

EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA COMUNIDAD ANDINA. EL PAPEL DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Marcel Tangarife Torres

La Secretaría General de la Comunidad Andina es el órgano encargado de administrar y hacer efectivo el proceso comunitario, garantizando el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Tales funciones determinan que este órgano tenga una participación fundamental dentro del sistema de solución de controversias, procurando que tanto los países miembros como los particulares cumplan con los procedimientos establecidos, así como con las disposiciones del Tribunal de Justicia.

El presente artículo analiza el sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, resaltando el rol que desempeñan la Secretaría General y el Tribunal de Justicia en los procesos que se originan por los conflictos surgidos entre países miembros de la Comunidad Andina.

La Comunidad Andina, durante los casi treinta y dos años de su existencia¹, ha creado un conjunto de órganos e instituciones que son pilar fundamental para el desarrollo del proceso de integración al que pertenecen Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, que tienen por finalidad lograr el cumplimiento de los objetivos que se plantearon los Países Miembros.² Dicho conjunto de órganos e instituciones se han agrupado en el denominado Sistema Andino de Integración, el cual "(...) tiene como finalidad permitir una coordinación efectiva de los órganos e instituciones que lo conforman, profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración."³ Los principales órganos del Sistema Andino de Integración son los siguientes: El Consejo Presidencial Andino; el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; la Comisión de la Comunidad Andina; la Secretaría General de la Comunidad Andina; el Parlamento Andino; y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.⁴

Dentro del Sistema Andino de Integración, la Secretaría General juega un papel importantísimo como órgano encargado de administrar y hacer efectivo el proceso comunitario. El artículo 30 del Acuerdo de Cartagena

¹ El Acuerdo de Cartagena fue suscrito el 26 de mayo de 1969.

² Acuerdo de Cartagena. "Artículo 1. El presente Acuerdo 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."

³ Acuerdo de Cartagena, artículo 7º.

⁴ También forman parte del Sistema Andino de Integración: El Consejo Consultivo Empresarial; el Consejo Consultivo Laboral; La Corporación Andina de Fomento; el Fondo Latinoamericano de Reservas; el Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo; la Universidad Andina Simón Bolívar; los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

expresamente señala que: “Son funciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina: a) Velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.” Esta función asignada al órgano ejecutivo comunitario resulta fundamental, pues de conformidad con la misma fueron adoptados los artículos del 23 al 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, normas que le otorgan a la Secretaría General y al propio Tribunal un conjunto de atribuciones para exhortar a los Países Miembros a cumplir con las obligaciones pactadas en el marco normativo de la Comunidad Andina.

El sistema de solución de controversias andino es el mecanismo a través el cual los Países Miembros han acordado resolver las disputas que surjan con ocasión de la aplicación del Acuerdo de Cartagena, de sus tratados derivados, de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico andino, tanto en los casos generales, como en los casos de carácter particular.⁵

En este artículo se pretende hacer un breve análisis de la función que le corresponde a la Secretaría General en el Sistema de Solución de Controversias Andino. Este análisis se desarrolla sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Para ello, resulta necesario hacer un estudio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en lo concerniente a la acción de incumplimiento; se analiza en qué consisten las obligaciones que le competen a los Países Miembros de cumplir con el ordenamiento jurídico; se ven los aspectos más importantes del procedimiento administrativo por incumplimiento que adelanta la Secretaría General, el papel que desempeñan los particulares, y la naturaleza jurídica de las resoluciones que contienen dictámenes que sobre la materia dicta dicho órgano. Finalmente, se intenta arrojar algunas conclusiones acerca de la función que le corresponde a la Secretaría General en el Sistema de Solución de Controversias de la Comunidad Andina.

1. EL TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La acción de incumplimiento es adoptada por los Países Miembros a través del Tratado de Creación del

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁶. El artículo 23 de dicho Tratado señala lo siguiente:

“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 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.”⁷

Resulta necesario destacar que la competencia de la Secretaría General para adelantar procedimientos administrativos por incumplimiento, al igual que la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, desde el punto de vista territorial abarca la superficie completa de los cinco Países Miembros, esto es, tanto las entidades del orden nacional como los departamentos, las provincias, las municipalidades; en general, todo el territorio con sus diferentes divisiones administrativas. Es decir, la Secretaría General y el Tribunal ejercen jurisdicción sobre la totalidad del territorio y sobre todos los habitantes de los cinco Países Miembros que en él se sitúan.

Desde el punto de vista orgánico y funcional, la jurisdicción de la Secretaría General y del Tribunal abarca a las autoridades públicas de las diferentes ramas del poder: rama ejecutiva, rama legislativa, rama judicial, órganos de control, órgano electoral, etc.⁸ Desde el punto de vista personal, dicha jurisdicción comprende a todos los habitantes de los Países Miembros de la Comunidad Andina, pues todos son destinatarios de los efectos de las normas jurídicas

⁵ Acuerdo de Cartagena. “Artículo 42: La solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, se sujetará a las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia”.

⁶ El Tratado original de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena fue suscrito el 28 de mayo de 1979.

⁷ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Dicho Tratado, original de 1979, fue modificado mediante el Protocolo de Cochabamba, que entró en vigencia el 25 de agosto de 1999.

⁸ Este criterio se desprende de la jurisprudencia del Tribunal, cuando adopta la definición de medida: Son aquellas decisiones de autoridad, sean de tipo legislativo, judicial, ejecutivo, administrativo o de cualquier otro orden que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración; abarca los niveles regionales y descentralizados del Estado. Ver entre otras la sentencia del proceso 43-AI-99.

andinas. A continuación se hace una breve referencia acerca del procedimiento administrativo de incumplimiento que adelanta la Secretaría General, y el papel que juegan las autoridades de los Países Miembros y los particulares.

