

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

ALCANCE DEL ARTÍCULO 42 DEL TRATADO DE CREACIÓN DEL
TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA ANTE LA FIRMA DE TRATADOS
MULTILATERALES O BILATERALES POR PARTE DE UNO O
VARIOS PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA

Sebastián Espinosa Velasco

**Tesis de Grado presentada como requisito para la obtención del
Título de Abogado**

Quito
Diciembre de 2006

© Derechos de autor
Sebastián Espinosa Velasco
2006

Dedicada a mis padres y hermanos

RESUMEN

La tesina titulada “El Alcance del artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ante la firma de tratados bilaterales o multilaterales por parte de uno o varios países miembros de la Comunidad Andina”, constituye un trabajo de investigación alentado por la necesidad de dimensionar los efectos de la suscripción de varios Tratados de Comercio Bilaterales entre Países Miembros de la Comunidad Andina y los Estados Unidos de Norteamérica. Específicamente, el presente trabajo de investigación aborda el complejo tema relacionado con el análisis del alcance del artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia que consagra su jurisdicción de naturaleza privativa y exclusiva respecto a la solución de las controversias surgidas sobre materias reguladas por el derecho comunitario, y el impacto de la posible superposición de compromisos comerciales derivados de la adopción de tratados de carácter multilateral o bilateral con terceros países.

Dicho análisis inicia con el estudio de las características que distinguen al Derecho Internacional, el Derecho Internacional Económico y el Derecho Comunitario. A continuación se examinan los principales rasgos históricos y estructurales del Tribunal Andino de Justicia, así como sus competencias con sustento en copiosa normativa y jurisprudencia andina. Una vez diagnosticadas tales competencias del órgano jurisdiccional andino, es imperativo adentrarse en la totalidad de los ámbitos de validez de los cuales se compone el artículo 42 del Tratado de Creación del TJCA. Finalmente se analiza los mecanismos de solución de controversias consignados en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Perú y Colombia, la OMC y MERCOSUR, evidenciándose sus diferencias entre sí y respecto al TJCA.

Por último quedan establecidas las conclusiones proyectadas sobre el contexto andino de integración, la superposición de los ordenamientos jurídicos y las soluciones consagradas en el Derecho Internacional.

ABSTRACT

The research work under the title of "The Reach of Article 42 of the Treaty Creating the Court of Justice of the Cartagena Agreement before the signature of bilateral or multilateral treaties by part of one or several States members of the Andean Community", constitutes an investigative effort encouraged by the necessity of understanding the effects of the subscription of several Bilateral Treaties of Trade between Countries Members of the Andean Community and the United States of North America. Specifically, this investigation work studies the reach of the article 42 of the Treaty Creating the Court of Justice of the Cartagena Agreement that consecrates the exclusive jurisdiction of the Court of Justice of the Andean Community in the solution of any disputes that may arise from the application of the provisions comprising the legal system of the Andean Community and the impact of the possible overlapping of jurisdictions derived by the adoption of bilateral or multilateral treaties by the States that may contain parallel obligations to the Andean legal system provoking an institutional danger that a same dispute could be brought before two different dispute settlement systems.

Such analysis begins with a study of the characteristics that distinguish International Law, International Economic Law, and Community Law. Then, the analysis goes on with the examination of the main historical and structural features of the Andean Court of Justice as well as its competences, backed by relevant bibliography on Andean Law. Once these competences have been diagnosed, it is mandatory to deepen in the several ambits of validity under Article 42 of the Treaty Creating the TJCA.

Finally, the mechanisms for conflict resolution under the Free Trade Agreements signed by Peru and Colombia, as well as with the WTO and Mercosur are thoroughly analyzed in order to determine the differences among them and those with respect to the TJCA. In addition, the research offers several conclusions forecasted on the Andean integration context, the overlapping of jurisdictions and the answers and alternatives provided by International Law.

TABLA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO PRIMERO.....	1
1. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO	1
1.1 EL DERECHO COMUNITARIO	1
1.2 EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA ...	22
1.3 COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.....	29
1.3.1 LA ACCIÓN DE NULIDAD	30
1.3.2 ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO.....	31
1.3.3 INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	34
1.3.4 EL RECURSO DE OMISIÓN O INACTIVIDAD	35
1.3.5 FUNCIÓN ARBITRAL	36
1.3.6 JURISDICCIÓN LABORAL	37
SEGUNDO CAPÍTULO	38
EL ARTÍCULO 42 DEL TRATADO DE CREACION DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA.....	38
1. ANÁLISIS	38
1.1 ÁMBITOS DE VALIDEZ.....	42
1.1.1 MATERIAL	42
1.1.2 SUBJETIVO	45
1.1.3 ESPACIAL	47
1.1.4 TEMPORAL	49
TERCER CAPÍTULO	53
LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA CAN Y TERCEROS ESTADOS	53
1. LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO TLC'S	60
2. LA OMC	68
3. EL MERCOSUR.....	77
CONCLUSIONES.....	86

CAPÍTULO PRIMERO

1. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

1.1 EL DERECHO COMUNITARIO

La integración regional es un proceso humano que se desenvuelve en un espacio social mecanizado por la histórica vocación integradora del hombre plasmada en las más diversas manifestaciones, desde la conformación de pequeñas tribus en los preludios de la humanidad hasta la compleja formación de las sociedades modernas. Dicho fenómeno humano “no se agota en lo social sino que se extiende a otras cuestiones íntimamente relacionadas con la anterior como, por ejemplo, la integración política y económica”¹. En definitiva la integración para el actor humano constituye una verdadera necesidad, en la medida en que el individuo es incapaz de bastarse a si mismo. Esta llamada vocación integradora “no es pasiva en cuanto a sus manifestaciones exteriores, se muestra en realizaciones notorias. La interacción de los actores humanos en materia de integración tiene un producto observable: *la acción comunitaria.*”²

En la actualidad el resultado de la acción comunitaria es patente, a juzgar por la dirección que tomó la expansión de las sociedades que mundialmente caminan por el sendero de la globalización. Como bien escribe Pizzolo “el desarrollo no pudo ser contenido por las fronteras locales e, impulsado por una fuerza arrolladora, se expandió más allá de los límites de su nacimiento. Con el servicio de la ciencia y la técnica, el desarrollo devoró las fronteras políticas y convirtió al mundo en una gran aldea global. La globalización, viene entonces definida como el proceso según el cual los Estados nacionales y sus soberanías son

¹ Calogero Pizzolo , GLOBALIZACION E INTEGRACION, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002, p.27. CONSTITUCION Y DERECHO COMUNITARIO, Análisis de una relación problemática, publicado en la Revista “El Derecho”, Tomo 175, p.158.

² *Ibíd.* p. 27.

condicionados y conectados transversalmente por actores transnacionales.”³

En ese sentido el espacio comunitario configura su forma jurídica propia en el orden jurídico internacional. Por consiguiente, el Derecho Internacional general es la matriz normativa originaria instituyente de todo el orden jurídico internacional que articula las relaciones entre Estados, entre éstos y las organizaciones internacionales y de éstas entre sí. De manera que la doctrina le asigna una triple función. “Primero, determinar las competencias entre los Estados, ya que cada uno de ellos dispone de una esfera de acción de base geográfica, fuera de la cual carece, en principio, y salvo excepciones de título válido para actuar. Segundo, determinar las obligaciones negativas (deberes de abstención) o positivas (deberes de colaboración, de asistencia, etc.) que vienen impuestas a los Estados en el ejercicio de sus competencias, al objeto de sustituir la competencia discrecional por un régimen de competencia reglada, es decir, limitada. Tercero y último, reglamentar la competencia de las instituciones internacionales, materia ésta que ha adquirido gran desarrollo en la época contemporánea.”⁴ En punto cabe recordar que la evolución del Derecho Internacional ha tenido como objetivo *la asociación y la cooperación* como formas de integración entre Estados en el marco del *derecho de coordinación*. No obstante la vertiginosidad de las transformaciones de las relaciones internacionales alumbra de manera constante variantes normativas. Es el caso que inmediatamente después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, a los órganos internacionales de carácter intergubernamental “se suman los de carácter *supragubernamental* –vgr. Ciertas instituciones de la CEE y la CECA– que se transforman en *legisladores*, por encima de los Estados, dando origen a un *derecho de subordinación*: el Derecho Comunitario, variante normativa del entonces Derecho internacional general dominante”.⁵

³ *Ibíd.* p.28

⁴ *Ibíd.* p.64

⁵ *Ibíd.* p.70.

