

El Derecho andino: una sistematización jurídica para la supervivencia de la Comunidad Andina de Naciones

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas relaciones entre los Estados europeos que se concibieron a través de los procesos de integración económica abiertos en los años cincuenta han generado mucho más que simples conjuntos normativos: consolidaron ordenamientos jurídicos propios que llegaron a confundirse con los ordenamientos nacionales y con el ordenamiento internacional. Como nos lo recuerda Liñán Nogueras, la pretensión de entender el Derecho como un conjunto de normas individualizadas fue reevaluada por la Teoría General, exigiendo su comprensión desde la noción de ordenamiento jurídico. Apoyado en Bobbio, precisa que «una determinada norma es eficaz por una compleja organización que determina la naturaleza y entidad de las sanciones, las personas que deben aplicarlas y su ejecución».¹

Esta compleja organización, inherente al derecho de la integración, o mejor dicho, al ordenamiento de la integración «cuyo estadio más avanzado de evolución lo constituye el Derecho Comunitario» se evidencia en las respectivas regiones y subregiones donde se dieron esquemas de integración económica. Los ordenamientos de la integración se engendran mediante tratados constitutivos y van sufriendo un largo y trabajoso proceso de desarrollo y consolidación, mediante la práctica institucional, la jurisprudencia y la doctrina.

2. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO ANDINO

Las Comunidades Europeas, pioneras y vanguardistas en esta ordenación y su desarrollo progresivo, se han convertido en un referente ineludible a la hora de desarrollar, consolidar y evaluar otros ordenamientos jurídicos de la integración. Referente al que no ha escapado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de

¹ Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Nogueras: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (5ª ed.), Tecnos, Madrid, 2005, p. 332.

Naciones [en adelante, CAN] cuando destacó los elementos estructurales que configuran el Derecho de la integración andina como un auténtico Derecho comunitario y a la CAN como una comunidad de Derecho.²

En sus dos primeras actuaciones del 10 de junio de 1987, dentro de las acciones de nulidad interpuestas por la República de Colombia contra las Resoluciones 252 y 253 de la Junta, el Tribunal empezó ya a precisar que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena

«Regula las relaciones de sus integrantes y todo el proceso de la integración en el Pacto Andino, y que es una manifestación de la soberanía conjunta y compartida de los Países Miembros, por lo que no puede ser desconocido y tampoco alterado por ninguno de ellos, mucho menos por sus órganos de gobierno».³

Sin embargo, coincidiendo con Quindimil,⁴ no es hasta su segundo pronunciamiento cuando el Tribunal de Justicia hace una importantísima contribución al desarrollo y consolidación del Derecho Comunitario Andino, al establecer el carácter imperativo y obligatorio del ordenamiento jurídico andino, extensivo a todos los sujetos (personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o comunitarias, sin excepción), y cuando utiliza la expresión «Comunidad de Derecho» para referirse al entramado jurídico institucional del Acuerdo de Cartagena

«el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los países miembros, y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de derecho cual es la constituida en el Pacto Andino».⁵

Esta sentencia, que a nuestro juicio no ha sido lo suficientemente destacada por la doctrina, nos recuerda a dos de los fallos más relevantes y más citados del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Nos referimos a las sentencias *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963 y *Costa c. ENEL* de 15 de julio de 1964, donde también se califica al Derecho Comunitario, no como un mero agregado de normas, sino como un ordenamiento jurídico propio.

De esta manera, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha venido particularizando en forma paulatina su análisis de los elementos y aspectos que integran y caracterizan el Derecho Comunitario Andino, partiendo de su sistema de fuentes originarias y derivadas.

² Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 169-170.

³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 01-AN-86.

⁴ Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., p. 171.

⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 02-AN-86.

La pluralidad de significados que se le da al concepto de «fuentes del derecho» implica introducirse en una de las más profundas y complejas discusiones de la ciencia jurídica. Este concepto, surgido en el seno del Estado, resulta no solo controvertido en este ámbito, sino incluso inconveniente en los ámbitos internacional y/o comunitarios.⁶ Por lo antedicho, escapando al debate y teniendo en cuenta la reiterada recurrencia del concepto en la doctrina y jurisprudencia andina, consideraremos para nuestro estudio como sistema de fuentes a aquellos métodos o formas particularizadas por las que un orden jurídico crea sus propias normas, permitiéndonos identificar las normas que lo componen, así como los mecanismos de interpretación y aplicación.⁷

En palabras de Viana, el ordenamiento andino es pleno porque supone un sistema integral y originario de elaboración de normas, y a su vez, es autónomo, porque está soportado en una organización independiente y eficaz.⁸

Con base en un estudio anterior, de acuerdo con la doctrina y el criterio del Tribunal de Justicia, desarrollaremos las fuentes del ordenamiento andino que se clasifican en fuentes normativas directas, fuentes normativas indirectas, y fuentes no normativas. Entre las primeras se referirán el Derecho primario conformado por el Acuerdo de Cartagena y tratados constitutivos o protocolos modificatorios y el Derecho derivado integrado por las decisiones, resoluciones y convenios de complementación industrial. En relación con las normativas indirectas, señalar que excepcionalmente la normativa nacional es fuente en tanto que verse sobre asuntos no regulados por la Comunidad, y de la misma manera el Derecho internacional. Como fuentes no normativas mencionaremos a la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del Derecho.⁹

⁶ En el Derecho Internacional Público el monopolio del consentimiento del Estado en la formación de normas descarta la utilidad del concepto de fuentes, más cuando este orden jurídico carece de una norma estructuradora de producción y jerarquización normativa, aunque muchos aún insisten en que el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia es ambas cosas, olvidando que se trata de una norma que rige las competencias de la Corte Internacional de Justicia en la aplicación del Derecho internacional. En materia comunitaria, el concepto de fuentes merecería calificarse como un sistema de normas y actos jurídicos. Véase al respecto las argumentaciones del profesor Liñán al referirse al sistema de normas y actos en la Unión Europea en: Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Nogueras: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 333-334.

⁷ Gregorio Garzón Clariana: «Las fuentes del Derecho comunitario», en Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego Liñán Nogueras (dirs.): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas / Consejo General del Poder Judicial / Universidad de Granada, Madrid 1993, p. 23.

⁸ Andrée. Viana Garcés: «Sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina», *Foro constitucional iberoamericano* n° 10 (2005), p. 82.

⁹ Véase Eric Tremolada: *El Derecho andino en Colombia*, Universidad Externado de Colombia (Col. Pretextos n° 31), Bogotá, 2006, pp. 36-73.

2.1 Derecho primario u originario

Cuando aludimos al Acuerdo de Cartagena inferimos que estamos frente a una norma fundamental y completa. Por el contrario, este tratado

«...adolesce de la ausencia de regulación de aspectos nucleares tales como el sistema de fuentes, su contenido y alcance jurídico, los principios esenciales del Derecho comunitario andino o el régimen jurídico del sistema competencial andino. No obstante, en buena medida la aprobación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en 1979 vino a paliar este déficit del Acuerdo de Cartagena, lo que le ha convertido en la otra segunda norma fundamental de la CAN.»¹⁰

Por lo anterior, es el art. 1º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el que establece que el «ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

- 1.– El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- 2.– El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- 3.– Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- 4.– Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
- 5.– 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.»

Así, el artículo citado establece las categorías normativas del ordenamiento jurídico andino que se compone, principalmente, de dos tipos de normas jurídicas: las denominadas originarias, primarias o constitucionales, contenidas en el Tratado Constitutivo del Acuerdo de Cartagena, protocolos modificatorios e instrumentos adicionales y Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y su protocolo modificatorio de Cochabamba; y las llamadas derivadas o secundarias, que son las contenidas en las decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, en las resoluciones de la Secretaría General y en los Convenios de complementación industrial.

Por su parte, el Tribunal señala que existe una relación de subordinación del Derecho derivado con respecto al Derecho originario, cuando establece la jerarquización de este orden jurídico, al analizar el sistema de fuentes. En la solicitud de Interpretación Prejudicial, de los arts. 1, 2, 4, 6 y 7 de la Decisión 344 y 2 y 3 de la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en relación con el art. 1.3 del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, presentada por la Corte Constitucional de la República de Colombia, el 9 de diciembre de 1996, el Tribunal expresó que:

¹⁰ Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., p. 179.

«...En el tope de todo ordenamiento jurídico comunitario se ubican los tratados constitutivos del mismo, así como sus enmiendas consignadas en protocolos modificatorios. Así lo señalan taxativamente el artículo I, literales a) y b) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Ellos constituyen la base primigenia del derecho comunitario y entre los europeos se les denomina “Constitución Comunitaria”, señalando la naturaleza autónoma y la fuente primaria de Derecho, del cual derivan y a las cuales se somete el resto de las fuentes...”¹¹

Nótese que el Tribunal, al definir la fuente primaria del Derecho andino, alude a todo ordenamiento jurídico comunitario, refiriéndose expresamente al europeo, considerando al Acuerdo de Cartagena junto a su propio Tratado de Creación como el conjunto de normas fundamentales a las que todas las demás están sujetas. No obstante, intentar reforzar su analogía con las previsiones contenidas en los literales a) y b) del art. I de su Tratado de Creación, a nuestro juicio, es una interpretación que va más allá de la buena fe, del sentido ordinario de su texto, de su contexto y de su objeto y fin, pero que se comprende por el significado útil que brinda la misma.¹²

El 12 de noviembre de 1999, con motivo de la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú, por incumplimiento de obligaciones emanadas de los arts. 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 38 de la Decisión 344 de la Comisión y de las resoluciones 079 y 106 de la Secretaría General, el Tribunal de Justicia no solo reiteró la anterior jurisprudencia, sino que enfatizó en que:

«...El ordenamiento jurídico primario está sujeto al principio de jerarquía normativa primando sobre cualquier otra norma comunitaria, ya sea de Derecho derivado o sobre los tratados que regulan las relaciones externas de la comunidad.»¹³

En este caso el Tribunal, ya no solo se está refiriendo a la sujeción de las normas derivadas al Acuerdo de Cartagena, protocolos modificatorios e instrumentos adicionales y al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y su protocolo modificadorio de Cochabamba; sino que también sujeta a éstas los Tratados Internacionales que suscriba la Comunidad Andina con los distintos sujetos del ordenamiento internacional.

En la misma sentencia, el Tribunal nos recuerda su responsabilidad en la jerarquización y salvaguarda del ordenamiento andino, al afirmar que:

«...La función de velar por el cumplimiento de la jerarquía normativa tanto del Acuerdo de Cartagena, como con respecto al ordenamiento legal de los Países Miembros y a las

¹¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 01-IP-96.

¹² Véase las reglas de interpretación de tratados internacionales en los arts. 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

¹³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 07-AI-99.

normas del derecho derivado, corresponde exclusivamente al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena al tenor del artículo 33 del Tratado del Tribunal...»¹⁴

El desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia y la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, no dejan lugar a duda respecto de la jerarquización del ordenamiento jurídico andino, donde el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ambos con sus respectivos protocolos modificatorios e instrumentos adicionales constituyen un primer nivel normativo al que las decisiones, resoluciones y convenios de complementación industrial están sometidos.

Por su parte y con el fin de regular el funcionamiento del Tribunal, así como el ejercicio de las acciones previstas en su Tratado de Creación, mediante la Decisión 500 del Consejo, se aprueba el estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, enfatizando en su art. 2, relativo a la naturaleza y características del ordenamiento jurídico andino, que

«...Las normas de derecho primario están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los Países Miembros en materia de integración comunitaria andina así como por sus protocolos adicionales y modificatorios...».¹⁵

Nos recuerda el Marcel Tangarife que el Tribunal de Justicia asigna dos características especiales al Acuerdo de Cartagena: primero, que se trata de un tratado marco sobre la base de que sus normas positivas no pueden abarcar el conjunto de temas que implica un proceso de integración; y segundo, que estamos frente a un tratado de naturaleza programática, toda vez que sus disposiciones determinan el fin y los objetivos del esquema integrador, así como las estrategias para el desarrollo de éstos. Esta naturaleza programática implica normas sustantivas y normas institucionales: las primeras constituyen obligaciones ineludibles que permiten trascender de la mera cooperación, y las segundas definen la estructura orgánica de la Comunidad.¹⁶

En palabras del Tribunal de Justicia, dentro de la acción de nulidad fallada el 26 de febrero de 1998, interpuesta por la República de Venezuela contra las resoluciones 397, 398 y 438 así como contra el Dictamen de Incumplimiento n° 11-96, expedidos por la Junta del Acuerdo de Cartagena y referentes a la prohibición de importación de café tostado procedente de Colombia, por parte del gobierno de Venezuela, a través del Ministerio de Comercio Exterior, señala que

«El Acuerdo Subregional Andino es un Tratado marco en el que sus normas positivas no pueden abarcar todo el complejo panorama y desarrollo progresivo que experimenta un

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Decisión 500 del 22.06.2001.

