

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención Derecho Internacional Económico

**JUECES NACIONALES COMO JUECES DE DERECHO
COMUNITARIO**

Luis Antonio Kosovic Kaune

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....

Luis Antonio Kosovic Kaune

Quito, abril de 2007

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención Derecho Internacional Económico

JUECES NACIONALES COMO JUECES DE DERECHO

COMUNITARIO

Luis Antonio Kosovic Kaune

Tutor: Cesar Montaña Galarza

Quito, 2007

ABSTRACT

La presente Tesis de Maestría tiene por objetivo principal describir y analizar las funciones de los jueces nacionales aplicando el Derecho Comunitario y así dar a conocer a los lectores las competencias con las que cuentan los jueces nacionales para la efectiva aplicación del Derecho vertido por el ordenamiento jurídico comunitario, convertido en derecho interno.

El estudio principal de la investigación, se basa en el análisis y descripción de las funciones de los tribunales nacionales en la aplicación del Derecho Comunitario, relacionados con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Estos aspectos se ven desarrollados en los tres capítulos que contiene la investigación. El primero permite conocer las funciones y competencias del Tribunal de Justicia la Comunidad Andina en cuanto a ser el órgano jurisdiccional y medular del Sistema Andino de Integración. El segundo, hace un rastreo de las normativas internas de los Países Miembros respecto al Derecho Comunitario y sobre la aplicabilidad del mismo por los tribunales nacionales. Finalmente, en el tercer capítulo se hace una descripción completa de las labores de los Tribunales Nacionales aplicando el Derecho Comunitario, así como el fundamento jurídico normativo, doctrinal y jurisprudencial de su participación trascendental en la ejecución del Derecho común.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por todas sus bendiciones.

A mis abuelos Walter y Elba por su apoyo y cariño.

A mis padres, hermanos y familia que confiaron en mí.

A mí Tutor y profesor Cesar Montaña, por toda su ayuda.

A Marcela Molina por su apoyo y amor incondicional.

A mis amigos, por estar a mi lado aún en la distancia.

TABLA DE CONTENIDO

	PÁG.
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	12

CAPÍTULO I

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA Comunidad Andina

1.1. Generalidades.	15
1. 2. Marco referencial.	15
1.3. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.	17
1.4. Ordenamiento jurídico comunitario.	20
1.5. Principios.	21
1.5.1. Aplicación inmediata.	21
1.5.2. Efecto directo.	22
1.5.3. Principio de primacía del Derecho Comunitario.	23
1.6. Competencias del Tribunal Andino.	24
1.6.1. Interpretación prejudicial.	24
1.6.2. Acción de incumplimiento.	26

1.6.3. Acción de nulidad.	30
1.6.4. Recurso por omisión o inactividad.	32
1.6.5. Acción laboral.	34
1.6.6. Potestad arbitral.	35
1.7. Carácter permanente del Tribunal Andino.	38
1.8. El sistema jurídico comunitario.	39
1.9. Jerarquía judicial en la Comunidad Andina.	40
1.10. Jurisdicción comunitaria y jurisdicción nacional.	41
1.11. Relación entre los órganos jurisdiccionales internos nacionales con el Tribunal Andino.	42
1.12. Consideraciones finales del primer capítulo.	43

CAPÍTULO II

ORDENAMIENTO DE CADA PAÍS MIEMBRO DE LA COMUNIDAD ANDINA RESPECTO A NORMAS COMUNITARIAS Y A LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR EL JUEZ NACIONAL

2.1. Generalidades.	45
2.2. Caso de Bolivia.	45
2.2.1. Constitución Política de Bolivia y normas referentes al Derecho Comunitario.	45

2.2.2. Constitución Política de Bolivia y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.	47
2.2.3. Ley de Organización Judicial y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.	47
2.3. Caso de Colombia.	49
2.3.1. Constitución Política de Colombia y normas referentes al Derecho Comunitario.	49
2.3.2. Constitución Política de Colombia y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.	50
2.3.3. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.	50
2.4. Caso del Ecuador.	51
2.4.1. Constitución Política del Ecuador y normas referentes al Derecho Comunitario.	51
2.4.2. Constitución Política del Ecuador y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.	54
2.4.3. Ley Orgánica de la Función Judicial y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.	54
2.5. Caso de Perú.	55
2.5.1. Constitución Política de Perú y normas referentes al Derecho Comunitario.	55