En opinión de Molina del Pozo, citado por Calogero Pizzolo en su obra *Globalización e Integración*, “el derecho comunitario se va a distinguir del orden jurídico internacional sobre la base de dos puntos esenciales. En primer lugar, el orden jurídico internacional es un orden basado fundamentalmente sobre la idea de cooperación, mientras que el comunitario es un orden destinado a desarrollar un proceso de integración. En segundo lugar, el Derecho Internacional es esencialmente un derecho convencional, mientras que el Derecho comunitario, si bien tiene su origen en los tratados fundacionales, será ampliamente desarrollado por las instituciones comunitarias que en dichos tratados se crean, las cuales disponen de un auténtico *poder normativo* que es generador de lo que se ha dado en llamar Derecho Comunitario derivado.”⁶

Por lo que se colige que el Derecho Internacional general se enmarca en el derecho de coordinación, escaso de normas de aplicabilidad directa, e incorporables directamente al orden jurídico interno. Como bien escribe Pizzolo “las normas de Derecho Internacional general no generan *per se* derechos ni obligaciones de manera automática. De modo inexcusable, en cada caso, necesitan del consentimiento del Estado para alcanzar fuerza normativa en su Derecho Interno (excepto normas imperativas o *jus cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).”⁷ De suerte tal que puede afirmarse que mientras el Derecho Interno es un derecho de subordinación, el Derecho Internacional general constituye un derecho de coordinación.

Volviendo al respetado criterio de Pizzolo “tal diferencia de estructura condiciona la aplicabilidad de las normas. Mientras que las normas pertenecientes al Derecho interno, una vez promulgadas por la autoridad competente se imponen jurídicamente a los particulares, las normas del Derecho Internacional general sólo tienen fuerza normativa para los Estados partes que se adhieren voluntariamente a ellas. Dicho en otras

⁶ *Ibíd.* p.70.

⁷ *Ibíd.* p.70.

palabras: esta característica del Derecho internacional general hace que el mismo carezca de legislador fuera de la voluntad de los Estados, sus normas nacen del acuerdo intergubernamental.”⁸

No obstante existen también órganos internacionales dotados de carácter supranacional permanente, en similitud con la variante normativa del Derecho Comunitario. En atención al criterio doctrinario dominante, tales atribuciones se han conferido en esferas técnicas y en un ámbito limitado de manera excepcional, al punto que existen normas internacionales dotadas de aplicabilidad inmediata y automática para los Estados en su derecho interno. Bajo el criterio de Podestá Costa y Ruda, citados por Pizzolo, “las resoluciones adoptadas con carácter obligatorio por las organizaciones internacionales ligan a los Estados miembros en la medida y razón de estar pactada su obligatoriedad en la Carta orgánica de la institución; dicha obligatoriedad depende, de lo establecido en un tratado. En consecuencia-concluyen ambos autores-, este tipo de resoluciones son medios de creación de derechos y obligaciones. Estos actos regulatorios presentes en el Derecho internacional general son de la misma naturaleza supranacional que las normas de la variante normativa, Derecho comunitario, sin embargo no llegan a independizarse de la matriz normativa originaria al punto de constituir una variante normativa autónoma como es el caso del Derecho comunitario”.⁹

En este punto del análisis, debemos resaltar la primacía del Derecho internacional general sobre el Derecho nacional una vez que, éste último, lo adopta como parte de su orden jurídico, de suerte tal que un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio. Por ende, “la primacía del Derecho internacional general tiene dos acepciones fundamentales: a) el deber de los Estados de adecuar su

⁸ *Ibíd.* p.71.

⁹ *Ibíd.*, p.73.

legislación interna a sus obligaciones internacionales: y b) la prevalencia del Derecho internacional general sobre el Derecho interno”.¹⁰

Tal obligación de armonizar¹¹ la legislación interna de un Estado es válida únicamente para las normas de Derecho internacional general e inexistente en el derecho comunitario derivado en virtud de que tales normas se incorporan automáticamente al Derecho interno.

De la misma manera, las normas imperativas o *jus cogens* constituyen una excepción a las características de la fuerza normativa del Derecho internacional general, las cuales deben ser entendidas como la base fundamental del sistema jurídico internacional, cuya validez descansa en el reconocimiento previo de un orden público internacional que las inviste de obligatoriedad y su eventual violación implica la responsabilidad del Estado que las hubiere violentado. Tales normas se instituyeron finalmente en 1969, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que en su artículo 53 establece que una norma imperativa del Derecho internacional es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que únicamente puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter. En esa dirección el artículo 64 de la misma Convención, determina que si surgiera una nueva norma imperativa, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertiría en nulo.

En definitiva “las denominadas normas *jus cogens* son parte de la matriz originaria denominada Derecho internacional general. Éstas, a causa de su naturaleza y fuerza normativa imperativa son de aplicación directa por

¹⁰ *Ibíd*, p.77

¹¹ La prevalencia del Derecho Internacional general sobre el Derecho Interno ha sido ratificada mundialmente: asunto Alabama (1872, Gran Bretaña vs. Estados Unidos), caso Shuffeldt (1930 contradicción en tratado franco-mexicano), asunto Wimbledon (1923, primer pronunciamiento de la CPJI en relación al precitado principio), Declaración de Derechos y Deberes de los Estados (ONU, artículo 13), Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, artículo 27)

los Estados. El mismo efecto jurídico se le reconoce a la variante normativa Derecho comunitario, si bien ésta posee una naturaleza convencional que se distingue de la naturaleza reconocida de las normas *jus cogens*".¹²

Una vez hecho un acercamiento al Derecho internacional general, resulta imperativo analizar el Derecho de Integración, al que se lo define como "el conjunto de normas y actos jurídicos que regulan las conductas de los Estados entre sí y de éstos con organismos internacionales donde se procura potenciar la *cooperación* entre las partes para facilitar la obtención de los fines propuestos- generalmente económicos-, mejorar sus relaciones recíprocas y fortalecer su posición conjunta frente a los Estados ajenos al grupo formado".¹³ (Lo subrayado es mío)

Sin embargo doctrinariamente el derecho de integración forma una rama de la matriz normativa originaria del Derecho internacional general, al no haber evolucionado de manera suficiente para alcanzar una autonomía conceptual "como sí lo ha hecho la variante normativa Derecho comunitario. Más bien su conceptualización surge de una clasificación por ramas del Derecho internacional general, pero nunca dotado de una autonomía que le permita obtener identidad fuera de aquél. De modo que, con la denominación Derecho de la integración, se aquí referencia específica a un tipo de proceso de integración jurídicamente regulado por el Derecho internacional general: es tipo de asociación y cooperación."¹⁴

En ese contexto por ejemplo, se desarrolla el MERCOSUR, con principios jurídicos diversos a los del Derecho comunitario, al circunscribirse exclusivamente a normas jurídicas que tienen por objeto la cooperación y asociación entre Estados empleando, con tal fin, al Derecho internacional general.

¹² *Íbid.* p.86.

¹³ *Íbid.* p.87.

¹⁴ *Íbid.* p.87.

Por otro lado, el Derecho comunitario establece expresamente una nueva variante a la matriz normativa originaria al instituirse bajo un propio sistema de fuentes bajo el gobierno de normas autónomas cuya organización tiene su origen en las Comunidades Europeas, a partir del Tratado de Maastricht (1992). En ese sentido resulta ilustrativa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), específicamente en relación al asunto *Van Gend en Loos*:

“ (...) este tratado constituye algo más que un acuerdo que se limitará a crear obligaciones mutuas entre Estados contratantes: que esta concepción se encuentra confirmada por el preámbulo del Tratado, que, más allá de los Gobiernos, contempla a los pueblos y de manera más concreta, por la creación de órganos que institucionalizan derechos soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus nacionales; (...) de esta situación hay que concluir que la Comunidad constituye un *nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional*, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sean en campos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros sino también sus nacionales; (...)”.¹⁵

Tal línea jurisprudencial dio origen con el tiempo a la autonomía al Derecho Comunitario dotado de normas jurídicas y de principios “que la jerarquizan y coordinan coherentemente, que regulan las relaciones entre los Estados soberanos y organizaciones internacionales supranacionales, empeñados en un proceso de integración profunda”.¹⁶

En ese sentido cabe analizar las principales fuentes de las cuales se ha nutrido la variable normativa Derecho Comunitario, tales como el Derecho originario, el Derecho derivado, los actos convencionales, los principios generales del Derecho comunitario y la jurisprudencia de los

¹⁵ Sentencia de 5 de Febrero de 1963. Jurisprudencia citada por Calogero Pizzolo, GLOBALIZACION E INTEGRACION, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002, p.93.