¹⁶ Marcel Tangarife Torres: *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Baker & McKenzie, Bogotá, 2002, p. 179.

proceso de integración. El Acuerdo formula los objetivos o metas que persigue una comunidad y los principios que deben aplicar las instituciones...». ¹⁷

La técnica jurídica utilizada en la redacción de las cláusulas materiales de un tratado es lo que le permite al un sector de la doctrina a distinguir entre los dos tratados especializados: «tratados leyes» que contienen en si mismos una codificación completa y detallada del régimen aplicable, es decir una verdadera legislación dejando a las instituciones solo la posibilidad de ejecución, frente a los «tratados marco», que se limitan a formular los objetivos a alcanzar y los principios que deben practicar las instituciones. Sin embargo, esta distinción no es absoluta, y existe la posibilidad que un clausulado aplique tanto la técnica del tratado ley como la del tratado marco. El extinto Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero cabe en la Categoría de tratado ley, mientras el de Comunidad Europea sería un tratado marco y el Tratado EURATOM ocuparía un lugar en ambas categorías. ¹⁸ Evidentemente, el Tribunal Andino se guió por esta técnica al señalar que el Acuerdo de Cartagena es un tratado marco:

«...Así, en él se han fijado las normas programáticas que determinan su fin y objetivos, como las estrategias para el desarrollo contempladas en los programas de desarrollo Industrial, de Liberación Comercial, de Desarrollo Agropecuario, el Arancel Externo Común, etc. [...] El doctor Francisco Villagrán Kramer, experto contratado para los estudios previos a la presentación de las bases para la creación del Tribunal Andino, por parte de la Junta ("Sistematización de la estructura jurídica del Acuerdo de Cartagena", *Derecho de la Integración*, n° 12, pp. 17 y ss), afirma que dentro de una clasificación doctrinaria de las normas que contiene el Acuerdo de Cartagena, puede hablarse de las normas programáticas que encarnan los propósitos de las partes contratantes y la acción de los Estados y de los Órganos del Acuerdo dentro de sus propios límites; estas normas revestidas con carácter obligatorio requieren en un momento dado de desarrollo a través de los mecanismos institucionales establecidos» ¹⁹

En la citada sentencia del 12 de noviembre de 1999, dentro de la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú, por incumplimiento de obligaciones emanadas de los arts. 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y 38 de la Decisión 344 de la Comisión y de las resoluciones 079 y 106 de la Secretaría General, el Tribunal de Justicia, con base en las características de un orden comunitario, hace énfasis en los objetivos a alcanzar y los principios que deben practicar las instituciones:

«...Puede afirmarse que es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladoras transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional. De esta manera a los tratados constitutivos -derecho primario- se suma el acervo legal

¹⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 01-AN-97.

¹⁸ Guy Isaac: *Manual de Derecho comunitario general* (5ª ed.), Ariel, Barcelona, 2000, p. 181.

¹⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 01-AN-97.

expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional –derecho derivado– regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, éstos han resuelto soberanamente transferirlas como una competencia de atribución a dichos órganos...»²⁰

2.2 Derecho secundario o derivado

La actividad normativa y administrativa de los órganos e instituciones del sistema de integración nos permitirá alcanzar los fines y objetivos previstos en aquellos tratados programáticos que conforman el Derecho originario.

El Derecho secundario o derivado será por tanto un fruto de los poderes normativos que han sido atribuidos en forma explícita por los Estados en los tratados constitutivos, o que sin previsión constitutiva, con base en la denominada teoría de los poderes implícitos, se fundamentan en el conjunto del sistema como medio para el desarrollo y la consecución de los fines de la integración.²¹ En todo caso, se trata de un conjunto de modos de instrumentación jurídica con fundamento en las normas constitutivas.²²

Dentro de la acción de nulidad ya citada del 26 de febrero de 1998, interpuesta por la República de Venezuela contra las resoluciones 397, 398 y 438 así como contra el Dictamen de Incumplimiento n° 11-96, expedidos por la Junta del Acuerdo de Cartagena y referentes a la prohibición de importación de café tostado procedente de Colombia, por parte del gobierno de Venezuela, a través del Ministerio de Comercio Exterior, el Tribunal se refirió a este nivel normativo como un conjunto legislativo que facilita la implementación y la ejecución de las normas originarias:

«...El desarrollo de los diferentes programas que como principios u objetivos generales se fijan en el Acuerdo, requiere en muchos casos de implementación posterior o de normas de ejecución del Acuerdo para que puedan hacerse efectivas dentro de los Países Miembros. Esas normas que deben sujetarse a los tratados que representan la cima de la pirámide legal, forman el derecho derivado o secundario, cuya elaboración legislativa ha sido atribuida a la Comisión de la Comunidad Andina, la que antes de la Ratificación del Protocolo de Trujillo suscrito el 10 de marzo de 1996 mantenía la "capacidad legislativa exclusiva sobre materias de su competencia" (artículo 6 de la Decisión 236) y ahora la comparte con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores con facultad de expedir Decisiones que forman "parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" (artículo 17 del Acuerdo reformado, Decisión 406, Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 273 de 4 de julio de 1997).»²³

²⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 07-AI-99.

²¹ Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., p. 181.

²² Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Nogueras: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 335.

²³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 01-AN-97.

El Tribunal está haciendo referencia a una competencia normativa que denomina legislativa, con fundamento en los tratados constitutivos. La doctrina recurrentemente usa el término «legislativo» para referirse a las normas derivadas de la actividad institucional. En palabras del profesor Liñán,²⁴ «se acepta en el sentido, tal vez impropio pero expresivo, de contener los elementos formales característicos de la actividad legislativa en el interior de un Estado», mientras que autores como Isaac hablan de un «Derecho legislado» para referirse al cuerpo de normas segregado por la misma Comunidad.²⁵ En todo caso, este Derecho derivado es fruto de la cesión de competencias propias de los Estados a unos centros de poder comunitario autónomos como el Consejo y la Comisión, tal como lo expresa el Tribunal Andino en la sentencia que venimos comentando:

«...b. Derecho derivado. Puede afirmarse que es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladores transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional. De esta manera a los tratados constitutivos –derecho primario– se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional –derecho derivado– regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, éstos han resuelto soberanamente transferirlas como una “competencia de atribución a dichos órganos”...»

²⁶

Con fundamento en las jurisprudencias analizadas y de conformidad con el art. 1º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que establece la composición del ordenamiento jurídico de la Comunidad, sin referirnos al Derecho originario, podemos señalar las categorías de Derecho derivado:

«Artículo I. El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

[...]

- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
- e) 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.»

Como veremos con mayor detenimiento, estas categorías de Derecho derivado que están sometidas al Derecho constitutivo, conforman dos niveles normativos, un segundo nivel compuesto por las Decisiones que adoptan el

²⁴ Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Nogueras: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 359.

²⁵ Guy Isaac: *Manual de Derecho comunitario general*, cit., p. 185.

²⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 01-AN-97.

Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores por consenso o la Comisión por mayoría absoluta y por las resoluciones de la Secretaría General que desarrollan directamente previsiones del Acuerdo de Cartagena, como aquellas que restringen y gravan el comercio o las que autorizan salvaguardias.

Asimismo, dentro de este ordenamiento vertical existe un tercer y último nivel normativo, donde encontramos dos categorías normativas: las demás resoluciones de la Secretaría General y los denominados convenios de complementación en el sector industrial.²⁷

Estamos pues frente a una estructura vertical con tres niveles normativos y dentro de estos no hay diferenciación jerárquica entre sus modalidades. Tal como aún sucede en el ordenamiento europeo, donde da igual en términos jerárquicos utilizar Reglamentos o Directivas. El nonato Tratado que instituía una Constitución para Europa, como advirtió en su momento Molina del Pozo, quiso jerarquizar los Reglamentos denominándolos «Ley europea» sobre las Directivas que se iban a llamar «Ley Marco europea».²⁸

2.2.1 Las Decisiones andinas

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, como órgano de dirección política, vela por alcanzar los objetivos del proceso e intenta consolidarlos en el marco de los intereses estatales. Ésta es una competencia general que no riñe con la integración y que determina que tanto sus declaraciones como sus decisiones sean adoptadas por consenso.

Así, los instrumentos normativos con los que cuenta este Consejo de Ministros para ejecutar las funciones que le asigna el Acuerdo de Cartagena y su Reglamento contenido en la Decisión 407, serán las Declaraciones y Decisiones, éstas últimas en mayor medida por causa de su contenido jurídico obligatorio.

En este sentido, el Tribunal de Justicia, en la ya recurrentemente citada acción de nulidad, expresó:

«Esas normas que deben sujetarse a los tratados que representan la cima de la pirámide legal, forman el derecho derivado o secundario, cuya elaboración legislativa ha sido atribuida a la Comisión de la Comunidad Andina, la que antes de la Ratificación del Protocolo de Trujillo suscrito el 10 de marzo de 1996 mantenía la “capacidad legislativa exclusiva sobre materias de su competencia” (artículo 6 de la Decisión 236) y ahora la comparte con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores con facultad de expedir Decisiones que forman “parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” (artículo 17 del Acuerdo reformado, Decisión 406, Codificación del Acuerdo de

²⁷ Marcel Tangarife Torres: *Derecho de la Integración...*, cit., p. 182.

²⁸ Carlos Francisco Molina del Pozo: «Los actos normativos derivados de las competencias establecidas en el Tratado Constitucional de la Unión Europea», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares* (2004-2005), pp. 125-173.

Integración Subregional Andino, publicada en la Gaceta Oficial n° 273 de 4 de julio de 1997)...»²⁹

Por su parte, la Comisión, de conformidad con los literales a) del art. 22 del Acuerdo de Cartagena y a) del art. 11 de su Reglamento contenido en la Decisión 471, tiene un marco de acción normativa limitado al ámbito del comercio y de las inversiones.

No obstante, en materia de relaciones exteriores, la Comisión comparte con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores capacidad normativa: nos referimos a las Decisiones que han aprobado y aprobarán tratados internacionales suscritos por la Comunidad Andina con otros sujetos internacionales.

Además, con el fin de facilitar el conocimiento, difusión y aplicación de las normas fundamentales que rigen la integración subregional –el Derecho primario y, específicamente, los Protocolos Modificatorios–, le encomendaron a la Comisión, que al finalizar la fase de revisión de los tratados constitutivos los codificará a través de sus Decisiones.³⁰ Ejemplos representativos en este sentido son las Decisiones 406 y 472 de la Comisión que codifican el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por mandato del Protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996 y del Protocolo de Cochabamba de 28 de mayo de 1996, respectivamente.³¹

El Tribunal de Justicia, dentro de la misma acción de nulidad, señaló:

«El mecanismo normativo de la Comisión, más generalizado es a través de los actos unilaterales en el sentido de que es el Órgano y no los Estados, mediante otro tipo de acto, el que los adopta, emite y determina las formas de cumplimiento e incluso, en ciertos casos, los plazos para el efecto [...]