2.5.2. Constitución Política de Perú y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.	56
2.5.3. Ley Orgánica Judicial de la República del Perú y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.	57
2.6. Consideraciones sobre los Tribunales Constitucionales de los Países Miembros.	58
2.7. Consideraciones finales del segundo capítulo.	59

CAPÍTULO III
JUECES NACIONALES COMO JUECES QUE APLICAN DERECHO
COMUNITARIO

3.1. Generalidades.	62
3.2. Normativa que dispone la aplicación del Derecho Comunitario por los jueces nacionales competentes.	62
3.3. Los jueces nacionales y sus roles.	65
3.3.1. Límites a la aplicación del Derecho Comunitario por los jueces nacionales.	66
3.4. El sistema comunitario que convierte a los jueces nacionales en jueces comunitarios.	67
3.5. Jueces nacionales como jueces que aplican el Derecho Comunitario.	68

3.6. Desconocimiento de competencias de los jueces nacionales sobre el Derecho Comunitario.	70
3.7. Conflicto de leyes que se presentan ante el Juez nacional al aplicar la norma interna o la comunitaria.	71
3.8. Razones para la inexistencia de más jueces o tribunales comunitarios.	72
3.9. Tribunales nacionales aptos para ejercer funciones de Derecho Comunitario.	72
3.10. Aplicación práctica del Derecho Comunitario por el juez nacional.	74
3.11. Juez nacional y la acción de incumplimiento.	75
3.11.1. Planteamiento de la acción de incumplimiento ante el juez nacional.	76
3.11.2. Incumplimiento entre particulares.	76
3.11.3. Responsabilidad patrimonial y la acción de incumplimiento.	77
3.11.4. Legitimados ante el juez nacional en la acción de incumplimiento.	82
3.11.5. Ventajas y desventajas de demandar ante el juez nacional el incumplimiento.	83
1.11.6. Interpretación prejudicial en la acción de incumplimiento.	84
3.12. Participación del juez nacional en la interpretación prejudicial y el principio de cooperación.	84
.	
3.12.1. Órgano interpretador del Derecho Andino.	86

3.12.2. Interpretación prejudicial a petición de parte y finalidad de la misma.	87
3.12.3. Solicitud facultativa y obligatoria de Interpretación prejudicial.	87
3.12.4. Obligación del juez nacional de solicitar la interpretación prejudicial y acatar el pronunciamiento del TJCA.	88
3.12.5. Interpretación prejudicial para el caso concreto.	92
3.12.6. Comportamiento del juez nacional respecto a la interpretación.	92
3.12.7. Beneficios y perjuicios en la Interpretación prejudicial.	94
3.13. Consideraciones finales del tercer capítulo.	94
CONCLUSIONES.	95
RECOMENDACIONES.	101
BIBLIOGRAFÍA	102

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, está destinada al estudio de la aplicación del Derecho Comunitario por medio de los jueces y tribunales nacionales de cada uno de los Países Miembros que conforman la Comunidad Andina (CAN), tomando como instituciones de estudio tanto al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) como el órgano jurisdiccional de la CAN y a los tribunales nacionales que son los llamados a ejecutar el Derecho nacional, vertido en este caso por el Derecho Comunitario.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, surgió la pregunta de investigación:

¿Son los jueces nacionales ejecutores principales del Derecho Comunitario, teniendo en sus manos la materialización y el desarrollo jurisdiccional de este proceso de integración supranacional siendo su participación fundamental para la CAN?

Interrogante que fue respondida a través de los siguientes objetivos específicos:

- Describir y analizar las competencias del TJCA, así como sus principios fundamentales y su papel como órgano jurisdiccional, relacionándolo con el papel de los jueces nacionales.
- Describir y analizar la normativa interna de los cuatro Países Miembros de la CAN respecto al Derecho Comunitario y al papel de los jueces nacionales en la aplicación del mismo.
- Describir y analizar el papel de los jueces nacionales respecto al Derecho Comunitario y las maneras de aplicar éste por los mismos.

