, se dejara por completo en manos de los Estados miembros (...) con posibilidad de divergencias entre unos y otros y, por tanto, de quiebra en la práctica de la ‘comunidad’ teórica (...). A evitar tal riesgo está destinado el mecanismo de la cuestión prejudicial”.⁴⁹

En tal sentido sostiene: “La piedra angular de las comunidades”, como dice R. Lecourt, “(...) no es, sin más, una ‘misma norma común’, sino una norma ‘interpretada y aplicada’ de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros extendiendo la ‘comunidad’ alcanzada en la fase de producción normativa a la fase de su ejecución material, en **última** instancia por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (...)”.⁵⁰

Con relación al tema, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades

⁴⁷ Vigil Toledo Ricardo, Testimonio Comunitario, Ob. Cit. Pp. 140 y 141

⁴⁸ Isaac Guy, Ob. Cit.

⁴⁹ Alonso García, Ricardo. Sistema Jurídico de la Unión Europea, Primera Edición 2007, Editorial Aranzadi S.A., pp. 141-142-143

⁵⁰ Alonso, García Ricardo, **El Juez Español y el Derecho Comunitario Jurisdicción Constitucional y Ordinaria Frente a su Primacía y Eficacia**, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, páginas 217-220.

Europeas, con relación a este órgano dice: (...) *“dispone de una competencia esencial para determinar el sentido del derecho comunitario, pero necesita la colaboración de los Órganos Jurisdiccionales internos a través de ese mecanismo de cooperación técnica que es la cuestión prejudicial (...) La colaboración entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, como Órganos Judiciales se arbitra, a través de la cuestión prejudicial (...)”*.⁵¹

Conforme a lo dispuesto en los artículos 32 y 34 del Tratado de Creación del Tribunal, concordantes con los artículos 121 y 126 de su Estatuto, es atribución del Tribunal Andino, la interpretación, por vía prejudicial, de las normas que conforman el ordenamiento jurídico Comunitario.

La interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario, en cuya virtud los Tribunales de cada uno de los Países Miembros actúan como jueces comunitarios al aplicar el Derecho Comunitario, con base a la interpretación del sentido y alcance de la norma comunitaria que le corresponde realizar, en forma privativa, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el objeto de lograr una aplicación uniforme en los Países Miembros.

De acuerdo a la normativa comunitaria, la consulta puede ser facultativa u obligatoria; la primera se da cuando la sentencia de los jueces nacionales que conocen de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna norma del ordenamiento jurídico comunitario, sea susceptible de recurso en derecho interno, donde puede o no acudir al Tribunal comunitario solicitando la interpretación prejudicial. Mientras que la consulta obligatoria, corresponde al caso en el que el juez nacional sea de única o última instancia, en cuyas

⁵¹ Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso. **Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario, Modelos Europeos y Americanos.**, Santafé de Bogotá abril 24, 25 y 26 de 1995, Primera Edición, Impresión Artes Gráficas Señal, Impreseñal Ltda., Quito Ecuador, p. 169, 171, 173 y 175.

circunstancias debe, necesariamente, suspender el proceso y solicitar el pronunciamiento del Tribunal.

El Tribunal Andino en la interpretación prejudicial no entra a analizar el contenido del derecho interno de los Países Miembros ni valora los hechos, sino únicamente **se pronuncia sobre la inteligencia de la norma comunitaria** y de cómo ésta debe ser entendida en el caso concreto. La interpretación prejudicial emitida por el Tribunal es de carácter obligatorio para el Juez Nacional consultante, la misma resuelve la cuestión referente al sentido y alcance de la norma comunitaria a aplicarse, correspondiendo al Juez Nacional la responsabilidad de dictar la sentencia pertinente, resultando de ello que la interpretación prejudicial es vinculante para el caso concreto y es de obligatoria aplicación al caso *sub iudice* por parte del juez que solicitó la consulta.

19.6.1 Requisitos

La formulación de la interpretación prejudicial que los jueces nacionales dirijan al Tribunal Comunitario, deberá contener:

- a) El nombre e instancia del juez o tribunal nacional consultante;
- b) La relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere;
- c) La identificación de la causa que origine la solicitud;
- d) El informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación; y,
- e) El lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta.

19.7 Acción laboral

Esta acción otorga competencias al Tribunal Comunitario para conocer las controversias laborales que surjan entre los Órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración con sus funcionarios o empleados, tal como lo dispone el artículo 40 del Tratado de Creación, es decir alcanza, en general, a las controversias que deriven de las relaciones de trabajo que se

constituyan entre los órganos o instituciones del Sistema y los funcionarios o empleados que, bajo relación de dependencia, presten servicio remunerado en ellos y de acuerdo al convenio Sede.

El texto de la Exposición de Motivos del “Proyecto de Reformas al Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, del año 1995, da cuenta del alcance general de la disposición en referencia, según se desprende de las siguientes consideraciones: *“dada la inmunidad de jurisdicción y los privilegios de que gozan irrenunciablemente los organismos internacionales en los países que le sirven de sede, se han venido estableciendo jurisdicciones propias para solucionar diferencias laborales o administrativas que se susciten con sus colaboradores. Ante la ausencia de una institución de esta naturaleza en los órganos principales del sistema andino de integración, se propone en artículo específico, otorgar competencia al Tribunal para conocer de estos asuntos”*.

El estudio de la competencia del Tribunal, en el marco de la reforma de su Tratado de Creación, ha dado lugar, además, a los siguientes comentarios: *“otra de las competencias otorgadas al Tribunal con la reforma comentada, es la facultad de ser el único y exclusivo juez de los conflictos de carácter laboral que puedan presentarse entre los funcionarios y empleados de los distintos organismos que conforman la estructura del sistema comunitario andino y éstos, en su calidad de empleadores”. Las instituciones del Sistema Andino de Integración “ejercen sus funciones y competencias a través de personas naturales a quienes contratan en calidad de funcionarios, empleados o trabajadores. Como es natural, en las relaciones de los empleadores con sus trabajadores se presentan discrepancias, que dan origen a conflictos laborales, que deberán ser resueltos a la luz de las disposiciones comentadas, por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante el trámite de una acción judicial (...)”*.⁵²

⁵² **CHAHÍN LIZCANO**, Guillermo. ACCESO DIRECTO DE LOS PARTICULARES AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES;

De acuerdo al Estatuto del Tribunal, al resolver las controversias laborales se deberán observar los principios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Las personas legitimadas para ejercer esta acción y de esta forma reclamar el cumplimiento de sus derechos laborales, son los funcionarios o empleados que tengan o hayan tenido una relación laboral con cualquiera de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, de acuerdo al **Convenio Sede**.

Es requisito indispensable para ejercer esta acción ante el Tribunal Comunitario que el demandante demuestre que ha **formulado petición directa ante su empleador** sobre los mismos derechos laborales que demanda y, que dentro de los **30 días siguientes** no hubiese obtenido respuesta o ésta le sea total o parcialmente desfavorable.

Una vez presentada la demanda, se corre traslado a la demandada, concediéndole 40 días para que de contestación a la misma. Contestada la demanda, el Tribunal convocará a las partes a una audiencia conciliatoria, a fin de llegar a un acuerdo. De igual manera, en cualquier estado del proceso, las partes, de común acuerdo, podrán solicitar al Tribunal que convoque a una audiencia de conciliación. En el caso de que se logre el acuerdo, se suscribirá el acta que así lo declare, que dará por terminado el Proceso y que tendrá efectos de cosa juzgada. En el caso de que no se logre un acuerdo el Proceso continuará hasta su culminación.

Se debe aclarar, que la acción laboral **prescribe a los tres años** contados a partir del acto o hecho que originó la reclamación.

19.7.1 Requisitos especiales para la formulación de una demanda laboral

publicado en la Revista de Derecho Themis, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 149 y 150.

Conforme **con el** artículo 51 del Estatuto se exige la presentación de lo siguiente:

- a) El contrato de trabajo o el ofrecimiento de otra prueba de la existencia de la relación laboral; y,
- b) Copia de la respuesta dada por el organismo empleador al reclamo del funcionario o empleado exigiendo la satisfacción de sus derechos laborales o, en su defecto, la demostración de que han transcurrido más de treinta días desde la fecha de presentación de la formulación del reclamo sin que se haya obtenido respuesta.

19.8 La acción de incumplimiento: sus dos vías de aplicación

Dentro del contexto del Derecho Comunitario que hemos esbozado así como de los mecanismos previstos por el sistema comunitario que precisan la cooperación entre los jueces nacionales y la jurisdicción comunitaria en la aplicación y observancia del Derecho Comunitario, por el cual los jueces nacionales se constituyen en jueces comunitarios y se convierte a los habitantes de la comunidad en sujetos del Derecho Comunitario, desarrollaremos el tema de la acción de incumplimiento en sus dos vías y en especial ante los jueces nacionales:

La acción de incumplimiento conforme a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Comunitario: *"(...) es uno de los mecanismos jurisdiccionales que posibilita el control del cumplimiento por parte de los Países Miembros de las obligaciones y compromisos que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (...) a través de ella se persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de*

Cartagena (...).⁵³ El Tribunal, por medio de esta acción tutela, controla y asegura la obediencia de la normativa jurídica andina.

Al respecto Moreira, citado por el Ex Magistrado Moisés Troconis, dice, “*se trata de un medio procesal de control de la legalidad comunitaria, a través de un control objetivo de la ejecución, por parte de los Estados Miembros, de sus obligaciones y compromisos comunitarios.*”⁵⁴

Con relación al tema el tratadista Ricardo Alonso García, dice: “*Por lo que respecta al control por el Tribunal de Justicia del respeto del Derecho comunitario por los Estados miembros, la principal (que no única, como veremos) vía a través de la cual opera el mismo es el recurso por incumplimiento (...)*⁵⁵ Junto con el recurso por incumplimiento, la cuestión prejudicial de interpretación se configuró tempranamente como una vía indirecta al control de la compatibilidad de la actividad de los Estados miembros con el Derecho comunitario (...) la cuestión prejudicial de interpretación planteada en un contexto de conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, de manera que la pretensión del juez remitente a través de la cuestión prejudicial era, en definitiva, obtener del Tribunal de Justicia una respuesta a los efectos de poder resolver el mencionado conflicto”.⁵⁶

La acción de incumplimiento se encuentra regulada en los artículos 23 al 31 del Tratado de Creación del Tribunal y en los artículos 107 al 120 de su Estatuto, relacionados con el artículo 49 del mismo, en cuya virtud corresponde al Tribunal Andino conocer de las acciones de incumplimiento que sean interpuestas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, los Países Miembros, o las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos y sus intereses

⁵³ Proceso 49-AI-2002, de 8 de octubre de 2003, publicada en la G.O. N°. 1047, de 31 de marzo de 2004, caso. Arancel Externo Común. Secretaría General c/ República Bolivariana de Venezuela.

⁵⁴ Testimonio Comunitario. Ob. Cit. Troconis Villarreal, Moisés citando a Moreira González, Carlos. p. 165.

⁵⁵ Idem. p. 175

⁵⁶ Idem. p. 178

legítimos por el incumplimiento de los compromisos y obligaciones asumidos por los Países Miembros. Así como también compete a los Jueces Nacionales, constituidos en jueces comunitarios, conocer las acciones de Responsabilidad Patrimonial e indemnización de daños que interpongan las personas naturales o jurídicas en resguardo de sus derechos afectados por el incumplimiento por parte de un País Miembro que incumple sus obligaciones de hacer o no hacer previstas en el artículo 4 del Tratado del Tribunal.

De la referida normativa jurídica comunitaria que se ocupa de la acción de incumplimiento se desprende que el legislador ha previsto dos vías para ejercer esta acción: **la primera**, que tutela el interés público comunitario, ante la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de acuerdo a los artículos 23, 24, 25 primer párrafo, 26, 27 párrafos 1 y 2, 28, 29 y 30 del Tratado de Creación del Tribunal y artículos 49, 107, 108, 109 y 111 de su Estatuto; **la segunda**, que tutela el interés privado, puede ser ejercida por las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos **subjetivos e** intereses legítimos, ante los jueces nacionales, convertidos en jueces comunitarios, conforme a lo previsto en el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal relacionado con los artículos 25 párrafo segundo y 30 del mismo.

19.8.1 Primera vía: ante la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Tiene dos fases: una prejudicial administrativa, llevada a cabo por la Secretaría General de la Comunidad Andina de oficio o a instancia de un País Miembro o de personas naturales o jurídicas afectados en sus derechos subjetivos y en sus intereses legítimos; y la otra judicial, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

1) Primera fase, cuando la Secretaría General considere que un País Miembro está incumpliendo el ordenamiento jurídico comunitario, después de la apertura de un proceso de investigación, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestar dichas observaciones

dentro de un plazo fijado por la Secretaría General, que no deberá exceder los 60 días ni ser menor de 10 días, conforme a lo dispuesto por el artículo 4 literal e) de la Decisión 623 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Recibida la respuesta o vencido el plazo, dentro de los 15 días siguientes, la Secretaría General emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones.

En el caso en el que se hubiese emitido una Resolución de calificación de gravamen o restricción al comercio o cuando se trate de un incumplimiento flagrante, el plazo no debe exceder de 20 días, conforme a la citada Decisión 623.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en su conducta, la Secretaría General, deberá pedir el pronunciamiento del Tribunal, presentando ante éste la demanda de la acción de incumplimiento pertinente.

Igual procedimiento se observará cuando un País Miembro considere que otro País Miembro está incumpliendo normas comunitarias, conforme a lo dispuesto en artículo 24 del Tratado de Creación del Tribunal.

Cuando la apertura de la investigación sea **por queja o reclamo** de un País Miembro o de una persona natural o jurídica y la Secretaría General en un plazo de 60 días de emitido el respectivo dictamen de incumplimiento, no intentare la acción, o dentro de los 75 días de recibida la queja o denuncia no emitiere el dictamen o éste no fuere de incumplimiento, el País Miembro o la persona natural o jurídica puede acudir directamente ante el Tribunal Comunitario en acción de incumplimiento.