1.1. El procedimiento administrativo de incumplimiento que adelanta la Secretaría General de la Comunidad Andina

Con fundamento en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal, los Países Miembros adoptaron en la Decisión 425⁹, un conjunto de normas encaminadas a establecer y regular el procedimiento administrativo por incumplimiento que debe adelantar la Secretaría General. Acerca del objeto de este procedimiento, el Tribunal ha señalado:

“El procedimiento judicial de la acción de incumplimiento se encuentra regulado por el Tratado de Creación del Tribunal, de su Estatuto y por su Reglamento Interno, en tanto que la etapa prejudicial, que concluye con un dictamen motivado, y que se sustancia ante el Órgano Ejecutivo de la Comunidad Andina, está prevista por el mismo Tratado -siempre de aplicación preferente sobre el Derecho Comunitario derivado-, pero también por el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General. (...)

Las reglas comunitarias establecidas para normar los procedimientos administrativos y judiciales, fundamentadas en los principios del debido proceso -entre los cuales se destacan la igualdad de trato a las partes y la garantía del derecho de defensa-, tienen por objeto la tutela de los derechos y obligaciones que

emanan del ordenamiento jurídico andino, así como la salvaguarda del espíritu de la integración, conforme lo han reconocido las motivaciones del Tratado de Creación del Tribunal, el artículo 34 de su Estatuto y el artículo 5 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.”¹⁰

La Decisión 425 establece los principios que orientan la actividad de la Secretaría General¹¹, los que concuerdan con el criterio del Tribunal expresado en la precitada sentencia. De acuerdo con lo dispuesto en el Tratado del Tribunal, la Decisión 425 y la jurisprudencia andina, dicho procedimiento consta de las siguientes etapas:

- **Apertura de la investigación:** Ocurre cuando la Secretaría General toma conocimiento de la conducta, por acción u omisión, de un País Miembro que puede estar en oposición al ordenamiento jurídico andino. Dicho conocimiento puede provenir de la denuncia de un País Miembro¹² o de un particular¹³, tal como lo prevé el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁴. También puede la Secretaría General iniciar investigaciones, de oficio, cuando toma conocimiento por sí misma de un posible incumplimiento de un País Miembro.¹⁵ En el caso de los particulares, debe existir un interés legítimo, esto es, que consideren que se han afectado sus derechos.¹⁶

- **Nota de Observaciones:** Dentro de los diez días hábiles siguientes al inicio de la investigación, la Secretaría General, si estima que hay lugar a ello, emite una Nota de Observaciones, esto es, un escrito que dirige al País Miembro señalado como posible infractor de las

⁹ Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 43-AI-99.

¹¹ Decisión 425. Artículo 5, inciso 1°.- “En los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General, ésta se regirá por los principios de legalidad, economía procesal, celeridad, eficacia, igualdad de trato a las partes, transparencia, uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa.”

¹² Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Artículo 24.- 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 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 emitiere 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.”

¹³ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. “Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento 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.”

¹⁴ Decisión 425, artículo 56.

¹⁵ Decisión 425, artículo 60.

¹⁶ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 25.

normas jurídicas andinas, haciendo una descripción de la conducta investigada sustentada en la información que resulte pertinente; identificando las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que serían objeto del incumplimiento; cuando corresponda, identificando las mercancías afectadas por la medida de que se trate, con indicación de la subpartida arancelaria NANDINA; si se trata de un gravamen o restricción al comercio, debe identificarse la Resolución de la Secretaría General que califica la conducta como tal; y, finalmente, la indicación de un plazo no mayor a dos meses, según la urgencia del caso, para que el País Miembro pueda presentar su contestación.¹⁷ El Tribunal ha dicho al referirse a la apertura del procedimiento administrativo por incumplimiento y a la nota de observaciones:

“En esta etapa corresponde a la autoridad administrativa comunitaria abrir un expediente y formular sus observaciones por escrito, invitando al País Miembro concernido a presentar sus argumentos. Conforme se desprende del Tratado Constitutivo del Tribunal, la contestación a las observaciones formuladas por la Secretaría General constituye para el País Miembro una «obligación» que debe ser cumplida dentro de un período determinado. En efecto, el artículo 23 expresa que una vez enviadas las observaciones "el País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General". De modo que la intervención del país, cuya conducta ha sido objeto de observaciones en la etapa previa no resulta meramente facultativa, pues si bien esta oportunidad procesal le es concedida por el ordenamiento jurídico para garantizar su derecho de contradicción y defensa, su finalidad también va dirigida a precisar los hechos y las posibles justificaciones del país acusado por el incumplimiento, y, de esta manera, a dotar de una mayor objetividad a la posición de la Secretaría General (...)”¹⁸

- **La respuesta del País Miembro a la Nota de Observaciones:** Dentro del plazo señalado por la Nota de Observaciones, el País Miembro investigado tiene como deber dar respuesta a la misma, presentando las razones en las que fundamenta y justifica su conducta, así como toda la información y documentación que estime pertinente.¹⁹ Igualmente, durante ese mismo

plazo los demás Países Miembros pueden remitir a la Secretaría General la información que consideren pertinente sobre el asunto en cuestión.²⁰ Ello con la finalidad de que la Secretaría General tenga la mayor ilustración posible sobre la conducta objeto de investigación, y así determinar si existe o no incumplimiento del ordenamiento jurídico andino con la mayor cantidad de evidencia disponible.

