

Mecanismos de solución de controversias de CAN y Mercosur

María Fernanda Navas Iturralde*

Sumario

Tanto la Comunidad Andina como el Mercado Común del Sur, organismos de integración sudamericanos, cuentan con mecanismos de solución de controversias, ahora bien, la naturaleza de ellos varía dando lugar a que en el primer caso estemos ante la presencia de un Tribunal jurisdiccional supranacional y en el segundo caso ante instancias arbitrales intergubernamentales.

Marco teórico

El derecho comunitario es un ordenamiento jurídico nuevo basado en la cesión de cuotas de soberanía por parte de los Estados en favor de una comunidad integrada por órganos autónomos e independientes.

En este sentido, la estructura institucional de un sistema de integración es un parámetro fundamental a fin de definir si estamos ante la presencia de un ente comunitario supranacional o uno intergubernamental.

Adicionalmente, la presencia de un órgano jurisdiccional encargado de velar por el cumplimiento del derecho comunitario garantiza la seguridad jurídica y además permite un activismo judicial, imprescindible en la evolución de este derecho cuyo origen es esencialmente pretoriano.

Introducción

La historia de Sudamérica no es sino la misma que el resto de Latinoamérica, naciones en construcción luego de complejos procesos de independencia. Ejemplos como el de la Gran Colombia muestran la intención de los próceres que los países se integren, sin embargo, estos ideales se han visto constantemente abatidos por retrocesos y un difícil manejo de las asimetrías, pero también se han dado avances y sobre todo interesantes propuestas que contribuyen al estudio de las estructuras de los procesos de integración.

El 26 de mayo de 1969 Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú

* Segunda Secretaria del Servicio Exterior. Actualmente presta servicios en la Embajada del Ecuador en Costa Rica

suscribieron el Acuerdo de Cartagena con el “propósito de mejorar, juntos, el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social”, surge así el Pacto Andino, que posteriormente habría de transformarse en la Comunidad Andina (CAN).

Durante los primeros 10 años del proceso de integración se conformaron todas las instituciones de la CAN, en 1973 se adhirió Venezuela pero posteriormente se retiró del organismo al igual que Chile, de manera que en este momento la integran cuatro países.

Años más tarde surge la propuesta del Mercado Común del Sur (Mercosur) en un contexto en el que algunos de los países del cono sur retornaban a la democracia luego de varios años de dictaduras, nace fundamentalmente por iniciativa de Brasil y Argentina. Actualmente está conformado por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay, la República Oriental del Uruguay, la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia (en proceso de adhesión).

I. Mercosur

1.1.- Marco normativo del mecanismo de solución de controversias de Mercosur

El tratado constitutivo de Mercosur es el Tratado de Asunción suscrito el 26 de marzo de 1991, docu-

mento que fija como gran objetivo ampliar la dimensión de los mercados nacionales a través de la integración. Al ser un tratado marco enuncia los propósitos y principios del Mercosur; define su estructura orgánica; determina su vigencia —por tiempo indefinido— y contempla la posibilidad de denuncia unilateral.

Contiene cinco anexos que regulan un “Programa de Liberación Comercial” (Anexo I); un “Régimen General de Origen” (Anexo II); la “Solución de Controversias” (Anexo III); “Cláusula de Salvaguardia” (Anexo IV) y que establecen “Subgrupos de Trabajo del Grupo Mercado Común” (Anexo V).

El tratado marco, al perseguir un objetivo esencialmente económico, no contempló una estructura comunitaria de sus órganos sino una eminentemente intergubernamental. Es más, no es sino hasta el Protocolo de Ouro Preto en donde se termina de definir la estructura jurídica de Mercosur.

En lo atinente a la solución de controversias, el anexo III fue reemplazado por el Protocolo de Brasilia suscrito el 17 de diciembre de 1991 y posteriormente por el Protocolo de Olivos, firmado el 18 de diciembre de 2002 y vigente desde el 1 de enero de 2004. Ahora bien, ni el Protocolo de Olivos crea un órgano propiamente jurisdiccional sino que en primer lugar enuncia mecanismos de solución de controversias propios del derecho internacional público como la nego-

ciación, atribuye al Grupo de Mercado Común la posibilidad de conocer controversias cuando no existieran resultados de la negociación y finalmente la posibilidad de recurrir a un Tribunal Arbitral ad hoc.