Es de hacer notar que, no obstante que el dictamen solo tiene el carácter de una opinión y por tanto no amerita acción de nulidad alguna, los plazos son importantes toda vez que sólo transcurridos los mismos se puede iniciar la fase judicial. En consecuencia, si el País cumple antes de estos plazos ya no es posible ejercitar la acción; caso

contrario, si cumple posteriormente, queda expedita la fase judicial y tal comportamiento se constituye en la base para determinar la correspondiente responsabilidad del País miembro.

2) Segunda fase, es la jurisdiccional, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, una vez cumplidos los presupuestos procesales correspondientes. Es necesario que entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda judicial exista congruencia suficiente, de tal forma que la conducta objeto de la acción de incumplimiento sea la misma en los tres actos y momentos antes referido, de modo que las pretensiones de la demanda resulten acordes con la conducta de acción u omisión que fueron consideradas en la nota de observaciones y en el dictamen de incumplimiento y de esta manera se asegure la unidad del objeto de la acción y se garantice el derecho a la defensa.

En reiterada jurisprudencia el Tribunal ha sostenido que entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda judicial debe existir *"suficiente congruencia... para que así se esté asegurando la unidad del objeto de la acción y garantizando el derecho de defensa del país vinculado como sujeto pasivo de la controversia"*.⁵⁷

La norma comunitaria dispone que para la presentación de una demanda de acción de incumplimiento, además del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 45, 46 y 47 del Estatuto del Tribunal, se deberá anexar a la demanda, conforme lo dispone el artículo 49 del mismo, lo siguiente:

a) La copia del dictamen motivado emitido por la Secretaría General. De ser el caso, la demostración de que han transcurrido más de setenta y cinco días desde la fecha de presentación del reclamo, y la manifestación de que la

⁵⁷ Proceso 01-AI-96, de 11 de octubre de 2006, publicada en la G.O.A.C. Nº. 234 de 21 de abril de 1997, caso: pipeline.

Secretaría General no ha emitido su dictamen, o que, emitido este, han transcurrido más de sesenta días sin que la Secretaría General haya presentado la demanda.

b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren **que el acto impugnado afecta** sus derechos subjetivos y sus intereses legítimos; y,

c) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional.

Presentada la demanda, y verificados por parte del Tribunal el cumplimiento de los requisitos exigidos por los citados artículos 45, 46, 47 y 49 del Estatuto, se emitirá un auto de admisión de la misma, el cual junto con la demanda y sus anexos se correrá traslado a la demandada por el término de 40 días.

Una vez que se haya dado contestación a la demanda y el Tribunal considere que también se han cumplido los requisitos formales exigidos al respecto, admitirá la contestación o en su defecto declarará contradicha la misma. Si considera necesario abrirá la causa a prueba y, en su caso, convocará a audiencia pública, a la que podrán participar las partes representadas por sus abogados y los asesores técnicos acreditados por las partes dentro de los 8 días de la notificación del auto de convocatoria de la audiencia, a la finalización de la cual, tendrán 8 días para presentar sus alegatos de conclusiones y el caso estará listo para sentencia, que deberá emitir el Tribunal dentro de los sesenta días siguientes, conforme lo manda el artículo 86 del Estatuto. Cuando no se haya convocado a audiencia, el plazo para la presentación de alegatos de conclusiones es de 15 días según lo previsto en el citado artículo 86.

El Tribunal tiene la facultad de ordenar la suspensión provisional de la medida infractora de acuerdo a lo

previsto por el artículo 109 de su Estatuto. Al respecto, el Tribunal, ha sostenido:

“Que la Resolución 826 del Ministerio de Finanzas (...) mediante la cual efectivamente se aplica un Régimen de Importaciones reservadas al Ejecutivo Nacional y un impuesto del 29% a las importaciones originarias de Perú y Colombia del sector de oleaginosas.

Que el artículo 28 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dispone lo siguiente: ‘Artículo 28.- El Tribunal antes de dictar sentencia definitiva, a petición de la parte demandante previo afianzamiento si lo considera necesario podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causare o pudiere causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación’.

Que la aplicación de la medida adoptada por la República (...), mediante la Resolución 826 del Ministerio de Finanzas pudiere causar al comercio de la subregión perjuicios de difícil reparación.

(...)

Que en este asunto no es del caso exigir previo afianzamiento a la Secretaría General de la Comunidad Andina por ser éste Organo (sic) encargado del cumplimiento de la Normativa comunitaria.

(...)

DECIDE:

(...)

TERCERO: Ordenar la suspensión provisional de la Resolución 826 del 23 de octubre de 2004, proferida por el Ministerio de finanzas de la República (...), por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia⁵⁸

Sentencia.- La acción puede culminar con una sentencia declarativa de incumplimiento la cual, no obstante de tener

⁵⁸ Auto de 20 de julio de 2005, emitido dentro del Proceso 97-AI-05.

esa naturaleza, establece la obligación por parte del País Miembro incumplidor de adoptar dentro del plazo de 90 días, conforme a lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 27 del Tratado, relacionado con el artículo 4 del mismo, y 111 del Estatuto, las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento.

Procedimiento sumario, caso contrario de oficio o a petición de parte, el Tribunal abrirá un procedimiento sumario por desacato a la sentencia, tendiente al efectivo cumplimiento por parte del País Miembro remiso de la sentencia emitida por el Tribunal. Una vez emitido el auto de apertura del sumario, se formulará el pliego de cargos concediendo al País Miembro un término de 40 días para que, si lo estima conveniente, presente sus descargos. Dentro del mismo término, los demás Países Miembros, la Comisión y la Secretaría General podrán formular al Tribunal, las opiniones que consideren pertinentes sobre la investigación.

Vencido dicho plazo y conforme a la información aportada, si el Tribunal considera que las pruebas son las suficientes para determinar que el País Miembro no incumplió la sentencia o ya dio cumplimiento a la misma, ordenará la cesación del procedimiento sumario y, en consecuencia, archivará el expediente, caso contrario si el Tribunal estima que existe un desacato a la sentencia, dictará el correspondiente auto y solicitará a la Secretaría General que, en treinta días, emita su opinión sobre las posibles sanciones a imponerse al País Miembro remiso. El Tribunal, de oficio podrá convocar a una audiencia para tratar el tipo de medidas que podrían ser adoptadas como sanciones (artículo 118 del Estatuto). Una vez recibida la opinión de la Secretaría, cumplido el plazo o realizada la audiencia, el Tribunal emitirá un auto con la respectiva imposición de sanciones, que podrán consistir en la restricción total o parcial de las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al País Miembro remiso u otras, que se traduce, según la Jurisprudencia Comunitaria, en autorizar a los Países Miembros imponer aranceles dentro de un diez por

ciento (10%), hasta de cinco (5) productos que comercializa el País infractor. Esta imposición de sanciones, más propiamente, debería llamarse medidas de ejecución de sentencia.

El País Miembro en cualquier momento podrá presentar información sobre el real y efectivo cumplimiento de la sentencia para lograr el levantamiento de dichas medidas.

Queda siempre abierta la vía para que, en el caso de que un País Miembro que ya haya dado cumplimiento a una sentencia vuelva a incumplirla, el Tribunal pueda abrirle nuevamente un procedimiento sumario, con la agravante de que será considerado como reincidente.

Sin perjuicio de lo precedentemente indicado, conforme a lo previsto por el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, que reconoce y sienta el principio de la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros a favor de los particulares por infracción de la normativa comunitaria, la sentencia dictadas por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25 del mismo Tratado, constituirá título legal y suficiente para que **el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere**. Es de hacer notar que esta previsión, sólo favorece a los particulares que han intervenido directamente, como parte, en la acción de incumplimiento tramitada, en la etapa prejudicial, ante la Secretaría General de la Comunidad Andina y en la etapa judicial ante el Tribunal Comunitario, conforme a lo previsto en la citada norma

Legitimación.- En la acción de incumplimiento incoada ante el Tribunal Comunitario, los Países Miembros son los únicos que tienen legitimación pasiva, en tanto que la Secretaría General de la Comunidad Andina, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos e intereses legítimos, son los que tienen legitimación activa.

19.8.1.1 Recurso extraordinario de revisión de la sentencia

Únicamente para las sentencias pronunciadas en acción de incumplimiento se prevé este recurso en los artículos 29 del Tratado y 95 del Estatuto. Estas sentencias pueden ser revisadas por el Tribunal a petición de parte, fundada en algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso, siempre que el hecho hubiere sido desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia. La demanda deberá presentarse dentro de los noventa días siguientes al día en que se descubra el hecho y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia. La interposición del recurso no interrumpe la ejecución de la sentencia.

Requisitos

La demanda deberá contener, además de lo dispuesto en el artículo 46 del Estatuto, lo siguiente:

- a) El señalamiento de la sentencia que se impugna;
- b) La indicación de los puntos en que se impugna la sentencia;
- c) La relación de los hechos en que se funda la demanda; y,
- d) La indicación de los medios de prueba tendientes a demostrar la existencia de tales hechos y el momento en que fueron descubiertos o conocidos.

Admitida, la demanda, el procedimiento continuará hasta la dictación de la sentencia definitiva.

19.8.2 Segunda vía: acción de responsabilidad patrimonial e indemnización de daños ante los jueces nacionales en el contexto del derecho comunitario

Como señalamos al comienzo de este trabajo, con la cesión de parte del ejercicio de la soberanía que hacen los Países Miembros a la Comunidad, cuya sumatoria es la soberanía compartida, se constituye un organismo Supranacional con un orden jurídico propio conformado por Órganos que legislan, administran los intereses comunitarios y ejercen jurisdicción judicial comunitaria, con facultades y competencias atributivas específicas, que auto limitan las facultades de los poderes de

los Estados Miembros, aunque en armonía, cooperación y coordinación con ellos. De este nuevo orden jurídico comunitario, con base en la normativa fundacional o constitucional y las normas derivadas surge y se desarrolla el ordenamiento jurídico comunitario, sustentado en los principios de aplicación inmediata, efecto directo y primacía

Por la especial estructura organizacional de la Comunidad Supranacional, con sus amplias y variadas competencias y cuyo personal es mínimo, la efectividad y el logro de sus objetivos y el cumplimiento de su ordenamiento normativo descansa principalmente en los órganos públicos nacionales, los que en permanente coordinación y cooperación con los órganos comunitarios, son los llamados a asegurar la aplicación y efectividad del Derecho Comunitario.

Al respecto, Javier Laso Pérez, en su obra "Cooperación Leal en el Ordenamiento Comunitario", dice: "(...) *La cooperación leal entre la Comunidad y los Estados miembros tiene un significado finalista o teleológico; se dirige a la consecución de los objetivos de la comunidad (...) El principio de colaboración obliga a los órganos jurisdiccionales internos, a asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento comunitario concede a los particulares...la ejecución del ordenamiento comunitario se lleva a cabo tanto por los Estados como por las instituciones comunitarias (...) La administración descentralizada resulta imprescindible en función de la limitada capacidad de la administración comunitaria que solo podría desempeñar una gestión poco rigurosa (...)*".⁵⁹

Es dentro de este marco que se explica la intervención de los jueces nacionales, constituidos en jueces comunitarios, para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial de los Países Miembros e indemnización de daños por la infracción de derechos generados y atribuidos a los particulares, por el ordenamiento jurídico comunitario, en procura de su tutela judicial efectiva, conforme a los artículos 30 y 31 del Tratado de

⁵⁹ Laso Pérez, Javier. **Cooperación Leal en el Ordenamiento Comunitario**. Ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 22, 29, 262 y 264.

Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, concordantes con los artículos 2, 3, 4 y 25 del mismo Tratado.

Esta acción se encuentra contemplada desde la Creación del Tribunal Comunitario y a iniciativa del suscrito ha sido objeto de un profundo análisis por parte de los señores Magistrados del Tribunal Andino, a partir del año **2003**, donde valiosas reflexiones armonizaron diferentes criterios que han enriquecido los fundamentos positivos de su implementación, lo que sirve de base para el presente trabajo.

Está prevista en favor de los particulares, personas naturales o jurídicas, para que puedan recurrir directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, de conformidad con su derecho interno, pero sustentado en el ordenamiento jurídico comunitario, cuando los Países Miembros infrinjan una norma Comunitaria clara precisa e incondicionada que le atribuye derechos, incumpliendo los compromisos y obligaciones asumidos en virtud del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, en consecuencia, violen sus derechos subjetivos. Tutela intereses particulares, resguardados por el Derecho Comunitario convertido en derecho positivo interno de los Países Miembros.

Fundamento.- Se encuentra sustentada en el espíritu ínsito de la norma contenida en el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, concordante con el preámbulo y artículo primero del Acuerdo de Cartagena, artículos 2, 3, 4, 25 y 30 del mismo Tratado de Creación y artículo 49 literal c) de su Estatuto, en los objetivos y fines del proceso de integración, **a la luz de su interpretación sistemática dogmática jurídica y teleológica dentro del contexto del andamiaje jurídico de la normativa referida a la acción de incumplimiento**, como también en los principios generales que fundamentan el ordenamiento jurídico comunitario y la consiguiente penetración de éste en el ordenamiento jurídico interno, que convierte a la norma comunitaria en norma positiva nacional y como tal imperativa y de cumplimiento obligatorio y a los jueces nacionales en jueces comunitarios.

Persigue aplicar el Derecho comunitario y poner en plena vigencia el principio general de la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros y la indemnización del daño, expresamente reconocido por el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, en relación con los principios de tutela judicial efectiva de los derechos de las personas naturales o jurídicas y de lealtad comunitaria que emergen del efecto directo de la norma comunitaria y del citado artículo 4 del Tratado.