Las Decisiones de la Comisión no crean en ningún momento una norma equivalente a las contempladas en el Acuerdo de Cartagena, sino que en virtud de sus facultades y competencias analizadas anteriormente desarrollan las normas primarias preestablecidas; este Derecho creado tiene carácter secundario o derivado del Derecho constitucional contenido en el Acuerdo y en tal virtud la jerarquía jurídica de aquel es inferior. El Acuerdo de Cartagena, conforme a los criterios antes expuestos, confirió a la Comisión no sólo competencias de orden ejecutivo sino igualmente normativas.»³²

Para precisar el alcance normativo de las Decisiones Andinas, nos auxiliaremos del análisis comparado que hace el profesor Quindimil en esta materia, quien identifica en las Decisiones del Consejo Andino de Ministros y de la Comisión realidades normativas diferentes con distinto alcance jurídico,

²⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 01-AN-97.

³⁰ Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., pp. 186-187.

³¹ Decisiones de la Comisión 406 del 25 de junio de 1997 y 472 del 16 de septiembre de 1999.

³² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 01-AN-97.

catalogándolas por tanto como normas jurídicas polivalentes en cuanto a sus destinatarios, a su contenido, y a los ámbitos en que son dictadas.³³

En cuanto a las distintas posibilidades de destinatarios que tienen las Decisiones andinas, podemos encontrar las dirigidas a todos o algunos de los Estados miembros, a algún órgano o institución de la Comunidad e incluso las destinadas a particulares.

Dentro de las primeras, se encuentra el grueso de la producción normativa andina y existe multiplicidad de ejemplos, como la Decisión 503 sobre reconocimiento de documentos nacionales de identificación; la Decisión 603 sobre la participación de la República Bolivariana de Venezuela en la Decisión anterior;³⁴ la Decisión 542 que establece que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores conducirá y aprobará las negociaciones para la suscripción del nuevo Acuerdo de Diálogo Político y de Cooperación entre la Comunidad Andina y la Unión Europea, que constituye un buen ejemplo normativo dirigido a un órgano o institución comunitaria;³⁵ o –ya en materia de inversiones– varias normativas dirigidas a los particulares como la Decisión 292 que establece un Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas.³⁶

Ahora bien, las Decisiones por su carácter regulador obedecen a objetivos muy diversos. Así, atendiendo a su contenido o finalidad podríamos clasificarlas en normativas o legislativas, ejecutivas y administrativas.³⁷

- Decisiones normativas legislativas son aquellas que regulan de forma general algún aspecto del proceso de integración, supliendo en la órbita nacional la respectiva materia. Ejemplos de estas Decisiones, entre otras, son los regímenes comunes sobre derechos de autor y derechos conexos, sobre acceso a los recursos genéticos y sobre propiedad industrial, contenidos respectivamente en las Decisiones 351, 391 y 486 de la Comisión.³⁸
- Decisiones ejecutivas son las que constituyen para los Estados miembros medidas de cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo de Cartagena, como la Armonización de Franquicias Arancelarias, la creación del Arancel Externo Común y el establecimiento de Normas Especiales para la

³³ Véase Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., pp. 190-200.

³⁴ Véase, entre otras, la Decisión 503 del 22 de junio de 2001 y la Decisión 603 del 6 de diciembre de 2004, ambas del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

³⁵ Véase, entre otras, la Decisión 542 del 11 de marzo de 2003 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

³⁶ Véase, entre otras, la Decisión 292 del 21 de marzo de 1991 de la Comisión.

³⁷ Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., p. 191.

³⁸ Véase: Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos contenido en la Decisión 351 del 17 de diciembre de 1993, Régimen Común sobre acceso a los Recursos Genéticos contenido en la Decisión 391 del 02 de julio de 1996 y Régimen Común sobre Propiedad Industrial en la Decisión 486 del 14 de septiembre de 2000.

Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías, dispuestos respectivamente en las Decisiones 282, 370 y 416 de la Comisión.³⁹

• Por último, aquellas regulaciones en materia de organización y funcionamiento de los organismos de la Comunidad, de alcance exclusivamente interno, serán las Decisiones administrativas. Ejemplos de estas normativas son los reglamentos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y el de la Secretaría General de la Comunidad expedidos por el Consejo Andino de Ministros y el reglamento de la Comisión establecido por ella misma.⁴⁰

Finalmente, conforme a los tratados constitutivos y a los reglamentos del Consejo Andino de Ministros y la Comisión las Decisiones andinas podrían clasificarse según el ámbito en el que son dictadas. Decisiones en materia de aduanas, arancel externo, libre competencia, programa de liberación, migraciones, política exterior común y política industrial entre otros muchos temas.⁴¹

Al rematar su análisis sobre la polivalencia normativa de las Decisiones andinas, el profesor Quindimil, demuestra cómo estas encajarían en las normas obligatorias básicas de la Unión Europea. Para ello empieza precisando que las Decisiones andinas de alcance general se equipararían a un Reglamento europeo que siempre es de alcance general, además de que ambas normas son directamente aplicables en el territorio de los Estados miembros. Es decir, la Decisión andina de carácter general, reúne las tres características de un Reglamento europeo previstas en el segundo párrafo del art. 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, esto es su alcance general, que es directamente aplicable y obligatoria en todos sus elementos.⁴²

De conformidad con los arts. 2 y 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las características de la Decisión coinciden con la norma europea, salvo en que la andina no menciona expresamente que sea obligatoria en todos sus elementos, aunque se puede inferir de la lectura de su texto.⁴³

³⁹ Véase: Armonización de Franquicias Arancelarias dispuesta en la Decisión 282 del 22 de marzo de 1991, el Arancel Externo Común establecido en la Decisión 370 del 26 de noviembre de 1994 y las Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías contenidas en la Decisión 416 del 30 de julio de 1997.

⁴⁰ Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Decisión 407 del 25 de junio de 1997; Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina, Decisión 409 del 25 de junio de 1997 y Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 471 del 12 de agosto de 1999.

⁴¹ A la fecha de terminación de este estudio la relación de los ámbitos temáticos ascendía a 54, en la que por cierto se puede navegar a través de la página Web de la Secretaría General de la Comunidad Andina, normativa andina, decisiones por temas, en <http://www.comunidadandina.org/normativa.htm>

⁴² Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Roma 25 de marzo de 1957, art. 249.

⁴³ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, arts. 2° y 3°.

Quindimil fundamenta su conclusión, a nuestro modo de ver de manera parcialmente equivocada, en que el Tribunal emplea el término Reglamento para referirse a una Decisión andina. En la Interpretación prejudicial de los arts. 5, literal c) y 85, inciso tercero, de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, el Tribunal precisa:

«...La Comisión del Acuerdo de Cartagena en su Décimo Tercer Período de Sesiones Extraordinarias celebrado en Lima del 27 de mayo al 5 de junio de 1974, aprobó por la Decisión 85 el “Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad Industrial”. Se daba cumplimiento, con demora es cierto, a una norma programática y a la vez imperativa contenida en el tratado constitutivo de la Comunidad Andina...»⁴⁴

En esta interpretación prejudicial, tal como lo preciso el mismo Tribunal de Justicia en el extracto citado, cada vez que se utilizó el término Reglamento lo hacía con referencia a la denominación que le dio la Comisión a la Decisión 85, que no era otra cosa distinta al primer Régimen Común sobre Propiedad Industrial que fue derogado primero por la Decisión 344 y esta posteriormente por la 486 hoy vigente. El legislador andino en ese entonces, mediante la Decisión 85 llamó a este régimen «Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad Industrial».

Por su parte, en la Interpretación prejudicial de los arts. 56, 58, 76, 77 y 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, el Tribunal expreso:

«...el reglamento sobre marcas contenido en la Decisión 85 corresponde a la categoría de las resoluciones que han sido llamadas *self-executing* y que se caracterizan por ser aplicables directamente y en términos de absoluta igualdad en todos los Estados Miembros...»⁴⁵

Es decir, se está refiriendo a la aplicabilidad de la Decisión, no a la denominación de ésta. Como tampoco lo hace cuando cita una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la que se refiere al principio del complemento indispensable que pueden hacer los Estados miembros de la Unión sobre sus Reglamentos tal como podrían hacerlos los de la Comunidad Andina sobre sus Decisiones, cuando estas normas no agotan la materia a la cual se refieren:

«...En relación con este tema merece citarse la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de febrero 11 de 1971 —Caso 39/70— en el cual se afirma que la aplicación uniforme de las normas comunitarias no permite que se expidan normas nacionales sobre el mismo asunto, a menos que éstas sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas [...]

⁴⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 01-IP-88.

⁴⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 02-IP-88.

En resumen —y de acuerdo con la doctrina contenida en el fallo citado y que resulta aplicable en el ordenamiento andino— los Reglamentos de la naturaleza del que se examina no siempre agotan la materia a la cual se refieren, por lo cual permiten, y aun exigen en ciertos casos, un complemento legislativo de parte del derecho interno...»⁴⁶

En otras palabras, indudablemente el Tribunal al hacer énfasis en las características de la Decisión andina evidencia analogías indiscutibles con el Reglamento europeo. Se trata sin duda de categorías normativas equivalentes, aunque no creemos que las denomine en determinadas circunstancias Reglamento para configurarlas como el acto normativo por excelencia de la Comunidad, toda vez que esto es evidente y por tanto absolutamente innecesario.

Ahora bien, cuando una Decisión andina no tiene alcance general, sino que se dirige a un individuo, a una empresa, a uno, a varios o a todos los Estados miembros reunirá las mismas características de una Decisión Europea, esto es «obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios».⁴⁷ Sin embargo, aunque ambos son actos individuales, la Decisión europea a diferencia de la andina no es un acto normativo.

2.2.2 Las Resoluciones de la Secretaría General

La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina que, a partir del 1 de agosto de 1997, asumió entre otras, las atribuciones técnicas de lo que fuera la Junta del Acuerdo de Cartagena. Cuenta con capacidad propositiva, toda vez que está facultada para formular propuestas de decisión al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión, así como iniciativas y sugerencias a la reunión ampliada del citado Consejo, para facilitar o acelerar el cumplimiento del Acuerdo de Cartagena.

La Secretaría General administra el proceso de integración subregional, resuelve asuntos sometidos a su consideración, vela por el cumplimiento de los compromisos comunitarios, mantiene vínculos permanentes con los países miembros y de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación.

Mediante sus Resoluciones produce Derecho derivado, en unos casos que hace parte del segundo nivel normativo como el contenido en las disposiciones que desarrollan directamente previsiones del Acuerdo de Cartagena, aquellas que restringen y gravan el comercio o las que autorizan salvaguardias; y en casos distintos expide otras resoluciones que, dentro de este ordenamiento

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Roma 25 de marzo de 1957, art. 249, párrafo cuarto.

jerarquizado, constituyen un tercer y último nivel normativo junto a los convenios de complementación en el sector industrial.⁴⁸

El Tribunal de Justicia, dentro de la tan referida acción de nulidad del 26 de febrero de 1998, expresó:

«...Entre las competencias exclusivas de la Junta que establece el Acuerdo, y de las cuales se origina un Derecho derivado de igual jerarquía que el de la Comisión, se encuentra la del artículo 43 (hoy 73), que en forma exclusiva y directa confiere a la Junta facultad para que “de oficio o a petición de parte” determine “en los casos en que sea necesario” si una medida adoptada unilateralmente por un País miembro constituye “gravamen” o “restricción”...»⁴⁹

El Tribunal, es enfático al precisar que las determinaciones de la Secretaría en materia de gravamen o restricciones son Derecho derivado del mismo nivel del que se produce con las Decisiones, al punto que:

«...No puede argüirse de puro Derecho que la existencia del registro de una medida fitosanitaria efectuada en desarrollo de una norma de Derecho secundario (Decisión 328) pudiera tener la virtualidad de desconocer o de limitar la atribución consagrada en un tratado internacional constitutivo de Derecho primario, para declarar cuándo se produce una restricción al comercio. La declaratoria de restricción al comercio, como toda norma jurídica con fuerza de ley material, debe cumplir con un propósito, en este caso el de asegurar que las libertades al comercio de mercancías entre los Países Miembros no se vulneren...»⁵⁰

Adicionalmente, para reforzar su línea argumentativa hace una analogía con el Derecho interno, en los siguientes términos:

«...La naturaleza de la función contenida en el artículo 43 (actual artículo 73) y su derivación constitucional la asimilan a lo que en el derecho público interno se conoce como los “reglamentos constitucionales” que no pueden tener limitación distinta de la originada en la propia facultad otorgada por el constituyente, en este caso el legislador primario andino. En este sentido podría mencionarse que estamos en presencia de una facultad discrecional o al menos “no reglada” del órgano de administración comunitaria. En la facultad o poder discrecional, dice la doctrina, el administrador tiene iniciativa propia para utilizarla, quedando en cabeza del funcionario administrativo la facultad de determinar la oportunidad de la medida. Su razonamiento debe estar orientado por la correspondencia entre los supuestos de hecho que se le presentan a su consideración y la atribución legal a él conferida. (Jaime Vidal Perdomo: *Derecho Administrativo*, Editorial Temis, X Edición, 1994, pp. 312 y ss.)...»⁵¹

Finalmente el Tribunal Andino, señala que las determinaciones de la Secretaría en materia de gravamen o restricciones no solo implican un

⁴⁸ Véase Marcel Tangarife Torres: *Derecho de la Integración...*, cit., pp. 182 y 183.