Las innovaciones que incorporó el Protocolo de Olivos son en primer lugar la creación de un Tribunal Permanente de Revisión y la atribución de jurisdicción tanto contenciosa como consultiva a dicho tribunal, sin embargo, esta última atribución no fue definida en su totalidad, dejando abierta la posibilidad de que un reglamento ulterior definiera sus alcances y procedimientos.

No obstante estas positivas innovaciones, el Protocolo de Olivos deja abierta la posibilidad de elegir el foro, en efecto, el párrafo 2 del artículo 1 incorpora una opción de foro excluyente, no contemplada en el Protocolo de Brasilia, esta disposición supone que el elegir el procedimiento regional impide acceder al multilateral y viceversa. En la práctica esto ha dado lugar a una mayor importancia de la OMC por sobre la instancia regional, sin embargo, esta opción de foro no sólo se refiere a la OMC sino a cualquier otro esquema preferencial de comercio del que sean parte individualmente los Estados miembros del Mercosur.

1.2.- Organización del Tribunal y procedimiento

Conforme lo señalado en el punto anterior, no existe un Tribunal

Jurisdiccional en Mercosur sino un tribunal arbitral ad hoc. Este tribunal está integrado por tres árbitros, dos designados por cada Estado parte en la controversia de una lista de árbitros inscritos en la Secretaría Administrativa de Mercosur. El tercer árbitro, quien funge como presidente, no debe tener la nacionalidad de ningún Estado miembro, es nombrado de mutuo acuerdo entre las partes, de no ser posible se establece por sorteo entre aquellos que integran la lista de árbitros no nacionales preestablecida según el Protocolo de Olivos.

Respecto de la resolución dictada por el Tribunal Arbitral cabe un recurso de revisión el mismo que es presentado a un Tribunal Permanente de Revisión.

El Tribunal Permanente de Revisión está integrado por cinco árbitros designados uno por cada Estado parte del Mercosur y duran en sus funciones un periodo de dos años, renovable por un periodo más. De esta manera, a diferencia del Tribunal Arbitral ad hoc, el Tribunal de Revisión es permanente, ello no quiere decir que funcione de manera ininterrumpida sino que, una vez aceptada su designación, los integrantes del tribunal deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando sean convocados.

El Tribunal Permanente de Revisión podrá confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral

Ad Hoc de manera que viene a constituir en una especie de segunda y última instancia toda vez que el laudo del Tribunal Permanente de Revisión será definitivo e inapelable y prevalecerá sobre el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc.

Los laudos del Tribunal Permanente de Revisión serán obligatorios únicamente para los Estados partes en la controversia y tendrán con relación a las partes fuerza de cosa juzgada, su efecto por lo tanto es inter partes.

Igual podemos decir respecto de los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc son obligatorios exclusivamente para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada.

Ahora bien, qué sucede en caso de incumplimiento de los laudos, en este caso el Protocolo faculta al Estado afectado por dicho incumplimiento iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo.

El Estado parte beneficiado por el laudo procurará, en primer lugar, suspender las concesiones u obligaciones equivalentes en el mismo sector o sectores afectados. En el caso que considere impracticable o ineficaz la suspensión en el mismo sector, podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector, debiendo

indicar las razones que fundamentan esa decisión.

Las medidas compensatorias a ser tomadas deberán ser informadas formalmente por el Estado parte que las aplicará al Estado parte que debe cumplir el laudo. Es decir, no existe un procedimiento de ejecución de sentencias en el marco del propio Tribunal, sino que se deja a los Estados la facultad de tomar medidas basadas exclusivamente en el principio de reciprocidad, propio del Derecho Internacional (art. 31 Protocolo de Olivos).

Cabe anotar que el Protocolo admite que particulares (personas físicas o jurídicas) acudan a los Tribunales con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación de las normas de Mercosur.

Sobre la base del Protocolo de Brasilia se dictaron 10 laudos arbitrales, mientras que sobre la base del Protocolo de Olivos hasta la fecha se han emitido 6 laudos del Tribunal de Revisión, 2 laudos de Tribunales ad hoc, 3 opiniones consultivas y 4 resoluciones (www.Mercosur.int información al 12/08/2014).