Con relación al referido tema de las **dos vías**, el artículo 25 del Tratado en su párrafo segundo se refiere a que: La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior – se refiere a que las personas naturales o jurídicas, podrán acudir ante la Secretaría General y al Tribunal en caso de incumplimiento de los Países Miembros – excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31, por la misma causa, es decir ante los jueces nacionales. Esta norma, sin lugar a dudas, reconoce que el legislador comunitario ha previsto para las personas naturales o jurídicas esta otra vía, de recurrir a los jueces nacionales, cuya procedencia se encuentra también prevista en el referido literal c) del artículo 49 del Estatuto del Tribunal que, al referirse a los requisitos adicionales para la demanda de incumplimiento ante el Tribunal Andino, dispone: “si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional”, lo que reitera la existencia de este procedimiento cuando se producen casos de infracción de normas comunitarias claras, precisas e incondicionadas por parte de los Países Miembros que atribuyen derechos subjetivos a los particulares, personas naturales o jurídicas.

De lo anotado se desprende que una vasta estructura de soportes jurídicos y principios doctrinarios fundamentan el derecho de las personas naturales o jurídicas para hacer uso de los mecanismos jurisdiccionales nacionales en tutela judicial efectiva de sus derechos, atribuidos por el

ordenamiento jurídico comunitario y amparado por los objetivos de la integración supranacional.

En el caso de que se opte por la vía del juez nacional, éste deberá acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para solicitar la interpretación prejudicial de la norma comunitaria, supuestamente violada, que deberá aplicar al caso concreto, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 32 al 36 del Tratado de Creación del Tribunal y 121 al 128 de su Estatuto, con lo que se mantiene el nexo de cooperación entre ambas jurisdicciones – la interna y la comunitaria – en la consecución de la declaración y aplicación uniforme del Derecho Comunitario, dentro los lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales correspondientes.

A manera de obtener una visión panorámica de la acción de responsabilidad patrimonial, pondremos como ejemplo el caso hipotético de una empresa constituida en uno de los Países Miembros que comercializa productos de otro País Miembro, para lo que ha tenido que efectuar ingentes inversiones en infraestructura, personal, difusión, etc., y que, el país donde se encuentra instalada, a título de favorecer la industria nacional, desconociendo y violando el Capítulo VI. Programa de liberación, artículos 72, 73, 75 76 y 77 del Acuerdo Cartagena, imponga gravámenes y restricciones que la imposibiliten competir con los precios de los productos nacionales y de esta manera continuar con sus actividades empresariales.

Ante esta situación, la persona natural o jurídica afectada en sus derechos tiene dos alternativas:

1) hacer **el reclamo** correspondiente contra el País Miembro infractor ante la Secretaria General y, en su caso, presentar la demanda ante el Tribunal Andino, lo que supone observar los requisitos y el procedimiento previstos en los artículos 24 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal y artículos 45 y siguientes del Estatuto, haciéndose énfasis en los literales b) y c) del artículo 49 , en lo que respecta al entroncamiento con la otra vía, así como en los artículos 107 y 108 de su Estatuto y luego esperar la sentencia para que, con base a ella y al amparo de

lo facultado por el artículo 30 del mencionado Tratado, solicitar ante el juez nacional la indemnización de los daños y perjuicios que corresponda; o

2) recurrir ante el juez nacional competente del País Miembro infractor, al amparo del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en resguardo del interés privado, conforme a la legislación interna pero amparado en el Derecho Comunitario, demandando la responsabilidad patrimonial del Estado por la infracción de norma comunitaria clara, precisa e incondicionada que le atribuye y reconoce derechos y obtener la indemnización por los daños ocasionados, previa interpretación prejudicial por parte del Tribunal Comunitario Andino de las normas comunitarias que deben ser aplicadas por el juez nacional constituido en juez comunitario, al caso concreto, y el cumplimiento de las condiciones sustantivas y procedimentales requeridas al efecto, con todas las consecuencias de su *inmediatez, eficiencia y eficacia*, pudiendo solicitar medidas cautelares, como la suspensión provisional del acto violatorio a fin de evitar mayores perjuicios.

Ventajas de la acción ante la jurisdicción nacional.- No obstante que ambas vías tienen similares ventajas, sin embargo este procedimiento, respecto a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos, resulta *más directa y conveniente* con relación a la primera vía en la que la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en resguardo del interés público comunitario, sólo constituye título legal y suficiente para solicitar, ante el juez nacional del País Miembro infractor, la indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo previsto por los artículos 30 del Tratado de Creación y 110 de su Estatuto.

Es asimismo más inmediata y eficiente toda vez que, ante la violación de derechos de las personas naturales o jurídicas que provienen de la norma comunitaria clara precisa e incondicionada, queda expedita esta acción para pedir al juez nacional la tutela judicial efectiva, como si se tratara de derechos que provienen de la normativa interna, como en

efecto lo es por la vertiente del Derecho Comunitario y, aún más, con la primacía que le da el mismo **y artículo 410 de la Constitución Política del Estado Plurinacional** de Bolivia, siendo de responsabilidad del juez nacional disponer de inmediato las medidas jurisdiccionales necesarias que se soliciten a fin de hacer cesar la infracción, de donde resulta su *eficiencia*.

Es igualmente más eficaz, en atención a que la indemnización de daños y perjuicios a cargo del País Miembro infractor, al ser susceptible de repetición contra los directos responsables de la infracción, como sucede en Bolivia en cuyo párrafo II del artículo 113 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que textualmente dispone: (...) *“II. En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño”*. En tal sentido, se constituye en una *eficaz y directa medida disuasiva* de conductas infractoras al Derecho Comunitario y violatorias a las obligaciones asumidas voluntariamente por los Países Miembros con el proceso de integración supranacional, toda vez que, ninguna autoridad quisiera estar en la situación de ver afectado su patrimonio personal como consecuencia de la mencionada repetición, lo que coadyuvará al fortalecimiento del proceso de integración, evitando que las autoridades nacionales adopten medidas violatorias al ordenamiento jurídico comunitario, lo que redundará también en beneficio del respeto de los derechos comunitarios asignados a las personas naturales o jurídicas.

En todo caso, esta acción no obsta para que la Secretaría General o los Países Miembros, en resguardo del interés público comunitario, puedan recurrir a la primera vía, es decir a la acción de incumplimiento por ante la Secretaría General de la Comunidad Andina y el Tribunal Comunitario, prevista en los artículos 23 y 24 del Tratado de Creación del Tribunal, lo que, sin embargo, contrario sensu, **si los particulares han optado por los jueces nacionales ya no podrán hacerlo por la primera vía por expresa prohibición contenida en el artículo 25 del Tratado de Creación y 49 literal c) del Estatuto**.

A propósito de las reflexiones hechas sobre la viabilidad del procedimiento ante los jueces nacionales, el Doctor Guillermo Chahín, ex Magistrado del Tribunal, apoyando finalmente la aplicación de esta vía, sostiene: *“Al tenor de lo que preceptúa el artículo 31 del Tratado, los particulares pueden también interponer acciones mediante procesos judiciales internos en los que los jueces nacionales tengan competencia para definir los incumplimientos del ordenamiento jurídico comunitario que puedan afectar los derechos de los individuos, con el objeto de lograr no sólo el cumplimiento de las obligaciones contraídas sino también la reparación de los perjuicios ocasionados por tal conducta. En este caso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina interviene mediante pronunciamiento sobre la interpretación prejudicial de las normas comunitarias que deban ser aplicadas por el juez nacional que conoce del proceso interno. La responsabilidad que pueda generarse en estos casos es también interna, asimilable en derecho administrativo a la responsabilidad extracontractual del Estado por actos o por hechos de la administración”*.⁶⁰

20. Principios y fundamentos jurídicos de la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros e indemnización por daños que le son imputables

En el Derecho Comunitario Europeo, la responsabilidad patrimonial de los Estados Miembros y la indemnización del daño, constituye un principio general comunitario, elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la **sentencia Francovich**, de 19 de noviembre de 1991, en la que reconoció expresamente el **principio de responsabilidad patrimonial de los Estados Miembros** y estableció las condiciones sustantivas para que prospere la misma. Este principio, así como las condiciones fueron complementados y enriquecidos en posteriores sentencias: BRASIERE, BRITIS TELECOMMUNICATIONS, DILLENKOFER, LOMAS Y DENKAVIT.

⁶⁰Testimonio Comunitario, Ob Cit.

La mencionada sentencia Francovich, sancionó a las autoridades italianas a indemnizar los perjuicios ocasionados a los trabajadores por falta de transposición **al Derecho Interno** de una directiva que los protegía en caso de insolvencia de los empresarios.

En consecuencia, dicho principio en el Derecho Comunitario Europeo, ante la ausencia de normativa expresa y frente a una norma que sólo regula la responsabilidad patrimonial de las Instituciones de las Comunidades, es producto de una interpretación teleológica y tiene un origen jurisprudencial por vía pretoriana.

Al respecto, el Tratadista Ricardo Alonso García, en su citada obra, dice: *“En la sentencia S. Francovich y Bonifaci, 19 de nov. 1991 (6&9/90), dictada en el marco de sendas cuestiones prejudiciales-acumuladas-planteadas por las preturas italianas de Vicenza y de Bassano de Grappa, el Tribunal de Justicia tuvo que enfrentarse directamente con el problema de la existencia y extensión de la responsabilidad de los Estados miembros frente a los ciudadanos como consecuencia de los perjuicios derivados de la violación de obligaciones impuestas por el derecho comunitario, pronunciándose en primer lugar sobre la existencia del principio mismo de responsabilidad del Estado, y, en segundo lugar sobre las condiciones para su nacimiento (...)”*.⁶¹

Con relación a la existencia del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, con base a dicha sentencia cuya parte pertinente transcribe, sostiene que el Tribunal llegó a la conclusión de que, inherente al sistema del Tratado, *“(...) el derecho comunitario impone el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares como consecuencia de violaciones del derecho comunitario que les sean imputables (...)”* fundamentando dicho principio en otros dos: el de plena eficacia del derecho comunitario, que *“quedaría en entredicho, y la protección de los derechos que reconoce resultaría*

⁶¹ Idem. p. 294

*debilitada, si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del derecho comunitario imputable a un Estado miembro (...) y el de lealtad comunitaria que, sobre la base del artículo 5 del Tratado, impone a los Estados miembros la adopción de todas las medidas generales y particulares pertinentes con el fin de asegurar la ejecución de las obligaciones que les incumben en virtud del derecho comunitario entre las que se encuentra la de “hacer frente a las consecuencias ilícitas de una violación del derecho comunitario (...)”.*⁶²

Sobre el mismo tema, Joan David Janer Torrens, en su obra “La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos Nacionales por Infracción del Derecho Comunitario”, dice: “(...) dicha responsabilidad se configura como el último corolario de dos principios angulares del ordenamiento constitucional comunitario como son los principios de primacía y de plena efectividad del ordenamiento comunitario (...) y se constituye en el último eslabón en la consolidación del principio de tutela efectiva de los derechos de los particulares en la medida en que éste principio surge como la pieza del cierre del sistema (...)”.⁶³

Respecto al objeto económico de dicho principio, consistente en la indemnización del perjuicio ocasionado, dice: “(...) surge como una nueva vía de protección de los particulares, pues la indemnización inherente a esa responsabilidad patrimonial tendrá por objetivo sustituir el ejercicio efectivo del derecho subjetivo que no se ha podido ejecutar, por el montante económico del perjuicio sufrido (...)”; en tal sentido sostiene que “(...) Junto al derecho de los particulares a ejecutar los derechos subjetivos que se derivasen del ordenamiento comunitario, surgía un nuevo derecho: el derecho a ser indemnizado en caso de infracción del derecho comunitario por los poderes públicos de los Estados miembros...dentro del

⁶² Idem. p. 295

⁶³ Janer Torrens, Joan David. **La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos Nacionales por Infracción del Derecho Comunitario**, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 31, 32 y 37.

concepto de la máxima latina ubi ius ibi remedium, según la cual el valor de un derecho se hace depender de los medios que existen para asegurar su observancia (...).⁶⁴

Concluye diciendo: “(...) El Tribunal de Justicia ha entendido que la afirmación del principio tiene un triple fundamento: la plena eficacia del ordenamiento comunitario, la protección efectiva de los derechos de los particulares y el principio de lealtad comunitaria (...)”.⁶⁵ En ese sentido, a fin de explicar dichos fundamentos, también, transcribe parte de la sentencia Francovich.

A diferencia de lo que acontece en el Derecho Comunitario Europeo, en el Andino la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros se encuentra expresamente reconocida por el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, relacionado con los artículos 2, 3, 4, 25 y 31 del mismo, y con el preámbulo y artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, de donde resulta que, en el Derecho Comunitario Andino, ésta responsabilidad se fundamenta jurídicamente en dichas normas y en los principios generales comunitarios de aplicación inmediata, efecto directo, primacía, tutela judicial efectiva y lealtad comunitaria.

Si embargo, es de hacer notar que, a contrario de lo que ocurre en el Derecho Comunitario Europeo, en el ordenamiento jurídico comunitario Andino no se encuentra prevista la **responsabilidad patrimonial de los órganos e instituciones de la Comunidad Andina** – pero en cambio, como se tiene dicho se encuentra normada la responsabilidad de los Países Miembros prevista por los artículos 30 y 31 del Tratado de Creación – por cuya razón considero que algo parecido, pero en sentido inverso de lo que sucedió en las Comunidades Europeas, tendrá que suceder en la Comunidad Andina donde **se tendrá que extraer de las normas y principios que sustentan la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros, los principios y condiciones para la responsabilidad de los órganos comunitarios**, salvo que

⁶⁴ Idem. pp. 31, 58, 59 y 61

⁶⁵ Idem. p. 130

se dicten normas específicas al respecto, teniendo presente, claro está, algunas diferencias estructurales y funcionales de éstas, tales como que la acción no se la podría intentar ante los jueces nacionales, porque ello supondría desnaturalizar la esencia misma de la supranacionalidad y otros aspectos, como la consideración del margen de apreciación o discrecionalidad que tienen los órganos comunitarios, diferentes con los que cuentan los Países Miembros.