¹⁶ Arbuet Vignali, Heber, EL DERECHO COMUNITARIO, publicado en su primera parte en Revista “Ley” de 30 de Abril de 1998, suplemento de actualidad p.1. Párrafo citado por Calogero Pizzolo, GLOBALIZACION E INTEGRACION, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002, p.98.

sistemas comunitarios. De manera que el sistema comunitario paradigmático y primigenio constituye la Comunidad Europea alumbrada por un número de tratados internacionales celebrados por los Estados miembros “que forman parte –dentro del sistema de fuentes comunitario– del denominado derecho originario o primario.

El *rango constitucional* de estos Tratados ha sido expresamente señalado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su dictamen sobre el Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio sobre la creación del Espacio Económico Europeo (1991) donde se ha asentado que:

“(...) el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio Internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una comunidad de derecho”.¹⁷

Del precitado argumento jurisprudencial puede evidenciarse la magnífica evolución del ordenamiento jurídico comunitario europeo al defender precisamente su aspecto constitucional, entendiéndose que los tratados constitutivos son la regla fundamental “de un ordenamiento jurídico diferenciado que ha engendrado una organización política compuesta, es decir, porque a efectos de la distribución territorial del poder son una Constitución (...) El derecho originario reviste una dimensión constitucional que se manifiesta en sus contenidos (al establecer los principios, determinar las competencias atribuidas y sus límites, estructurar el sistema institucional y la distribución de sus poderes y funciones así como los procedimientos para su ejercicio y control) y en la garantía y preeminencia sobre cualquier otra norma”.¹⁸

¹⁷ *Íbid.* p.101.

¹⁸ Luis María Díez-Picazo, “Reflexiones sobre la idea de Constitución europea”, *Revista de las Instituciones Europeas*, Volumen 20, N.2, mayo agosto, 1993.p. 534. Párrafo citado por Calogero Pizzolo, *GLOBALIZACION E INTEGRACION*, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002, p.103.

Siguiendo ese camino resulta imperativo volver sobre la obra de Diez Picazo quien considera que “en la medida en que los tratados constitutivos ha dado vida a un ordenamiento jurídico diferenciado, provisto de instituciones propias habilitadas para crear y aplicar normas jurídicas, el conjunto de normas y principios jerárquicamente supremos forman la regla fundamental; o constitución de dicho ordenamiento; es decir, la constitución vendría dada por las normas fundacionales que se hallan en la cúspide de la jerarquía normativa, determinando la validez de todas las demás”.¹⁹

En definitiva la noción de Constitución derivada de la variable normativa Derecho comunitario implica la existencia de un conjunto de normas originarias infranqueables en su vigencia y contenido por el resto de normas del sistema, debido al compromiso de los Estados miembros de acatarlas al adherirse a la Comunidad, determinándose de esta manera la jerarquía normativa. En otras palabras el derecho originario constituye la cúspide normativa del ordenamiento jurídico comunitario, acentuándose de que absolutamente ninguna norma del sistema puede influirlo ni afectarlo en su contenido material o formal.

Según Mangas Martín y Liñán Nogueras la norma convencional constitutiva que da origen al sistema comunitario es de carácter netamente jurídico internacional. “En ese sentido hay que entender que la norma originaria del sistema se fundamenta desde el punto de vista material en el consentimiento estatal, formado a través de procedimientos constitucionales que cada Estado miembro y formalizado a través de la manifestación del consentimiento prevista en el sistema jurídico internacional para los tratados celebrados en forma solemne, esto es a través de la ratificación (...) Los tratados determinan el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en el tiempo y en el espacio. Atribuyen competencias a las instituciones y enuncian los principios y

¹⁹ Luis María Diez-Picazo, “Reflexiones sobre la idea de Constitución europea”, Revista de las Instituciones Europeas, Volumen 20, N.2, mayo agosto, 1993.p. 539. Párrafo citado por Calogero Pizzolo, GLOBALIZACION E INTEGRACION, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002, p.103

procedimientos que éstas deben respetar. Garantizan este respeto mediante un control jurisdiccional, el cual se ejerce tanto en el ámbito interno como en las relaciones exteriores. ”.²⁰

La tesis de la autonomía del Derecho Comunitario se ve reforzada por los atributos propios de su estructura y normativa. La creación de órganos autónomos que no circunscriben su acción únicamente a la creación de obligaciones a los Estados signatarios sino que poseen la facultad de sancionar normas a ser regidas en el Derecho Interno, cuyos destinatarios son también personas físicas y jurídicas de los Estados miembros y en consecuencia se encuentran investidos con la autoridad de exigir a las jurisdicciones comunitarias y locales la tutela de sus derechos subjetivos, son características fundamentales, que otorgan a la variable Derecho Comunitario una estructura autónoma.

En ese sentido el tratado constitutivo del Derecho Comunitario implica la creación de un tratado marco, en similitud con el Derecho Internacional General y se construye a través de la definición de objetivos “que deben alcanzarse y los principios en que deben inspirarse las instituciones, dejando a éstas, dentro del marco así definido, un amplio poder para formular la legislación a aplicar para conseguir tales objetivos. (...) El Derecho comunitario originario tiene pues, su matriz normativa en el Derecho de los tratados y, por ende, le son aplicables las reglas consuetudinarias y los principios generales del Derecho internacional general sobre la materia.

(...)Por su parte los actos emanados de los órganos instituidos por los tratados internacionales corresponden al derecho comunitario derivado o secundario”.²¹

²⁰Araceli Mangas Martín y Liñán Nogueras, DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y DERECHO ESPAÑOL, Tecnos, Madrid, p45. Párrafo citado por Calogero Pizzolo, GLOBALIZACION E INTEGRACION, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002, p.108.

²¹ Ibíd. p.111.

Como bien afirma Walter Kaune Arteaga “la constitución de las comunidades , como órganos supranacionales, responde a la voluntad de integración que se traduce en alcanzar objetivos comunes y concretos tales como un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades en conjunto de la comunidad, con miras, en su primera etapa a la constitución de una zona de libre comercio y posterior mercado común, que conlleva a la asignación y transferencia de competencias por parte de los Estados Miembros de la Comunidad”.²² (Lo subrayado es mío)

En este contexto resulta oportuno importante detenernos sobre las varias etapas en el orden que ha convenido la doctrina, en virtud del cual se desenvuelve el proceso de integración²³:

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

II. Unión Aduanera: resulta de la abolición de aranceles entre los países miembros y de agregar a la zona de libre comercio un arancel externo común, aplicable a todos los países miembros en sus relaciones comerciales con los demás Estados no miembros, lo que supone la unificación de la política comercial (...).

III. Mercado Común: Es una etapa superior y más perfeccionada de la anterior, que supone la armonización de políticas macroeconómicas de los Estados miembros, así como la libre circulación de factores productivos (mano de obra, capitales, servicios, personas y mercancías), y la consiguiente eliminación de todas las trabas a los intercambios

²² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TESTIMONIO COMUNITARIO, Impreseñal Cia. Ltda, Quito, 2004, p.39.

²³ *Ibíd.* p.34, 35.

intracomunitarios con vista a la fusión de los mercados nacionales en un mercado único, es decir un espacio sin fronteras interiores garantizado por el Tratado (...).