Análisis jurisprudencial y materia de los laudos arbitrales

La materia de los laudos es mayoritariamente sobre conflictos comerciales, a saber, medidas de efecto

equivalente, salvaguardas, antidumping, etc. Sin embargo, uno de los laudos va más allá de estos temas y entra a examinar las facultades de los órganos de Mercosur, así en el Laudo 01/2012 Paraguay se refiere a la suspensión de su participación en los Órganos del Mercado Común del Sur (Mercosur) y la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno.

Paraguay cuestiona la legitimidad de los Jefes de Estado para adoptar decisiones obligatorias en razón de que las cumbres presidenciales no constituyen ni integran los órganos del Mercosur.

La parte demandante señala además que la incorporación de Venezuela a Mercosur no cumplió la normativa regional ante la falta de unanimidad requerida para la toma de decisiones según el art. 20 del Tratado de Asunción.

Alega que las demás instancias a las que se podrían recurrir dentro del sistema de solución de controversias del Mercosur quedarían excluidas a raíz de los efectos de la suspensión e imposibilidad de participación de los representantes de Paraguay en los órganos que deben intervenir para conformar el procedimiento. Considera que en esta situación el Tribunal de Revisión tendría competencia para conocer la controversia suscitada.

La contestación, presentada en forma conjunta por Argentina, Brasil y Uruguay, plantea como primera

cuestión preliminar la incompetencia *ratione materiae* del Tribunal en razón de la naturaleza política de la decisión de suspender a Paraguay, que por lo tanto no pertenece al ámbito comercial respecto del cual puede conocer el sistema de solución de controversias de Mercosur.

Afirman que Paraguay no demostró haber intentado negociaciones directas, que los demandados no prestaron consentimiento para iniciar el acceso directo al Tribunal y que este no es competente para dirimir conflictos que resulten de la aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el Mercosur, razón fundamental para la exclusión de Paraguay de los organismos del Mercado del Sur.

Si bien no es materia de nuestro análisis el de la democracia como legitimidad del derecho comunitario, es interesante anotar que los demandantes alegaron que el compromiso democrático está por sobre el conjunto normativo regional, porque la legitimidad de ese conjunto deriva de la vigencia de las instituciones democráticas en los Estados parte. Sin el compromiso democrático, no habría Tratado de Asunción, Protocolo de Olivos ni Mercosur.

Finalmente, los países demandantes alegaron que la “estructura normativa del Mercosur no crea un orden supranacional que pueda sustituir la voluntad soberana de los Estados que lo componen, la que se manifiesta también en los tratados

internacionales que suscriben y en las decisiones adoptadas en su consecuencia”.¹

El Tribunal concluyó que la jurisdicción del sistema de solución de controversias *Ratione materiae* se conforma sobre controversias entre los Estados partes referidas a la interpretación o incumplimiento de la normativa Mercosur y que por lo tanto nada impedía al Tribunal conocer sobre temas derivados de la aplicación del Protocolo de Ushuaia en la medida en que afecten o puedan afectar derechos y obligaciones de cualquiera de los Estados parte.

“Desde esta óptica, no se puede hablar de ‘falta de vocación’ del sistema para solucionar controversias más allá de la esfera comercial. La legitimidad del sistema se fundamenta en la contribución a la estabilidad, en la medida en que avanza el proceso de integración, en sus diversas esferas. Esta legitimidad debe ser apreciada conforme al texto acordado en el PO (Protocolo de Olivos) por los Estados Parte, el cual no excluye *a priori* el análisis de cualquier tipo de controversia en el marco normativo del Mercosur.”

A pesar de estos argumentos, el Tribunal determinó que no es posible sustituir la voluntad de los Estados ya que es imprescindible el acuerdo entre las partes para el acceso directo al Tribunal. Es decir, el consentimiento de las partes configura con-

dición fundamental para el ejercicio de la legitimidad jurisdiccional del Tribunal Permanente de Revisión, no obstante, sentó un precedente interesante sobre las competencias del mismo.

1.3.- Naturaleza Jurídica

Lo estudiado en el punto anterior nos permite llegar a las siguientes conclusiones preliminares:

1.- La ausencia de un tribunal con facultad de emitir sentencias que constituyan precedentes jurídicos, en particular por el efecto inter partes de los laudos que, como es lógico suponer, no se aplica a los demás Estados miembros de Mercosur.