En relación a la perspectiva teórica metodológica, la investigación es de tipo descriptiva; con este método se busca especificar, de forma general pero clara, las cuestiones más importantes del fenómeno sometido a análisis, como la aplicación del Derecho Comunitario por los jueces nacionales de la normativa vertida del Derecho Comunitario.

La investigación también fue de tipo explicativa; se pretende determinar por qué ocurre un determinado fenómeno. De esta manera, se analizó el por qué los jueces nacionales son los más apropiados para aplicar el Derecho Comunitario.

Las fuentes que sirvieron de guía para el desarrollo de la investigación, principalmente fueron el material bibliográfico obtenido de la doctrina de numerosos autores referentes al Derecho Comunitario, asimismo se buscó doctrina en la red Internet para analizar el Derecho Comunitario y sus formas de materializarse jurídicamente.

Otra de las fuentes fue la normativa; se estudió el Tratado de Creación del Tribunal Andino, asimismo se revisó la Constitución Política de cada País Miembro referente a cuestiones del Derecho Comunitario y sobre las funciones de los órganos jurisdiccionales nacionales, como también se observó las leyes orgánicas judiciales de los cuatro Países Miembros de la CAN.

Asimismo, fue importante la experiencia de haber realizado una pasantía en el Tribunal Andino de Justicia, donde se pudo apreciar desde adentro el papel de este órgano y entender mejor el por qué los órganos judiciales nacionales son los llamados a ser ejecutores del Derecho Comunitario andino.

De manera general, la presente tesis tuvo bastante acceso y escasas limitaciones para obtener la información requerida, lo cual permitió desarrollar un trabajo adecuado

y cumplir con el propósito de difundir la aplicación práctica del Derecho Comunitario por los tribunales internos nacionales.

En relación a la secuencia, la investigación se dividió en tres capítulos, el primero aborda el tema del Tribunal Andino, en el cual se mencionan los antecedentes del mismo, así como los principios en los que se basa y las competencias que tiene. Posteriormente se analiza su papel como órgano jurisdiccional y se lo relaciona a los jueces nacionales observando su jerarquía y su aplicabilidad conjunta del Derecho Comunitario.

En el segundo Capítulo se analiza la normativa interna de cada País Miembro respecto a disposiciones de Derecho Comunitario y principalmente sobre la viabilidad de la aplicación del Derecho Comunitario por sus jueces internos.

El Capítulo tercero es sin duda el más importante de la investigación, ya que ahí está plasmado el papel del juez nacional respecto al Derecho Comunitario y se describen y analizan las competencias del juez nacional donde puede efectivamente aplicar el Derecho Comunitario.

CAPÍTULO I

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

1.1. Generalidades.

En este capítulo se describe algunas cuestiones importantes referentes al Tribunal Andino, así como los principios fundamentales del Derecho Comunitario, también el cómo está conformado el ordenamiento jurídico comunitario y las seis competencias que tiene el Tribunal. Se ha visto conveniente hacer esta descripción de competencias para que el lector encuentre claramente cuales son ellas y posteriormente pueda diferenciar y asociar la ejecución respecto a las competencias del Tribunal Justicia de la Comunidad Andina con la de los jueces nacionales.

Posteriormente se hace un pequeño análisis del funcionamiento del sistema jurisdiccional andino, se observa la jerarquía judicial y la relación que existe entre el TJCA y los tribunales nacionales.

En general lo que se quiere describir es el funcionamiento del TJCA como órgano jurisdiccional y medular del Sistema Andino de Integración (SAI) y hacer una pequeña introducción sobre la participación del juez nacional en la solución de conflictos comunitarios.

1. 2. Marco referencial.

La Comunidad Andina inspirada, por un lado, en el deseo integracionista de Simón Bolívar y, por otro, en la creación de las Comunidades Europeas, tiene su nacimiento con la Declaración de Bogotá efectuada el 16 de agosto de 1966, esta declaración tuvo su consolidación en el Acuerdo de Cartagena, suscrito en Colombia el 26 de mayo de 1969, por las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú,

conocido en ese entonces como Pacto Andino. Posteriormente la República de Venezuela suscribió el Acuerdo de Cartagena el 13 de febrero de 1973 y la República de Chile se separó del Pacto Andino el 30 de octubre de 1976. Venezuela siguió el camino de Chile y denunció el Acuerdo de Cartagena el 22 de abril de 2006.