IV. Unión Económica: “Con base a lo que señala el Magistrado Chaín, se puede afirmar que esta etapa constituye el mayor grado de integración que comprende la unificación de políticas, entre otras, las de carácter de relaciones exteriores, monetaria, creación de un banco central, defensa y seguridad comunes, ciudadanía y de protección del medio ambiente, en suma, una mayor institucionalidad de carácter supranacional, cuyo ejemplo se encuentra contenido en el Tratado de Maastricht, suscrito el 7 de febrero de 1992, por el que la Comunidad Europea se transformó en Unión Europea, que amplía su ámbito de acción, modificado y profundizado por el Tratado de Ámsterdam el 2 de Octubre de 1997, que entró en vigencia, el 1 de Mayo de 1999, mismo que gira en torno a varios aspectos fundamentales y novedosos tales como: empleo, libre circulación de ciudadanos, justicia, política exterior y de seguridad común, reforma institucional para afrontar el ingreso de nuevos miembros y otras cuyas disposiciones más relevantes se refieren a temas económicos y sociales”.²⁴

Dichos procesos de integración voluntaria a través de la progresiva transferencia de poderes y competencias con el consecuente surgimiento de organismos supranacionales se deriva de la flexibilización del concepto de soberanía, tradicionalmente concebida como absoluta, concepto incompatible con la vertiginosidad de la transformación de las relaciones internacionales y su orden jurídico. Como bien sostiene Walter Kaune “la evolución conceptual de soberanía hacia su relativización, se produce en la medida en que el Derecho Internacional se afianza y adquiere mayor prestancia, lo que posibilita la transferencia

²⁴ *Ibíd.* p.36.

del ejercicio de una parte de la soberanía, es decir de competencias específicas, apareciendo el nuevo concepto de soberanía compartida que facilita los procesos de integración a través de los organismos supranacionales lo que trae consigo el consiguiente surgimiento del Derecho Comunitario”.

El concepto relativo, flexible y divisible de la soberanía alumbra el concepto de **soberanía compartida**, fundamento para el aparecimiento de los organismos supranacionales. El mismo autor determina que un organismo supranacional “es una organización económica-social y jurídica-política, con personalidad jurídica y objetivos propios que surgen de tratados constitutivos, que engloban varios Estados, a través de los cuales los países le ceden el ejercicio de parte de sus soberanías, para constituir una soberanía compartida que la ejercen en común, con reparto y **transferencia de determinadas competencias** de carácter parcial, con lo que se le dota de un orden jurídico autónomo que contiene la estructura de los órganos que lo conforman, con competencias legislativas de los que emerge un ordenamiento jurídico que se integra de ordenamientos jurídicos de los países miembros, y que es obligatorio tanto por éstos y sus habitantes como para sus órganos comunitarios, dando lugar al surgimiento del Derecho Comunitario”.²⁵

Según Francisco Molina del Pozo²⁶, tales competencias se clasifican de la siguiente manera:

Competencias de Atribución: son aquellas que expresa y específicamente son conferidas para determinadas materias, dentro de los objetivos que persigue la comunidad y en el marco del ejercicio de la soberanía compartida y reparto de competencias.

²⁵ *Ibíd.* p. 39.

²⁶ *Ibíd.* p.40.

Competencias Implícitas: son aquellas que caen adentro de los poderes implícitos, que se las obtiene por la asimilación en un determinado ámbito con relación a un problema de un sector.

Competencias Complementarias: su fundamento radica en la necesidad de implementar acciones para la consecución de los objetivos comunitarios, cuya amplia libertad se encuentra, sin embargo, limitada a la condición de que las mismas no excedan a dicho marco de objetivos.

En definitiva la limitación de competencias además de atender a dicha clasificación proviene de las obligaciones de hacer y de no hacer que asumen los Estados al tiempo de suscribir los Tratados Constitutivos de integración, como también por los principios generales del Derecho Comunitario y la jurisprudencia derivada de la interpretación y aplicación de la normativa jurídica por parte del Tribunal de Justicia Comunitario.²⁷

Por consiguiente el respetado jurista Walter Kaune concluye que “la **comunidad** es un organismo supranacional, que ejerce la soberanía compartida resultante de la cesión de parte del ejercicio de la soberanía que aportan los países miembros, dispone de un orden jurídico propio cuya estructura, si bien sigue los lineamientos tradicionales en lo que respecta a división de poderes, sin embargo tiene diferentes órganos y caracteres que se encargan de legislar, administrar sus intereses, y dirimir las controversias que surjan en su seno, tiene un ordenamiento jurídico que proviene de los tratados constitutivos y de los órganos legislativos creados por aquellos, cuya jerarquía, aplicación, efectos y supremacía se rigen por principios que le son propios, de donde emerge una rama del Derecho llamada Derecho Comunitario. Sus competencias no son de carácter general sino parciales y atributivas, y responden a la consecución de los objetivos que pretende alcanzar, de donde se

²⁷ *Ibíd.*, p.41.

desprende su diferencia con el Estado Federal aunque muchas de sus instituciones se inspiran en él.”²⁸

Al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que la Comunidad es una organización interestatal autónoma, “*dotada de un ordenamiento jurídico a favor del cual los Estados han renunciado, aunque en sectores limitados, a sus derechos soberanos*”.²⁹

Por consiguiente el Derecho Comunitario es un Derecho autónomo e independiente del Derecho Internacional General, resultado de sus propias fuentes dotado de los principios de efecto directo, primacía y aplicabilidad inmediata y directa.

Como bien escribe César Montaña Galarza “a diferencia del derecho comunitario creado primordialmente para que los estados se integren o unifiquen, el derecho internacional se presenta como una disciplina jurídica que sirve para que los sujetos que forman la sociedad internacional se relacionen, sea en vía de cooperación, coordinación o pacificación. Pero tienen razón quienes ven en el derecho comunitario una nueva especie de derecho internacional, aquel que sirve a los sujetos de la sociedad internacional para que se integren o unifiquen, permitiendo el ejercicio en conjunto de competencias soberanas antes radicadas en los estados”.³⁰

De manera que los objetivos perseguidos por un grupo de países, en virtud de los cuales transfieren poderes y competencias a un órgano supranacional, son el fundamento de la acción comunitaria. Por su parte el Derecho Internacional, carente de actividad y efectividad frente a los Estados, sería ineficaz para la consecución de los objetivos de la integración.

²⁸ *Ibíd.*, p.42.

²⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto “Van Gend and Loos”, sentencia del 5 de Febrero de 1963.

³⁰ César Montaña Galarza, EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA FRENTE AL DERECHO COMUNITARIO ANDINO, QUITO, 2006, p.3.

Volviendo sobre el criterio de César Montaña “lo que es regla en el derecho comunitario es la excepción en el derecho internacional, por ejemplo: toda norma jurídica comunitaria-salvo que las mismas normas determinen algo diferente-goza de primacía, aplicabilidad inmediata y directa y de efecto directo, mientras que, excepcionalmente una norma jurídica de derecho internacional tiene tales efectos (caso de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas). Usualmente en las relaciones de derecho internacional no se da el traslado de competencias que se experimenta en el contexto comunitario (competencias de atribución).”³¹

Cabe por tanto analizar cada una de las características del Derecho Comunitario:

Aplicación directa: las normas del Derecho Comunitario se incorporan automáticamente al orden jurídico interno de cada uno de los Estados miembros, sin que exista la necesidad de norma interna que la adopte, de manera que las normas comunitaria tanto originarias como derivadas deben ser aplicadas por los poderes de los Estados miembros “no pudiéndose invocar, en el ámbito de las competencias atribuidas a los órganos comunitarios, razones de Derecho intraestatal para abstenerse de hacerlo (...) Ello supone que la norma comunitaria se integra de pleno derecho, sin necesidad de ninguna fórmula especial de introducción o recepción, que se impone en cuanto a Derecho comunitario y que genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla.”³²

En relación a la incorporación de normas con origen en ordenamiento jurídico comunitario, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto Costa- Enel (1964) determinó:

“(...) a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de C.E.E ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el

³¹ *Ibíd.*, p.3

³² Calogero Pizzolo, *GLOBALIZACION E INTEGRACION*, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002, p.155.

sistema jurídico de los Estados miembros, desde la entrada en vigor y que se impone a sus órganos jurisdiccionales”.

Efecto directo: En estrecha relación con la primera característica, el efecto directo implica que las normas comunitarias están investidas de la capacidad de que una vez que se incorporan a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, para generar derechos y obligaciones. Fue precisamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea el encargado de afianzar dicho principio jurisprudencialmente.