20.1 Condiciones para que se genere la responsabilidad patrimonial y la consiguiente indemnización

En el Derecho Comunitario Europeo, conforme se fue desarrollando y consolidando el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados Miembros, a favor de los particulares, por violación de normas comunitarias que atribuyen a estos derechos subjetivos, en sucesivas sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, quedaron establecidas como condiciones para que prospere dicha responsabilidad, las siguientes:

- a) atribución de derechos subjetivos a los particulares por norma comunitaria clara precisa e incondicionada y su infracción imputable al Estado;
- b) infracción como violación suficientemente caracterizada; y
- c) nexo causal entre la infracción y el daño ocasionado.

Al respecto el tratadista Ricardo Alonso García, en su obra: "La Responsabilidad de los Estados Miembros por Infracción del Derecho Comunitario", en relación a situaciones similares a la responsabilidad de las instituciones comunitarias, dice: "(...) *el Derecho Comunitario reconoce el derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de*

casualidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y al daño sufrido por las víctimas (...).⁶⁶

Por su parte, Joan David Janer Torrens, señala que las condiciones para que prospere la indemnización por la responsabilidad patrimonial de los Estados Miembros “(...) se resumían en tres: a) existencia de una violación del ordenamiento comunitario; b) que dicha actuación fuese imputable a un Estado miembro; y, c) que se produjese un perjuicio a los particulares (...)”, agregando, “(...) el Tribunal de Justicia exigió tres condiciones adicionales: a) que el resultado prescrito en la directiva implicase la atribución de derechos a favor de los particulares; b) que el contenido de estos derechos pudiese identificarse sobre la base de las disposiciones de la directiva; y, c) existencia de una relación de causalidad entre la violación de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas (...)”⁶⁷, dejando constancia que no está de acuerdo con el requisito de la violación suficientemente caracterizada, por limitar el derecho al hacer más difícil la reparación; sin embargo, por las razones que se explicarán más adelante, la misma, en la jurisprudencia comunitaria europea, constituye una de las condiciones necesarias para viabilizar la referida acción de responsabilidad patrimonial.

En efecto, en las referidas sentencias, juntamente con atribución de derechos subjetivos a los particulares por normas claras, precisas e incondicionadas y su infracción imputable al Estado y el nexo entre la infracción y el perjuicio ocasionado, *la infracción como violación suficientemente caracterizada* se ha ido matizando y configurando como una de las tres condiciones para que prospere la responsabilidad patrimonial de los Estados Miembros y la indemnización del daño en favor de los particulares, con lo que, al decir del tratadista Ricardo Alonso García “(...) el Tribunal endurece

⁶⁶ Alonso García, Ricardo. **La Responsabilidad de los Estados Miembros por Infracción del Derecho Comunitario**. Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1997, p. 34

⁶⁷ Janer Torrens, Joan David. **La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos Nacionales por Infracción del Derecho Comunitario**, Ob. Cit. p. 138, 144 y 145.

tales condiciones (...) lo que, se argumenta, supone un plus restrictivo sobre la simple ilegalidad (...).⁶⁸

Sin embargo, dichas condiciones solo constituyen un **estándar mínimo**, lo que no impide que si el Estado Miembro cuenta con un sistema de responsabilidad propio más favorable, este deberá aplicarse.

A estas alturas del análisis, volviendo al tema central de las diferentes vías que el legislador ha previsto a favor de los particulares en resguardo de la tutela judicial efectiva de sus derechos, es necesario reiterar que la vía por ante los jueces nacionales excluye la acción de incumplimiento por ante el Tribunal Comunitario Andino, a través de la Secretaría General, aunque, como se tiene dicho, no obsta para que los Países Miembros puedan hacerlo en resguardo del interés público comunitario; a su vez la sentencia de incumplimiento que el particular obtenga del Tribunal Comunitario constituye título legal y suficiente para solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda, conforme a lo previsto por el artículo 30 del Tratado de Creación.

Ahora bien, surge la pregunta de, **¿si para hacer uso de la acción de responsabilidad patrimonial contra los Países Miembros ante los jueces nacionales, en virtud de lo facultado por el artículo 31 de dicho Tratado, es requisito, presupuesto o condición, la previa declaratoria de incumplimiento de estos, ya sea por el Tribunal Comunitario o por el juez nacional?** La respuesta, es que no es necesaria, pues se trata de una vía totalmente independiente aunque relacionada indirectamente con los otros procedimientos, así la sentencia declarativa de incumplimiento que dicta el Tribunal Comunitario, es presupuesto necesario que viabiliza la aplicación de lo facultado por el artículo 30 del Tratado, es decir para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere asumir al Estado y

⁶⁸Alonso García, Ricardo. **Derecho Comunitario Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea**, Ob. Cit. pp. 297 y 298.

facilita, en la segunda vía, ante los jueces nacionales, el cumplimiento de las condiciones requeridas para que prospere la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros, como se verá mas adelante.

Sin embargo, cuando el juez nacional conoce de la acción de responsabilidad patrimonial, a tiempo de verificar el cumplimiento de las condiciones requeridas: infracción imputable al Estado de norma clara, precisa e incondicionada que atribuye derechos subjetivos a los particulares; infracción como violación suficientemente caracterizada; y nexo de causalidad entre la infracción y el daño ocasionado, implícitamente, hace un juicio de valor sobre el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el País Miembro comunitario, con base a lo previsto por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, sin que, empero, ello presuponga ni menos exija un acto jurisdiccional previo. Al respecto es valioso el criterio del jurisconsulto Ricardo Alonso García, quien dice: “(...) *Una previa constatación del incumplimiento por el Tribunal de Justicia reforzaría el pronunciamiento del juez nacional declarando en su caso, la existencia de responsabilidad, pero no podía considerarse, sin embargo, condition sine qua non (...) los derechos en beneficio de los particulares derivan de las disposiciones mismas del derecho comunitario (...) dotadas de efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y no por consiguiente de una sentencia comunitaria declarativa de un incumplimiento (...)*”.⁶⁹

A la luz de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de la doctrina que emergió de ella, se procederá al análisis de estas condiciones, orientando su aplicación, en lo que corresponda, al Derecho Comunitario Andino:

1) Atribución de derechos a los particulares por normas comunitarias claras, precisas e incondicionadas y su infracción imputable al Estado

⁶⁹ Idem. pp. 305 y 306.

Esta es una de las condiciones más importantes, toda vez que en ella se fundamentan las otras. Al decir de Joan David Janer Torrens “(...) el Tribunal de Justicia concretó el primer requisito exigido y estableció que era preciso que “(...) el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares (...) la existencia de un derecho y su vulneración es el elemento que precisamente dota de contenido a la acción de resarcimiento, pues la indemnización que se solicita tiene como objetivo obtener el montante económico del perjuicio derivado de la imposibilidad de hacer efectivo un derecho subjetivo de naturaleza comunitaria (...)”.⁷⁰

Sobre el tema, el tratadista Ricardo Alonso García, a tiempo de señalar que el Tribunal atribuye a las ilegalidades una naturaleza marcadamente objetiva, dice: “(...) La primera condición que (...) debe reunir una infracción (...) es que se refiera a derechos derivados de, y configurados por, el propio ordenamiento comunitario”⁷¹.

En el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, esta condición se encuentra requerida por los artículos 25 del Tratado de Creación del Tribunal Andino y 49 literal b) de su Estatuto que, expresamente, exigen la prueba de la afectación de sus derechos para que los particulares puedan presentar demandas de incumplimiento, lo que se hace extensivo, en su caso, para acudir a los jueces nacionales en demanda de responsabilidad patrimonial del Estado e indemnización de daños, conforme a lo previsto por el artículo 31 del mismo Tratado.

La norma comunitaria, como mandato imperativo hipotético que configura situaciones jurídicas abstractas, cuando su hipótesis o supuestos son materializados por hechos o actos jurídicos provenientes de un determinado sujeto del derecho

⁷⁰ Janer Torrens, Joan David. **La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos Nacionales por Infracción del Derecho Comunitario**, Ob. Cit. pp. 146 y 147.

⁷¹ Alonso García, Ricardo. **La Responsabilidad de los Estados Miembros por Infracción del Derecho Comunitario**, Ob. Cit. p. 72.

Comunitario, deviene respecto de éste, en situación jurídica concreta y, en tal calidad, le atribuye derechos subjetivos. Es dentro de este contexto en que se debe averiguar si la norma comunitaria infringida, al atribuir derechos, es clara, precisa e incondicionada, cuya labor corresponde realizar al juez nacional, convertido en juez comunitario, con la cooperación de la interpretación prejudicial por parte del Tribunal Andino.

El derecho subjetivo, así generado en favor de los particulares, se traduce en la facultad que le otorga la norma comunitaria de poder exigir del País Miembro la observancia de un determinado comportamiento y este, consecuentemente, se encuentra en el deber jurídico de cumplirlo, así en el ejemplo dado, el comerciante o industrial legalmente constituido en uno de los Países Miembros que por tal hecho goza en la Subregión de la facultad de hacer uso de los derechos y beneficios que le concede el programa de liberación previsto en el Capítulo VI, artículos 72 al 78 inclusive del Acuerdo de Cartagena, los mismos deben ser respetados y no violados por dichos países; es en ese sentido que debe entenderse esta condición que exige que la norma que atribuye derechos sea clara, no obscura, precisa, no ambigua o contradictoria e incondicionada, que no contenga margen de discrecionalidad o no esté sujeta a modalidades que la hagan ineficaz o inaplicable, vale decir que sea inequívocamente reglada.

Al respecto, en lo que corresponda su aplicación de esta condición en la acción de responsabilidad patrimonial de los Países Miembros e indemnización de daños, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en reiterada jurisprudencia, ha señalado:

“Que (...) de conformidad con la disposición prevista en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, la posibilidad de ejercer la acción de incumplimiento corresponde a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento del País Miembro demandado. Ello significa que la legitimación para ejercer la acción de incumplimiento exige la existencia de una relación de identidad

entre el titular del derecho subjetivo y el de la acción, de modo que ésta sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de aquél;

Que el Tribunal declaró que el abogado (...) 'no se afirma titular de un derecho subjetivo sino de un interés legítimo, suficiente para ejercer la acción de nulidad, pero no bastante para ejercer la de incumplimiento' (...);

(...)

Que, en definitiva, la falta de legitimación del actor para ejercer la acción de incumplimiento no ha sido desvirtuada, no consta en autos la prueba de su legitimación calificada y no han variado las circunstancias que dieron lugar a la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda (...).⁷²

De este auto se desprende, en relación con la vía dispensada a los particulares para recurrir a los jueces nacionales y respecto a la primera condición, que el Tribunal Comunitario es riguroso al exigir al particular, persona natural o jurídica, probar la afectación de su derecho subjetivo y no simplemente su interés jurídico para acreditar la legitimación calificada que sustente la admisión de la demanda de incumplimiento. El derecho subjetivo es más que un simple interés jurídico, toda vez que conlleva la facultad que le otorga la norma jurídica comunitaria, una vez que sus supuestos de hecho han sido cumplidos o materializados por el particular, es decir ante una situación jurídica concreta, de exigir al País Miembro la observancia de un determinado comportamiento que emerge de las obligaciones y compromisos asumidos conforme a lo previsto por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal Comunitario.

Respecto a dicha condición, igualmente en lo que corresponda, se tiene lo que el Tribunal sobre el Trato Nacional previsto por el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, ha indicado:

⁷² Auto en el Proceso 75-AI-2001, de 29 de enero de 2003, publicado en la G.O.A.C. N°. 895, de 11 de febrero de 2003, caso: César Moyano Bonilla.

“(...)

Esta norma primaria, es clara al establecer que(...) los productos originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional y no discriminatorio, no solo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes, sino ‘en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior’ según el lenguaje de la OMC y del G-3 (...) (Sentencia emitida en el Proceso 3-AI-97, publicada en la G.O.A.C. N°. 422 de 30 de marzo de 1999).

(...)

*El Tribunal ha manifestado al respecto, que la noción de discriminación implica tanto el manejo diferente de situaciones similares como el manejo idéntico de situaciones diferentes. (Proceso 4-AI-96 citado en la Sentencia emitida dentro del proceso 3-AI-97 ya citado)”.*⁷³

En esta sentencia que hace énfasis que la norma contenida en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, que confiere derechos subjetivos, dentro del tema del Trato Nacional, es clara precisa e incondicionada para quién materializa sus supuestos, cualquier violación a su mandato conlleva responsabilidad objetiva o suficientemente caracterizada.

Una vez probada la existencia de la norma jurídica comunitaria infringida, y verificada que ésta es clara y precisa al atribuir derechos subjetivos, será necesario constatar si dicha norma es incondicionada o plenamente reglada y consiguientemente de eficacia directa, o si por el contrario, como excepción, está sujeta a modalidades, así por ejemplo, algunos casos en que, según la previsión del segundo apartado del artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal, se la debe incorporar al ordenamiento interno de los Países Miembros, si se ha cumplido con tal incorporación o si ella es incompleta o equivocada, para luego recién pasar al análisis

⁷³ Proceso 52-AI-2002, de 27 de agosto de 2003, publicado en la G.O.A.C. N°. 990, de 1 de octubre de 2003, caso: Violación al principio de Trato Nacional. Secretaría General c/ República Bolivariana de Venezuela)

de la segunda condición, es decir a la calificación de la infracción imputable al País Miembro, como violación objetiva o suficientemente caracterizada, toda vez que la infracción se tiene que referir a derechos derivados y atribuidos por la propia norma comunitaria, pues como dice la jurisprudencia y doctrina del Derecho Comunitario Europeo *“(...) del contenido y alcance de la norma que configure el derecho dependerá la calificación o no de la infracción como violación suficientemente caracterizada, que se entenderá sin más producida si dicho alcance aparece nítidamente delimitado, excluyendo cualquier margen de apreciación por los Estados Miembros, margen a su vez íntimamente ligado por el Tribunal de Justicia (...) al carácter claro, preciso e incondicional de la norma infringida (...)”*.⁷⁴

2) Infracción como violación suficientemente caracterizada

En el Derecho Comunitario Europeo, la presencia de esta condición en la responsabilidad patrimonial de los Estados Miembros se debe, como ya se dijo, a que el principio de esta responsabilidad tiene su origen jurisprudencial vía pretoriana, a través de la interpretación teleológica de las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de las instituciones de las Comunidades Europeas, para las que, en atención a que gozan de amplio margen de apreciación a tiempo de aplicar las políticas de la integración, se estableció, como una de las condiciones, que la infracción del ordenamiento jurídico sea una violación suficientemente caracterizada, la que se la hizo extensiva para generar la responsabilidad de los Estados Miembros, pese a que estos no tienen el mismo margen de apreciación que aquellas a tiempo de la transposición y aplicación de las directivas al derecho interno.