En la actualidad ya no se usa la terminología Pacto Andino, sino Comunidad Andina, esto desde la suscripción del Protocolo de Trujillo en marzo de 1996 y su entrada en vigor en junio de 1997, con este instrumento se constituye la actual Comunidad Andina.

Cuando surgió el Pacto Andino, éste contemplaba la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena pero no se avistó un órgano jurisdiccional, esto era cuestionable pues un organismo supranacional que constituye un ordenamiento jurídico no puede subsistir sin un órgano jurisdiccional encargado de llevar adelante el control jurídico y consolidar la legalidad del proceso de integración, por esta razón se hicieron las gestiones para consolidar un órgano jurisdiccional, labor que tuvo sus frutos años después.

En 1979 se estableció la creación del Tribunal de Justicia de Acuerdo de Cartagena. Con el tratado firmado en Cartagena el 28 de mayo de 1979 se completó el sistema, constituyendo al Tribunal como uno de los órganos principales; a fin de ser el llamado a garantizar la legalidad, declarar el Derecho Comunitario, dirimir las controversias e interpretar uniformemente sus normas.

Cuando se suscribió el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, los Jefes de Estado de los Países Miembros, recomendaron su pronta entrada en vigor, pero, con el proceso de ratificación recién entró en vigencia el 19 de mayo de 1983 e inició formalmente sus actividades el 2 de enero de 1984.

El Tratado fue aprobado por Bolivia con el Decreto Ley 16768 del 11 de junio de 1979; por Colombia por la Ley 17 del 13 de febrero de 1980; por Ecuador por el Decreto Supremo 3611 del 6 de julio de 1979; por Venezuela por la Ley de abril 19 de 1983; y por el Perú por el Decreto 22679 del 8 de septiembre de 1979.

En la actualidad ya no se denomina Tribunal Andino del Acuerdo de Cartagena, sino Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

1.3. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En principio, cuando se estructuró el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, este órgano se constituyó siguiendo el modelo de Europa, así lo señaló la Junta, (hoy Secretaria General) que al establecer el órgano consideró que el Tribunal debería tener las características y organización similar a la experiencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. Sin embargo, aunque existió la voluntad de imitar el caso Europeo tampoco se trato de una copia idéntica, aunque si muy similar; entre las cuestiones en común, ambos Tribunales presentan la misma naturaleza jurídica y ambos tienen las mismas tres competencias básicas que son; la interpretación prejudicial, la acción de nulidad y la acción de incumplimiento, competencias indispensables para el Derecho Comunitario, asimismo ambos Tribunales operan como instituciones con normativa propia, independiente y autónoma.

El TJCA tiene jurisdicción exclusiva y obligatoria, exclusiva porque no pueden los Países Miembros someterse a otro órgano jurisdiccional diferente al Tribunal Andino para que dirima las controversias emanadas en relación a normas del ordenamiento jurídico andino, y es obligatoria porque los Países Miembros al ratificar el Tratado que crea el Tribunal, se comprometieron a respetar y acatar al Tribunal como el

órgano competente para la solución de controversias; en este sentido versa el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal¹. Asimismo, es un Tribunal supranacional, ya que se encuentra por encima de los Países Miembros, y se conformó por la cesión de soberanías y ejerce jurisdicción sobre todos los Países Miembros.²

Guillermo Chahín Lizcano, ex magistrado del Tribunal Andino menciona que el Tribunal es “el único órgano de la Comunidad facultado para declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente.”³

El hoy denominado Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, junto con la Secretaría General, la Comisión y el Parlamento Andino; constituyen los órganos principales de la integración andina y el TJCA es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, además que en los últimos tiempos se ha encargado de aplicar la normativa y expedir vasta jurisprudencia. En este sentido, Walter Kaune, magistrado del Tribunal Andino, menciona que este Tribunal “viene sentando una vasta jurisprudencia, contribuyendo a la interpretación y aplicación uniforme de la normativa jurídica comunitaria, garantizando la legalidad y observancia de la misma, el equilibrio

¹ “Artículo 42.- Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado. Los Países Miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado.”