Hay que llamar la atención acerca del hecho que en algunas oportunidades el País Miembro investigado no da respuesta a la nota de observaciones, o la entrega extemporáneamente, lo que genera, en la práctica, algunas dificultades. Por ejemplo, se han presentado situaciones en las que la Secretaría General con la evidencia que tiene el expediente, dictamina el incumplimiento, e inclusive acude al Tribunal; pero por la ausencia de respuesta a la nota de observaciones no se pudo verificar que el País Miembro investigado sí había dado cumplimiento a la normativa andina, lo que genera un gasto innecesario de tiempo y dinero.

- **Dictamen de la Secretaría General:** Conforme lo dispone el artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el artículo 65 de la Decisión 425, el dictamen de la Secretaría General debe estar incorporado a una Resolución que debe cumplir con sus requisitos formales²¹, y contener lo siguiente: la identificación y descripción de la conducta investigada; la identificación de las normas del ordenamiento jurídico andino objeto del incumplimiento; cuando sea del caso, la identificación de las mercancías afectadas incluida la subpartida arancelaria NANDINA; la motivación en virtud de la cual estima que existe un incumplimiento; y, la indicación de un plazo no mayor a un mes para que el País Miembro ponga fin al incumplimiento, determinado según la urgencia del caso, salvo circunstancias excepcionales en las que la Secretaría General puede fijar un plazo mayor.²² El dictamen de la Secretaría General puede ser de cumplimiento o de incumplimiento. En cualquiera de ambos casos, cabe recurso de reconsideración contra la Resolución que lo contiene²³, o la revisión de oficio por la Secretaría General.²⁴

¹⁷ Decisión 425, artículo 61.

¹⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 43-AI-99.

¹⁹ Decisión 425, artículo 61, literal e).

²⁰ Decisión 425, artículo 62.

²¹ Decisión 425, artículo 7.

²² Decisión 425, artículo 65. En concordancia con el artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, op.cit.

²³ Decisión 425, artículo 37: “Los interesados podrán solicitar a la Secretaría General la reconsideración de cualquier Resolución de ésta, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido. Igualmente podrán solicitar la reconsideración de los actos de la Secretaría General que impongan medidas cautelares mientras tales medidas estén vigentes.”

²⁴ Decisión 425, artículo 34 a 36.

Respecto al papel de la Secretaría General en el procedimiento administrativo de incumplimiento, ha dicho el Tribunal:

“El impulso y dirección del procedimiento previo de incumplimiento se encuentra a cargo de la Secretaría General, institución que debe practicar ex officio las diligencias necesarias para llegar a la convicción de la existencia o no de un incumplimiento de las normas comunitarias, independientemente de que la causa hubiere tenido su origen en la instancia de un País Miembro, de un particular afectado o por su propia iniciativa. La Secretaría General cumple, en este sentido, un papel de representante de los intereses público-comunitarios y, por tal motivo, no puede limitarse a lo que dispongan las partes, sino que deberá indagar sobre los hechos e instruir oficiosamente el procedimiento.”²⁵

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina exige plena congruencia en el objeto de los momentos procesales descritos: Nota de observaciones, respuesta del País Miembro dentro del plazo señalado y dictamen de la Secretaría General. Sobre este aspecto ha establecido el Tribunal:

“Para este Tribunal son tres los requisitos que deben preceder a la acción de incumplimiento, según lo ha precisado la sentencia de 11 de diciembre de 1997, emitida dentro de la Acción de Incumplimiento 1-AI-97 (Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela al aplicar restricciones a las importaciones de ajo procedentes de Perú, fallo publicado en la G.O.A.C N° 329 del 9 de marzo de 1998):

- a) El cumplimiento de una fase previa administrativa en la que debe abrirse el diálogo entre el órgano comunitario y el País Miembro para la solución del asunto controvertido en etapa administrativa.
- b) La oportunidad procesal que debe otorgarse al País Miembro para corregir o enmendar su conducta.
- c) La correspondencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento.”²⁶

Ahora bien, respecto a la debida motivación que deben tener las resoluciones de la Secretaría General en materia de incumplimientos, ha dicho el Tribunal:

“Agotadas las gestiones destinadas a poner fin al incumplimiento, sin que el País presuntamente incumplidor haya adoptado las medidas necesarias o sin que haya dado contestación a las observaciones formuladas, la Secretaría General debe emitir su «dictamen». Este acto jurídico, por el cual se formaliza la posición de la Secretaría General sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico, debe aparecer suficientemente motivado, expresándose en él las razones que le hayan conducido a dictaminar sobre la existencia de un incumplimiento y que, además, ha de ser el resultado congruente de las actuaciones desplegadas a lo largo del procedimiento, en particular de la nota de observaciones.”²⁷

Se observa que las normas andinas y la jurisprudencia del Tribunal, si bien otorgan grandes poderes a la Secretaría General, también establecen preceptos y criterios para rodear de plenas garantías el procedimiento administrativo por incumplimiento.

1.2. El ejercicio de la Acción de Incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Según lo dispuesto en el artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el ejercicio de la Acción de Incumplimiento ante esa Corporación se encuentra, en principio y de manera exclusiva y excluyente, en cabeza de la Secretaría General. Ello tiene su lógica pues permite que el órgano ejecutivo comunitario pueda ejercer sus atribuciones con autonomía y “únicamente en función de los intereses de la subregión.”²⁸ Además, de esta manera se evita al máximo que las controversias que surjan entre Países Miembros deriven en asuntos políticos o diplomáticos que pueden afectar la continuidad del proceso de integración. Respecto de la legitimación de la Secretaría General para acudir ante el Tribunal en ejercicio de la Acción de Incumplimiento, ha dicho esa Corporación lo siguiente:

“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 obligacio-

²⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 43-AI-99.

²⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 43-AI-99.

²⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 43-AI-99.