Sin embargo, es de hacer notar que la referida transposición es más común del Derecho Comunitario Europeo, toda vez que en el ordenamiento jurídico comunitario andino,

⁷⁴ Idem. p. 72.

normalmente, por efectos del principio general comunitario de la aplicación inmediata, tan pronto se dicta una norma comunitaria, ésta automáticamente y sin necesidad de ningún acto de recepción se convierte en norma interna de los Países Miembros por la vertiente del Derecho Comunitario, con plena eficacia jurídica. Excepcionalmente se defiere su entrada en vigencia o se la somete a su incorporación al derecho interno, según lo previsto por el indicado segundo apartado del artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal Andino.

Esta condición se refiere a la infracción imputable al Estado Miembro que, según el Derecho Comunitario Europeo, si recae sobre una norma clara, precisa e incondicionada, plenamente reglada sin margen de apreciación o discrecionalidad, que atribuye derechos subjetivos a los particulares, se identifica, per se, como una violación suficientemente caracterizada, generando en principio una responsabilidad de carácter objetivo, sin perjuicio de que, por las circunstancias, pueda derivar al sistema subjetivo, como se verá mas adelante.

En el Derecho Comunitario Andino, como consecuencia de los principios contenidos en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal, las fuentes originarias y derivadas del ordenamiento comunitario (Art.1), generan derechos y obligaciones, por la vertiente comunitaria, que se integran al derecho positivo interno de los Países Miembros, sin necesidad de ningún acto de recepción, por virtud del principio de aplicación inmediata, haciéndose extensivos a los particulares por el principio de efecto directo (Arts. 2 y 3) y con prevalencia sobre el derecho interno, según el principio de primacía, atribuyendo a los Países Miembros las consiguientes obligaciones de hacer y de no hacer (Art.4) fundamentadas en el principio de lealtad comunitaria.

En consecuencia, se reitera que las normas jurídicas comunitarias, en principio y como regla, tienen aplicación inmediata y consiguientemente eficacia directa conllevando su infracción la responsabilidad objetiva o calificación de

violación suficientemente caracterizada, quedando, como excepción, algunas normas sujetas a modalidades, como las previstas en la última parte del apartado primero y segundo del citado artículo 3 del Tratado, que textualmente dispone:

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

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

Dentro del andamiaje jurídico que regula la acción de incumplimiento, se encuentra la acción de responsabilidad patrimonial de los Países Miembros e indemnización de daños, prevista por el artículo 31 del Tratado, concordante con los artículos 25 del mismo y 49 literal c), 107 y 108 de su Estatuto, así como con el artículo 30 del indicado Tratado que expresamente reconoce dicha responsabilidad patrimonial de los Países Miembros, en concordancia con el artículo 3 transcrito y otros como los artículos 95 y siguientes del Acuerdo de Cartagena que se refieren a las cláusulas de salvaguardia que pueden afectar excepcional y temporalmente ciertos derechos. En consecuencia, para que prospere la acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado y la indemnización o reparación de daños, el particular persona natural o jurídica tendrá que demostrar, en cada caso concreto, que la norma comunitaria que le atribuye derechos subjetivos, supuestamente infringida por el País Miembro, es clara precisa e incondicionada, que el País Miembro no goza de margen de apreciación o discrecionalidad y que dicha infracción al caer bajo el sistema de la responsabilidad objetiva e identificarse, per se, como violación suficientemente caracterizada, genera la responsabilidad del Estado y la consiguiente obligación de

éste de indemnizar los daños ocasionados, así como que, además se cumple con la otra condición del nexo causal entre la infracción y el daño ocasionado, así también, en algunos casos en que se dan otras circunstancias como por ejemplo, si se podrían aplicar medidas de salvaguardia, estas no prosperaron porque no cumplieron con los requisitos exigidos al efecto, es decir que la existencia de derecho o facultades paralelas no han podido difuminar sus derechos.

Violación suficientemente caracterizada, en el Derecho Comunitario Europeo, se considera que la infracción es violación suficientemente caracterizada, cuando:

a) La norma comunitaria, que atribuye derechos a los particulares, es clara, precisa e incondicionada; y

b) El Estado Miembro carece de margen de apreciación o de discrecionalidad, lo que acontece frente a una obligación reglada, claramente delimitada de actuar o abstenerse de hacerlo. En este caso, la ausencia de margen de apreciación, hará que la simple infracción de la norma haga que prospere la responsabilidad objetiva, constituyendo la misma una violación suficientemente caracterizada.

Para el Tribunal de las Comunidades Europeas, *“la infracción de una obligación absolutamente clara, precisa e incondicional (...) inequívocamente reglada se identificará – eso si per se– como violación, suficientemente caracterizada (Itest grave y manifiesta) del Derecho Comunitario”*,⁷⁵ esto acontece cuando el Estado no tiene facultades discrecionales significativas.

En el Derecho Comunitario Andino, igualmente si la norma comunitaria cumple los supuestos requeridos de ser clara, precisa e incondicionada y no existe margen de apreciación o discrecionalidad, en sentido de que es plenamente reglada o no existen facultades paralelas, su infracción, en principio, conlleva la responsabilidad objetiva del País Miembro y en

⁷⁵ Idem. p. 77.

consecuencia se identificará, per se, como una violación suficientemente caracterizada.

Sin embargo, el sistema de responsabilidad objetiva no se extiende a los casos en los que tal calificación depende de otros elementos tales como: discrecionalidad, carácter intencional o involuntario de la infracción, la gravedad del perjuicio causado, excusabilidad o inexcusabilidad del error de derecho, la inducción a error y otros, cuya ponderación y estimación es de carácter subjetivo.

Relacionada con esta segunda condición, en la citada sentencia sobre trato nacional, se puede apreciar que la infracción objetiva o suficientemente caracterizada se encuentra inmersa en ella, cuando el Tribunal concluye: *“En consecuencia el referido artículo 16 del Decreto N°. 242 de 1979 constituye una objetiva y flagrante violación al principio de Trato Nacional consagrado en el artículo 74 (actual artículo 75) del Acuerdo de Cartagena al establecer una discriminación a los productos tabacaleros importados, incluso a aquellos originarios de otros Países Miembros, que configura y materializa los supuestos de la violación del indicado principio del Trato Nacional, constituyendo por tanto tal conducta un incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”*.⁷⁶

De dicha sentencia se desprende que la norma es clara, precisa e incondicionada cuando atribuye derechos a los sujetos del Derecho Comunitario, entre ellos a los importadores, cuando materializan sus hipótesis o supuestos de hecho, en sentido de que, en materia de impuestos tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozan en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales, de donde surge que cualquier trato discriminatorio constituye una infracción objetiva a su mandato y conlleva el incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países

⁷⁶ Proceso 52-AI-2002. Ya citado

Miembros en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal Comunitario, asimilándose en este caso a una violación suficientemente caracterizada, toda vez que los Países Miembros, respecto al principio de trato nacional, no cuentan con ningún margen de apreciación o discrecionalidad, lo que hace que cualquier violación a esta preceptiva caiga dentro de la responsabilidad objetiva.

Circunstancias que hacen que la infracción no constituya per se violación suficientemente caracterizada:

En el Derecho Comunitario Europeo, extensivo en lo que corresponda al Derecho Comunitario Andino se tiene, entre otras, las siguientes circunstancias:

- Cuando la norma comunitaria que asigna derechos a los particulares no es clara, precisa e incondicionada.
- Cuando las obligaciones que le impone la norma comunitaria al País Miembro, le da amplio margen de apreciación o discrecionalidad, en tal caso sólo se configurará la infracción como violación suficientemente caracterizada, si se actúa fuera de los límites previstos, irrespetando los mismos en forma manifiesta y grave, es decir más allá del margen de la discrecionalidad.
- Cuando *“la claridad, precisión e incondicionalidad de la norma comunitaria, se difumina por la presencia de términos ambiguos o discrecionales (...)”* a lo que podemos agregar, cuando existen facultades paralelas a las que ya nos hemos referido.

Ante la presencia de estas circunstancias, para lograr la calificación de violación suficientemente caracterizada se debe recurrir a elementos subjetivos del comportamiento del presunto infractor. Hay algunos casos en los que, no obstante que la norma es clara y precisa en asignar derechos, al mismo tiempo establece ciertas facultades condicionadas, que pueden difuminarla, reconociendo en forma paralela al País Miembro un margen de

discrecionalidad que posibilita excepcional y transitoriamente eludir aquellos derechos, así cuando por ejemplo hace uso de *las salvaguardias*, las que sin embargo, para ser válidas y justificadas deben cumplir con rigurosos requisitos.

Al respecto el Tribunal Comunitario, dentro del Proceso 118-AI-2003, ha sostenido:

“El Gobierno (...) mediante la aplicación de salvaguardias no autorizadas, la falta o retraso en la notificación de las medidas, la imposición de contingentes y cuotas, la imposición de medidas fitosanitarias diferentes a las establecidas por las normas comunitarias, y demás medidas restrictivas al comercio contenidas en los Decretos y Resoluciones antes descritos, constituyen actos contrarios a las normas de la Comunidad lo que configura una conducta incompatible con los principios de la integración andina. Constituyen además, una restricción al comercio, contraria a los artículos 1 y 72 del Acuerdo de Cartagena, e incluyen, muchas de ellas, la imposición de medidas fitosanitarias diferentes a las contempladas en la Resolución 431.

En este caso, el Gobierno (...) alega que las medidas calificadas como restricción fueron temporales y justificadas. El Tribunal ha señalado que para que la restricción adquiera la categoría de justificatoria, es necesario que el acto interno del País Miembro esté inspirado en el principio de proporcionalidad entre la medida restrictiva y el objeto específico a que ella vaya dirigida, el cual deberá aparecer como causa directa e inmediata para la solución de los problemas internos. Sólo así se garantiza que no haya lugar a duda de que la medida interna pueda amenazar encubiertamente el propósito esencial de la integración consistente en la libre circulación de mercancías.

(...)

Solamente puede darse esta posibilidad en los casos de excepción, contenidos en las Cláusulas de Salvaguardias. En ellas se admite la posibilidad para un País Miembro, de establecer, dentro de límites muy estrictos y mediante consulta y autorización de la Secretaría General de la Comunidad

Andina, medidas transitorias y no discriminatorias para corregir desequilibrios o perturbaciones comerciales, procurando no afectar el comercio de productos incorporados dentro del sistema de liberación. (...)

También ha señalado este Tribunal al respecto que '(...) considera que la medida de salvaguardia es aplicable siempre y cuando las causales económicas que la fundamentan no puedan ser superadas por otro tipo de medida. Sin embargo, debe ser una medida temporal y que debe cumplir con ciertos requerimientos para que sea considerada válidamente como una salvaguardia (...)'. (Procesos 73-AI-00 y 80-AI-00 acumulados, sentencia emitida el 14 de agosto de 2002, publicada en G.O.A.C. No. 833 de 13 de septiembre de 2002).

Es decir, según lo prescribe la norma y lo ha señalado este Tribunal, una medida de salvaguardia debe ser justificada, excepcional, autorizada y temporal.

En el presente caso, la República (...) ha violentado los conceptos de temporalidad y excepcionalidad, pues todas las medidas restrictivas que ha aplicado al comercio subregional de arroz se han mantenido durante más de diez años, toda vez que de inmediato, al perder vigencia ciertas medidas, el Gobierno (...) las ha renovado o prorrogado, e incluso sustituido por otro tipo de medida similar, que aplicaba en cada época de cosecha.

Asimismo ha incurrido en incumplimiento de justificar, informar a tiempo y solicitar autorización para la aplicación de medidas correctivas (...) Este Tribunal concluye, que (...) ha hecho un uso abusivo de las excepciones autorizadas al Programa de Liberación.

(...)

Declarar que la República de (...) ha incurrido en incumplimiento flagrante, objetivo y continuado de los artículos 72, 73, 76, 77, 91 y 97 del Acuerdo de Cartagena,

de la Resolución (...) y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina".⁷⁷

Otro caso de incumplimiento objetivo por no levantar la restricción al comercio calificada por la Secretaria General, se puede apreciar en el Proceso 136-AI-2004 (...)

La Resolución 802 de la Secretaría General determinó que "la exigencia por parte de la República del (...) de una 'autorización previa' o 'licencia de importación', adicional a los procedimientos de control permitidos por el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, para la lista de los productos identificados en la Resolución (...) constituye una restricción al comercio". La Secretaría General fundamentó el petitorio de su demanda en esta declaratoria de restricción, y en la circunstancia de que el Gobierno (...) no hubiese procedido "a levantar tales restricciones dentro del plazo concedido".

(...)

El Acuerdo de Cartagena estableció un Programa de Liberación que tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro (artículo 72). El Acuerdo atribuye la naturaleza de restricción a cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral (artículo 73), e impone a los Países Miembros la prohibición de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión (artículo 77).

(...)