² José Andueza, *El Tribunal Del Pacto Andino*, Quito, Artes Graficas Señal, 1986, págs. 57 y siguientes.

³ Guillermo Chahín citado por Walter Kaune, *La Necesidad De La Integración Y El Orden y Ordenamiento Jurídico Comunitario en Testimonio Comunitario*, Quito, Artes Graficas Señal, 2004, pág. 75.

institucional de los órganos y el control jurisdiccional sobre los actos que, en ejercicio de sus competencias, realizan los órganos que conforman el SAI.”⁴

La competencia de la administración de justicia corresponde al TJCA dentro de los órganos de la CAN y estas se extienden a todo el territorio de la CAN que lo conforma la sumatoria de los territorios de los Países Miembros.

Refiriéndose al artículo 4 del Estatuto del TJCA, Walter Kaune sostiene que la Misión Principal del Tribunal es:⁵

- Declarar e interpretar el Derecho Comunitario.
- Garantizar la legalidad e intangibilidad del Derecho Comunitario, así como ejercer el control jurisdiccional sobre los actos de los órganos que conforman el SAI.
- Garantizar la observancia del ordenamiento jurídico y dirimir las controversias que emerjan de él.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no es un simple órgano, sino que ha sido desde su creación, protagonista fundamental en la consolidación y perfeccionamiento del Sistema Andino de Integración. Este órgano tiene mucha importancia para los Países Miembros ya que estos se han obligado a acatar sus resoluciones y a seguir expresamente los procedimientos establecidos en el Tratado que lo crea, así como en su Estatuto y Reglamento Interno.

Además, es necesario señalar que, las decisiones tomadas por el TJCA no requieren de ningún tipo de homologación para su cumplimiento y ejecución dentro de los Países Miembros. En esta línea, cualquier tipo de conflicto que surja con motivo de

⁴ Walter Kaune, La Necesidad De La Integración.... pág. 75.

⁵ Walter Kaune, La Necesidad De La Integración.... pág. 74.

la aplicación de las normas comunitarias no podrá someterse a jurisdicción de otro tribunal, ni a ningún otro sistema de arbitraje o a procedimiento que sea distinto al TJCA. El Tribunal que interpreta y aplica el ordenamiento comunitario andino, actúa como instancia única y sus sentencias tienen fuerza obligatoria y autoridad de cosa juzgada.

El Tribunal tiene por sede la ciudad de Quito, Ecuador, y está integrado por un magistrado por cada País Miembro, estos deben ser ciudadanos nacionales de cada uno de los Países integrantes de la CAN. Con la salida de Venezuela actualmente el Tribunal está conformado por cuatro magistrados.

1.4. Ordenamiento jurídico comunitario.

En la Comunidad Andina el ordenamiento jurídico está conformado y definido en el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal (TCT) que dispone:

- 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.

Es importante tener en cuenta que el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino también forma parte del ordenamiento jurídico comunitario, ya que éste está

compuesto por todo el conjunto de normas que conforman la integración andina sean estas de carácter originario o derivado.

Adicionalmente, el Tratado del Tribunal fija las características supranacionales de las normas comunitarias que son: la aplicación directa tanto horizontal como vertical, y el efecto inmediato en los Países Miembros. Así, las decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, y las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina, no requieren ratificación por los Parlamentos nacionales para surtir efecto y entran en vigor a partir de su fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, obligando tanto a los distintos poderes, órganos e instituciones estatales como a los propios ciudadanos andinos.

1.5. Principios.

Remitiéndonos a la doctrina, jurisprudencia y a la normativa del ordenamiento jurídico comunitario y observando los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁶, éste tiene tres principios fundamentales que son: la aplicación inmediata, el efecto directo y la primacía del Derecho Comunitario.

1.5.1. Aplicación inmediata.

Este principio consiste en la integración inmediata y automática de la norma jurídica comunitaria al ordenamiento interno de cada País Miembro, este principio se refiere a la norma como tal y esta norma originalmente comunitaria se convierte en

⁶ 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.

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.