⁴⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 01-AN-97.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

acatamiento fruto del acto mismo sino de la fuerza que le confiere las obligaciones contenidas en los tratados constitutivos:

«...El carácter obligatorio del acto administrativo contenido en la Resolución 397, que señalaba como restricción al comercio la prohibición de importación de café tostado de Colombia por razones de broca de café y la denegación de los permisos fitosanitarios de importación respectivos, creó por sí mismo, sin necesidad de apoyo en otra actuación administrativa la obligación de acatamiento derivado no solamente de su contenido intrínseco sino también de la fuerza que le confiere la obligación fundamental impuesta a los Países Miembros por el artículo 5° del Tratado de Creación del Tribunal, en el sentido de no “adoptar, ni emplear medida alguna que sea contraria” al ordenamiento jurídico andino o que “de algún modo obstaculice su aplicación”.»⁵²

A su vez el Tribunal, ha admitido la existencia de lo que denominamos un último o tercer nivel normativo, referido a las resoluciones de la Secretaría que profiere en virtud de sus funciones de reglamentación y ejecución:

«...Otra competencia distinta de la Junta es la de reglamentar o ejecutar las Decisiones de la Comisión; en este supuesto obviamente la jerarquía legal de las Resoluciones de la Junta es inferior y está supeditada a la de la Comisión. La jerarquización planteada en estos términos no puede desembocar en que las Resoluciones de la Junta (hoy Secretaría General) puedan contradecir el espíritu o el contenido de las normas fundacionales del Acuerdo, pues es obligación del órgano administrativo la de velar por su aplicación. [...] Por tanto siendo la Resolución una norma de jerarquía inferior a la Decisión, por ser las Resoluciones actos de ejecución de las normas (actos administrativos) es decir, de rango sublegal, frente a las Decisiones, que contienen las normas a ejecutar, que son de rango legal, las primeras deben sujetarse a lo establecido en estas últimas, so pena de ilegalidad...»⁵³

Con esta distinción, el Tribunal de Justicia esta precisando, en función de los fines que persiguen, la existencia de dos categorías de actos de la Secretaría General: unos de naturaleza legislativa como las determinaciones de lo que constituye gravamen o restricción al Programa de Liberación, y otros de naturaleza administrativa que reflejan su manifestación de voluntad respecto de la ejecución o la operación de alguno de los asuntos relacionados con la administración.⁵⁴

Esta corriente argumentativa se ha reafirmado y consolidado en dos sentencias posteriores del Tribunal, dentro de las acciones de nulidad interpuestas por la Compañía New Yorker SA en contra de las Resoluciones n° 171 y 210, del 17 de diciembre de 1998 y del 31 de marzo de 1999, expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina y de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú, alegando incumplimiento de los arts. 4 del Tratado de Creación del Tribunal y 16 de la

⁵² *Ibidem.*

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., pp. 202-203.

Decisión 344 de la Comisión; así como de la Resolución 406 de la Secretaría General. En esas circunstancias, el tribunal reiteró:

«...La Secretaría General expide actos jurídicos de distinta naturaleza y alcance, que generalmente plasma en Resoluciones. Algunos de ellos, por desarrollar en primer grado los Tratados Fundacionales, como sucede, por ejemplo, con los que derivan de la aplicación de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, tienen similares características a los instrumentos legislativos (Decisiones); otros, en cambio, reflejan la manifestación de voluntad del organismo respecto de la ejecución o la operación de alguno de los asuntos relacionados con la administración y otros, en fin, están destinados a colaborar con el Tribunal de Justicia en la tarea de aplicación del Derecho comunitario, como son los relacionados con la capacidad para instaurar acciones judiciales ante él o con el deber de emitir dictámenes respecto del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Países Miembros...»⁵⁵

Terminando este apartado, nos volveremos a apoyar en el profesor Quindimil,⁵⁶ quien al destacar la heterogeneidad de las Resoluciones de la Secretaría General las clasifica de acuerdo a su contenido de la siguiente manera:

- Dictámenes de cumplimiento o incumplimiento: «en esencia, desde el punto de vista sustancial, los dictámenes que emite la Secretaría General, dentro del procedimiento establecido para adelantar la acción de incumplimiento, no son otra cosa que opiniones autorizadas, conceptos técnicos, experticias, que se constituyen por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en presupuestos procesales para que la acción de incumplimiento pueda ser llevada ante la instancia judicial.»⁵⁷
- Recursos de reconsideración y resoluciones de los mismos que interponen los países que se han visto perjudicados por un Dictamen de incumplimiento de la Secretaría General.
- Las revocatorias de oficio que la misma Secretaría General hace de sus Dictámenes.
- La relación quincenal de los precios de referencia que se expiden dentro del marco del Sistema Andino de Franjas de Precios para los productos agrícolas.
- Otras medidas de carácter técnico administrativo, como la creación de grupos *ad hoc*.

⁵⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencias 24-AN-99 y 89-AI-2000.

⁵⁶ Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., pp. 207-209.

⁵⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 12-AN-99, emitida dentro de la acción de nulidad interpuesta por la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI) contra las Resoluciones n° 139 del 14 de octubre de 1998 y n° 179 del 14 de enero de 1999, expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

2.2.3 Convenios de complementación industrial

Aquellos acuerdos ⁵⁸ que pueden celebrar dos o más Estados miembros y que tienen por finalidad fortalecer determinados sectores de la industria, dentro del marco del Acuerdo de Cartagena y de las demás normas que hacen parte del Ordenamiento Jurídico Andino, harán parte del tercer o último nivel normativo. ⁵⁹

Éstos son los denominados convenios de complementación en el sector industrial, figura de escaso desarrollo, ya que hasta el momento solo existe un convenio de complementación, suscrito entre Ecuador, Colombia y Venezuela, que busca favorecer la industria automotriz y fortalecer el intercambio comercial y el mercado andino en dicho sector. Estamos frente a la versión andina del mecanismo que los europeos denominan «cooperación reforzada», previendo que inicialmente solo dos Estados puedan ser parte de los mismos y dejando la posibilidad de que los demás puedan incorporarse en cualquier momento. ⁶⁰

Respecto a este Convenio, el Tribunal de Justicia en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad contra el gobierno de la República del Ecuador por el incumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, al establecer excepciones a los niveles arancelarios fijados en el Convenio de Complementación en el Sector Automotor, ha sostenido que:

«...Este convenio tiene como fundamento el artículo 37 (actualmente 62) del Acuerdo de Cartagena, que estipula que los Convenios de Complementación Industrial tienen por objeto promover la especialización industrial entre los Países Miembros y podrán ser celebrados así como ejecutados por dos o más de ellos y que deben ser puestos en conocimiento de la Comisión. Asimismo, se basa en el artículo 7 de la Decisión 370 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que establece: “los Países Miembros se comprometen a definir a la mayor brevedad una política común para el sector automotor” y que mientras se aprueba tal política Colombia, Ecuador y Venezuela podrán aplicar niveles arancelarios hasta del 40% para los vehículos automotores, y hasta del 5% a los vehículos y motocicletas desarmados. Prescribe, además, este artículo que la

⁵⁸ La manifestación de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos del ordenamiento internacional que origina derechos y obligaciones en este mismo orden, define lo que conocemos como tratado y, cualquiera que sea la denominación que reciba el mismo, acuerdo, pacto, convenio, carta, acta, protocolo, estatuto, arreglo, ajuste, *modus vivendi*, concordato, memorándum, canje de notas, minuta, declaración, comunicado, programa de acción conjunta y las que libremente elijan los negociadores, serán tratados, siempre que sea por escrito, imputable a dos o más sujetos del Derecho internacional y del que deriven obligaciones y derechos para las partes según las normas del Derecho internacional. Ver al respecto a Antonio Remiro Brotons y otros: *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 179-188.

⁵⁹ Marcel Tangarife Torres: *Derecho de la Integración...*, cit., pp. 182-183.

⁶⁰ La cooperación reforzada en la Unión Europea, incorporada en el título VII del Tratado de Ámsterdam y modificada por el Tratado de Niza, regula la posibilidad de que algunos Estados puedan mediante tratados avanzar mas profunda y rápidamente en el marco institucional. Véase al respecto a Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Nogueras: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 66 y 78-64.

Junta, mediante Resolución publicará los Convenios de Complementación en el Sector Automotor que suscriban los Países Miembros y los acuerdos que se alcancen en el desarrollo de los mismos...»⁶¹

Ahora bien, esta misma sentencia nos brinda la oportunidad para explicar porque este Convenio Automotor es de Derecho derivado y considerado dentro del tercer y último nivel normativo. Cualquier convenio de complementación industrial y otros que puedan adoptar los países miembros entre sí, en el marco del proceso de integración, serían, en terminología europea, Derecho complementario. Y este Derecho, en principio, como se pactaría por los Estados en el marco de la integración, estaría subordinado a los tratados constitutivos, pero escaparía al control de legalidad del Tribunal de Justicia, a menos que como sucede en las Comunidades Europeas su contenido se articule mediante Reglamentos, Directivas o Decisiones.⁶²

La incorporación del Convenio Automotor al ordenamiento andino recoge la práctica que referimos del ordenamiento europeo, toda vez que se suscribió subordinado a los tratados constitutivos de la Comunidad Andina y tiene control de legalidad por el Tribunal Andino, en virtud de su incorporación en una Resolución de la Secretaría General. Y precisamente por esto, al no tratarse de una determinación de lo que constituye gravamen o restricción, sino de una manifestación de voluntad respecto de la ejecución del art. 7° de la Decisión 370 de la Comisión,⁶³ es que se considera derecho derivado del último nivel normativo.

«...Si bien los Convenios de Complementación Industrial y específicamente los de Complementación en el Sector Automotor, no estuvieron expresamente mencionados en el artículo 1° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como formando parte del Ordenamiento Jurídico –lo que sí sucede en el artículo 1 del Protocolo Modificador de Cochabamba, de 28 de mayo de 1996–, el hecho legal es que el Convenio de Complementación Industrial en el Sector Automotor suscrito el 13 de noviembre de 1993 entre Colombia, Ecuador y Venezuela, para fines de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, adoptó la calidad de Resolución de la entonces Junta, bajo el número 355, el 9 de diciembre de 1994, en atención a lo dispuesto por el artículo 7 de la Decisión 370, publicada el 2 de diciembre de 1994. Por lo anterior, el mencionado Convenio de Complementación, tiene plena vigencia y es de obligatorio cumplimiento a partir del 16 de diciembre de 1994, fecha de la publicación en la *Gaceta Oficial* n° 168 de la referida Resolución 355...»⁶⁴

⁶¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 05-AI-98.

⁶² Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Noguera: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 382.