²⁸ Acuerdo de Cartagena, artículo 29.

nes impuestas a los Países Miembros en virtud del ordenamiento jurídico andino.”²⁹

De lo dicho por el Tribunal se observan varias cosas interesantes: Esa Corporación reconoce su autoridad exclusiva para declarar judicialmente un incumplimiento y agrega que su sentencia es de carácter declarativo, por lo que su incumplimiento deriva en un procedimiento sumario que adelanta el propio Tribunal.

Ahora bien, en el evento en que la Secretaría General no acudiera al Tribunal en ejercicio de la Acción de Incumplimiento dentro de los plazos señalados en el artículo 24 del Tratado de su creación, dicho precepto faculta al País Miembro afectado con el incumplimiento a acudir directamente ante aquella Corporación. Igual ocurre en el caso de las personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro.³⁰

Desde el inicio de la Secretaría General en agosto 1º de 1997³¹, solamente en una oportunidad un País Miembro y un particular han acudido al Tribunal de Justicia directamente, sin que lo hubiera hecho directamente la propia Secretaría General.³²

Cabe destacar que un particular, persona natural o jurídica, puede también acudir a los jueces nacionales en caso de que estime que existe un incumplimiento de la normativa andina.³³ Esta alternativa tiene su razón de ser en el hecho de que las normas jurídicas comunitarias forman parte del ordenamiento jurídico interno de los Países Miembros, y su incumplimiento implica también la transgresión del derecho nacional. Ahora bien, el hecho de que se acuda al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina excluye la posibilidad de demandar también ante los jueces nacionales; ello busca evitar conflictos de jurisdicción y competencia entre los jueces nacionales y el Tribunal comunitario. Acerca de inicio del procedimiento administrativo por incumplimiento, y la legitimación activa para acudir ante el Tribunal,

la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho lo siguiente:

“El procedimiento prejudicial puede iniciarlo *motu proprio* la Secretaría General (Art. 23 del Tratado de Creación del Tribunal), por reclamo interpuesto por los Países Miembros (Artículo 24 ejusdem) o a instancia de las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento (Artículo 25 ibidem). Independientemente de que la iniciativa haya provenido de un País Miembro, de un particular o de la propia Secretaría General, el procedimiento previo se encuentra a cargo de esta última, quien debe proceder a realizar las gestiones conducentes a subsanar el posible incumplimiento.

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 demandado y las causas exonerantes que pudiere haber propuesto la demandada como argumentos de su defensa.”³⁴

En síntesis, el ejercicio de la Acción de Incumplimiento es exclusivo y excluyente de la Secretaría General, en principio, independientemente de si el procedimiento administrativo se inició de oficio, o a solicitud de un País Miembro o de un particular con interés legítimo. Solamente en el evento en que la Secretaría General no acuda al Tribunal en los plazos señalados

²⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 43-AI-99.

³⁰ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 25.

³¹ La Secretaría General reemplazó a la Junta del Acuerdo de Cartagena en virtud de lo dispuesto en el Protocolo de Trujillo suscrito en marzo de 1996.

³² Ver Procesos 80-AI-2000 y 73-AI-2000. Demandas de Colombia y los azucareros colombianos, respectivamente, contra la República de Venezuela por haber adoptado salvaguardias al comercio de azúcar, que los demandantes consideraron contrarias al ordenamiento jurídico andino. En este caso, la Secretaría General no acudió al Tribunal pues determinó la suspensión del proceso de incumplimiento hasta tanto la Comisión de Ministros de Industria y Comercio Exterior se pronunciara acerca de la salvaguardia venezolana, según el procedimiento establecido en los artículos 102 a 104 del Acuerdo de Cartagena. Al momento de terminarse este escrito, el proceso aún continuaba en trámite, y estaba pendiente su acumulación en una sola causa.

³³ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. “Artículo 31.- 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.

³⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 43-AI-99.

en los artículos 24 y 25 del Tratado de su creación, los Países Miembros y los particulares con interés legítimo quedan facultados para acudir directamente al Tribunal en ejercicio de dicha acción.

1.3. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Como se desprende del Tratado de Creación del Tribunal, la finalidad de la Acción de Incumplimiento es obtener de esa Corporación un pronunciamiento en el que ésta acoja o desestime el criterio de la Secretaría General contenido en el dictamen. Sobre este aspecto, el Tribunal ha manifestado lo siguiente:

“Se sostiene que el recurso de incumplimiento tiene un carácter declarativo según se desprende del texto del artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal. Este recurso es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario, pues por su conducto se ejerce el control del comportamiento de los Estados. Es una 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. El Abogado General Mayrás del Tribunal Europeo, estima que el incumplimiento se produce también como consecuencia de que "...un Estado Miembro promulgue o mantenga una legislación o una reglamentación incompatible con el Tratado o con el Derecho Comunitario Derivado". (As. 39/72, Comisión contra Italia, Rec. 1973, página 11).

Una característica que distingue la Acción de Incumplimiento y la hace particularísima frente a las reglas que han sido admitidas en el derecho internacional clásico para asegurar las obligaciones de los Estados, es la de que, en el ámbito comunitario, el ejercicio de la acción para declarar las infracciones de los Estados no está circunscrito únicamente a los Estados mismos, sino que puede asignarse a un órgano comunitario, como es la Junta del Acuerdo de Cartagena, con la misión de ejercer las funciones de "Guardián de los Tratados", como se desprende del artículo 15, literal a) del Acuerdo de Cartagena.”³⁵

En el caso que el Tribunal encuentre que efectivamente existe un incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, el País Miembro contra el que se dirigió la acción quedará “obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.”³⁶ Agrega, sobre este aspecto el Tratado del Tribunal que:

“Si dicho País Miembro no cumpliera la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el País reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso.”³⁷

Han sido pocos los casos en los cuales el Tribunal ha resuelto imponer este tipo de sanciones para lograr el cumplimiento coercitivo de la sentencia.³⁸ No se profundiza más en este punto por ser materia que en extenso debe analizarse en otro estudio.