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

ordenamiento interno, que además genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla.⁷

Al respecto Guy Isaac ha manifestado que, “el Derecho Comunitario está integrado de pleno derecho en el orden interno de los Estados sin necesidad de ninguna fórmula especial de introducción; las normas comunitarias ocupan su lugar en el orden jurídico interno en calidad de Derecho Comunitario y los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el Derecho Comunitario.”⁸

Al dictarse una disposición normativa comunitaria salvo excepciones claras, esta norma inmediatamente pasa a formar parte del ordenamiento interno sin ninguna homologación ni ratificación necesaria.

1.5.2. Efecto directo.

Por este principio la normativa comunitaria es creadora de derechos y obligaciones respecto a todas las personas sean naturales o jurídicas de la comunidad Andina, es decir, sus efectos generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre con las normas de los propios ordenamientos estatales, otorgando la posibilidad de que se pueda exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales nacionales.

Este principio de aplicabilidad directa, obliga prácticamente a los jueces nacionales y a cualquier otra autoridad y aún a los particulares de los Países Miembros, a aplicar en sus actos jurídicos el derecho comunitario andino relacionado con la materia respectiva. Sin que puedan oponerse a esa aplicación, so pretexto de que exista una norma nacional anterior o posterior contraria a la comunitaria. La aplicabilidad directa es una característica inherente al derecho

⁷ Hay que tener en cuenta que no toda normativa tiene esta aplicación inmediata, así por ejemplo el Acuerdo de Cartagena, o el Tratado de Creación del Tribunal, tuvieron que pasar por la etapa de ratificación en cada país, ya que fueron emanados como tratados internacionales. Sin embargo la mayoría de normas derivadas cuando son dictadas se aplican de forma inmediata.

⁸ Guy Isaac, *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, Editorial Ariel S.A, 1985.

comunitario que nace del Tratado y que implica que la norma andina vale en el territorio de los países miembros por sí misma y sin requerimiento, declaración o incorporación.⁹

1.5.3. Principio de primacía del Derecho Comunitario.

El principio de primacía, también llamado de preeminencia o de supremacía establece que las normas comunitarias se imponen sobre las internas sin tomar en cuenta la jerarquía de éstas últimas o el momento de su entrada en vigor. En este sentido, “para que un proceso integrador tenga firmeza jurídica requiere que el derecho comunitario prime sobre el derecho interno. De otra manera los compromisos asumidos por los Estados miembros podrían ser desconocidos, alterados o modificados de manera unilateral por cualquiera de los países.”¹⁰

Hay que tomar en cuenta que esta preeminencia no tiene facultad derogatoria sobre los derechos nacionales, es decir, hace inaplicable la norma del País Miembro que colisione con la regla comunitaria mas no la deroga.

El establecimiento por parte del Tribunal de Justicia del principio de primacía del Derecho comunitario se configura como el fundamento de los distintos mecanismos de tutela de los derechos subjetivos de los particulares en el ámbito nacional.

Ello permite que los particulares puedan ejercitar los derechos que confiere el ordenamiento comunitario ante las respectivas jurisdicciones nacionales las cuales, a su vez, están obligadas a dejar inaplicada cualquier norma interna, ya sea anterior o posterior a la adopción de la disposición comunitaria atributiva de derechos, y cualesquiera que sea su rango jerárquico, garantizando de esta manera el pleno ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.¹¹

⁹ Proceso 64 -IP-2000 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Septiembre 6 de 2000.

¹⁰ Ignacio Basombrio en:

<http://scholar.google.com/scholar?hl=es&lr=&q=tribunal+constitucional+derecho+comunitario+can&lr=>

¹¹ Joan David Janer Torrens, *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos Nacionales Por Infracción del Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, pág.44.

1.6. Competencias del Tribunal Andino.

Inicialmente el Tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena contemplaba tres competencias, que eran la acción de nulidad, la interpretación prejudicial, y la acción de incumplimiento. Estas competencias fueron ampliadas con el protocolo de Cochabamba suscrito el 28 de mayo de 1996 en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, donde se introdujeron tres competencias más; el Recurso por Inacción o Inactividad, la Potestad Arbitral y la Acción Laboral.