2.- La constitución del tribunal arbitral es precedida por negociaciones directas propias de la resolución de conflictos del derecho internacional público, algo similar a lo que existe en la OMC, foro multilateral al que el propio Protocolo considera opcional en detrimento del foro regional.

3.- La falta de obligatoriedad del Tribunal; es más, el Protocolo establece un mecanismo singular y bastante curioso para el cumplimiento de las resoluciones, que es dejar al Estado beneficiado por el laudo, tomar medidas por sí mismo para presionar al Estado que ha incumplido; estamos entonces ante supuestos de reciprocidad propios del derecho internacional público

1 Laudo arbitral disponible en http://www.mercosur.int/innovaportal/file/375/1/laudo_01_2012_es.pdf Información al 12/08/2014

más no del derecho comunitario, ello sin mencionar la desventaja de esta virtual Ley del Talión para los países más pequeños.

4.- La ausencia de control de legalidad; de esta forma, la anulación de los actos del Mercosur, GMC (Grupo Mercado Común) o CMC (Consejo Mercado Común), solo podría producirse con motivo de una controversia. Es más, esta anulación, por tratarse de un tribunal arbitral ad hoc, en ningún caso podrá tener un efecto derogatorio del orden jurídico antes mencionado.

5.- No existe aplicación directa de las resoluciones de Mercosur, ejemplo típico de ello es que la Decisión del Consejo del Mercado Común No. 1/91, que aprueba el Protocolo de Solución de Controversias (Protocolo de Brasilia), fue sometida, en los cuatro países miembros, al trámite interno de aprobación de los tratados, lo que demuestra que la práctica política y diplomática de los Estados partes no ha avanzado en dirección de establecer mecanismos de índole supranacional.

6.- Este escenario es explicable en gran parte por la inexistencia de normas en las constituciones de algunos de los países miembros que permitan la supranacionalidad, es decir, no todas las constituciones de los cuatro países fundadores de Mercosur tienen cláusulas habilitantes para la creación de comunidades de Estados con un ordenamiento jurídico propio.

Para Daniel Alberto Sabsay “La base intergubernamental constituyó una de las notas esenciales que permitió que se diera nacimiento al Mercosur. Todo cambio que se le desee efectuar a este aspecto tan crucial del sistema necesita de una modificación jurídica profunda que compromete la revisión del Tratado de Asunción. La misma genera serios temores de que se avance hacia la temática de la supranacionalidad, en particular de parte del Brasil, gran socio de la coalición. Tal es así que en el lenguaje de los negociadores se ha preferido emplear el término transnacional, en lugar de supranacional, en la convicción de que este último importa una clara pérdida de soberanía nacional no querida. Aclarado pues que el Mercosur conlleva un proceso de integración de características limitadas al campo de lo intergubernamental, debe necesariamente deducirse de ello, que ninguna de las normas que le dan sustento, producen una transferencia de atributos propios de la soberanía estatal a favor de una estructura ubicada por encima de los gobiernos de los estados parte” (Sabsay, 1999).

II. CAN

2.1.- Marco normativo del mecanismo de solución de controversias de la Comunidad Andina

A diferencia de Mercosur, el mecanismo de solución de controversias de la CAN nace en el propio

acuerdo constitutivo de dicho organismo, es decir, los Estados miembros decidieron crear en el Acuerdo de Cartagena un órgano jurisdiccional como parte del Sistema de Integración (arts. 6, 40, 41, 47 y 49).

Ahora bien, las competencias del Tribunal no fueron establecidas en el Acuerdo de Cartagena sino en su Tratado de Creación suscrito en 1979 por todos los países miembros. Con la suscripción de este convenio, el Tribunal inicia sus funciones en 1984 y se constituye como un Tribunal permanente, autónomo y como órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, con su sede en la ciudad de Quito, Ecuador.

2.2.- Organización del Tribunal y procedimiento

Está conformado por un número de magistrados igual al número de países miembros, quienes deben ser nacionales de origen de esos países, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser juriconsultos de notoria competencia.

Los magistrados son designados de ternas presentadas por cada país miembro y por la unanimidad de los plenipotenciarios acreditados para tal efecto. Los magistrados serán designados por un período de seis años, debiendo renovarse parcialmente cada tres años. Pueden ser reelegidos por una sola vez.

Cada uno de los magistrados ejerce sucesivamente la presidencia por el período de un año. El presidente es el encargado de dirigir los trabajos del tribunal y preside las sesiones y audiencias.