Cabe destacar que el Tratado del Tribunal prevé que si la parte demandante lo estima, previo afianzamiento si esa Corporación lo estima necesario, puede solicitar al Tribunal que ordene la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora del ordenamiento jurídico andino, en el caso que ella cause o pudiera causar al demandante o a la Subregión perjuicio irreparables o de difícil reparación.³⁹ Esta figura aún no ha sido autorizada por el Tribunal en ninguna oportunidad.

Finalmente, cabe mencionar que conforme lo indica el artículo 30 del Tratado del Tribunal “La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.” Esto significa que una vez se emite una sentencia de incumplimiento, la misma constituye título legal para que quien ha sufrido daños y perjuicios por la conducta de un País Miembro pueda acudir ante los jueces correspondientes para obtener la indemnización en dinero a que hubiera

³⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 3-AI-96.

³⁶ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 27, inciso 1º.

³⁷ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 27, inciso 2º.

³⁸ Hasta la fecha el Tribunal ha impuesto sanciones a los siguientes países: una a Colombia (Proceso 3-AI-97: Restricciones al ingreso de licores procedentes del Ecuador); una a Ecuador (Proceso 1-AI-96: Otorgamiento de patentes en contravención al ordenamiento jurídico andino). Estas dos sanciones se encuentran vigentes al momento escribirse este artículo. También ha impuesto dos sanciones a Venezuela (Proceso 1-AI-97: Restricciones al ingreso de ajos peruanos. Proceso 3-AI-98: Restricciones al ingreso de café tostado colombiano) Estas sanciones impuestas a Venezuela han sido levantadas por el Tribunal por acatamiento de la sentencia.

³⁹ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 28.

lugar. Hasta ahora no se tiene conocimiento de la utilización de esta importante figura contra algún País Miembro vencido en un proceso de incumplimiento.

1.4. Incumplimiento flagrante, incumplimiento objetivo y demás incumplimientos

Hasta ahora, se puede hablar de tres categorías de incumplimientos reconocidas expresamente, según se desprende de la normativa andina y de la jurisprudencia del Tribunal: El incumplimiento flagrante, el incumplimiento objetivo y los demás incumplimientos que no tiene una denominación específica.

El incumplimiento flagrante está definido expresamente por la Decisión 425:

“Artículo 57.- Se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por la Secretaría General, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales la Secretaría General se hubiere pronunciado con anterioridad.”

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dicho acerca del incumplimiento flagrante lo siguiente:

“La aceptación de un País Miembro sobre un incumplimiento o la deducción clara de una actitud de tal incumplimiento, ha conducido a que este Tribunal, el Europeo y la propia Secretaría General, traten de lo que es el "incumplimiento flagrante", figura prevista en las reformas al Tratado de creación del Tribunal (...).

(...) En el fallo referido el Tribunal Europeo se pronunció sobre lo que puede calificarse de "incumplimiento no discutido".

(...) El "incumplimiento no discutido", puede asimilarse con el mismo alcance, a lo que el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, (Decisión 425, publi-

cada en la G.O. Número 314 de 18 de Diciembre de 1997) define como el incumplimiento "flagrante", y será tal cuando "éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por la Secretaría General, inclusive cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales la Secretaría General se hubiere pronunciado con anterioridad."⁴⁰

De otra parte, el incumplimiento objetivo es aquél que se deriva de la simple comparación de una medida adoptada por un País Miembro con el ordenamiento jurídico andino, y que arroja como resultado una transgresión que resulta evidente. Sobre este incumplimiento ha dicho el Tribunal:

“Este Tribunal, dentro del tantas veces referido proceso 3-AI-96, hizo mención al "incumplimiento objetivo", agregando ahora que "para cuya determinación basta la simple confrontación de los actos mandatorios de la Junta contenidos en las Resoluciones mencionadas", es decir, el que se aprecia por la simple lectura y análisis de los hechos inculcados de incumplimiento y el derecho violado."⁴¹

Los demás incumplimientos en general, son todas las conductas dictaminadas como tales por la Secretaría General que no quedan comprendidas en las categorías de incumplimiento flagrante o incumplimiento objetivo, pero revisten la misma importancia.

2. OBLIGACIÓN DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE CUMPLIR CON LOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS EN EL MARCO DEL ACUERDO DE CARTAGENA

Las obligaciones de los Países Miembros tienen su fuente en el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena⁴².

Si se hace una especie de pirámide normativa andina, puede decirse que existe un primer conjunto de normas que están en la cúspide de la pirámide y a las cuales deben estar sometidas las demás normas que

⁴⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 2-AI-97.

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 1-AI-97.

⁴² Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: "Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:

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.”

sean adoptadas por las autoridades comunitarias que tienen la capacidad para adoptar otro tipo de disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico andino. Estas son: el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificatorios e instrumentos adicionales, y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos modificatorios e instrumentos adicionales.

Estos tratados son las normas que el Tribunal ha denominado derecho primario, que son las normas que son adoptadas a través de acuerdos que cumplen con todas las formalidades propias de los tratados internacionales, le dan vida al propio Acuerdo de Cartagena y establecen sus objetivos y los mecanismos para cumplir con los mismos.

Un segundo nivel, que puede ser llamarlo nivel legislativo, dentro de la pirámide normativa andina, están las decisiones que adopta el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y las decisiones que adopta la Comisión de Ministros de Comercio Exterior e Industrias de los cinco Países Miembros. Estos órganos, en el ámbito de sus competencias adoptan decisiones que deben estar en todo momento sometidos al Acuerdo de Cartagena y al Tratado de Creación del Tribunal por tratarse de normas jurídicas comunitarias de derecho derivado o secundario; de lo contrario, puede ejercerse la acción de nulidad⁴³ contra estas decisiones por violar el ordenamiento jurídico superior al que deben estar sometidas.