⁶³ Decisión 370 de la Comisión sobre el Arancel Externo Común, del 26 de noviembre de 1994, art. 7°, pfo. tercero: «La Junta, mediante Resolución, publicará los Convenios de Complementación en el sector automotor que suscriban los Países Miembros, y los Acuerdos que se alcancen en desarrollo de los mismos».

⁶⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 05-AI-98

Por su parte, a partir del 28 de mayo de 1996, en virtud del Protocolo de Cochabamba, Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se estableció, en el literal e) del artículo 1º, que este derecho complementario hace parte del ordenamiento andino, haciendo innecesaria su incorporación mediante Derecho derivado sea del segundo o tercer nivel normativo.

A nuestro entender, cualquier convenio de complementación industrial y otros que puedan en el futuro adoptar los países miembros entre sí, nutrirían el ordenamiento andino desde una fuente proveniente del Derecho internacional, generando una categoría intermedia entre el Derecho originario, primario o constitucional al que está subordinado y por encima del Derecho secundario o derivado, obligando si se da el caso a que el Tribunal andino rectifique su doctrina jurisprudencial.

3. REGLAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO ANDINO EN LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Las nuevas relaciones estatales concebidas en el Acuerdo de Cartagena, generaron mucho más que un simple conjunto normativo: consolidaron un ordenamiento jurídico propio, dotado de la posibilidad de crear sus propias normas, además de contar con dos órganos comunitarios de carácter supranacional como la Secretaría General y el Tribunal del Justicia.

Sin embargo, este orden jurídico conformado principalmente por sus fuentes normativas directas –esto es, el Derecho primario u originario que constituye un primer nivel normativo compuesto por el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos modificadorios e instrumentos adicionales y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y su protocolo modificadorio de Cochabamba, y por un Derecho secundario o derivado jerarquizado en dos niveles, un segundo nivel que se integra con las decisiones del Consejo y la Comisión y con las resoluciones de la Secretaría que desarrollan directamente previsiones del Acuerdo de Cartagena y un tercer nivel constituido por las otras resoluciones de la Secretaría y por el Convenio Automotor–, en ocasiones llega a confundirse con los ordenamientos nacionales de los Estados miembros e incluso con el ordenamiento internacional. Recordemos que la concepción del Derecho comunitario se da en el ámbito internacional y su destino está en la esfera nacional.⁶⁵

Para superar esta confusión, Mónaco tempranamente afirmó que el orden jurídico supranacional comunitario, siendo un orden *sui generis*, se sitúa a medio camino entre la estructura internacional y la estructura estatal.⁶⁶ La

⁶⁵ Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., p. 266.

⁶⁶ R. Mónaco: *La Comunità Internazionale*, 1953, p. 44, citado por Klaus Von Lindeiner-Wildau: *La supranationalité en tant que principe de droit*, Edit. A. W. Sijthoff, Leyden, 1970, p. 27.

supranacionalidad de los órganos ejecutivo y jurisdiccional de la Comunidad, sumado a su Derecho constitutivo y derivado no sería suficiente, a menos que el ordenamiento cuente con mecanismos propios de aplicación que garanticen la incursión del Derecho Comunitario en los ordenamientos jurídicos estatales que muchas veces no solo son contrarios, sino incluso hostiles a los principios de la integración.

Todo ordenamiento supranacional de integración posee características y atributos propios que lo blindan y le permiten superar las posibles incompatibilidades; nos referimos a la intangibilidad, a su carácter vinculante, a la aplicabilidad directa, a los efectos directos e inmediatos y a la preeminencia, todos frutos de su autonomía, permitiéndole penetrar el orden jurídico interno de los Estados miembros.

Sin embargo, el carácter supranacional del ordenamiento andino siguió siendo discutido casi un cuarto de siglo después de su creación, hasta que el Tribunal de Justicia de la Comunidad precisó el concepto de supranacionalidad, en su sentencia del 27 de marzo de 1995, dentro de la solicitud de interpretación prejudicial de los arts. 63 y 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y art. 119 de la Decisión 313 de la misma Comisión, remitida por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en el asunto de la *Société Nationale D'exploitation Industrielle Des Tabacs Et Des Allumettes (SEITA)*, que interpuso una Acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho, contra los actos de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio y del superintendente delegado para la propiedad industrial

«...La comprensión de este término dentro de la teoría jurídica contemporánea, nos aleja tanto de la definición estrictamente etimológica del mismo, como de la dada por los constitucionalistas y la propia Ciencia Política. El escozor que esta noción produce en muchos espíritus, se debe precisamente a un enfoque etnocentrista de la misma, juzgándose con criterios valorativos propios del derecho político tradicional, esta concepción novísima y al mismo tiempo respetuosa de la soberanía interna de los Estados miembros, gracias a cuyo apoyo político surge el nuevo ente o comunidad vertebrada en torno a fines comunes a lograr...»⁶⁷

El Tribunal, empezó por plantear la controversia alrededor del concepto, para luego decantarlo en su justa proporción:

«... La noción de supranacionalidad, igualmente se ha ido afinando desde el nacimiento de la Comunidad Económica Europea, con el Tratado de París de 18 de abril de 1951 a nuestros días, y el término ya no podría sostenerse en pureza de verdad, hoy en día, como expresión de la idea de un *Super Estado* con soberanía territorial propia. Todo lo contrario, la noción de supranacionalidad dentro del derecho de la integración, es la

⁶⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 05-IP-95.

negación del *Imperium* a la manera romana, y la afirmación de la autonomía de gestión que crean los Estados que se integran...»⁶⁸

Como lo señaló el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el término supranacionalidad, pese a ser usado con otras connotaciones en el marco del Consejo de Europa, solo fue hasta el Tratado de la CECA que los estadistas comprendieron la urgente necesidad de dotar a las organizaciones internacionales de unas facultades que garantizarán acciones dinámicas que no se entrabarán por nacionalismos políticos y económicos. Es decir, sin que el término haya sido elaborado por la doctrina, se recurrió a conceptos más modernos de soberanía nacional.⁶⁹

Así, los Estados miembros siguen siendo los titulares del poder político, que solo han cedido parcialmente para determinado propósito. El goce de personalidad jurídica internacional de una organización internacional no es plena como la de los Estados: por el contrario, está limitada a los objetivos y funciones que le fueron confiadas, brindándole autonomía al nuevo ente, pero afectada por el principio de especialidad.⁷⁰

Por tanto, estamos frente a un término que señala la técnica de distribución de competencias dentro de un sistema de integración, por lo que se alejaría de su significado etimológico que se reduce a lo que está encima o sobre la nación. Se transfiere parte de la soberanía con delegación de competencias a órganos comunitarios autónomos en los que sus decisiones y fallos son aceptados por los países miembros.⁷¹

Se trata, en últimas, e interpretando las palabras del profesor Pierre Pescatore, de la aceptación de los Estados de un conjunto de valores comunes que dotan de objetivo y directrices donde los participantes están dispuestos a subordinar sus intereses nacionales y su jerarquía nacional de valores.⁷²

Ello hace que el Derecho de la integración, en general, y el Derecho andino en particular, se distingan del Derecho internacional público clásico, así como de los Derechos nacionales, con los que, paradójicamente forma parte y los integra.

Los Estados miembros no pueden modificar unilateralmente las normas adoptadas en el seno de la Comunidad, y de hacerlo generarían responsabilidad internacional para su Estado. Esta característica de intangibilidad del ordenamiento

⁶⁸ *Ibidem.*

⁶⁹ Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales: *Derecho de la integración latinoamericana, Ensayo de Sistematización*, Depalma, Buenos Aires, 1969, p. 579.

⁷⁰ José Manuel Sobrino: «El derecho de integración. Marco conceptual y experiencia en la Unión Europea», en *Integración y supranacionalidad. Soberanía y derecho comunitario en los países andinos*, Secretaría General de la Comunidad Andina y Programas de Cooperación Andina a Bolivia PCAB, Lima, 2001, pp. 29 a 69.

⁷¹ Fernando Uribe Restrepo: *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1990, pp. 49 y 50.

⁷² Pierre Pescatore: *Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*, Instituto para la Integración de América Latina, Banco Interamericano de Desarrollo, Buenos Aires, 1973, pp. 42 y 43.

jurídico andino fue reiterada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad en la citada solicitud de interpretación prejudicial de los arts. 63 y 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y art. 119 de la Decisión 313 de la misma Comisión:

«...establece el Principio de la Intangibilidad en el Derecho comunitario, al disponer que: “La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene la capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia”. Así se establece con claridad que ninguna autoridad nacional puede al margen de la Comisión modificar o establecer reglas no previstas por los Ministros de Industria de los Países Miembros o los Plenipotenciarios debidamente acreditados que integran la Comisión y que tienen la capacidad exclusiva para legislar por medio de las Decisiones...”⁷³

En virtud de la característica de supranacionalidad, el Ordenamiento Jurídico Andino tiene un carácter vinculante donde los socios comunitarios adquieren derechos y contraen obligaciones, estas últimas se materializan en obligaciones de hacer y de no hacer tal como se prevé en el artículo 4º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia

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

Pero esta característica del ordenamiento es de doble vía pues implica, además, una obligación de adoptar medidas internas para ajustar su propia normativa a los compromisos adquiridos.

Las obligaciones de hacer y de no hacer para los Estados miembros tienen su fundamento en los principios de aplicación directa, efectos inmediatos y preeminencia del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, que desarrollaremos a continuación.⁷⁴ Este último principio, conocido también como de «supremacía» o «prevalencia», implica una obligación de no hacer, toda vez que los Estados miembros no puedan alegar normas de su Derecho interno para dejar de cumplir sus obligaciones adquiridas en el marco del proceso de integración.

Como veremos, los primeros artículos del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, recogen dos atributos que mejoran cualitativamente el ordenamiento jurídico comunitario. Nos referimos a la aplicabilidad directa y la preeminencia. El primero de estos consiste en que, tan pronto la norma jurídica comunitaria nace, automáticamente se integra en el ordenamiento jurídico interno de los países, y por ello –como lo anota Kaune– rige en todo el territorio que integra la Comunidad Andina y lleva consigo la

⁷³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 05-IP-95.

⁷⁴ Marcel Tangarife Torres: *Derecho de la Integración...*, cit., p. 202.

connotación de efecto directo.⁷⁵ El segundo atributo hace referencia a la supremacía de las normas comunitarias de Derecho originario y de Derecho derivado, sobre las normas jurídicas de Derecho interno.

El Tribunal, con apego a los más autorizados criterios doctrinarios ha destacado la importancia de estas características hasta el punto de considerar que la existencia misma del Derecho comunitario andino depende de la presencia de tales atributos. Así, el 24 de marzo de 1997 en la Acción de incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela, por supuesta contravención a las resoluciones 397 y 398 expedidas por la Junta el 14 de marzo de 1996 de los arts. 41, 42, 43 y 46 del Acuerdo de Cartagena, del art. 5° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y 13 de la Decisión 328 de la Comisión sobre Sanidad Agropecuaria Andina, expresó:

«La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino. El profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, define la aplicabilidad directa de la norma comunitaria “como la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de derecho interno”. Para el derecho europeo, dice, Muñoz Machado, una regla o norma “goza de aplicabilidad directa cuando no precise que los Estados Miembros dicten normas de incorporación, transposición o desarrollo para darle efectividad dentro de su territorio”. 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”. El mismo, tratadista al referirse al principio de la aplicación directa del derecho comunitario ha dicho: “El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo y su primacía”.»⁷⁶

En el esquema de integración europea el principio de la aplicabilidad directa goza también de reconocimiento desde 1963, cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se pronunció en la cuestión prejudicial entre la empresa importadora *Van Gend & Loos*, que impugnó ante la *Tariefcommissie* la decisión de la Administración de Hacienda holandesa de aumentar los derechos de aduana a un

⁷⁵ Walter Kaune Arteaga: «La necesidad de la integración, orden y ordenamiento jurídico comunitario», en *Testimonio Comunitario*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2004.