2.3.- Naturaleza Jurídica

A fin de comprender la naturaleza de este tribunal, es necesario analizar la cuestión desde el punto de vista de la atribución de competencias que han realizado los Estados miembros.

Durante la primera etapa de vida de esta organización y, sobre la base del Acuerdo de Cartagena y el Estatuto del Tribunal, este órgano jurisdiccional tenía competencia para conocer y resolver las acciones de nulidad e incumplimiento, así como conocer las solicitudes de interpretación prejudicial realizadas por los jueces nacionales.

Mediante el protocolo modificatorio del Tratado Constitutivo, suscrito en la ciudad de Cochabamba el 28 de mayo de 1996, en vigencia desde el 25 de agosto de 1999, se otorgó al Tribunal tres competencias adicionales correspondientes al Recurso por Omisión o Inactividad, a la Función Arbitral y a la Jurisdicción Laboral y además cambió su denominación a Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Pasaremos por consiguiente a analizar cada una de estas atribuciones.

Acción de incumplimiento tiene por objetivo garantizar el cum-

plimiento de las obligaciones de los países miembros con miras a que en efecto se observen los objetivos del proceso de integración. El incumplimiento puede darse ya sea por la emisión de una norma contraria al ordenamiento jurídico andino o por la falta de expedición de una norma que permita acatar dicho ordenamiento, es decir, por cualquier acto u omisión opuestos al fin de la comunidad.

Están legitimados a presentar esta acción la Secretaría General, los países miembros, o los particulares; al respecto resulta interesante destacar que se trata de una posibilidad completamente abierta a los particulares, es decir, podrá interponer la acción todo aquel que tenga un derecho que se vea lesionado, por lo tanto, esta atribución se extiende a los extranjeros provenientes de países fuera de la subregión, así lo ha ratificado el Tribunal en sentencia del 1 de febrero de 2002, en la que señala que para acreditar la legitimación de un particular para entablar una acción de nulidad se requiere fundamentalmente, "... que se beneficie directamente del ordenamiento jurídico andino, en donde los particulares tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración".

Finalmente la Decisión 472 se refiere a la ejecutividad de estas sentencias en el sentido del derecho que les asiste a los particulares de que la sentencia en sí misma constituya título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere (art. 30 de la Decisión 472).

Acción de nulidad se basa en el principio de control de la legalidad, indispensable en un ordenamiento jurídico, y tiene por objetivo controlar que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios celebrados entre los países miembros en el marco del proceso de integración se adopten de conformidad con el Acuerdo de Cartagena y el Tratado del Tribunal, de esta manera en caso de que una Decisión, Resolución o Convenio infrinja una norma comunitaria superior o un principio de Derecho Comunitario Andino, el Tribunal de Justicia puede declarar su nulidad y dejarla sin efecto.

La jurisprudencia del Tribunal ha ratificado la contribución de esta acción al principio de jerarquía normativa en los siguientes términos "... la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino, es la tutela del mismo, a fin de que aquélla quede sin efecto

por contrariar las normas superiores de derecho (...).

Esta acción, si bien subjetiva por lo que respecta a la legitimación para interponerla, es en cambio de carácter predominantemente objetivo en cuanto se encuentra consagrada en el interés general a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, y por ello en el sistema recursorio andino su ejercicio no persigue, cuando menos en forma directa, el restablecimiento de derechos particulares y concretos, sino, se repite, el imperio de la jerarquía normativa, característica de todo ordenamiento jurídico". (Sentencia dictada en el proceso 23-AN-2002, publicada en la G.O.A.C. N° 991, del 2 de octubre de 2003, citando al proceso 1-AN-96, publicado en la G.O.A.C. N° 520, de 20 de diciembre de 1999).

Son sujetos activos de esta acción los 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. Cabe anotar que existe una excepción respecto de la facultad de los países miembros a interponer esta acción, toda vez que solo podrán intentar la acción respecto a las Decisiones o Convenios que no hubieran sido aprobados con su voto afirmativo, por otra parte, los particulares sólo podrán intentar esta acción pre-

via demostración de que la Decisión, Resolución o Convenio objeto de la demanda afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Interpretación Prejudicial al igual que en la Unión Europea este recurso contribuye a la aplicación uniforme del derecho y fomenta el necesario intercambio entre el juez comunitario y el juez interno.