1.6.1. Interpretación prejudicial.

Esta competencia esta prevista en los artículos 32 al 36 del Tratado de Creación del Tribunal Andino¹², interpretar consiste en encontrar el verdadero contenido, sentido y alcance de la norma. En el caso de la comunidad andina, donde están inmersos tratados internacionales, el llamado a interpretar es el TJCA, pues otros jueces no tienen las capacidades técnicas y globales para apreciar el conjunto de intereses internacionales en juego, así que sólo el TJCA tiene la capacidad de armonizar y garantizar la aplicación e interpretación uniforme del Derecho Comunitario, además que para esa razón fue creado.

Según José Andueza, “si la interpretación del contenido, sentido y alcances de las competencias de los órganos comunitarios se deja a la libre apreciación de los jueces nacionales se corre el riesgo de desintegrar la comunidad supranacional por la vía de la interpretación que hagan los jueces nacionales, los que tomarían más en cuenta los

¹² Artículo 32.- “Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.

intereses nacionales que los comunitarios.”¹³ Por esta razón sólo el TJCA es el intérprete supremo del Derecho Comunitario Andino.

El ordenamiento jurídico comunitario debe tener un carácter de unidad, la interpretación prejudicial es la principal herramienta de cooperación entre juez comunitario y juez nacional y en su ámbito de validez debe llevarse la interpretación y aplicación uniforme de sus normas, ya que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina debe ser interpretado y aplicado uniformemente para ser el mismo en todos los Estados Miembros. “Lecourt destacaba que la piedra angular de la Comunidad no era sólo una misma norma común, sino dicha norma interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros.”¹⁴

La cuestión prejudicial es, sin duda, el mecanismo de cooperación por excelencia entre el juez nacional y el juez comunitario, mediante el cual este último, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria con el fin de que el primero, el juez nacional competente, la aplique al caso concreto que se ventila en el orden interno. Su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso y obligatorio cuando quiera que el juez nacional deba aplicar una norma comunitaria de cualquier rango para lo cual sea competente.¹⁵

“La sentencia de interpretación prejudicial es un acto jurisdiccional y tiene fuerza vinculante propia de toda sentencia, que en este caso es final, definitiva o decisoria en cuanto al entendimiento y alcances que debe dársele a la norma común.”¹⁶

Las sentencias prejudiciales tienen exclusivamente efectos para el caso concreto y no tienen la calidad de *erga omnes*.

¹³ José Andueza, *El Tribunal Del Pacto Andino*, pág. 145.

¹⁴ Lecourt citado por Moises Troconis, *Integración Y Jurisdicción En La Comunidad Andina*, en *Testimonio Comunitario*, Quito, Artes Graficas Señal, 2004, Pág. 164.

¹⁵ Guillermo Chahín, *Fundamentos Constitucionales Del Ordenamiento Comunitario Andino*, en *Testimonio Comunitario*, Quito, Artes Graficas Señal, 2004, Pág. 121.

¹⁶ Fernando Uribe Restrepo, *La Interpretación Prejudicial En El Derecho Andino*, Quito, Artes Graficas Señal, 1993, Pág. 126.

1.6.2. Acción de incumplimiento.¹⁷

Esta acción es un instrumento que busca la observancia y la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones comprometidas por los Países Miembros, estas son acatar y no obstaculizar la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico comunitario.

Moreira dice, “se trata de un medio procesal de control de la legalidad comunitaria, a través de un control objetivo de la ejecución, por parte de los Estados Miembros, de sus obligaciones y compromisos comunitarios.”¹⁸

Cada uno de los Países Miembros de la CAN, tiene el deber de cumplir las obligaciones asumidas, independientemente de que los otros Países o los mismos órganos de la Comunidad cumplan o no cumplan con los suyos; asimismo, los Países están prohibidos de adoptar unilateralmente medidas de cualquier índole fuera de los supuestos y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico andino.

El incumplimiento es la conducta de un País Miembro contraria al ordenamiento jurídico de la CAN, ya sea por no ejecutar las obligaciones y compromisos asumidos o sea por sancionar normas internas contrarias al orden comunitario o en su defecto por no sancionar normas internas destinadas a la observancia del citado ordenamiento, asimismo existe incumplimiento al realizar cualquier acto u omisión, que se oponga al ordenamiento jurídico andino o que dificulte su aplicación.