Sin embargo, no se trata de una prohibición absoluta, toda vez que del texto del Acuerdo se desprende que no tendrán carácter restrictivo la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la protección de la moralidad pública; a la

⁷⁷ Proceso 118-AI-2003, de 14 de abril de 2005, publicado en la G.O.A.C. N°. 1206, de 13 de junio de 2005, caso: restricciones al comercio de arroz. Secretaría General c/ República de Colombia.

aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; a la regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros; a la protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; a la importación y exportación de oro y plata metálicos; a la protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y a la exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear (artículo 73).

Puesto que se trata de una excepción a la regla que prohíbe las restricciones que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro, y puesto que la parte actora ha denunciado en el caso que la exigencia de una “autorización previa” o de una “licencia de importación” para los productos identificados en la Resolución (...) constituye una restricción al comercio intrasubregional, la prohibición del Acuerdo no se configuraría si se demostrase suficientemente la excepción, es decir, que la medida unilateral de exigir licencia de importación para cada una de las subpartidas arancelarias identificadas en el Anexo I de la Resolución 183 no constituye una restricción indebida al comercio, sino que se encuentra dirigida a la protección específica, directa y necesaria de uno o varios de los bienes jurídicos previstos en el artículo 73 del Acuerdo, y que se ha seguido, en cada uno de los casos regulados por el ordenamiento jurídico de la Comunidad, el procedimiento correspondiente de notificación y autorización o aprobación.

En el caso de autos, se observa que no obra prueba alguna demostrativa del fundamento de la citada excepción de mérito. La carga de esta prueba hubiese correspondido a la parte demandada si hubiese opuesto la excepción. En el caso, como ya se indicó, el Gobierno (...) no contestó la demanda, no opuso excepciones y no promovió pruebas.

(...)

Las circunstancias descritas significan que el País Miembro demandado, al someter el ingreso de productos originarios de los demás Países Miembros de la Comunidad, en tanto que integrantes de la nómina de subpartidas arancelarias identificadas en el Anexo I de la Resolución(...), a la exigencia y trámite de licencias de importación, ha introducido indebidamente una restricción en el comercio intrasubregional, incurriendo con ello en el incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 77 del Acuerdo de Cartagena, de abstenerse de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión, y de la prescrita en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, de no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a las normas comunitarias o que de algún modo obstaculice su aplicación.

(...)

*Declarar con lugar la demanda interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República (...) por haber incurrido ésta en el incumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas de los artículos 77 del Acuerdo de Cartagena (codificado mediante la Decisión 563) y 4 del Tratado de Creación del Tribunal, así como de la Resolución 802 de la Secretaría General de la Comunidad”.*⁷⁸

De la jurisprudencia transcrita, se puede aseverar que en el ordenamiento comunitario andino, es factible aplicar las referidas circunstancias, como ser excepciones y Cláusulas de Salvaguardia, que hacen que una infracción no sea considerada, per se, como violación suficientemente caracterizada, señaladas precedentemente. En efecto, si bien la normativa comunitaria contenida en el Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, en su artículo 72, establece el objeto del Programa de Liberación de bienes, cual es eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan

⁷⁸ Proceso 136-AI-2004, de 8 de septiembre de 2005, publicado en la G.O.A.C. N°. 1265, de 22 de noviembre de 2005, caso: exigencia de una 'autorización previa' o 'licencia de importación', adicional a los procedimientos de control permitidos por el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, para la lista de los productos identificados en la Resolución 183 del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones COMEXI. Secretaría General c/ República del Ecuador.

sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro y el artículo 76 dispone que *“El Programa de Liberación será automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos (...)”* en el mismo artículo se salva las disposiciones de excepción, entre ellas las contempladas en el segundo párrafo del artículo 73 literales a) al g), que ya fueron transcritas, y que señalan que no tendrán carácter restrictivo la adopción y el cumplimiento de las mismas, así como, en particular, las previstas en los Capítulos IX Programa de Desarrollo Agropecuario, artículos 90 y 91 y XI , artículos 95 al 99 del mismo Acuerdo, que regulan las Cláusulas de Salvaguardia, que son medidas correctivas de carácter transitorio y no discriminatorias que podrán aplicar los Países Miembros previa autorización de la Secretaría General de la Comunidad Andina, siempre que cumplan los requisitos y trámites previstos en dichas normas.

Resulta que, en estos casos, la facultad discrecional es reglada y, en consecuencia, si se observa los requisitos establecidos al afecto, se beneficia con dichas excepciones, caso contrario, si se aplica fuera de los límites previstos, irrespetando los mismos en forma manifiesta y grave, es decir más allá del margen de la discrecionalidad, no son viables las mismas, como ocurrió en el referido proceso en el que la sentencia declaró con lugar la demanda, no obstante que la parte demandada pretendió hacer valer en su defensa dichas excepciones, aunque no las justificó, pudiéndose considerar en consecuencia, en este caso, la infracción como una violación suficientemente caracterizada que, conforme a lo previsto por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal Comunitario, constituye un incumplimiento que conlleva responsabilidad objetiva.

Aún más, como se tiene dicho, resulta desplazada la consideración de estas circunstancias o elementos cuando la norma comunitaria vulnerada ha sido ya objeto de sentencia en la acción de incumplimiento o de interpretación prejudicial, como así lo sostiene el Tribunal de las Comunidades Europeas, en reiterada jurisprudencia: “Una violación del Derecho Comunitario es manifiestamente caracterizada

cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada, de las que resulta el carácter de infracción del comportamiento controvertido (...).⁷⁹, lo que es también aplicable en el Derecho Comunitario Andino.

Similar situación de incumplimiento se presenta cuando no se ejecuta oportunamente una Resolución de la Secretaría General que califica una medida adoptada por un País Miembro como restrictiva al comercio, como se desprende de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Comunitario:

“(...) Otro tanto cabe establecer en lo que concierne a la falta de ejecución oportuna de la Resolución 802 de la Secretaría General, toda vez que, de conformidad con el artículo 4 eiusdem, los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad, y es el caso que, a tenor del artículo 1 del Tratado de Creación en referencia, las Resoluciones válidamente adoptadas por la Secretaría General forman parte del citado ordenamiento jurídico (...).”

80

La jurisprudencia trascrita es demostrativa de que el Tribunal Comunitario toma en consideración sentencias anteriores referidas a casos similares, a tiempo de valorar la conducta infractora y fundamentar sus decisiones. No obstante, es de reiterar que para el caso de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado e indemnización de daños, prevista en el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal Comunitario, no es requisito sine qua non la sentencia previa de incumplimiento, aunque, como ya se dijo, el juez nacional a tiempo verificar el cumplimiento de las condiciones y determinar la responsabilidad patrimonial del País Miembro, implícitamente estima dicho incumplimiento.

⁷⁹ Idem. p. 80.

⁸⁰ Proceso 136-AI-2004, ya citado.

Por otra parte, la sentencia declarativa de incumplimiento, conforme a lo previsto por el artículo 30 del referido Tratado, en el caso de que el particular sea parte del proceso, constituye título legal y suficiente para pedir ante el juez nacional la indemnización de daños y perjuicios, lo que conlleva implícitamente y ab initio el cumplimiento de las dos primeras condiciones para que prospere la responsabilidad patrimonial del Estado e indemnización de daños, faltando sólo demostrar el nexo causal entre la infracción y el daño ocasionado. En cambio, cuando se trata de particulares que no formaron parte del proceso, la situación es diferente, aunque la sentencia también ayuda para viabilizar la acción de responsabilidad patrimonial e indemnización de daños, como se verá más adelante.

Igual situación se presenta cuando se incumple las medidas cautelares cuya infracción cae dentro de la responsabilidad objetiva, es decir constituye, también, per se, una violación suficientemente caracterizada.

De la jurisprudencia citada se desprende que, en el Derecho Comunitario Andino, el tema de la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros e indemnización del daño causado, se encuentra bajo el sistema de la responsabilidad objetiva, que se deriva de la simple infracción imputable al Estado de normas comunitarias claras, precisas e incondicionadas, que atribuyen derechos a los particulares y que, en relación con la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, se traduciría en *“la identidad de la infracción como violación suficientemente caracterizada”*, por el mero incumplimiento de las obligaciones asumidas por los Países Miembros de hacer y de no hacer, previstas por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, lo que, sin embargo no obsta que, en algunos casos, como también vimos, se aplique el sistema subjetivo, cuando se dan ciertas situaciones, donde es preciso la verificación de otras circunstancias o elementos para que la calificación de la infracción tenga tal calidad.

A propósito, el Tribunal Andino ha reiterado que el artículo 4 de su Tratado de Creación “impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario contenido en el artículo 1°; y la obligación de no hacer consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación (...) Las obligaciones (...) señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1° del mismo, trátase de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo”.⁸¹

3) Nexos Causales entre la infracción y el daño

Esta condición es común para ambas vías de responsabilidad patrimonial de los Países Miembros, ya sea la que emerge de la previsión contenida en el artículo 30 del Tratado de Creación, en la que la sentencia, dictada por el Tribunal Comunitario, constituye título legal y suficiente en favor del particular que ha sido parte en la acción de incumplimiento substanciada por ante el Tribunal Comunitario, para demandar ante los jueces nacionales la indemnización del daño, así como para que prospere la acción de responsabilidad patrimonial del Estado Miembro y la indemnización del daño, igualmente ante los jueces nacionales, convertidos en jueces comunitarios prevista en el artículo 31 del mismo Tratado.

Su verificación es de suma importancia, tanto más si se considera que con la ampliación de los mercados que caracteriza a los procesos de integración, con el consiguiente aumento del volumen de operaciones

⁸¹ Proceso 117-AI-2003, ya citado, haciendo referencia al Proceso N°. 06-IP-93, de 17 de febrero de 1994, publicado en la G.O.A.C. N°. 150, de 25 de marzo de 1994.

comerciales, se incrementa en forma exponencial las posibilidades de la infracción del ordenamiento jurídico y el consiguiente incumplimiento de las obligaciones asumidas por los Países Miembros, provocando cuantiosos daños especialmente a los particulares, cuyo monto indemnizable se lo calcula precisamente con base a esta condición o requisito .

En consecuencia, en la segunda vía para que prospere la responsabilidad patrimonial del Estado Miembro y la indemnización del daño, además de: (1) la infracción imputable a este de una norma comunitaria, clara, precisa e incondicionada que atribuya y delimita derechos a los particulares: personas físicas o jurídicas; (2) que constituya responsabilidad objetiva o violación suficientemente caracterizada, se requiere (3) demostrar el grado del nexo causal entre la infracción y el daño ocasionado, situación de hecho que debe probarse en derecho ante el juez nacional competente, convertido para tal caso en juez comunitario quien para tal efecto, con base a la jurisprudencia comunitaria europea, debe tomar en consideración entre otros factores los siguientes: *“(...) el Tribunal de Justicia afirma que éste” – nexo causal – “puede verse debilitado, con las consecuencias que ello podría implicar a los efectos de determinar el perjuicio indemnizable (que incluye el lucro cesante (...)) si el perjudicado no actuó con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia (...) si el perjudicado, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían(...)”*⁸² de donde resulta que, en relación con la cuantía material de la reparación, mientras más se diluya el nexo causal menor será el monto de la indemnización.

20.2 Cuestión procedimental

Con relación al tema, se tiene los siguientes criterios:

⁸² Alonso García, Ricardo. **La Responsabilidad de los Estados Miembros por Infracción del Derecho Comunitario**, Ob. Cit. p. 47.

1) El Derecho Procesal nacional, en lo que sea pertinente, es el aplicable en los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado e indemnización del daño por infracción del ordenamiento jurídico comunitario, correspondiendo, en consecuencia, al derecho interno de cada País Miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular los procedimientos.

2) Los órganos jurisdiccionales para conocer y resolver estas acciones son los mismos que, en derecho interno, tienen competencia para conocer las acciones contra el Estado: (Bolivia, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia⁸³, Colombia, el Consejo de Estado; Ecuador el Tribunal Contencioso Administrativo y el Perú, actualmente, la Corte Superior de Justicia de Lima, con apelación ante la Sala Civil de la Corte Suprema).

3) La ponderación de la norma comunitaria, que atribuye derechos a los particulares, como clara, precisa e incondicionada, su infracción objetiva o violación suficientemente caracterizada, y el nexo causal, corresponde al órgano judicial nacional competente, previa interpretación prejudicial del Tribunal Comunitario; se constituye en presupuesto necesario para obtener la indemnización de los daños y perjuicios, conforme a los principios enunciados, cuyo monto emerge del nexo entre la infracción y el daño causado.

4) Dentro del proceso, se puede plantear todo tipo de medidas cautelares, tales como la suspensión provisional del acto infractor, anotaciones preventivas, etc. lo que condice con la diligencia razonable, prevista en el requisito relacionado con el nexo entre la infracción y el daño causado para la determinación de la indemnización.

5) Las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la materia, tanto en las acciones de incumplimientos como en las interpretaciones prejudiciales,

⁸³ Artículo 38 numeral 16) y Disposición Transitoria Décima de la Ley No 025 del Órgano Judicial del 24 Junio 2010, en relación a la abrogada Ley 1455 del 18 de febrero de 1993 Artículo 55 numeral 10.

en lo que corresponda en cada caso, releva de las consideraciones de los elementos subjetivos y hacen que la infracción sea objetiva, es decir se constituya per se en una violación suficientemente caracterizada; lo mismo sucede con las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina cuando califica como restricciones los actos de los Países Miembros y otras similares.

21. Demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el Estado, en ejercicio de lo facultado por el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal sienta el principio y establece expresamente la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros ante los particulares por infracción del Derecho Comunitario; sin embargo, la facultad contenida en dicha norma, con relación a la sentencia de incumplimiento, como ya se dijo, sólo favorece a los particulares que han intervenido directamente, como parte, en la acción de incumplimiento tramitada, en la etapa prejudicial, en la Secretaría General de la Comunidad Andina y en la etapa judicial ante el Tribunal Comunitario, conforme a lo previsto en la citada norma que textualmente dice:

“Artículo 30.- La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

El referido título, pese a que no tiene la calidad de ejecutivo por no contener suma líquida, exigible y de plazo vencido, sin embargo, constituye una prueba valiosa para intentar dicha acción contra el Estado, facilitando el cumplimiento de los siguientes pasos y condiciones:

- a) La norma comunitaria que atribuye derechos subjetivos al particular, está ya reconocida por la sentencia, como clara, precisa e incondicionada;

b) La infracción objetiva, como violación suficientemente caracterizada, también se encuentra demostrada por la sentencia.