Si bien el Tribunal no podrá en estos casos interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, contribuye a sentar criterios de interpretación de la norma comunitaria.

Los casos de interpretación prejudicial constituyen "el 90% de la actividad jurisdiccional del Tribunal Andino, sobre todo en los casos de Propiedad Intelectual" (Vigil, 2009).

Recurso por omisión o inactividad: en la doctrina jurídica se le conoce como "acción de cumplimiento" o también "acción por omisión o inactividad", su fundamento radica en que los órganos de la Comunidad Andina están obligados a cumplir y ejecutar las normas comunitarias, pero cuando ello no ocurre, ya sea por omisión o inacción de dichos órganos, los países miembros y los particulares podrían accionar solicitando se reparen las omisiones en las que pueden incurrir los órganos de la CAN.

Funciones arbitrales fue una de las reformas que se introdujo en el Protocolo de Cochabamba a iniciativa del Consejo Presidencial Andino

y abre la posibilidad de someter a jurisdicción comunitaria controversias internacionales y permite el acceso de los particulares a la nueva jurisdicción arbitral.

Acción laboral: este tipo de acciones permiten al Tribunal conocer controversias que se originen en una relación de trabajo entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados.

Con estos antecedentes es posible concluir lo siguiente:

1.- La Comunidad Andina optó por un modelo europeo, de manera que el Tribunal Andino tanto en su estructura como en sus atribuciones guarda relación con el Tribunal Europeo. Es más, en sentencia de 3 de diciembre de 1987, el Tribunal reconoce que “En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el aporte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, Tribunal único de las Comunidades Europeas, en la aplicación de este Derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, sin perder de vista el fin permanente de la norma”.²

2.- Existe control de la legalidad de las decisiones de los órganos co-

munitarios, así como de los Estados miembros de la Comunidad Andina, mediante el ejercicio de la acción de nulidad.

3.- Existen mecanismos para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario mediante la interpretación prejudicial.

4.- Se trata de un Tribunal que permite el acceso de los particulares, tomando en cuenta que el derecho comunitario es un derecho de pueblos, esta facultad del tribunal constituye una de sus principales cualidades.

5.- Conforme los artículos 2 y 3 del Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia, sus resoluciones obligan a los países miembros desde la fecha en que son aprobadas y se aplicarán directamente en los países miembros a partir de la publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Se extrae de esto que la aplicación inmediata se sujeta única y exclusivamente a un procedimiento de publicidad propio de un ordenamiento transparente.

6.- La acción de incumplimiento y nulidad confirma el principio de preeminencia de la norma comunitaria, toda vez que tanto los Estados miembros como los propios órganos comunitarios tienen que sujetarse al ordenamiento comunitario andino el que prima sobre cualquier norma del derecho interno. De esta manera, los países miembros de la CAN optaron

2

Proceso 1-IP-87, asunto “Aktiebolaget VOLVO”, G.O.A.C. N° 28, de 15 de febrero de 1988.

por la supranacionalidad de su Tribunal de Justicia.

“Hasta el 31 de diciembre del año 2013, el Tribunal ha conocido 2.444 interpretaciones prejudiciales solicitadas por los jueces nacionales, 119 acciones de incumplimiento en contra de los Países Miembros, 54 acciones de nulidad, 17 procesos laborales y 6 recursos por omisión o inactividad de los órganos comunitarios, ubicándose como la tercera corte internacional más activa del mundo luego de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.”(www.tribunalandino.org información al 20/08/2014).

Ahora bien, no debe creerse por ello que el mecanismo de solución de controversias funciona a la perfección, así, el problema fundamental de la Corte radica en el desconocimiento del sistema en general, el nivel de cumplimiento de las sentencias no es del todo satisfactorio, podríamos decir que enfrenta muchos de los problemas que tiene la Corte Centroamericana de Justicia, sin embargo, cabe resaltar el importante activismo judicial del Tribunal Andino en la consolidación del derecho comunitario y en la incorporación de varios de los principios que refuerzan el sistema en sí.

Tal y como señala Vigil: “Aunque actividad no es lo mismo que eficacia, el número de casos de la Corte Andina sugiere que el sistema jurídico comunitario andino

proporciona herramientas a los litigantes para proteger sus intereses” (Vigil, 2009).