⁷⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 03-AI-96.

producto químico que importaba desde Alemania violando la prohibición expresa del art. 12 del Tratado CEE, consideró:

«... Que esta prohibición se presta perfectamente, por su misma naturaleza a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus administrados [...] el artículo 12 debe ser interpretado en el sentido que produce efectos inmediatos y engendra derechos individuales que los órganos jurisdiccionales deben salvaguardar...». ⁷⁷

El anterior y trascendental pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, fue reiterado y precisado quince años después en la sentencia *Simmenthal* de 1978, en la que se sostuvo que la aplicabilidad directa:

«[...] Significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez [...] que de esta manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario...» ⁷⁸

En la Comunidad Andina de Naciones, la aplicabilidad directa del Derecho comunitario deriva de las propias normas positivas de carácter constitutivo u originario. El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia establece en el art. 2º que «las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión», mientras que en el art. 3º se señala que «Las Decisiones de la Comisión 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» y que sólo «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», afirmándose en su art. 4 que «Las Resoluciones de la Junta entrarán en vigencia en la fecha y con las modalidades que establezca su Reglamento».

Estas características se reafirman y profundizan con la expedición del Protocolo de Cochabamba, instrumento por el cual se introducen al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena importantes

⁷⁷ Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas STJCE de 5.2.1963, asunto *Van Gend & Loos*.

⁷⁸ Pronunciamiento fruto de dos cuestiones prejudiciales en un mismo asunto. Primero *Simmenthal*, que importa carne de Francia a Italia, considera que el control y las tasas que le obligan a pagar configuran una violación a la libre circulación de mercancías prevista en el Tratado CEE, demandando la recuperación de lo indebidamente pagado. Pero pese a que el Tribunal de Justicia al resolver la primera cuestión prejudicial confirma la argumentación del demandante, la Administración de Hacienda se niega a ello alegando que su actuación obedece a una ley nacional posterior que amerita un trámite de inconstitucionalidad, obligando así al Pretore di Susa a plantear un nuevo incidente prejudicial. Véase: Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas STJCE de 9.3.1978, asunto *Simmenthal*.

modificaciones. Es así como hoy, los arts. 2º y 3º, del Tratado, codificado por la Decisión 472 de la Comisión, respectivamente establecen:

«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 la 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 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...»

Adicionalmente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el marco de dos pronunciamientos ya citados, hace una amplia exposición sobre lo que en la doctrina se conoce como «principio del efecto directo» del Derecho comunitario o supranacional, explicando que:

«...Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria...»⁷⁹

En otras palabras: que sus efectos «generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales», brindando la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.

El Tribunal soporta su argumentación anterior en Dámaso Ruiz-Jarabo, que al tratar este punto aclara que:

«...con la denominación de eficacia directa del derecho comunitario se hace referencia a su aptitud para originar, por sí mismo, derechos y obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares...»

Y, por su parte, con fundamento en el ex presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, R. Lecourt, quien definió este principio, precisando que

«Es el derecho de cualquier persona de pedir al Juez la aplicación de los Tratados, los Reglamentos, las Directivas o las Decisiones comunitarias, es la obligación del Juez de hacer uso de esa norma cualquiera que sea la legislación del País al que pertenece. Es el respeto de ese derecho y de esa obligación no sólo en las relaciones de los particulares entre sí, sino también en las relaciones entre los particulares y el Estado miembro del que son ciudadanos.»

Concluye el Tribunal, que:

⁷⁹ Aquí, y en las citas siguientes, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencias 03-AI-96 y 07-AI-99.

«...las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, cualquiera que sea su forma (Tratados, Protocolos, Acuerdos, Convenios o Resoluciones) son, por regla, de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los órganos del Acuerdo y los particulares...»

Habíamos señalado que el segundo atributo que caracteriza al Derecho comunitario andino, es el que tiene que ver con aquella virtualidad que tienen sus normas de prevalecer sobre las de Derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas. Esto quiere decir, que cuando existe contradicción entre una norma comunitaria y una norma interna, prevalecerá la primera en virtud del principio de aplicación directa y de los efectos inmediatos que ésta conlleva. Así, adoptada una decisión o emitida una resolución, automáticamente entra a formar parte del ordenamiento jurídico interno de los estados miembros una vez haya sido publicada en la *Gaceta Oficial* del Acuerdo de Cartagena sin que se requiera instrumento adicional para su incorporación, a menos, que expresamente se haya convenido lo contrario.

Conviene señalar que el Tribunal Andino, el 30 de mayo de 1998 en la sentencia relacionada con el interpretación prejudicial de los arts. 56, 58, 76, 77 y 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, advierte que el derecho de la integración no deroga leyes nacionales, sino que «tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias». ⁸⁰

En consecuencia, en aplicación de los principios y características anteriormente descritos, en el art. 4° del Tratado de Creación del Tribunal, en el que se tutelan tanto la aplicabilidad directa e inmediata y el consecuente efecto directo, ambos derivados de la indispensable preeminencia de su ordenamiento jurídico, se le imponen a los países miembros dos obligaciones básicas con respecto al mismo:

«...una, de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de dicho Ordenamiento dentro de su ámbito territorial y otra, de no hacer, conducente a que no se adopten medidas o se asuman conductas o se expidan actos, sean de naturaleza legislativa, judicial, o administrativa, que contraríen u obstaculicen la aplicación del derecho comunitario...» ⁸¹

Ahora bien, el principio de preeminencia no solo ha sido positivado en los arts. 2° y 3° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad, también se prevé en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, Decisión 425, que señala:

⁸⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 02-IP-88.

⁸¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 07-AI-99.

«Artículo 15.- Las Resoluciones de la Secretaría General entrarán en vigencia y producirán sus efectos a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, salvo que la propia Resolución señale una fecha distinta.»

Con fundamento en el principio de preeminencia, el Derecho comunitario europeo no puede ser ni derogado ni modificado por la legislación nacional y, en caso de litigio, el primero prevalecerá sobre el segundo.

Esta supremacía de la norma comunitaria no tiene discusión desde 1964.

Con ocasión de la nacionalización italiana de la producción y el suministro de electricidad en 1962, se transfirieron las instalaciones de una serie de compañías eléctricas a la empresa eléctrica ENEL, hecho que consideró el señor Costa lo había privado de los dividendos que le correspondían en su calidad de accionista de la sociedad anónima Edison Volta que se vio afectada por esta medida, negándose por tanto a pagar un recibo de luz por importe de 1.926 liras. Ante el juez de paz de Milán, el señor Costa justificó su actitud, entre otras cosas, alegando que la Ley de nacionalización violaba los arts. 37, 53, 93 y 102 del Tratado Comunidad Económica Europea, por lo que el *Giudice conciliatore* decide suspender el proceso y plantea una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia el cual enfáticamente aclara que:

«...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»⁸²

Esta virtud que tiene el ordenamiento comunitario de primar sobre una norma de Derecho interno que se le oponga, cualquiera sea el rango de esta última,⁸³ ha sido recogida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de la muy citada acción de incumplimiento contra la República de Venezuela:

«...ha reiterado el principio de la preeminencia en varias providencias, entre ellas la Sentencia de 3 de diciembre de 1987 en la cual precisó que el ordenamiento jurídico de la Integración Andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su vigésimo noveno período de sesiones ordinarias (Lima, 29 de mayo - 5 de junio de 1980). Dicho principio ha sido ratificado en sentencias posteriores (Procesos 2-IP-90, 6-IP-93 y 10-IP-94) a propósito de la interpretación del artículo 27 del Tratado del Tribunal, al considerar que para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros; la misma sentencia define el tránsito de la

⁸² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas STJCE de 15.7.64, asunto Costa/ENEL.

⁸³ Santiago Muñoz Machado: «Principios de articulación de las relaciones entre el Derecho comunitario y el interno y las garantías constitucionales para su aplicación efectiva», en Enrique Alonso García: *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 503 y ss.

competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde a esta última, como el desplazamiento automático de competencias, que pasan del legislador nacional al comunitario. Describe el fenómeno como aquel en que la comunidad organizada invade u ocupa el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno. El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el Derecho Comunitario vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo»⁸⁴

La aplicación ineludible de la norma andina implica responsabilidad internacional en caso de incumplimiento. Por ello, en el evento de una contradicción con una disposición interna, ésta debería derogarse de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro que la expidió antes o después de la norma comunitaria. Aunque esto no es obligatorio, sí lo es su inaplicabilidad en favor del atributo de la preeminencia.

Y en desarrollo de esos valores comunes el Ordenamiento Jurídico Andino otorga a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración la autonomía necesaria frente a las autoridades nacionales. La autonomía implica la supremacía de las normas comunitarias frente a los compromisos de los socios comunitarios con terceros, inclusive en el marco de otros procesos de integración y obviamente sobre sus normas internas.

Estamos así frente a un ordenamiento independiente que produce, aplica y ejecuta normas según las reglas de juego adoptadas para este efecto. Como diría el profesor Pescatore, la existencia de un poder real y autónomo puesto al servicio de los objetivos comunes de varios Estados es uno de los elementos esenciales de la supranacionalidad.⁸⁵

De hecho, para el Tribunal de Justicia, la autonomía del ordenamiento implica la supremacía de sus normas, tal como lo señalara el 28 de septiembre de 2001 en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú, alegando incumplimiento de los arts. 4 del Tratado de Creación del Tribunal y 16 de la Decisión 344 de la Comisión, así como de la Resolución 406 de la Secretaría, por haber concedido una patente de segundo uso al producto Pirazolopirimidinonas para el tratamiento de la impotencia, cuando la normativa comunitaria, de manera expresa, prohíbe el patentamiento de segundos usos o usos distintos:

«De la aplicación de este principio de autonomía resulta, en primer lugar, la necesaria multilateralidad para el manejo de los instrumentos que conforman el acuerdo de integración, así como la primacía de lo acordado comunitariamente con respecto y sobre otros compromisos y otras posibilidades que se tengan por cualquier País Miembro en razón de estar inscrito, bilateral o multilateralmente, en otros regímenes jurídicos internacionales.

⁸⁴ Véase: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 03-AI-96, en la que por cierto se cita el asunto *Costa/ENEL* (STJCE de 15.7.64) como base de la doctrina jurisprudencial en esta materia.

⁸⁵ Pierre Pescatore: *Derecho de la integración...*, cit., p. 43.

El ordenamiento jurídico andino es autónomo y la aplicación de las normas comunitarias que lo conforman no depende de las de otros ordenamientos internacionales, ni debe sujetarse a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas. Cosa bien diferente es la de que, para que este ordenamiento se acompase con el de otras esferas u organizaciones internacionales o mundiales, el legislador andino expida normas que acojan dentro de su ordenamiento principios y regulaciones idénticos o semejantes a las de aquéllas. Además, el derecho comunitario andino, fuera de constituir un ordenamiento jurídico autónomo, independiente, con su propio sistema de producción, ejecución y aplicación normativa, posee los atributos, derivados de su propia naturaleza, conocidos como de aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía»⁸⁶

Una norma andina sólo puede ser modificada por otra norma andina emitida por los correspondientes órganos comunitarios y no por los poderes legislativos de los países miembros. Ello, por supuesto, no impide el desarrollo de una ley comunitaria a través de la legislación nacional, de conformidad con el principio del complemento indispensable al que hicimos referencia en apartados anteriores, pero únicamente cuando sea necesaria para la correcta aplicación de la comunitaria. En este mismo sentido el Tribunal andino, el 17 de marzo de 1995, dentro de la solicitud de Interpretación Prejudicial formulada por la Corte Constitucional de la República de Colombia, relativa al art. 27 del Acuerdo de Cartagena, y los arts. 81, 83 literal g), 101, 102, 104 literal a) y Disposición Única de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, e interpretación de los arts. 5, 29, 30 y 31 del Tratado de Creación del Tribunal y de los arts. 143 y 144 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, expresó:

«El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del “complemento indispensable”, según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas....»⁸⁷

Y en una Interpretación Prejudicial posterior, en la que se debatía Interpretación Prejudicial del art. 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; e interpretación de oficio, del art. 81 de la misma Decisión 344, con base a lo solicitado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, el 11 de diciembre de 2000, el Tribunal reitero y acotó su jurisprudencia señalando que las autoridades nacionales deben «únicamente legislar sobre lo no comprendido en la Decisión supranacional».⁸⁸

Puede, pues, observarse que el Derecho comunitario es, en efecto, un ordenamiento jurídico autónomo e independiente, con sus propias normas y sus propias instituciones comunitarias y por su propia naturaleza se aplica de forma inmediata y directa en los ordenamientos nacionales, gozando de primacía frente al

⁸⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 89-AI-2000.