Lecourt-presidente del TJCE- en la época que se proclamó el efecto directo-define a éste como el derecho de cualquier persona de pedir a su juez la aplicación de los tratados, los reglamentos, las directivas o las decisiones comunitarias. Es la obligación del juez-continúa- de hacer uso de esas normas, cualquiera que sea la legislación del país a que pertenece. Es el respeto de ese derecho y de esa obligación no sólo en las relaciones de los particulares entre sí, sino también entre los particulares y el Estado miembro del que son ciudadanos.”³³

En el asunto Simmethal (1978), el TJCE estableció 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 todo su período de validez. Por lo tanto estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de los particulares que son parte de las relaciones jurídicas sometidas al Derecho comunitario. Este efecto afecta igualmente a todo juez que, conociendo a un asunto en el marco de su competencia, tenga por misión, como órgano de un Estado miembro, salvaguardar los derechos conferidos a los particulares por el Derecho comunitario”.

³³ *Ibíd.*, p.156.

Primacía: Los principios de aplicabilidad inmediata y el efecto directo de la norma comunitaria exigen que éstas sean aplicadas de manera uniforme, general e incondicionada, de lo que se colige que en caso de conflicto, la normas de Derecho Comunitario desplazan a cualquier otra del Derecho Interno que se las opongan, estableciéndose la característica de supremacía, fundamental para el cumplimiento de los objetivos del ordenamiento jurídico de la Comunidad y la garantía de su supervivencia y supremacía.

En lo tocante a dicho principio, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso *Walt Wiltbem* (1968) determina:

“(…) que el Tratado C. E. E ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales; que sería contrario a la naturaleza de tal sistema admitir que los Estados miembros pudieran adoptar o mantener en rigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado; que la fuerza imperativa del Tratado y de los actos adoptados para su aplicación no puede variar de un Estado a otro por efecto de actos internos, sin dificultar el funcionamiento del sistema comunitario y poner en peligro la realización de las finalidades del Tratado; que, por lo tanto, los conflictos entre la norma comunitaria y las normas nacionales en materia de acuerdos entre empresa, deben ser resueltos por aplicación del principio de la primacía de la norma comunitaria”.

Ahora bien en relación a las disposiciones jurídicas que regulan los tratados de libre comercio se circunscriben al Derecho Internacional Económico a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) y los lineamientos del Acuerdo General sobre aranceles y Comercio (GATT) de 1947 que dio origen a la Organización Mundial de Comercio en 1994 y de la cual el Ecuador forma parte desde Enero de 1996.

El Derecho Internacional Económico forma una rama de la matriz normativa originaria del Derecho Internacional general, al no haber evolucionado de manera suficiente para alcanzar una autonomía conceptual. De suerte que el Derecho de Integración entraña un tipo de proceso de integración jurídicamente regulado por el Derecho internacional general, gobernado por los principios de asociación y cooperación.

Según Isaac Cohen la integración económica es “el proceso mediante el cual dos o más gobiernos adoptan, con el apoyo de instituciones comunes, medidas conjuntas para intensificar su interdependencia y obtener así beneficios mutuos”.³⁴

En la misma dirección Ramón Tamames sostiene que la integración económica es una de las formas de las relaciones económicas contemporáneas entre los Estados, juntamente con el librecambio y la cooperación económica. Según este autor, la integración económica consiste específicamente en un proceso mediante el cual “dos o más mercados nacionales previamente separados y de dimensiones unitarias poco adecuadas se unen para formar un solo mercado (mercado común) de una dimensión más idónea”.³⁵

Igualmente Bela Balassa define la integración económica como un proceso y una situación de las actividades económicas que se “encuentra acompañada de medidas dirigidas a *abolir la discriminación* entre unidades económicas pertenecientes a diferentes economías nacionales; vista como una situación de los negocios, la integración viene a

³⁴ Alberto Zelada Castedo, DERECHO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL, BID-INTAL, Buenos Aires, 1999, p.9.

³⁵ Ramón Tamames, ESTRUCTURA ECONÓMICA INTERNACIONAL, Madrid, Alianza Editorial, Octava Edición, 1984. Cita tomada de la obra de Alberto Zelada Castedo, DERECHO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL, BID-INTAL, Buenos Aires, 1999, p.5.

caracterizarse por la ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales”.³⁶

En ese sentido las obligaciones derivadas de los compromisos asumidos deliberadamente por los Estados se configuran en virtud de la ampliación de las relaciones económicas y de cooperación entre los países. Igualmente los distintos grados del proceso de integración dotado de un desarrollo gradual y progresivo, serán condicionados por los objetivos y finalidades instituidos en los tratados en los que se enmarcan así como de la fuerza intrínseca derivada del dinamismo de las relaciones económicas entre Estados.

Como bien anota Alberto Zelada Castedo “en función de los objetivos diferentes que enuncian y que, en consecuencia, condicionan la naturaleza de los respectivos procesos de integración económica, estos sistemas normativos son, asimismo diferentes en cuanto a sus mecanismos u objetivos instrumentales, a sus metas, a los alcances de sus normas y a la índole y competencias de las instituciones de sus estructuras orgánicas. A pesar de estas diferencias, todos ellos, con la única excepción del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, se singularizan por el empleo de técnicas intergubernamentales o convencionales, más que federales o supranacionales, para la formulación, interpretación y aplicación de normas de derecho.”³⁷

Por tanto el Derecho Económico Internacional al igual que el Derecho Internacional general presume la existencia de otros ordenamientos jurídicos “que se identifican con los Estados nacionales y que están vigentes en el mismo ámbito geográfico, regulan habitualmente las mismas materias y se dirigen a los mismos sujetos. La superposición o, cuanto menos, la coexistencia de órdenes normativos diversos es, por lo

³⁶ Bela Balassa, TEORÍA DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA, México D.F, Editorial UTEHA. Cita tomada de la obra de Alberto Zelada Castedo, DERECHO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL, BID-INTAL, Buenos Aires, 1999, p.6.

³⁷ *Ibíd.* , p.37.

tanto, una cuestión que atañe tanto al Derecho Internacional como al Derecho de la Integración”.³⁸

Por lo que el Derecho Internacional Económico a estar basado en un tratado internacional, producto del acuerdo entre los Estados participantes, entra a formar parte del Derecho Internacional general como un sistema especial, sumándose su conglomerado de normas a los ordenamientos nacionales, con criterios y reglas de coexistencia. No obstante el Derecho Internacional Económico al erigirse como un orden especial aplicable únicamente a materias específicas, vigente en un espacio geográfico delimitado genera la problemática de penetrar en los ámbitos de validez de las normas de los ordenamientos nacionales “sustrayendo hacia su esfera algunas materias concretas y estableciendo derechos y obligaciones dentro de este ámbito material para los sujetos obligados por los derechos nacionales. Esta superposición de los dos órdenes jurídicos puede plantear conflictos entre ambos, que se solucionan en función de las fórmulas explícitas brindadas por cada uno de ellos y, según los casos, mediante actos interpretativos a cargo de sus órganos dotados de facultad para ello.”³⁹

En virtud de este criterio podemos concluir que el Derecho Económico Internacional como rama del Derecho Internacional general, constituye un sistema normativo especial que incorpora en su espacio ciertas materias dejando otras en el ámbito del Derecho Internacional y de los ordenamientos jurídicos nacionales.

De la misma manera se evidencia que el desarrollo de los procesos de integración es gradual y progresivo y su amplitud o profundización vienen regulados por los objetivos que persiguen y el nivel de comunidad que se pretende alcanzar, camino que encuentra su cumbre en la consecución de la Comunidad de Estados gobernada por un ordenamiento jurídico propio dotado de normas con características de supremacía,

³⁸ *Ibíd.*, p.121. (Lo subrayado me pertenece).

³⁹ *Ibíd.*, p. 122.

aplicación y efecto directo en los ámbitos dentro de los cuales los países miembros transfirieron sus poderes y competencias, a la luz del concepto de soberanía compartida sustentado de un orden jurídico autónomo y una rama nueva rama del Derecho llamada Derecho Comunitario resultado de sus propias fuentes instituidas en sus estructuras orgánicas independientes de carácter supranacional del que se deriva normativa obligatoria tanto para los ordenamientos jurídicos de los países miembros y sus habitantes como para sus órganos comunitarios, características que como bien se ha demostrado, lo diferencian del derecho internacional público clásico y del derecho internacional económico.