Para efectos de nuestro estudio es fundamental analizar qué ha expresado el Tribunal Andino sobre la supranacionalidad, así en el Proceso 190-IP-2007 Interpretación prejudicial de 19 de febrero de 2008, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1614, de 30 de abril de 2008, el Tribunal manifestó lo siguiente:

“El Tribunal ha consolidado como principio fundamental del Ordenamiento Comunitario Andino el de Supremacía del Derecho Comunitario Andino, soportándolo en otros principios: el de Eficacia Directa del Ordenamiento Jurídico Andino, el de Aplicabilidad Inmediata del Ordenamiento Jurídico Andino, y el de Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino.

Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino, ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. En este marco ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que al presentarse antinomias

entre el Derecho Comunitario y las normas de derecho internacional”.

La base de esta supranacionalidad es la cesión de soberanía de los Estados miembros que permite a los órganos andinos emitir normativa comunitaria con dos efectos fundamentales:

- El principio de Aplicación Inmediata
- El principio de Efecto Directo

El primero se encuentra consagrado expresamente en el artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de la siguiente manera:

“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”.

Sobre este principio el Tribunal ha manifestado lo siguiente:

“En conclusión, las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, cualquiera que sea su forma (Tratados, Protocolos, Acuerdos, Convenios o Resoluciones) son, por regla, de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los Órganos del Acuerdo y los particulares” (Proceso 3-AI-96. Sentencia de 24 de marzo de 1997).

El segundo principio se encuentra consagrado en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“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 (...)”.

III. Comentarios y conclusiones

La CAN nació como un proyecto bastante ambicioso, de ahí que el propio Acuerdo de Cartagena estableció la institucionalidad y facultades de sus organismos, en diez años esta estructura quedó completamente establecida. Por otra parte en Mercosur no se estableció la estructura institucional en el acuerdo constitutivo sino en protocolos posteriores al Tratado de Asunción.

El mecanismo de solución de controversias de la CAN fue establecido en el Acuerdo de Cartagena y el posterior Estatuto del Tribunal Andino, mientras que en el caso del Mercado del Sur el Protocolo de Brasilia y posteriormente el Protocolo de Olivos son los que definen la institucionalidad en este tema.

Son elementos que aportan a determinar la supranacionalidad o no de la institución competente para

conocer sobre la solución de controversias: el efecto inter partes o erga omnes de las resoluciones; la presencia de mecanismos de control de legalidad; la aplicación inmediata de las disposiciones; la no necesidad de consentimiento de los países miembros para ser partes procesales; la posibilidad de activismo judicial —es decir la facultad de aplicar e interpretar el derecho—; pronunciamientos vinculantes sin homologación; la opción de foro; interrelaciones entre el juez nacional y el juez comunitario y la posibilidad de acceso directo por parte de los particulares al Tribunal.

Sobre la base de estos parámetros, es posible afirmar que existe supranacionalidad en el Tribunal Andino de Justicia, no así en el mecanismo de solución de controversias de Mercosur cuyo sistema netamente arbitral es propio del derecho internacional clásico, la ausencia de este órgano se explica en parte porque en un inicio se concibió el esquema como un mecanismo de liberación comercial.

Es fundamental que en todo ordenamiento jurídico comunitario exista un tribunal de tipo jurisdiccional que permita asegurar que el individuo goce de una protección real, que el ejercicio de la competencia por parte de los órganos subregionales esté sometido a un control de legalidad y finalmente que la interpretación de las normas, sus efectos y alcances sea formulada de manera uniforme por un órgano independiente.

La clave del avance del derecho comunitario está en la interrelación entre particulares y los tribunales, la CAN ha avanzado más en este aspecto, sin embargo, el sistema está lejos de ser satisfactorio por el desconocimiento no sólo de los destinatarios finales de la integración sino también por parte de los mismos profesionales del Derecho, es decir, jueces y abogados. No existe mayor conocimiento de que existe una Gaceta Andina ni los derechos que nos asisten como ciudadanos andinos.

Bibliografía

Czar de Zalduendo, Susana. “El Tribunal Andino de Justicia”. *Integración Latinoamericana*, 1979. Nº 38. Págs. 32 – 37.

Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe - BID-Intal *Informe Mercosur* Nº 16 Periodo segundo semestre 2010 - Primer semestre 2011, Primera edición, Buenos Aires. BID – Intal. Diciembre 2011, 210p.