Solo resta probar el nexo causal entre la conducta infractora de la norma comunitaria y el daño ocasionado, donde la sentencia constituye un principio de prueba, en especial, para valorar el comportamiento y diligencia del damnificado, porque del mismo dependerá si prospera la reparación de los perjuicios causados y su monto, conforme a las reglas del daño emergente y el lucro cesante

Como se puede apreciar, dicho **título legal** representa un importante **instrumento probatorio**, que cubre gran parte de los pasos y condiciones para que se viabilice contra el Estado la acción de indemnización de daños y perjuicios a favor de los particulares.

Diferente es la situación de los particulares que no han participado como parte en la acción de incumplimiento y por tanto no les alcanza la sentencia; sin embargo la misma, en relación a lo previsto por el referido artículo 30, no obstante de no constituir para ellos **título legal y suficiente** alguno para solicitar directamente al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios, cumple, en lo que corresponda, la función indicada en el literal b) de este acápite referente a la infracción objetiva o suficientemente caracterizada y se convierte, consecuentemente, en un importante antecedente para viabilizar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado prevista en el artículo 31 del Tratado, quedando por **demostrar que** la norma infringida e imputable al País Miembro y que fue objeto de la sentencia, en relación con la persona que no intervino en el proceso pero que pretende apoyarse en ella, es una norma clara precisa e incondicionada que le atribuye esos derechos que han sido violados, así como el nexo causal correspondiente.

En cuanto al juez competente y al procedimiento, en lo que corresponda, es el que se encuentra establecido en el numeral 2) del punto 20.2 de la cuestión procedimental.

22. Controversias entre particulares relacionadas con el derecho comunitario

Las controversias entre particulares: persona naturales o jurídicas, por violación de la norma comunitaria, corresponde conocer a los jueces nacionales convertidos para tal caso en jueces comunitarios, toda vez que, como se tiene dicho, por efecto de la aplicación inmediata y efecto directo del ordenamiento jurídico comunitario, éste se constituye en una fuente de derecho positivo interno, por la vertiente del derecho comunitario. En estos casos el juez competente es el de la materia prevista por la ley nacional, quien, en lo que corresponda, deberá también observar el cumplimiento de las condiciones explicadas precedentemente: (1) de infracción imputable **al demandado** de norma comunitaria clara precisa e incondicionada que le atribuye derechos, (2) infracción objetiva o violación suficientemente caracterizada y (3) nexo causal entre la infracción y el daño, salvo que el País Miembro cuente con otros requisitos más favorables. En todo caso se debe solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial de la norma comunitaria controvertida para luego dictar sentencia que corresponda. Como un ejemplo de este procedimiento se transcribe a continuación la parte pertinente de la interpretación prejudicial efectuada con motivo del proceso 16-IP-2005, caso EXPRESO INTERNACIONAL ORMEÑO S.A.

La solicitud proviene del Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, dirigida a este Tribunal Comunitario que dice:

“Por medio del presente me permito comunicar a Usted, que por providencia de septiembre 30 de dos mil cuatro, proferido dentro del asunto en referencia, se ordenó oficiarle con el fin de solicitarle Interpretación prejudicial sobre la aplicación y vigencia de las decisiones (sic) 290 de 1991 y 398 de 1997, de acuerdo a

la síntesis de los hechos que aparece (sic) en el auto mencionado que se adjunta (...) De acuerdo a lo solicitado en memorial obrante a folio 316, líbrese oficio al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a fin de solicitar su interpretación prejudicial sobre la aplicación y vigencia de las Decisiones 290 de 1991 y 398 de 1997 (...)”

En la citada interpretación, la parte actora solicita como sus pretensiones:

“Declarar totalmente infundada la objeción proferida por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (...) mediante la cual rechazó el pago reclamado (...) ante el siniestro de pérdida total por daños del vehículo ÓMNIBUS CARROCERÍA MARCOPOLO, CHASIS YV 3R2FL16RA000957, MARCA VOLVO, PLACAS PERUANAS UO 3482, MODELO 1994, COLOR BLANCO Y VERDE, NÚMERO DE MOTOR 217051 Y SERIE YV 3R2FL16RA000957, por causa de Actos de Grupos Subversivos (...) Declarar que LA PREVISORA S.A. (...) desconoció la aplicación de las normas supranacionales de la COMUNIDAD ANDINA Decisiones 290 (...) y 398 (...) Declarar que la exclusión en el literal ‘T’ del clausulado general (...) es inaplicable para los vehículos extranjeros de servicio público de pasajeros (...) Declarar que el Decreto Ley 1032 de 1991, que reglamentó el seguro de accidentes de tránsito (...) no modificó el Decreto 1344 (...) condenar a la Compañía LA PREVISORA S.A. (...) cancele a la sociedad demandante dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia las siguientes sumas: (...) US\$. 260.000.00 (...) por concepto del valor comercial del vehículo (...) \$ 26.000.00 (...) correspondiente al lucro cesante del 5% mensual del valor comercial (...) Por los intereses moratorios (...)”.

El Tribunal, al resolver la interpretación, sostuvo que:

“(...) Las Decisiones 290 y 398, prevalecen sobre toda regulación nacional anterior o posterior a ella, en cuanto resulte incompatible con dichas Decisiones, conforme a los principios de aplicación inmediata y primacía de la norma comunitaria. De no ser así resultaría imposible alcanzar la meta propia del

Derecho Comunitario de lograr un régimen uniforme para todos los Países de la Comunidad y los objetivos del Proceso de Integración de la Comunidad Andina (...). La Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad Civil deberá ser emitida por una empresa aseguradora establecida en cualquiera de los Países Miembros y cubrirá la responsabilidad civil derivada de los accidentes ocasionados a pasajeros y a terceros no transportados y los daños corporales que sufra la tripulación como consecuencia de accidentes causados por vehículos habilitados. Los Países Miembros no pueden exigir seguro adicional que cubra los riesgos previstos en la Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad Civil ya que al estar amparado por una norma de Derecho Comunitario tiene prevalencia frente a cualquier otro requerimiento de orden interno de los Países Miembros (...). Todo lo relacionado con el Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, se regirá por la Decisión 398 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

*El Juez 34 Civil del Circuito de Bogotá D.C. deberá adoptar la presente interpretación prejudicial cuando dicte sentencia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 128, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal”.*⁸⁴

23. Pretensión del presente trabajo sobre la responsabilidad patrimonial

En atención a que en nuestro ordenamiento comunitario, salvo la previsión contenida en el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, concordante con el artículo 25 del mismo y artículo 49 literales b) y c) de su Estatuto, en relación con los artículos 1, 2, 3, 4 y 30 de dicho Tratado, así como del preámbulo y artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, no se cuenta con una regulación jurídica específica sobre la acción de responsabilidad patrimonial de los Países Miembros y la indemnización del daño y menos con jurisprudencia sobre

⁸⁴ Proceso 16-IP-2005, publicado en la G.O.A.C. N°. 1218, de 13 de julio de 2005, caso EXPRESO INTERNACIONAL ORMEÑO S.A.

la materia, aunque se dispone de una vasta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas con su respectiva doctrina que, como se hizo referencia, al no contar con legislación expresa sobre la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, en forma pretoriana, en sendas sentencias: Francovich, Brasserie, British Telecommunications, Lomas y Denkavit, ha elaborado principios, condiciones y regulaciones, que han sido desarrollados y enriquecidos por prestigiosos tratadistas y juristas del Derecho Comunitario; en el presente trabajo, con base a dicha jurisprudencia y doctrina, así como a la jurisprudencia del Tribunal Andino en acciones de incumplimiento, en lo que sea aplicable, se pretende sentar los criterios básicos para suplir la ausencia de dicha regulación específica extrañada y que pueda viabilizar la aplicación de esta otra vía, la acción de responsabilidad patrimonial de los Países Miembros e indemnización del daño, prevista en protección de los particulares: personas naturales o jurídicas, para que puedan recurrir ante los jueces nacionales, convertidos en jueces comunitarios, en resguardo directo de la tutela judicial efectiva de sus derechos consagrados por el Derecho Comunitario, teniendo presente que el principio de responsabilidad patrimonial del Estado tiene como objetivo garantizar la observancia de las obligaciones comunitarias asumidas por los Países Miembros y, en su caso, sancionar el incumplimiento de las mismas, y la indemnización persigue el resarcimiento económico generado por la imposibilidad del ejercicio de esos derechos debido a los actos ilegales imputables al Estado.

La aplicación del ordenamiento jurídico comunitario es de responsabilidad directa de los Países Miembros, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional tutelar en forma directa su cumplimiento y la observancia de los principios de aplicación inmediata efecto directo, primacía del Derecho Comunitario, responsabilidad patrimonial de los Países Miembros y otros, dentro de un armonioso trabajo de cooperación con el Órgano Jurisdiccional Comunitario, intérprete supremo del Derecho Comunitario, encargado de establecer los criterios comunes que deben tener en cuenta

los jueces nacionales, convertidos en jueces comunitarios, a tiempo de aplicar la Norma Comunitaria al caso concreto, dentro del valioso mecanismo de la interpretación prejudicial.

El Derecho Comunitario tiene como a uno de sus principales destinatarios a los particulares: personas naturales o jurídicas, que por el principio del efecto directo se constituyen en sujetos del mismo, dentro del amplio concepto de que la Comunidad Andina, es una integración supranacional de pueblos más que de Estados.

De todo ello resulta, de manera trascendente, la necesidad y conveniencia de que los particulares, en resguardo de sus derechos y de la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario, hagan uso de las facultades que les confiere el citado artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, y que, a su vez, los jueces nacionales asuman el rol y las responsabilidades de jueces comunitarios que les asigna el Derecho Comunitario, asegurando la tutela judicial efectiva y consiguiente protección directa, inmediata y efectiva de los derechos que les confiere el vasto campo del Derecho Comunitario a las personas naturales o jurídicas, a fin de que llegue al pueblo en forma inmediata los beneficios de la integración y la eficiencia y eficacia de su ordenamiento jurídico, de sus órganos y de sus instituciones.

Abrigo la esperanza de que estos criterios serán enriquecidos en tanto se requiera y ejecuten las acciones de responsabilidad patrimonial de los Países Miembros y la indemnización del daño previstas por los artículos 30 y 31 del Tratado, teniendo presente la recíproca influencia que ejerce, en la elaboración de los principios generales del Derecho, la jurisprudencia nacional en la comunitaria y viceversa, así como en la medida que estos temas de Integración y Derecho Comunitario, sean difundidos, enseñados y analizados críticamente por los estudiosos de esta temática en las diferentes esferas intelectuales y en especial en las Casas Superiores de Estudios, como lo viene haciendo la Universidad Andina "Simón Bolívar", bajo cuyos auspicios se ha incorporado, como módulo introductorio, esta materia y se

está editando este libro, que motiva mi más profundo reconocimiento y agradecimiento.

NOTA.- Las opiniones contenidas en el presente trabajo son de carácter personal y no comprometen ni expresan el criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, toda vez que el autor concluyó su mandato de magistrado.

La virtud de la síntesis, a manera de reflexión.-

Tomando las orientaciones del Escritor Enoch de Oliveira, en su libro Año 2000, ¿ Angustia o Esperanza”, Editado en 10 de octubre de 1989, por Asociación Casa Editora Sudamericana, Buenos Aires Argentina, páginas 191 A 200, en honor a la virtud de la síntesis, cuya máxima expresión, a mi manera de ver, se encuentra en la Profecía de Daniel, quien al adivinar el sueño perturbador del Rey Babilónico Nabucodonosor, que el mismo no podía recordarlo ni con la asistencia de sus consejeros, este príncipe Hebreo, con la ayuda de su Dios de Israel, lo consiguió haciendo la consiguiente interpretación, resultando que el mismo contiene el devenir histórico de más de 2500 años, condensado en una figura monstruosa cuya cabeza y hombros era de oro, el pecho y brazos de plata, el abdomen de bronce, las extremidades inferiores de hierro y los dedos de los pies, algunos de hierro y los otros de barro, que sucesivamente representan: al Imperio Babilónico universal, dorado y sabio que utilizaba el oro como divisa, inclusive para sus armas, representado con la referida cabeza y hombros de esa figura, vencido por los pueblos Persas al mando de Darío y Jerges, que utilizaban la plata en la construcción de sus armas, a la vez sometido por las fuerzas de Alejandro Magno que comandaba a los pueblos Macedonios y Griegos, que utilizaban el bronce en la fabricación de sus armas y inclusive en su vestimenta y finalmente conquistados y sometidos por el Imperio Romano que introdujo en la fabricación de sus armas y pertrechos de guerra, el hierro, el que cuando fue vencido quedó dividido en 10 nacionalidades, algunas efímeras como los Vándalos, representados por los dedos de barro y otros que aún perduran, como los Germanos, Francos, Anglosajones, Españoles y otros representados por los dedos de hierro.