1.2 EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Con fundamento en las aspiraciones de integración latinoamericana fecundadas por Simón Bolívar, se suscribe en 1966 la Declaración de Bogotá por parte de los dignatarios de Chile y Venezuela y los representantes de Ecuador y Perú, materializada el 26 de Mayo de 1969 mediante la suscripción del Acuerdo de Cartagena por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Chile que dio paso a la constitución de la integración subregional andina, con el objetivo de crear un mercado común de ámbito regional y con el fin de promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros y sobre todo de procurar el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de la Subregión. En febrero de 1973 se adhiere la República de Venezuela y en octubre de 1976 se retira la República de Chile. La Comunidad Andina es una organización subregional de carácter supranacional en el ámbito sudamericano, conocida con el nombre de Grupo Andino hasta abril de 1996, fecha en que cambió su denominación por el de Comunidad.⁴⁰

⁴⁰ Walter Kaune Ortega, LA NECESIDAD DE LA INTEGRACIÓN, ORDEN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TESTIMONIO COMUNITARIO, Impreseñal Cia. Ltda, Quito, 2004, p.49.

En ese sentido los objetivos y fines del Acuerdo de Cartagena se encuentran establecidos en el preámbulo y en su texto de creación recogido en el artículo 1 del Acuerdo el cual “tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”.⁴¹

La Comunidad Andina surge por tanto dentro del nuevo concepto de soberanía compartida, cuenta un orden jurídico comunitario institucionalizado que supone un sistema normativo debidamente estructurado, sistematizado e institucionalizado que contiene poderes y competencias propios que se desarrollan en un complejo tejido de regulaciones jurídicas, con órganos y procedimientos a través de los cuales se generan, interpretan y aplican las normas jurídicas comunitarias, se determinan los derechos y obligaciones de los sujetos que integran la comunidad y se establecen mecanismos de solución de controversias así como la imposición de sanciones por violación de sus mandatos, jerárquicamente estructurado y conformado por sus fuentes originarias que emergen de los tratados constitutivos y, por las fuentes derivadas generadas por los órganos comunitarios provistos de tales

⁴¹Walter Kaune Ortega, LA NECESIDAD DE LA INTEGRACIÓN, ORDEN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TESTIMONIO COMUNITARIO, Impreseñal Cia. Ltda, Quito, 2004, p.73.

facultades legislativas, que también tiene sus caracteres de: autonomía y preservación.⁴²

Tal ordenamiento jurídico es la fuente escrita principal y esencial del Derecho Comunitario cuyos principios son: aplicación inmediata, efecto directo, y primacía sobre los ordenamientos jurídicos de los países miembros.

A fin de dar cumplimiento a la aspiración comunitaria de salvaguardar dentro del proceso de integración andino, el cumplimiento de su normativa jurídica el 28 de Mayo de 1979 fue suscrito el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el cual crea al órgano encargado de garantizar la legalidad y el cumplimiento del derecho comunitario, además de dirimir las controversias que podrían surgir e interpretar uniformemente el ordenamiento jurídico comunitario, posteriormente modificado por el Protocolo de Cochabamba de 28 de Mayo de 1996 bajo el nombre actual de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El Tribunal Andino de Justicia es el órgano jurisdiccional supranacional de la Comunidad Andina, de carácter permanente, instituido para declarar el derecho de la integración subregional y asegurar su interpretación y aplicación de normas.

La naturaleza y los fines del Tribunal se encuentran establecidos en el Tratado de Creación y en su Estatuto⁴³ siendo sus principales funciones:

⁴² Walter Kaune Ortega, LA NECESIDAD DE LA INTEGRACIÓN, ORDEN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TESTIMONIO COMUNITARIO, Impreseñal Cia. Ltda, Quito, 2004, p.81.

⁴³ Artículo 4. “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”.

Artículo 35. “**Los procedimientos previstos en el presente Estatuto tienen por objeto asegurar: la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción; la salvaguarda del espíritu de la integración; el respeto a la igualdad jurídica de las partes; y la garantía del debido proceso. Los procesos se adelantarán con sujeción al**

- o Interpretar y declarar el Derecho Comunitario;
- o Garantizar la legalidad y la intangibilidad del mismo, y ejercer el control jurisdiccional;
- o sobre los actos que realizan los órganos que conforma el SAI y;
- o garantizar la observancia del ordenamiento jurídico y dirimir las controversias.⁴⁴

Para tal efecto al TJCA le han sido asignadas competencias específicas de conocer acciones y recursos, inherentes a su función jurisdiccional en los Países Miembros a fin de salvaguardar el ordenamiento jurídico andino conformado jerárquicamente de la siguiente manera:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- 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.⁴⁵

El TJCA está integrado por cinco Magistrados designados por la Comisión de las ternas presentadas por cada uno de los Países Miembros; es parte integrante del Sistema Andino de Integración (SAI), pero a la vez independiente de los órganos que lo conforman, de los Países Miembros y de las instituciones. En consecuencia se encuentra dentro del

trámite común que se señala en los artículos siguientes a menos que, para determinados casos, el presente Estatuto establezca reglas especiales”.

⁴⁴ Walter Kaune Ortega, LA NECESIDAD DE LA INTEGRACIÓN, ORDEN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TESTIMONIO COMUNITARIO, Impreseñal Cia. Ltda, Quito, 2004, p.74.

⁴⁵ Tratado de Creación del TJCA, Artículo 1.

Orden Jurídico Comunitario constituyéndose en parte esencial y medular de un Poder Judicial de la Comunidad Andina de carácter supranacional. Sus competencias estrictamente atributivas son las de conocer y resolver las Acciones de Nulidad, de Incumplimiento, Interpretación Prejudicial, Recurso por Omisión o Inactividad, Jurisdicción Laboral y Función Arbitral, habiendo sido estas tres últimas incorporadas recién por el Protocolo de Cochabamba de 1996.

En el preámbulo del Tratado que crea el Tribunal, los Gobiernos de los Estados Miembros declaran que “(...) la estabilidad del Acuerdo y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional de más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo (...) con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”⁴⁶

El Tribunal Andino de Justicia ejerce su jurisdicción en el territorio de los cinco Estados Miembros y se halla provisto de competencia para obrar como intérprete último del ordenamiento jurídico de la Comunidad (cuestión prejudicial de interpretación), así como para garantizar su observancia por parte de los Estados Miembros (acción por incumplimiento) y de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (acción de nulidad, recurso competencia en materia laboral y función arbitral).

El Artículo 4 del Tratado de Creación Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece que 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. Además establece que se comprometen, así mismo a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación (obligación de hacer y de no hacer).

⁴⁶ http://www.tribunalandino.org.ec/quienes_somos.htm, visitada en el mes de Octubre de 2006.

En definitiva el TJCA “no solamente es un órgano del sistema de integración, ni siquiera un Tribunal más, sino que constituye una parte importante del Poder Judicial Comunitario, que posee todo el respaldo jurídico y doctrinario para ostentar la cabeza de dicho poder”, pues aunque el TJCA ostente la única jurisdicción comunitaria, no es el único juez que aplica el Derecho Comunitario, pues en virtud del artículo 31 del Tratado de Creación del TJCA, las personas naturales o jurídicas que se vean afectadas por el incumplimiento de lo que establece el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, tienen también el derecho de acudir a las cortes nacionales para reclamar sus derechos⁴⁷.

Igualmente, las mismas personas naturales o jurídicas en virtud del artículo 25⁴⁸ del mismo Tratado, están facultadas las personas naturales o jurídicas a acudir ante el Tribunal Andino de Justicia, ante la afectación de sus derechos por el incumplimiento de un país miembro.

Finalmente cabe puntualizar que la jurisdicción del Tribunal es obligatoria para los países miembros de la Comunidad Andina en todo lo concerniente a la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. De la misma manera a la luz del artículo 42 del Tratado de Creación del TJCA, dicha jurisdicción es exclusiva, al estar expresamente vedada la posibilidad de someter la solución de controversias a otros procedimientos.⁴⁹

⁴⁷ Artículo 31, TJCA: “Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.”

⁴⁸ Artículo 25, TJCA.- “Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

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

⁴⁹ Artículo 42, TJCA.-“Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.”