Mangabeira Unger, Roberto. *Mercosul and Supranationality. How to Overcome Brazilian Constitutional Obstacles*. LL.M. Class of 2000. Disponible en <http://www.hottopos.com/harvard4/max.htm>. Información al 20 de agosto 2014.

- Martínez, Antonio, *El sistema institucional del Mercosur: De la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*, Santiago de Compostela. Torculo Ediciones Colección de Estudios Internacionales, 2005.
- Olmos, María Belén, *Derechos Humanos e integración en América Latina y el Caribe*, Valencia. PUV Publicaciones, 2006, Pág. 406.
- Oropeza García, Arturo, *La Solución de Controversias en el marco General del Mercosur*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Orrego Vicuña, Francisco, “La creación de un tribunal de justicia en el Grupo Andino”, *Derecho de la Integración Revista Jurídica Latinoamericana*, 1974, N° 15, Págs. 31 – 46.
- Peña, Celina y Rozemberg, Ricardo, *Una aproximación al desarrollo institucional del Mercosur: sus fortalezas y debilidades*, Buenos Aires, IntaL, 2005, Pág. 63.
- Perotti, Alejandro Daniel, “Los tribunales comunitarios en los procesos de integración. El caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Revista de Derecho del Mercosur*, 1998. N° 5, Págs. 57 – 93.
- Pico Mantilla, Galo. *Jurisprudencia andina. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, 1990, Pág. 302. Disponible en <http://www.eumed.net/libros-gratis/2009a/490/indice.htm> Información al 16 de febrero de 2013.
- Rincón Eizaga, Lorena, “La supranacionalidad en los esquemas de integración. Especial referencia a la Comunidad Andina y Mercosur”, *LEX NOVA, Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia*, Colegio de Abogados del Estado Zulia, Maracaibo, 2001, N° 239, Págs. 97-106.
- Rivas, Eduardo. *Adopción e internacionalización de la normativa comunitaria en el seno del Mercosur Un repaso histórico*, Centro Argentino de Estudios Internacionales. Disponible en <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2008/01339.pdf>. Información al 16 de febrero de 2013.
- Sabsay, Daniel Alberto, “Integración y Supranacionalidad sin considerar los desarrollos europeos recientes, bases constitucionales y límites, la experiencia del Mercosur”, Presentación del Dr. Daniel A. Sabsay en el Simposio *Process of European and Global Constiitutionalization*,

- llevado a cabo en Berlín el 15 de mayo de 1999, en ocasión del 50° Aniversario de la Constitución alemana.
- Secretaría de la Comunidad Andina, CAN, *Manual de procedimientos del Sistema Andino de solución de controversias*, Lima, enero 2008.
- Sierralta R, Aníbal. *Los mecanismos de solución de controversias en la Comunidad Andina de Naciones: desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional* Academia Diplomática del Perú. Disponible en <http://www.eclac.cl/brasil/noticias/paginas/2/22962/SIERRALTA-MECANISMOS%20SOLUCI%C3%93N%20CONTROVERSIAS%20COMUNIDAD.pdf>. Información al 16 de febrero de 2013.
- Ulate, Enrique y Salazar, Cesar, *Manual de Derecho Comunitario Centroamericano*, San José, Editorial Orbi.Iure, 2009.
- Vigil, Ricardo, *La Intergubernamentalidad y la Supranacionalidad en los procesos de integración regional en Derecho Internacional, Derecho Comunitario y Derechos Humanos*, Primera edición, San José, Editorial Isolma, 2009.
- Vigil Toledo, Ricardo, *El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 10 de febrero de 2011.
- Zelada Castedo, Alberto, “El Tratado que crea el Tribunal Andino de Justicia: sus consecuencias en el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, *Integración Latinoamericana*, 1984, N° 89, Págs. 49 – 54.
- Zlata Drnas de Clément, *Un análisis comparativo de distintos sistemas de Solución de Controversias en Zonas Latinoamericanas de Integración: Sistema de Integración Centroamericano SICA Comunidad Andina CAN y Mercosur MS*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Disponible en <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2008/01379.pdf>. Información al 16 de febrero de 2013.

Páginas web

<http://www.Mercosur.int/>

<http://www.tprMercosur.org/>

<http://www.comunidadandina.org/>

[http://www.tribunalandino.org.ec/
sitetjca/index.php](http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php)