Según dicha profecía, una enorme piedra que se arrancó de la peña choco y destruyó esta figura que representa la historia de la humanidad. Sin embargo muchos reyes, emperadores y gobernantes, como Carlomagno, Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, Carlos V, Rey de España y Alemania,

Napoleón Bonaparte, Emperador de Francia e inclusive Hitler, quisieron reeditar el Imperio Universal, Dorado y Sabio de Babilonia y no lo consiguieron, porque escrito está en la citada profecía que éste es único e irreplicable. Como se puede observar la historia de la humanidad se encuentra condensada y resumida en una de hoja de papel y expresa la virtud de la síntesis, cuya orientación hemos tratado de imprimir en este texto de TEMAS SOBRE INTEGRACIÓN Y DERECHO COMUNITARIO, a diferencia de la ampulosidad, cuyos efectos perjudiciales se expresan en una leyenda relacionada al pedido del príncipe Zamire a los sabios de su reino, en sentido de que escribieran la historia de su pueblo, que le impidió satisfacer ese deseo, toda vez que estos después de exhaustivo trabajo en el desierto le llevaron a lomo de 12 camellos seis mil volúmenes, los que ha pedido del Rey en sucesivas etapas de 20 y 10 años redujeron a 1500, y 500 volúmenes, respectivamente, los que al final, ante la insistencia del Rey ya envejecido, los pocos sabios que aún quedaban, en 5 años más lo condensaron en un solo volumen, que fue transportado a lomo de un jumento por los dos únicos sabios sobrevivientes que, al ingresar al palacio se enteraron que su rey ya había fallecido, frustrándose ese deseo, todo lo que demuestra, contrario sensu a la virtud de la síntesis, lo perjudicial de la ampulosidad.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, Ricardo. **Derecho Comunitario Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea**, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1994.

Alonso, García Ricardo, **El Juez Español y el Derecho Comunitario Jurisdicción Constitucional y Ordinaria Frente a su Primacía y Eficacia**, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Alonso García, Ricardo. **La Responsabilidad de los Estados Miembros por Infracción del Derecho Comunitario**. Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1997.

Alonso García, Ricardo. **Sistema Jurídico de la Unión Europea**. Ed. Thomson, Civitas. Pamplona, 2007.

Barriga López, Leonardo. **Compendio Integración y Mercados Económicos**; Editorial Pedro Jorge Vera, Quito – Ecuador, 2001.

Bazoberry Q. Antonio, Proyecto Corredor Fluvial Boliviano Mutùn-Atlàntico, primera edición 2011, Plural editores, Bolivia.

Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® © 1993-2002 Microsoft Corporation, 2003.

Bueno Martínez, Patricio. **Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario**, Tema 'Sistema de resolución de conflictos y

órganos jurisdiccionales', 1ra. Edición, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito – Ecuador, 1997.

Chahín Lizcano, Guillermo. **Comercio Exterior**, 2da. Edición, Editorial Linotipia Bolívar, Santafé de Bogotá – Colombia, 1998.

Covey Stephen R. **El Octavo Hábito**. Paidós Empresa. Ed. Planeta, Colombia-Bogotá, primera reimpresión, abril, 2005.

Derecho Comunitario Andino, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) Fondo Editorial, Perú, 2003.

Derecho Subregional Andino, Jornada sobre. Universidad de Margarita. Colección Eventos. Octubre, 2003.

Diccionario Espasa, 2001, edición electrónica en CD.

Dieter Borchardt, Klaus. **El ABC del Derecho Comunitario**. EuroLex, 2003 en: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/about/abc/index.html>, 2003.

Drucker, Peter. **Sociedad Post Capitalista**, Editorial Norma, Bogotá – Colombia, 1994.

Ekmekdjian, Miguel Angel. **Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano**, 2da. Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1996.

E. García de Enterría, J.D. Gonzáles Campos y S. Muñoz Machado. **Tratado de Derecho Comunitario Europeo**, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid – España, 1986.

Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel. **El Proceso Judicial Comunitario**, Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 1996.

Guy, Isaac.; **Manual de Derecho Comunitario General**, 1ra. Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona – España, 1985.

Hammer Michael & James Champy, **Reingeniería**, Editorial Norma, Barcelona, 1994.

Hay Edward, **Justo a Tiempo**, Traducción Margarita Cárdenas, Editorial Norma – Impreso en Colombia.

Janer Torrens, Joan David. **La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos Nacionales por Infracción del Derecho Comunitario**, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

Kaune Arteaga, Walter. **Reforma y Modernización del Estado**, 2da. Edición, Editorial Temis, La Paz – Bolivia, 1996.

Kaune Arteaga Walter. **Tesis: “Fundamentos estratégicos y geopolíticos que viabilizan el Proyecto El Bala”**, publicada en el periódico El Diario (sección Magazine), La Paz – Bolivia, domingo 11 de octubre de 1998.

Kaune Arteaga Walter **Teoría General de los Contratos**. Revisada, ampliada y actualizada, con base a doctrina especializada en la materia, y respaldada con casos de jurisprudencia Séptima edición en homenaje a los 30 años de su primera edición y a los cincuenta de vida profesional de abogado del autor. La Paz, noviembre de 2011.- LARAZÓN Diseño Editorial: Vanessa Montalvo F.

Laso Pérez, Javier. **Cooperación Leal en el Ordenamiento Comunitario**. Ed. Colex, Madrid, 2000.

- Lotario Vilaboy, Lois. **Derecho Procesal Comunitario**, Tema 1 'El sistema jurisdiccional comunitario', 1ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 2001.
- Loewenstein Karl, **Teoría de la Constitución**, Editorial Ariel Barcelona- Caracas México
- Molina del Pozo, Carlos Francisco. **Manual de Derecho de la Comunidad Europea**, 4ta. Edición, Editorial Difusa, Madrid – España, 2002.
- Moscoso Delgado, Jaime. **Introducción al Derecho**, Tercera Edición, Librería Editorial “Juventud” La Paz-Bolivia, 1977.
- Pico Mantilla Galo **Tratados y Convenios de la Integración**. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Impreso en el Ecuador. Artes Gráficas Señal. Impreseñal Cia. Ltda. Isla Seymour 391 Quito.
- Pizzolo Calogero, **Globalización e Integración**, Ensayo de una Teoría General, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2002.
- Ramírez Jiménez, Nelson. **Las 3 caras de la Diosa Themis, Excesiva Onerosidad, Temas del Derecho Contractual**, bajo la Dirección de Manuel de La Puente y Lavalle y Jorge Muñiz Ziches – Cultura Cusco S.A. Editores.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos. **La Experiencia Europea en la aplicación judicial del Derecho Comunitario**, libro: La Integración del Derecho Comunitario y el Pacto Andino- Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre 1997.
- Ruiz Diaz Labrano, Roberto. **MERCOSUR, Integración y Derecho**, Intercontinental Editora, Buenos Aires, 1998.

Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso. **Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario, Modelos Europeos y Americanos.** Santafé de Bogotá abril 24, 25 y 26 de 1995, Primera Edición, Impresión Artes Gráficas Señal, Impreseñal Ltda., Quito-Ecuador.

Salgado Espinoza Oswaldo, **EL ABC del Derecho para la Integración,** Primera edición Octubre de 2010, impreso en Cuenca- Ecuador, Impresión Gráficas Hernández, Tomo 1,

Sánchez Rodríguez, Ignacio. **Tratado de Derecho Comunitario Europeo,** Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid – España, 1986.

Sobrino Heredia, José Manuel. **Integración y Supranacionalidad – Soberanía y Derecho Comunitario en los países andinos,** Secretaria General de la Comunidad Andina y Programa de cooperación andina a Bolivia /PCAB. Lima – Perú, 2001.

Tamames, Ramón. **Un nuevo orden mundial,** 3ra. Edición, Editorial Espasa-Calpe, Madrid – España, 1992.

Tangarife Torres, Marcel. **Derecho de la integración en la comunidad andina,** 1ra. Edición, Editorial Raisbeck Lara, Rodríguez y Rueda Baker &MacKenzie, Bogotá – Colombia, 2002.

Toffler, Alvin. **El cambio del poder;** Editorial Plaza & Janes S.A., Barcelona – España, 1991.

Troconis Villarreal, Moisés. **Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica,** Tribunal Supremo de Justicia Serie Eventos N° 3, Caracas – Venezuela, 2001.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. **Testimonio Comunitario**, Doctrina-Legislación-Jurisprudencia, Quito, agosto 2004.

Uribe Restrepo, Fernando. **La interpretación prejudicial en el Derecho Andino**, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito – Ecuador, 1993.

Vergara Blanco Alejandro, en la **Presentación y Notas a la Traducción del Libro LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA, Emilio Betti**. Prólogo de Guiliano Grifo. Compilación y Traducción de Alejandro Vergara Blanco. Legal Publishing. Santiago. Chile 2009.

Von Ihering, Rudolf. **La Lucha por el Derecho**.

Zelada Castedo, Alberto. **Derecho de la Integración Económica Regional**, Banco Interamericano de Desarrollo – Instituto para la Integración de América Latina BID-INTAL, Buenos Aires – Argentina, 1989.

WEBGRAFIA

- Decisión 563, Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)
<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D563.htm>
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,
<http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>
- Decisión 500 – Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,
<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D500.htm>
- Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,
http://www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=54:reglamento-interno-del-tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina&catid=37:normativa
- Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales,
http://www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/interpretacionprejudicial_2.htm
- DECISION No 623 - Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento,
<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Decisiones/Dec623.doc> Portal de la Secretaria General de la Comunidad Andina

- MERCOSUR – Tratado para Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/archivos/destacado1_es.doc
- Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR - Protocolo de Ouro Preto, http://www.mercosur.int/innovaportal/file/655/1/CMC_1994_PROTOCOLO%20OURO%20PRETO_ES.pdf
- Protocolo de Olivos, para la solución de controversias en el MERCOSUR, http://www.tprmercosur.org/es/docum/Protocolo_de_Olivos_es.pdf
- Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas – UNASUR, http://www.comunidadandina.org/unasur/tratado_constitutivo.htm

CURSOS

Navarrete Barrero, Olga Inés. En el Curso de Especialización Superior en Integración Andina, llevado a cabo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, el 17 de julio de 2007, patrocinado por el Parlamento Andino.

JURISPRUDENCIA

Auto en el Proceso 75-AI-2001, de 29 de enero de 2003, publicado en la G.O.A.C. N°. 895, de 11 de febrero de 2003, caso: César Moyano Bonilla.

Proceso 52-AI-2002, de 27 de agosto de 2003, publicado en la G.O.A.C. N°. 990, de 1 de octubre de 2003, caso: Violación al principio de Trato Nacional. Secretaría General c/ República Bolivariana de Venezuela)

Proceso 118-AI-2003, de 14 de abril de 2005, publicado en la G.O.A.C. N°. 1206, de 13 de junio de 2005, caso: restricciones al comercio de arroz. Secretaría General c/ República de Colombia.

Proceso 136-AI-2004, de 8 de septiembre de 2005, publicado en la G.O.A.C. N°. 1265, de 22 de noviembre de 2005, caso: exigencia de una 'autorización previa' o 'licencia de

importación', adicional a los procedimientos de control permitidos por el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, para la lista de los productos identificados en la Resolución 183 del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones COMEXI. Secretaría General c/ República del Ecuador.

Proceso 117-AI-2003, de 5 de noviembre de 2004, publicado en la G.O.A.C. N° 1156, de 10 de enero de 2005, caso: restricción al comercio intrasubregional, representada por la exigencia de licencias previas para la importación de determinados productos de la cadena de las oleaginosas. Secretaría General c/ República del Ecuador.

Proceso 117-AI-2003, haciendo referencia al Proceso N°. 06-IP-93, de 17 de febrero de 1994, publicado en la G.O.A.C. N°. 150, de 25 de marzo de 1994.

Proceso 16-IP-2005, publicado en la G.O.A.C. N°. 1218, de 13 de julio de 2005, caso EXPRESO INTERNACIONAL ORMEÑO S.A.

SITIOS WEB

- ALADI, 2003 en: <http://www.aladi.org>
- CEPAL, 2004 en: <http://www.cepal.org>
- Comunidad Andina, 2003 en: <http://www.comunidadandina.org>
- MERCOSUR, 2003 en: <http://www.mercosur.org.uy>
- Unión Europea, 2003 en: <http://www.uit.org>
- <http://www.derechoteca.com.com/libros-bolivia/reforma-y-modernizacion-del-estado-enero-2006/walter-kaune-arteaga>
- www.significados.com/economía/

El concepto de economía engloba la noción de cómo las sociedades utilizan los recursos "escasos" para producir bienes con valor y cómo se hace la distribución de los bienes entre los individuos.

La economía observa el comportamiento humano como resultado de la relación entre las necesidades humanas y los recursos disponibles para satisfacer esas

necesidades.

La ciencia de la economía trata de explicar el funcionamiento de los sistemas económicos y las relaciones con los agentes económicos (empresas o particulares), reflexionando sobre los problemas existentes y proponiendo soluciones.

La microeconomía y la macroeconomía son las dos principales ramas de la economía. La microeconomía estudia las diversas formas de comportamiento en las decisiones individuales de los agentes económicos (empresas, empleados y consumidores), mientras que la macroeconomía analiza los procesos microeconómicos observando una economía en su conjunto y con variables agregadas (producción total, tasas de inflación, desempleo, salarios, etc.).

convergencia (konber'xenθja)

sustantivo femenino

1. confluencia lugar o [punto](#) en que convergen dos cosas *convergencia de varias calles en una glorieta*

2. unión confluencia de varias ideas o tendencias sociales, económicas o culturales *Los países buscaban convergencia económica.*

Copyright © 2013 [K Dictionaries Ltd.](#)

[articular - Real Academia Española. Diccionario Usual.](#)
buscon.rae.es/drae/srv/search?val=articular

○
○

articular². (Del lat. articulāre, de articūlus, juntura). 1. tr. Unir dos o más piezas de modo que mantengan entre sí alguna libertad de movimiento. U. t. c. prnl. 2. tr.

complementariedad

Concepto: El principio de complementariedad está íntimamente relacionado con el vector cooperación, y alude al hecho de que **los diversos roles deben ser complementarios entre sí para que los miembros puedan cooperar en la realización de una misma tarea.** Así como complementariedad tiene relación con cooperación, complementariedad tiene relación con la competencia: "cuando aparece la complementariedad, invade al grupo una situación de competencia que esteriliza la tarea" (159)www.tupsin.com/glosario/complementariedad