También existe una categoría especial de resoluciones que forman parte de este segundo nivel, que son las resoluciones de la Secretaría General en los casos en que éstas que desarrollan directamente normas del Acuerdo de Cartagena, como por ejemplo aquellas que califican como restricciones y gravámenes al comercio.⁴⁴

En la parte de abajo, en el tercer nivel del ordenamiento jurídico andino, hay dos tipos de normas, las demás resoluciones de la Secretaría General que reglamentan a su vez decisiones del Consejo de Cancilleres o decisiones de la Comisión y que son reglamentos de carácter general, abstracto, personal que expide dicha Secretaría cuando recibe esas facultades reglamentarias; o las resoluciones de la Secretaría General que resuelven situaciones de carácter particular, singular y concreto, como aquellas que contienen los pronun-

ciamientos a través de los cuales la Secretaría dictamina si la conducta de un País Miembro corresponde o no a un incumplimiento del ordenamiento jurídico andino. También están al mismo nivel de estas resoluciones los denominados convenios de complementación en el sector industrial.

Dichos convenios de complementación del sector industrial son acuerdos que pueden celebrar dos o más Países Miembros y tienen por finalidad fortalecer determinados sectores de la industria, dentro del marco del Acuerdo de Cartagena y de las demás normas que forman parte del Ordenamiento Jurídico Andino. En la actualidad solamente existen un convenio de complementación en el sector industrial: El convenio automotor suscrito por Venezuela, Colombia y Ecuador y que tiene por finalidad favorecer la industria de estos Países Miembros, fortalecer el intercambio comercial y fortalecer el mercado andino precisamente en el sector industrial.⁴⁵

Cuando existe contradicción entre una norma comunitaria y una interna, no necesariamente debe derogarse la norma interna, pero sí se aplica para resolver el caso concreto, la norma jurídica andina en prevalencia a la norma interna, en virtud de los principios de aplicación directa y de los efectos inmediatos que se analizarán más adelante. De acuerdo con dichos principios, una vez adoptada una decisión o emitida una resolución, esas normas una vez publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, automáticamente entran a formar parte del ordenamiento jurídico boliviano, colombiano, ecuatoriano, peruano y venezolano, pues no requieren ningún instrumento adicional para su incorporación, a menos que expresamente así se convenga en la norma comunitaria.

4.1. Obligaciones de hacer y de no hacer

Resulta oportuno recordar lo dicho por las normas andinas en materia de cumplimiento de obligaciones pactadas por los Países Miembros. El artículo 4º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia dispone lo siguiente:

“Artículo 4.- 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.

⁴³ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículos 17 a 22.

⁴⁴ Acuerdo de Cartagena, Capítulo V sobre Programa de Liberación.

⁴⁵ Convenio de Complementación en el Sector Automotor publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 483 del 17 de septiembre de 1999.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

El artículo 4º antes citado establece para los Países Miembros obligaciones de hacer y de no hacer. Ello tiene su fundamento en los principios de prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho interno, la aplicación directa y los efectos inmediatos de las normas jurídicas andinas. El fundamento legal de estos principios se desprende del artículo 1º del Tratado de Creación del Tribunal, que como ya se indicó, establece cuáles son las normas que comprende el ordenamiento jurídico andino. Acerca de las obligaciones de hacer y de no hacer de los Países Miembros, ha dicho el Tribunal:

“Estos principios o características del derecho comunitario se materializan en el artículo 4º del tratado Fundacional cuando su texto impone a los países que integran la Comunidad Andina las dos obligaciones básicas de "hacer" y de "no hacer" a que él se refiere.

Por la primera de las obligaciones citadas, los Países Miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean de tipo legislativo, judicial, ejecutivo, administrativo o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda, deben abstenerse de adoptar toda medida, o de asumir cualquier conducta que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento. Por lo demás, lo dicho abarca también los niveles regionales y descentralizados del estado y, por supuesto, a los particulares nacionales de dichos Estados, quienes también son sujetos de tal ordenamiento en las materias que lo conforman.

Debe precisarse, así mismo, que las obligaciones previstas en el artículo 4º del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1º del mismo Tratado. De donde se concluye que bien sea que se trate de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, deben por igual ser respetadas y acatadas tanto por lo organismo y funcionarios de la Comunidad como, y sobre todo, por los Países Miembros.”⁴⁶

4.2. Principios de prevalencia (supremacía o preeminencia), aplicación directa y efectos inmediatos en la jurisprudencia andina

Los principios de prevalencia, aplicación directa y efectos inmediatos también se sustenta en los artículos 2º y 3º del mismo Tratado que disponen lo siguiente:

“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.”

De la misma manera, el artículo 15 de la Decisión 425 al referirse a las resoluciones de la Secretaría General señala que:

“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.”

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha referido a las obligaciones de los Países Miembros respecto de los principios de prevalencia, aplicación directa y efectos inmediatos. Ha dicho esa Corporación:

“Preeminencia de la Norma Comunitaria.- Algunos autores hacen derivar la preeminencia o prevalencia del efecto directo (Muñoz Machado, Santiago, "Principios de Articulación de las Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Interno y las Garantías Constitucionales para su aplicación Efectiva", en "Tratado de Derecho Comunitario Europeo", obra citada, páginas 503 y ss) y definen a aquella como la 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.

⁴⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 43-AI-99.

La base jurisprudencial de la doctrina está dada por la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 15 de julio de 1964 en el caso **Costa/Enel**, según el cual "...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".