En atención a la calidad de los poderes conferidos al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, podemos concluir que el sistema jurisdiccional de solución de controversias, control de la legalidad e interpretación del SAI es el más completo de cuantos han sido desarrollados en Latinoamérica, en virtud de los “vínculos entre la profundidad de los compromisos asumidos por los Estados miembros dentro de un determinado esquema de integración económica, por una parte, y la estructura institucional del mismo y los medios para la solución de de diferencias, por otra parte”.⁵⁰

La efectividad de los procesos de desarrollo normativo dentro de un sistema de integración de la naturaleza de la Comunidad Andina exige la existencia de un órgano jurisdiccional independiente encargado del control de la legalidad del derecho originario y derivado del ordenamiento jurídico comunitario así como su interpretación coherente y uniforme. Volviendo sobre el respetado criterio de Alberto Zelada “la necesidad de la existencia de un órgano jurisdiccional independiente supranacional se hace más patente debido al amplio ámbito de validez material y personal de tales normas y, sobre todo, a su efecto directo e inmediato en los ordenamientos jurídicos internos, de donde surge no sólo la posibilidad sino la necesidad de que sean aplicadas, en forma individualizada, por diversos órganos jurisdiccionales”.⁵¹

Por lo expuesto, se evidencia que la jurisdicción del TJCA se circunscribe al marco normativo consignado en el derecho originario y derivado del ordenamiento jurídico comunitario que regula y orienta las

Los Países Miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado”.

⁵⁰Alberto Zelada Castedo, SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y EN EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL, Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1996, p.106

⁵¹ Ibíd. , p.107

acciones de la comunidad. Territorialmente la jurisdicción del TJCA se manifiesta en las entidades del orden nacional en sus diferentes divisiones; orgánicamente cobija a las autoridades públicas de las diferentes ramas del poder y personalmente comprende a todos los habitantes de los Países Miembros de la Comunidad Andina destinatarios directos de los efectos de su normativa, bien sean autoridades o particulares, personas naturales o jurídicas.

Finalmente, queda claro que la exclusividad jurisdiccional del TJCA constituye una exigencia ineludible en aras de asegurar la coherencia y aplicación del derecho comunitario como mecanismo supremo no solo de la salvaguarda de la seguridad jurídica del derecho comunitario sino del constante impulso del desarrollo del esquema de integración en estudio, cuyo tribunal en ejercicio de su autoridad suprema y exclusiva se imponga eficazmente sobre los órganos tanto supranacionales como internos de los Estados miembros que conforman el Sistema Andino de Integración, a través de los mecanismos consignados en su Tratado Constitutivo mediante los cuales ejercita su competencia.

1.3 COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

La tutela del ordenamiento comunitario andino corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para acceder al sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina, puede hacerse por cinco vías o acciones judiciales concretas:

- a) La acción de nulidad,
- b) La acción de incumplimiento,
- c) La interpretación prejudicial,
- d) El recurso por omisión o inactividad,
- e) Función Arbitral, y
- f) La jurisdicción en asuntos laborales.

1.3.1 LA ACCIÓN DE NULIDAD

1) En virtud del artículo 17⁵² del Tratado de Creación del TJCA, la facultad del Tribunal para ejercer el control de la legalidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina así como de las Resoluciones de la Secretaría General y de determinados Convenios, se sustenta en la competencia otorgada por el precitado artículo para declarar su nulidad de estos actos, en el supuesto que tales decisiones o resoluciones fueren dictadas en violación a las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina o inclusive por desviación de poder.

Como ocurre en el derecho interno de los Estados, en el ordenamiento comunitario existe un sistema de control de legalidad de las normas jurídicas garantizado por una jurisdicción contencioso-administrativa ejercida por el TJCA en los términos trazados por los artículos 17 a 22 de su Tratado de Creación.⁵³

Las acciones de nulidad podrán ser intentadas por Países Miembros, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas.

La doctrina ha convenido en distinguir a los titulares de esta acción en dos tipos: 1) actores constitucionales y 2) actores ordinarios. Entre los actores constitucionales se encuentran los Países Miembros y los órganos

⁵² Artículo 17, TJCA: “Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado.

⁵³ Proceso 35-AN-01, Sentencia del 21 de Enero de 2004. Caso: Demanda de la República de Colombia contra el artículo 3 de la Resolución 487 de la Secretaría General.

comunitarios, los cuales acceden a esta acción por derecho propio. Mientras que los actores ordinarios, que constituyen las personas naturales y jurídicas acceden a la acción siempre y cuando demuestren previamente que la norma aplicada afecta sus derechos subjetivos e intereses legítimos.

No obstante que la interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados, en virtud del artículo 21 del Tratado de Creación del TJCA, podrá el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva.

En conclusión la acción de nulidad salvaguarda la legalidad de las precitadas normas comunitarias tanto en su naturaleza como los objetivos que persigue en el marco del ordenamiento jurídico comunitario.

1.3.2 ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La acción de incumplimiento está destinada a poner en funcionamiento las competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para ejercer control sobre los actos de los Estados miembros del Acuerdo de Cartagena.

La jurisprudencia del TJCA ha determinado que “el recurso de incumplimiento tiene un carácter declarativo según se desprende del artículo 23⁵⁴ del Tratado de Creación del Tribunal. Este recurso es una

⁵⁴ **Artículo 23, TJCA:** Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la

pieza clave en la construcción, desarrollo, vigencia del orden jurídico comunitario, pues por su conducto se ejerce el control del comportamiento de los Estados. Es un acción autónoma, propia, independiente y sui-géneris derivada exclusivamente de la conducta a que quedan sujetos los Estados para asegurar la ejecución del Tratado de Integración Económica y el cumplimiento de sus obligaciones que la jurisprudencia ha clasificado en positivas y negativas”.⁵⁵

Por tanto la acción de incumplimiento es el mecanismo que permite a los Países Miembros, a la Secretaría General y a los particulares⁵⁶, ejercer control sobre el País Miembro que hubiere incurrido en incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. La situación de incumplimiento puede darse tanto por omisión, al no adoptar medidas para asegurar la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, como por acción, al adoptar medidas contrarias a dichas normas o que obstaculicen su aplicación.

Para ejercer la acción de incumplimiento en la Comunidad Andina, existen dos etapas⁵⁷, una administrativa o pre-contenciosa que se ejerce

respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado, podrá adherirse a la acción de la Secretaría General.

⁵⁵ Sentencia del T.J.C.A. del 27 de Junio del 2002. Proceso 01- AI- 2001. Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela, alegando incumplimiento de los artículos 4 del T.J.C.A. y 16 de la Decisión 344 de la Comisión; así como Resoluciones Nos. 424 y 457 de la Secretaría General. Publicada en la G.O.A.C. No. 818 del 23 de Junio del 2002.

⁵⁶ Artículo 25, TJCA: Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

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

⁵⁷ **Artículo 24, TJCA.**- Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes

ante la Secretaría General de la CAN y otra judicial ejercida en sede del Tribunal Andino.

Una vez cumplida la etapa administrativa, transcurridos 60 días de haberse publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena la Resolución que contiene el dictamen respectivo y si el País Miembro no ha cumplido con lo resuelto o no se ha obtenido el resultado esperado, deberá interponerse por parte de la Secretaría General la acción de incumplimiento ante el Tribunal Andino, de no hacerlo, el País Miembro o el particular afectado podrán iniciar directamente la acción.

En la acción de incumplimiento, se celebra una audiencia pública. Realizada la audiencia las partes tienen 8 días para presentar sus conclusiones. Antes de dictar sentencia, el Tribunal, a pedido de la parte demandante y previo afianzamiento, podrá suspender temporalmente la medida objeto del proceso, si está causare o pudiese causar perjuicio irreparable o de difícil reparación para el demandante. El País Miembro cuyo incumplimiento haya sido declarado por el Tribunal Andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para subsanar la conducta o medida objeto del pronunciamiento en el término de 90 días de notificado.

respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. 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 sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro 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, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

1.3.3 INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Alberto Zelada escribe que “la competencia del Tribunal para emitir, por la vía prejudicial⁵⁸, interpretaciones válidas y obligatorias de las normas del ordenamiento jurídico de Cartagena, tiene como finalidad preservar la unidad y la coherencia de éste. Se basa en el supuesto de que estas normas, en razón de su naturaleza y alcances y debido a su plena validez en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, pueden ser aplicadas, en forma individualizada, por las autoridades administrativas o jurisdiccionales de éstos”.⁵⁹

La iniciativa para el trámite de interpretación prejudicial corresponde a las autoridades judiciales de los países miembros, a la luz de lo prescrito por el artículo 33⁶⁰, del Tratado de Creación del TJCA.