⁸⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 10-IP-94.

⁸⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 109-IP-2000.

Derecho de los países miembros. Esto, en virtud del consentimiento estatal expresado en los Tratados Constitutivos y porque proviene de los organismos creados para el efecto.

4. EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y DE LOS JUECES Y TRIBUNALES NACIONALES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANDINO

El Acuerdo de Cartagena, pese a la ambiciosa modificación introducida por el Protocolo de Trujillo de 1996, es curiosamente breve en su referencia al Tribunal de Justicia, al que solo consagra tres de sus 155 artículos. En el Capítulo II del Acuerdo, dedicado a la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración, encontraremos la Sección E denominada «Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina», que se limita a señalar lo obvio, esto es, que el Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, que se rige por el Tratado de su creación, sus protocolos modificatorios y el Acuerdo de Cartagena y que su sede está en la ciudad de Quito. En la Sección I, que trata de la «Solución de Controversias» hace una remisión a las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia toda vez que a ellas se someterán las controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico andino.⁸⁹

Este déficit se explica en parte porque el Tribunal se creó diez años después del Acuerdo de Cartagena y solo empezó a funcionar el 2 de enero de 1984, con competencias limitadas y en medio de una práctica casi crónica de incumplimientos estatales.⁹⁰

Su anhelada reforma se cristalizó el 28 de mayo de 1996, con el Protocolo de Cochabamba Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, otorgándole un rol mucho más decisivo en el proceso de integración, ampliando sus competencias y facilitando un mayor y más fácil acceso de los particulares a la justicia comunitaria. La superficialidad de tratamiento que le dio el Acuerdo de Cartagena se fue supliendo no solo con este Protocolo, que establece a lo largo de sus 45 artículos el marco general del sistema de solución de controversias de la Comunidad, sino también con las normas derivadas que contienen el Estatuto y Reglamento del Tribunal.

La naturaleza y fines del Tribunal la encontramos en su propio estatuto:

⁸⁹ Véase Acuerdo de Cartagena, arts. 40, 41 y 47.

⁹⁰ A los diez meses de funcionamiento del Tribunal, su Presidente, Luis Carlos Sáchica Aponte, evidenció la crisis y solicitó las reformas necesarias para que este órgano pudiera garantizar la seguridad jurídica pretendida. Véase el proceso de modificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia en Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., pp. 339-349.

«El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros [...]

El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino.»⁹¹

Llama la atención la desafortunada redacción del segundo párrafo de este artículo: en él se enfatiza la salvaguarda de los derechos estatales contenidos en el ordenamiento andino, lo que es obvio e inherente a la misión de cualquier Tribunal que debe proteger los derechos de los sujetos de su ordenamiento, pero ya que lo menciona, no debería excluir a otros sujetos como los órganos e instituciones de la integración y principalmente a los particulares, entendidos estos últimos como las personas físicas y jurídicas, a quienes el ordenamiento andino les reconoce derechos y obligaciones. En todo caso entendemos que la protección de los derechos de cualquier sujeto está garantizada toda vez que se trata del órgano judicial encargado de garantizar el respeto al Derecho comunitario.

Aunque no cabe duda de que el máximo órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina es el Tribunal de Justicia, sin embargo comparte rol con los órganos judiciales nacionales, que también deben hacer respetar el Derecho comunitario en los procesos en que este sea de aplicación y que se tramiten ante ellos. En palabras de Quindimil

«La misión que tiene encomendada el TJCA no la realiza en solitario, sino que cuenta y debe contar con la colaboración de los jueces nacionales que son los auténticos jueces ordinarios del Derecho Comunitario andino.»⁹²

Así, el sistema judicial comunitario de la Comunidad Andina, desarrolla su labor en el marco de un ordenamiento caracterizado por los principios de autonomía, preeminencia, aplicabilidad directa y efecto directo.

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1979, delimitó las competencias del Tribunal Andino sobre tres acciones: la de nulidad, la de incumplimiento y la de interpretación prejudicial.

Bajo la acción de nulidad, le corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las decisiones del Consejo y de la Comisión, de las resoluciones de la Secretaría General y de los convenios de complementación industrial adoptados por los países miembros entre sí, siempre que se hayan dictado o acordado con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.

Así, en la Comunidad Andina existe un verdadero control de legalidad de las normas derivadas o secundarias frente al Derecho primario u originario que cuenta, además, con un fuerte respaldo jurisprudencial, al respecto el Tribunal de

⁹¹ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, contenido en la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, del 22 de junio de 2001, art. 4°

⁹² Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., p. 350.

Justicia dentro de la acción de nulidad interpuesta por la República de Venezuela contra la Resolución n° 430 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y el Dictamen motivado n° 15-96, se ha pronunciado:

«En el ordenamiento comunitario andino, a semejanza de lo que acontece en el derecho interno de los estados, existe un sistema de control de las normas jurídicas garantizado por una jurisdicción contencioso-administrativa ejercida a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los términos delineados en los artículos 17 a 23 de su Tratado de Creación. El principio de legalidad que cubre a las Resoluciones de la Junta (ahora Secretaría General) emana del artículo 17 del instrumento indicado que faculta el acceso de los Países Miembros, de la Comisión, de la Secretaría General, así como el de los particulares, a la acción de nulidad cuando esos actos hayan sido “dictados en violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”. De no cumplirse el grado de subordinación o legalidad en el ordenamiento jurídico andino, corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina conocer de la respectiva acción de nulidad no solamente por violación de normas superiores, incluso por desviación de poder en las actuaciones del órgano comunitario.»⁹³

Las decisiones, resoluciones o convenios podrán ser impugnados por algún país miembro,⁹⁴ por el Consejo, la Comisión, la Secretaría y personas naturales o jurídicas que sienten afectados sus derechos subjetivos y/o intereses legítimos.

Respecto de su papel el Tribunal de Justicia ha señalado que al conocer y resolver demandas en ejercicio de la acción de nulidad cumple una función eminentemente declarativa y, por tanto, no podrá ordenar reparación del posible daño

«En el contencioso comunitario andino de anulación el fallador debe limitarse a confrontar la norma objeto de la demanda con la disposición superior que se alega como vulnerada, puesto que la controversia se desenvuelve en torno a esos dos extremos, únicamente: la norma supuestamente transgredida y el acto imputado como transgresor. En el caso de que el juez llegare a encontrar valedera la denuncia de disconformidad con la normatividad superior, deberá decretar pura y simplemente la anulación de la norma demandada sin agregar ninguna declaración indemnizatoria, así encuentre que ella ha producido perjuicios al accionante o a terceros. Por ello en el contencioso comunitario andino, la sentencia anulatoria es simplemente declarativa y no de condena.»⁹⁵

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal estaría asumiendo que su labor en materia de control de legalidad es equivalente a la acción de inconstitucionalidad de los ordenamientos internos. En este sentido ya se había expresado unos años antes que:

⁹³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 05-AN-97.

⁹⁴ Los países miembros, en lo que respecta a decisiones o convenios, solo podrán intentar acción de nulidad si aquellas normas no fueron aprobadas con su voto afirmativo. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 18°.

⁹⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 24-AN-99.

«Como sistema para el control de la legalidad se asemeja a la acción de inconstitucionalidad o inexecutable, la que sin duda ha sido una de las mayores conquistas del derecho constitucional moderno, hasta el punto que se la considera, con toda razón, como el verdadero fundamento del llamado 'Estado de Derecho'. Es en este sentido, una acción pública por esencia ya que se consagra en beneficio de la legalidad y no para proteger directamente intereses particulares o subjetivos.»⁹⁶

La acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal Andino dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada de la norma (decisión, resolución o convenio), sin embargo, aunque hubiere expirado el plazo citado, dentro de una controversia ante los jueces o tribunales nacionales, las partes podrán solicitarles la inaplicabilidad de la decisión o resolución que consideran afecta sus derechos subjetivos o intereses legítimos. En este caso, el tribunal o juez nacional consultará al Tribunal Andino acerca de la legalidad de la norma que se solicita inaplicar, suspendiendo el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la cual será de aplicación obligatoria en su sentencia.⁹⁷

El art. 20, apartado segundo del Tratado de Creación del Tribunal y el 142 de su Estatuto regulan la denominada excepción de inaplicación señalando que, aunque hubiere expirado el plazo de dos años previsto para el ejercicio de la acción de nulidad,

«cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, podrá solicitar a dichos jueces o tribunales, la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione conforme al artículo 17. [...] Presentada la solicitud de inaplicabilidad, el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél.»⁹⁸

Como lo sostiene Quindimil, esta excepción de inaplicación que se contiene en sede de la acción de nulidad es una auténtica interpretación prejudicial en apreciación de validez, a través de la cual los particulares pueden ejercer un control indirecto sobre la legalidad comunitaria. En las Comunidades Europeas la excepción de ilegalidad cumple la misma función de control, no obstante, la diferencia es grande entre ambas figuras, toda vez que la excepción de inaplicación andina se da en el marco de un proceso ante un juez nacional mientras que la excepción de ilegalidad de la Unión Europea se presenta en procesos que se sustancien ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.⁹⁹

⁹⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 05-AN-97.

⁹⁷ Véase: Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, arts. 17° al 22°.

⁹⁸ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, art. 20, párs. segundo y tercero.

⁹⁹ Jorge Antonio Quindimil López: *Instituciones y Derecho...*, cit., pp. 390-391.

Cuando un país miembro o un particular considere que otro país miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, antes de presentar una acción de incumplimiento ante el Tribunal deberá agotar los trámites precontenciosos o administrativos en la Secretaría General, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro de un plazo máximo de sesenta días y una vez recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones.¹⁰⁰

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el país requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen de incumplimiento o no emitiera su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen fuere de cumplimiento, el país o el particular reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.¹⁰¹

Respecto del procedimiento administrativo por incumplimiento y la legitimación activa para acudir ante el Tribunal de Justicia esta corporación ha señalado dentro de la acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, por aplicar medidas calificadas por aquélla como restricciones a las importaciones de azúcar provenientes de Colombia que:

«Sin perjuicio de la etapa prejudicial que se sustancia ante la Secretaría General, el control de la legitimidad de las actuaciones u omisiones de los Países Miembros frente al Derecho Comunitario corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano con la competencia exclusiva para declarar con autoridad de cosa juzgada judicial la existencia de un incumplimiento de las obligaciones impuestas a los Países Miembros en virtud del ordenamiento jurídico andino. En efecto, la fase judicial de la acción de incumplimiento se inicia con la demanda interpuesta por la Secretaría General, o por los Países Miembros o los particulares afectados en sus derechos, en el supuesto de que aquélla no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen y siempre que el procedimiento previo se hubiere iniciado a instancia de estos últimos. Aunque los motivos que contenga el «dictamen» también deben mantener suficiente congruencia con los fundamentos de la demanda, pudiendo, en consecuencia, ser enjuiciados por la parte demandada dentro del proceso de incumplimiento, la finalidad de esta acción, sin embargo, no se limita a un simple control de legalidad del dictamen, sino que se dirige a verificar si la infracción acusada fue o no cometida, y en definitiva a examinar las circunstancias del incumplimiento

¹⁰⁰ Francisco Javier Sánchez Chacón: «El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: estructura y competencias», *Aldea Mundo* n° 5/9 (2002), p. 42.