Este Tribunal Comunitario 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 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.

El Tribunal Andino en la sentencia relacionada con el Proceso 2-IP-88, advierte que el derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: "tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias".⁴⁷

De otra parte, acerca del principio de aplicación directa, ha dicho el Tribunal, recordando la jurisprudencia y doctrina europeas:

"Aplicabilidad Directa.- 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 tiene efectos en el orden interno, sin requerirse su incorporación al derecho nacional por acto interno y 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".

En el área europea el principio de la aplicabilidad directa es reconocida a partir de la sentencia **Van Gend & Loos**, 1963, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y precisado en la sentencia **Simmmenthal**, 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 **fuerza inmediata de derechos y obligaciones** para todos aquellos a quienes

⁴⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 3-AI-96.

afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario...".⁴⁸

En esa misma sentencia, al referirse al principio de aplicación directa en la Comunidad Andina, dijo el Tribunal:

"Este principio ha sido recogido también por los Presidentes Andinos al reiterar "la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión". (Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, mayo 18 de 1991).

En la Comunidad Andina la aplicación directa del derecho comunitario se deriva tanto de la norma positiva como de la jurisprudencia (...).

En la sentencia de 10 de junio de 1987, este Tribunal expresó que "ha de tenerse en cuenta además, que 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 Organos 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". (Gaceta Oficial 21, de 15 de julio de 1987, Proceso 2-N-86)."⁴⁹

Respecto al principio de efectos inmediatos, ha dicho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

"Efecto Directo.- 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. En otras palabras que sus efectos "generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales", permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.

Dámaso Ruiz-Jarabo, al tratar este punto dice 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".

R. Lecourt, Ex Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas definió este principio, diciendo 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" (Dámaso Ruiz-Jarabo, Obra "El Juez Nacional como Juez Comunitario", página 53).

Entre el principio de la aplicabilidad directa y del efecto directo existe una conexión estrecha: la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los Países Miembros tiene como efecto inmediato que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales.

En conclusión, las Resoluciones de la Junta de acuerdo a las normas comunitarias, a la doctrina y Jurisprudencia de este Tribunal, al pasar a formar parte del ordenamiento jurídico andino, son 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."⁵⁰

Es clara la jurisprudencia del Tribunal al edificar las obligaciones de hacer y de no hacer de los Países Miembros en los principios de prevalencia, aplicación directa y efectos inmediatos.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES DE LA SECRETARÍA GENERAL QUE CONTIENEN DICTÁMENES DE INCUMPLIMIENTO CONTRA LOS PAÍSES MIEMBROS

Según el criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las resoluciones de la Secretaría General que contienen dictámenes de incumplimiento son actos administrativos de trámite que no ponen fin a

⁴⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 3-AI-96.

⁴⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 3-AI-96.

⁵⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 3-AI-96.

una determinada actuación, sino que contienen opiniones prejudiciales en torno al incumplimiento de un País Miembro, que puede ser acogido o no por el Tribunal. En ese sentido, tampoco son susceptibles de demanda en ejercicio de la acción de nulidad ante dicha Corporación. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal ha señalado que:

“La Junta⁵¹ está llamada a exigir por sí o mediante proceso judicial ante el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, la supresión formal e inmediata de las disposiciones nacionales incompatibles con el ordenamiento jurídico comunitario, por elementales consideraciones de seguridad jurídica del sistema y como resultado de la aplicación del efecto directo y de la primacía del derecho comunitario sobre el orden jurídico nacional, como se anota en el punto VI de esta sentencia.

La jurisprudencia internacional sólo acepta como excepciones previas que puedan interponerse en la fase judicial por el Estado demandado, los defectos de trámite que consistan en la ausencia de motivación del dictamen o la falta de identidad entre las observaciones de la Junta y del Dictamen. No reconoce la doctrina o la jurisprudencia posibilidad de que en la acción autónoma de incumplimiento pueda decretarse la nulidad por vicios de ilegalidad en las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, ya que éstas pueden ser objeto de un recurso distinto contemplado en los artículos 17 a 22 del Tratado del Tribunal. Mal podría admitirse que los incumplimientos de las obligaciones del Tratado estuvieran justificados sobre la base de probables irregularidades en la actuación de los órganos administrativos del Acuerdo, sin que antes se desvirtuara por la vía de la acción de nulidad, la presunción de legalidad de los actos de la administración comunitaria.”⁵²

En una sentencia más reciente, el Tribunal precisó su criterio indicando lo siguiente:

“Al respecto, el Tribunal considera oportuno ratificar la jurisprudencia expuesta en la sentencia del 2 de febrero del año 2000 (Proceso 24-AN-99 Acción de Nulidad interpuesta por la Compañía New Yorker S.A. contra las Resoluciones Nos: 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), en lo relativo a la inimpugnabilidad, por la vía del recurso de anulación, de los dictámenes de incumplimiento proferidos por la Secretaría

General. Así, en dicha ocasión este órgano judicial expresó:

“(…) resulta claro para El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que los dictámenes emitidos por la Secretaría General no son susceptibles de acciones de nulidad tendientes a que el juez comunitario decida acerca de su legalidad, toda vez que tanto por su naturaleza como por los objetivos que persigue dicho instituto jurídico, deben ser apreciados por la instancia judicial únicamente dentro del correspondiente juicio derivado de la acción de incumplimiento que ante ella se ventile. El País Miembro afectado por el dictamen de incumplimiento, o en su caso el particular interesado, tienen siempre la oportunidad procesal de discutir, cuestionar y oponerse al dictamen de incumplimiento emitido por la Secretaría General alegando ante El Tribunal dentro del proceso que se adelante con ocasión de la Acción de Incumplimiento tanto inconformidades por razones de forma como por motivos materiales o de fondo. Igualmente es obligación del Tribunal cuando quiera que deba apreciar un dictamen de incumplimiento realizar, con base en las reglas de la sana crítica y de los poderes del juez, un análisis profundo del mismo, para determinar si lo acoge o lo desestima. (...)”