Dicha interpretación deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. No podrá, el Tribunal por consiguiente interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá

⁵⁸ **Artículo 32, TJCA:** Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

⁵⁹ Zelada Castedo Alberto, SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y EN EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL, Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1996, p.98.

⁶⁰ **Artículo 33, TJCA.-** Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.⁶¹

La sentencia emitida por el TJCA será plenamente obligatoria para la autoridad judicial que hubiese solicitado una interpretación por la vía prejudicial.⁶²

En conclusión el establecimiento del mecanismo de interpretación judicial constituye el medio eficaz para la colaboración entre el TJCA y los Tribunales nacionales. En ese sentido los jueces nacionales son los jueces naturales, ordinarios o de derecho común para la aplicación del derecho comunitario andino, mientras que a al TJCA le corresponde la específica atribución de interpretar el derecho integracionista por la vía prejudicial, a fin de procurar la indispensable uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho común.

1.3.4 EL RECURSO DE OMISIÓN O INACTIVIDAD

El Recurso por omisión o inactividad, se interpone cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, no cumplieren con una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.⁶³

⁶¹ **Artículo 34, TJCA:** En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

⁶² **Artículo 35, TJCA:** El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.

⁶³ **Artículo 37, TJCA:** Cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas en las condiciones del Artículo 19 de este Tratado, podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones.

La jurisprudencia del TJCA ha establecido que “el Recurso por Omisión o Inactividad persigue hacer cesar la inactividad y compeler, ya sea al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, ya sea al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión o a la Secretaría General cuando se encuentre en situación de incumplimiento de una actividad que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a cumplir con su conducta de emitir el pronunciamiento. En consecuencia, el recurso por omisión está previsto para los casos en que los órganos encargados de cumplir y hacer cumplir la disposición del derecho comunitario no lo hacen y de esta manera infringen la normativa comunitaria al abstenerse de actuar”.⁶⁴

En consecuencia, este recurso está previsto para los casos en los que los órganos encargados de cumplir y hacer cumplir una disposición de derecho comunitario no lo hacen y de esta manera infringen la normativa al abstenerse de actuar.

1.3.5 FUNCIÓN ARBITRAL

A la luz del artículo 38 del Tratado de Creación del TJCA, “el Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden”. De la misma manera “los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o

Si dentro de los treinta días siguientes no se accediere a dicha solicitud, el solicitante podrá acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que se pronuncie sobre el caso. Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de admisión del recurso, el Tribunal emitirá la providencia correspondiente, con base en la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones del órgano objeto del recurso. Dicha providencia, que será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación.

⁶⁴ Proceso 70-RO-03. Sentencia del 22 de Octubre del 2003. Recurso por omisión interpuesto por la República del Perú contra la Secretaría General de la Comunidad Andina por no haber emitido pronunciamiento sobre el recurso de reconsideración de la Resolución 576 solicitado por el gobierno peruano. En G.O.A.C No. 1033 de 10 de Febrero de 2004.

interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

Sin embargo, a la fecha, aún no se implementan “las disposiciones estatutarias ni administrativas que permitan al Tribunal desempeñar en estas funciones, y en segundo lugar, que ellas en todo caso, no serán ni sustitutivas ni alternativas de las funciones judiciales del ente comunitario”.⁶⁵

1.3.6 JURISDICCIÓN LABORAL

En razón del artículo 40⁶⁶ del Tratado de Creación del TJCA, desarrollado en el artículo 136 de su Estatuto, se atribuye al Tribunal la competencia para conocer y decidir las controversias laborales que se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados.

El estudio que nos ocupa implica el análisis del artículo 42 del Tratado de Creación del TJCA, que establece la exclusividad jurisdiccional del Tribunal en relación al sometimiento de controversias surgidas por la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario contenido en el subsiguiente capítulo.

⁶⁵ Guillermo Chaín Lizcano, FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TESTIMONIO COMUNITARIO, Impreseñal Cia. Ltda, Quito, 2004, p.124.

⁶⁶ **Artículo 40, TJCA:**El Tribunal es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

SEGUNDO CAPÍTULO

EL ARTÍCULO 42 DEL TRATADO DE CREACION DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA.

1. ANÁLISIS

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se halla conformado, definido y caracterizado en el Tratado de Creación del Tribunal, en el que se establecen las normas que lo integran, su naturaleza, la jerarquía de sus distintos cuerpos normativos, su preeminencia frente al Derecho interno de los Países Miembros, el ámbito de aplicación personal y territorial, la manera de producir, ejecutar y aplicar la norma comunitaria, los órganos de cumplir tales funciones y, por supuesto, los sujetos obligados a cumplir las obligaciones que en él se prescriben. De los cuatro primeros artículos del Tratado en mención que se ocupan de recoger la mayor parte de elementos referidos se desprende que “el ordenamiento jurídico comunitario andino se compone, principalmente de dos tipos de normas jurídicas que son “originarias”, “primarias” o “constitucionales”, las unas contenidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, con sus respectivos y numerosos protocolos modificatorios; y “derivadas” o “secundarias”, las otras, que son las contenidas en las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina y en las Resoluciones de la Secretaría General”.⁶⁷

En ese sentido el artículo primero del Tratado de Creación del TJCA establece la jerarquización del ordenamiento jurídico comunitario, evidenciándose una relación de subordinación del derecho originario respecto al derecho derivado.

⁶⁷ *Ibíd.*, p.104.

De igual forma los principios de aplicabilidad directa y preeminencia del ordenamiento jurídico comunitario andino se derivan de las propias normas positivas de carácter originario.

Al respecto el artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal determina que “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”.

A continuación el artículo 3 del mismo Tratado establece que “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.

Siguiendo el criterio del Magistrado Guillermo Chaín Lizcano, “como corolario de los principios de las normas que lo anteceden, el artículo 4 de creación del Tribunal, impone a los Países Miembros dos obligaciones básicas: 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 actos, sean de naturaleza legislativas, judicial, o administrativas, que contraríen u obstaculicen la aplicación del derecho comunitario”.⁶⁸

En concordancia con las precitadas normas, el artículo 42 del Tratado de Creación del TJCA prohíbe a los Países Miembros someterse a ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario de la Comunidad Andina a ningún Tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado, instaurándose en consecuencia el

⁶⁸ *Ibíd.*, p.106.

monopolio de solución de controversias por parte del TJCA en relación a la normas comunitarias del SAI.

El análisis de dicho artículo demuestra la exclusividad y obligatoriedad de la jurisdicción del TJCA.

Cabe mencionar que dicha disposición comunitaria tiene su antecedente en el artículo 219 del Tratado C.E.E que establece que cualquier controversia que surja en la aplicación de la interpretación del derecho comunitario deberá ser sometida al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁶⁹.

La jurisprudencia del TJCA en referencia al precitado artículo ha establecido que “el Tribunal de Justicia, como órgano principal del Acuerdo que goza de personalidad jurídica de derecho internacional, independiente e imparcial, deriva su fuerza no sólo de dicha independencia política y de su imparcialidad política, sino también del Tratado de Creación del mismo que en su artículo 42 consagra una jurisdicción prevalente y exclusiva.”⁷⁰

Como bien anota Alberto Zelada “la necesidad de asegurar la coherencia y la aplicación uniforme del derecho destinado a impulsar el desarrollo de estos esquemas de integración, conduce a postular la conveniencia de la interpretación válida y obligatoria de las normas de los correspondientes ordenamientos jurídicos esté a cargo de igual manera, de un solo órgano, cuya autoridad se imponga a la autoridad de los órganos del orden interno de los Estados.”⁷¹

⁶⁹ María Cecilia Pérez Aponte, ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DEL TJCA EN RELACIÓN A LA CONEXIÓN ENTRE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, Revista Foro, p.8

⁷⁰ Proceso-IP-04. Sentencia de 31 de Marzo de 2004. Caso Marca ATORAVIL. En G.O.AC.

ERROR: syntaxerror
OFFENDING COMMAND: --nostringval--

STACK:

12
2934
1