¹⁰¹ Véase: Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, arts. 23 al 25 y Decisión 425 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores.

demandado y las causas exonerantes que pudiere haber propuesto la demandada como argumentos de su defensa.»¹⁰²

El ordenamiento jurídico andino admite la posibilidad de que el incumplimiento de un país miembro pueda ser demandado por personas naturales o jurídicas ejerciendo acciones judiciales ante sus jueces o tribunales nacionales competentes, de conformidad con su Derecho interno, siempre que sus derechos resultaren afectados por la conducta en controversia. El juez nacional ejerce en estos eventos como juez comunitario. No obstante, conviene señalar que a efectos de evitar conflictos de jurisdicción y competencia, está expresamente estipulada la imposibilidad de ejercer simultáneamente acciones de incumplimiento ante el Tribunal Andino y los jueces o tribunales nacionales.¹⁰³

Si bien en el ordenamiento andino no existe una acción autónoma de indemnización por daños como se prevé en el Derecho comunitario europeo, la sentencia de incumplimiento del Tribunal donde resulten afectadas personas naturales o jurídicas constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere. Curiosamente esta facultad prevista en el art. 30 del Tratado de Creación del Tribunal, no ha sido ejercida por ningún particular andino pese a que las jurisdicciones nacionales gozan de mayor credibilidad.

Por su parte existe el procedimiento de interpretación prejudicial, que establece que los jueces o tribunales nacionales que conozcan un proceso en que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas del ordenamiento jurídico andino, deben solicitar la interpretación del Tribunal Andino de Justicia acerca del contenido y alcance de dichas normas, y en función de esa interpretación, apreciar los hechos y decidir la controversia. El objetivo de este mecanismo es el de asegurar la aplicación uniforme de las normas andinas en el territorio de los países miembros.

El juez o magistrado nacional podrá solicitar facultativamente, vía incidental, sin suspender el trámite del proceso, siempre que este conociendo de un proceso de primera instancia y que su sentencia sea susceptible de recursos en el derecho interno, una interpretación prejudicial. Y en el evento en que llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que se hubiera recibido la interpretación del Tribunal Andino deberá decidir.¹⁰⁴

Por el contrario, la solicitud dejará de ser optativa y será obligatoria para el juez o magistrado nacional cuando conoce de un proceso de única o segunda instancia y que su sentencia no sea susceptible de recurso alguno en el derecho interno. En palabras de Perotti «la exigencia del reenvío abarca “todos los procesos” en los que sea pertinente la aplicación de alguna disposición del

¹⁰² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 43-AI-99.

¹⁰³ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, arts. 31 y 25.

¹⁰⁴ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, art. 33 y Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, art. 122.

Derecho andino y en los cuales la decisión final del expediente lo constituya una sentencia irrecurrible». ¹⁰⁵

Esta solicitud de interpretación obligatoria que se genera de oficio o a petición de parte, corresponde también a un incidente, pero que en este caso sí suspende el trámite del proceso. ¹⁰⁶

La interpretación del Tribunal Andino, que deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas del ordenamiento comunitario referidas al caso concreto, se convierte, una vez recibida, en una obligación especial para el juez o magistrado consultante que deberá adoptarla en su sentencia. ¹⁰⁷ Como advierte Álvarez Jiménez

«existe entre el juez comunitario y el nacional un auténtico reparto de competencias, en virtud del cual al primero le corresponde interpretar la norma subregional, sin evaluar los hechos, y al segundo examinar éstos y aplicar la disposición andina sin posibilidad de discutir la interpretación que de ella ha hecho el TJAC.» ¹⁰⁸

En todo caso la oportunidad del juez o magistrado nacional para solicitar la interpretación prejudicial está dada, entre otras circunstancias, por el momento procesal interno del que dispone para tramitar el correspondiente incidente, al respecto el Tribunal Andino ha señalado dentro de la interpretación prejudicial de los arts. 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia que:

«la solicitud de interpretación prejudicial y la petición de parte para que el juez nacional proceda a ella, se pueden hacer en cualquier estado y grado de la causa, pues lo que se plantea es una cuestión de mero derecho como es la interpretación de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Distinta es la solución en la legislación interna para las cuestiones de hecho en las cuales sí existe una oportunidad procesal para que las partes puedan promoverlas o presentarlas ante el juez nacional.» ¹⁰⁹

En las Comunidades Europeas existe además, la teoría del acto aclarado, teoría que en el área andina divide a los autores respecto de su aplicación y que el Tribunal Andino no reconoce. Como recuerdan Bueno y Perotti, a favor de su vigencia, se la considera como un sistema con «ventajas prácticas» que eximiría al juez nacional de su deber de acudir al mecanismo prejudicial cuando exista interpretación auténtica en virtud de un tratado, cuando exista doctrina uniforme del Derecho Andino, o cuando la norma en cuestión «haya sido interpretada por

¹⁰⁵ Alejandro Daniel Perotti: «Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino», *Dikaion* n° 11 (2002), p. 2.

¹⁰⁶ Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, art. 123°

¹⁰⁷ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, arts. 34 y 35 y Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, arts. 126° y 127°.

¹⁰⁸ Alberto Álvarez Jiménez: «La interpretación prejudicial del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y los derechos fundamentales de la Constitución de 1991», *Dikaion* n° 4 (1995), p. 2.

¹⁰⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 01-IP-87.

el propio Tribunal Andino en un caso materialmente idéntico o cuando lo ha sido en un caso análogo en virtud del procedimiento de interpretación prejudicial». ¹¹⁰ Compartimos con Andueza, que mientras no exista en el Derecho andino una «jurisprudencia constante y uniforme» los jueces nacionales deben acudir al Tribunal de Justicia y solicitar la interpretación. ¹¹¹

Así, utilizando las palabras de Molina del Pozo refiriéndose a la cuestión prejudicial del ordenamiento europeo, a diferencia de los recursos directos, donde nos encontrábamos ante verdaderos procesos autónomos, la interpretación prejudicial no es, en un sentido técnico procesal, un recurso ni un procedimiento principal o autónomo, sino un simple incidente originado en un proceso contencioso, siendo accesorio del proceso principal. ¹¹²

El 28 de mayo de 1996, los países miembros suscribieron el Protocolo de Cochabamba, modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, ampliando las competencias de dicho órgano y establecieron un nuevo recurso por omisión o inactividad, bajo el cual el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General y las personas naturales o jurídicas, podrán solicitar el pronunciamiento del Tribunal cuando uno de los referidos órganos comunitarios se abstuviera de cumplir una actividad a la que estuviera obligado expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. ¹¹³ Este recurso que garantiza que los órganos del sistema cumplan oportunamente con sus funciones a través de una sentencia del Tribunal, si se encuentra que en efecto hubo inactividad del órgano demandado, «deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano comunitario objeto del recurso deberá cumplir con su obligación». ¹¹⁴

Además, concede competencias al Tribunal para conocer y dirimir las controversias laborales que se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados. De esta forma, los funcionarios supranacionales gozan de un mecanismo de legitimación activa laboral. ¹¹⁵

¹¹⁰ Patricio Bueno Martínez y Alejandro Daniel Perotti: «La teoría del acto aclarado ¿Resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial Andina?», Biblioteca Digital Andina, Quito/Buenos Aires, 13 de mayo de 2003, p. 4, en www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0009.pdf (consultado el 6 de febrero de 2007).

¹¹¹ José G. Andueza: «El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena», INTALBID, Montevideo, 1985, pp. 99-102.

¹¹² Carlos Francisco Molina del Pozo: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado Constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares* 2006 (2005-2006), pp. 132-153.

¹¹³ Francisco Javier Sánchez Chacón: «El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: estructura y competencias», cit., p. 43.

¹¹⁴ Véase: Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, art. 37° y Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, arts. 129 al 134.

¹¹⁵ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, art. 40 y Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, art. 136.

Finalmente, con el propósito de fortalecer la participación de los particulares en el sistema de solución de controversias, se establece en cabeza del Tribunal la función de

«dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e 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. A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.»¹¹⁶

Hasta el momento el ejercicio de la función arbitral por parte del Tribunal Andino no se ha regulado ni se ha presentado ningún caso, ausencia que también se da en el arbitraje administrativo a cargo de la Secretaría General.

Así, como diría Sierralta, el Tribunal de Justicia de la CAN desempeña un trascendental rol en «uno de los más avanzados mecanismos de solución de controversias en el ámbito de las organizaciones económicas internacionales», al permitir que un juez —y eventualmente un árbitro— esté revestido de los más amplios poderes de una jurisdicción supranacional.¹¹⁷

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El ordenamiento andino es una compleja organización cohesionada, coherente y que ha alcanzado un desarrollo y una madurez que garantiza la eficacia de sus normas y que faculta a los órganos comunitarios para producir Derecho con capacidad de producir efectos jurídicos en cada país miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de Derecho interno, siendo fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afecta, permitiendo la posibilidad de que los particulares puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivas autoridades administrativas, jueces y/o tribunales.

¹¹⁸

¹¹⁶ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, art. 38.

¹¹⁷ Aníbal Sierralta Ríos: *Los mecanismos de solución de controversias en la Comunidad Andina de Naciones: desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional*; p. 12, en: <http://www.cepal.org/brasil/noticias/paginas/2/22962/SIERRALTA-MECANISMOS%20SOLUCI%C3%93N%20CONTROVERSIAS%20COMUNIDAD.pdf> (consultado el 10 de julio de 2007)

¹¹⁸ Eric Tremolada: *Los pilares jurídicos de la Comunidad Andina: ¿elementos decisivos para su supervivencia?*, *Oasis* [Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales de la Universidad Externado de Colombia] n° 12 (2006/2007) pp. 317-346

Pese al creer de muchos, esta compleja organización de Derecho de la integración cumple con las características básicas para que se predique su eficacia. En palabras Espíndola y Herrera, tiene la virtud, fuerza o idoneidad para lograr un determinado objetivo dentro de los fines previstos, produce efectos jurídicos y se respetan y aplican sus normas. En caso de incumplimiento de obligaciones, los órganos comunitarios imponen las sanciones correspondientes.¹¹⁹

No obstante, la eficacia del Derecho andino se confunde con la tendencia utilitarista y la ambivalente decisión política de los gobiernos que a lo largo de estos cuarenta años han regido los destinos de los Estados que componen la Comunidad. Éstos insisten en un proceso multidimensional, que incluye aspectos sociales, culturales y políticos, más difíciles de concretar que los económicos y, que en los últimos años, responde más a unas agendas nacionales fuertemente ideologizadas. De ahí la necesidad de que los beneficiarios de la integración económica andina utilicemos las herramientas que este Derecho brinda. Entre éstas, iniciar acciones de reparación directa ante la jurisdicción interna de los Estados que han sido condenados por incumplimiento por el Tribunal Andino, interponer quejas ante la Secretaría General y demás órganos comunitarios por la omisión de sus funciones y exigir a los parlamentarios andinos que representen nuestros intereses y ejerzan sus competencias de control.

Si bien, los particulares no podemos definir las formas de acción, de las que habla Dromi y que cristalizan los anhelos comunitarios, sí podemos exigir a los órganos comunitarios y a los Estados que ejerzan una planeación operativa, una fiscalización de obligaciones y un fomento que proteja y promueva la integración andina de conformidad con las previsiones del Acuerdo de Cartagena y demás tratados constitutivos.¹²⁰ Propender por la eficacia del ordenamiento jurídico andino, como nos lo recordaron los citados Espíndola y Herrera,¹²¹ también es nuestra obligación y se logra cuando los particulares exigimos el cumplimiento de la normatividad por parte de los órganos comunitarios y del Estado incluyendo sus respectivos agentes. Responsabilidad a la que por cierto la academia andina no puede seguir ajena.

¹¹⁹ Carlos Alberto Espíndola Scarpetta y Diana Lorena Herrera Rodríguez: «El Sistema Jurídico Andino: ¿Utopía o realidad jurídica?», *Criterio Jurídico* n° 8/1 (2008), pp. 35-64

¹²⁰ Roberto Dromi y otros: *Derecho Comunitario, Sistemas de integración régimen del MercoSur*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pp. 112-131.

¹²¹ Carlos Alberto Espíndola Scarpetta y Diana Lorena Herrera Rodríguez: «El Sistema Jurídico Andino...», cit., p. 61