Observa el Tribunal que el dictamen de incumplimiento, conforme se desprende de las normas del Tratado de Creación de este Tribunal, constituye un presupuesto procesal para iniciar una acción de incumplimiento y su finalidad no es otra que formalizar la posición de la Secretaría General en torno a una conducta contraventora del ordenamiento jurídico comunitario por parte de un País Miembro, con la finalidad de requerirle a éste que ponga fin al incumplimiento, y así evitar una fase contenciosa ante el Tribunal.

En efecto, la fase administrativa previa a la acción de incumplimiento concluye con un “dictamen...el cual deberá ser motivado” (artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal), en el que se expresarán las razones que hayan llevado a la Secretaría General a la convicción de que un País Miembro ha quebrantado las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico andino; se fijará un plazo para poner fin a la contravención; y, cuando sea procedente, se indicarán los medios adecuados para restablecer la normativa comunitaria. El dictamen de incumplimiento, aunque se asemeja a una decisión motivada, no es materialmente Resolución, y, por tanto, no forma parte de las

⁵¹ Hoy Secretaría General de la Comunidad Andina.

⁵² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 3-AI-96.

consagradas Resoluciones como tales por el artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es decir de las solas susceptibles de impugnación a través de la acción de nulidad.

Las impugnaciones que un País Miembro -demandado en un proceso por incumplimiento- pudiere efectuar respecto de las consideraciones o motivos que la Secretaría General haya formulado en el Dictamen, únicamente pueden ser valoradas por el Tribunal dentro de la respectiva acción de incumplimiento, pero no a los fines de declarar la anulación o la invalidez de ese acto jurídico comunitario, sino con el objetivo de constatar y declarar con autoridad de cosa juzgada el demandado -y previamente dictaminado- incumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento andino a los Países Miembros.”⁵³

Esta Resolución de la Secretaría General es un acto administrativo, que forma parte de esta pirámide normativa a la que hacemos referencia, con una características muy particulares según a señalado la jurisprudencia del Tribunal, recogiendo en parte el criterio de las comunidades europeas y es que el contenido material de ese pronunciamiento es una opinión calificada de la Secretaría General, sobre la situación de cumplimiento o de incumplimiento por parte de un país miembro del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Siguiendo el criterio del Tribunal, el dictamen de incumplimiento de la Secretaría General al ser una opinión calificada no es un acto administrativo definitivo sino un acto administrativo que puede considerarse de trámite porque sobre él una vez el Tribunal conozca el caso en ejercicio de incumplimiento, va a determinar definitivamente y judicial si existe o no existe ese incumplimiento. El autor no comparte este criterio, pues a su juicio la Resolución de la Secretaría General es un acto administrativo que pone fin a una actuación a través de la cual se concluyó administrativamente si existe o no un incumplimiento; criterio que posteriormente es avalado o declinado por la autoridad judicial, en este caso el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En ese sentido, dicha Resolución es susceptible de demanda en ejercicio de la acción de nulidad.

Ahora bien, el hecho de que sea una opinión calificada de la Secretaría General y el acto administrativo no sea calificado como definitivo, no exime al País Miembro al que se le declaró el

incumplimiento de cumplir con sus obligaciones andinas, porque la Decisión 425 establece que en la Resolución además de determinar si existe ese incumplimiento, debe señalar las normas jurídicas andinas infringidas y un plazo que no debe exceder de 30 días para que levante la medida. De todas maneras ese acto administrativo, siendo de trámite goza de presunción de legalidad y debe ser cumplido por el País Miembro.

4. CONCLUSIONES

- El papel de la Secretaría General y del Tribunal en ejercicio de su jurisdicción y de sus competencias ha sido sumamente importante para fortalecer desde el punto de vista jurídico el proceso de integración andino.
- Existe un verdadero procedimiento administrativo de incumplimiento que se adelanta por la Secretaría General con plenos poderes para investigar formal y materialmente la conducta de un País Miembro.
- Se observa que las normas andinas y la jurisprudencia del Tribunal, si bien otorgan poderes a la Secretaría General, también establecen preceptos y criterios para rodear de plenas garantías el procedimiento administrativo por incumplimiento, tales como el debido proceso, el principio de publicidad, transparencia, economía, celeridad, eficacia. Por ello debe observar plena congruencia en cada una de las etapas del procedimiento administrativo, incluida la demanda ante el Tribunal.
- Por ello mismo, los dictámenes de la Secretaría General deben estar debidamente motivados y sujetos al ordenamiento jurídico superior. En ese sentido, una vez resueltas las impugnaciones del caso, o vencido el plazo para presentarlas, las resoluciones que contienen dictámenes de incumplimiento son actos administrativos definitivos que gozan de presunción de legalidad, de presunción de ejecutoriedad y por ello deben ser plenamente acatados por los Países Miembros dentro del plazo que fija la Secretaría General.
- La sentencia del Tribunal puede acoger o no el criterio de la Secretaría General. En caso de que lo acoja, emite un fallo declarativo que obliga al País Miembro vencido a cumplirlo, so pena de

⁵³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 46-AI-99.

que se aprueben sanciones comerciales en su contra.

- Los Países Miembros están comprometidos expresamente a cumplir con las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico andino, en

virtud de los principios de prevalencia, aplicación directa y efectos inmediatos. Si dichas obligaciones no se cumplen, se pone en juego la institucionalidad andina y la existencia y eficacia del sistema de solución de controversias comunitario.