¹⁷ Moisés Troconis, Integración Y Jurisdicción En La Comunidad Andina, págs. 165 y siguientes.

¹⁸ Carlos Moreira citado por Moisés Troconis, Integración Y Jurisdicción En La Comunidad Andina, pág. 165.

Las obligaciones pueden estar previstas en normas del derecho originario o derivado, o pueden derivar de los principios generales del Derecho Comunitario o constituirse por el desacato de las sentencias del TJCA.

La acción de incumplimiento está prevista en los artículos 23 al 31 del TCT y presenta dos vías de acción: la primera ante la Secretaría General y el Tribunal Andino y la segunda ante los jueces nacionales. En este primer capítulo se observa brevemente la primera vía, mientras que la segunda será explicada en el tercer capítulo.

La primera vía presupone una fase previa, ésta es de carácter administrativa y pretende conseguir el restablecimiento del orden jurídico infringido, a través de la cesación voluntaria del incumplimiento por parte del País Miembro infractor. La Secretaría General de la CAN puede iniciar la investigación de oficio, o a petición de un País Miembro o de una persona natural o jurídica afectada en sus derechos.

En el caso que la Secretaría General encuentre que los requisitos de la solicitud están cumplidos, o estima, de oficio, de acuerdo a la información disponible, que el País Miembro podría estar incumpliendo sus obligaciones y compromisos comunitarios, procede a la apertura de la investigación y, dentro de los diez días hábiles siguientes a dicha apertura, le envía una Nota de Observaciones, en la cual identifica el hecho que presuntamente se está incumpliendo, las normas supuestamente infringidas, la mercancía afectada por el hecho que se trate y, en su caso, la Resolución que haya calificado el hecho como constitutivo de gravamen o restricción al comercio. Asimismo, abre un plazo que no debe exceder de sesenta días para que dé contestación a las observaciones formuladas. Esta Nota de Observaciones garantiza el respeto al principio contradictorio, y es una formalidad esencial.

El plazo fijado en la Nota de Observaciones por la Secretaría General debe ser uno razonable, pretendiendo el cumplimiento voluntario del país infractor, asimismo la Secretaría puede otorgar las prórrogas que solicite el País Miembro para poner fin al incumplimiento. Contra esta Nota de Observaciones, el País Miembro imputado discrecionalmente puede o no presentar alegatos.

Recibida la respuesta a la Nota, o vencido el plazo, la Secretaría General formulará, dentro de los quince días siguientes, un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte del Estado Miembro. Sin embargo, si considera que el incumplimiento es flagrante, emitirá el dictamen a la brevedad posible y, a partir de éste, la Secretaría o el País Miembro afectado podrán ejercer la acción ante el órgano jurisdiccional de la comunidad.¹⁹

Es necesario señalar que este dictamen emitido por la Secretaria General no es de carácter vinculante, sólo la sentencia emitida posteriormente por el TJCA lo es.

Si la investigación ha sido a petición de un País Miembro o de una persona natural o jurídica afectada en sus derechos subjetivos, y si la Secretaría General no emitiere el dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de la presentación de la reclamación, o si el dictamen que emite es de cumplimiento, o, si emitido el dictamen de incumplimiento, no ejerce la acción dentro de los sesenta días siguientes, el País Miembro o la persona natural o jurídica reclamante podrán ejercer la acción ante el TJCA. Empero, es necesario señalar que, en lugar de ejercer la acción ante el órgano jurisdiccional de la Comunidad, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos pueden optar por acudir directamente ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con el derecho interno del respectivo País Miembro. Como se verá más adelante para que el particular ejerza la acción ante su juez nacional, no es necesario agotar la fase previa administrativa ante la Secretaria General.

¹⁹ Moisés Troconis, Integración Y Jurisdicción En La Comunidad Andina, pág. 167.

En la acción por incumplimiento realizada ante el TJCA, los Países Miembros son los únicos sujetos provistos de legitimación pasiva. Por tanto, la conducta imputable puede devenir de la actuación independiente de cualquiera de sus órganos constitucionales, es decir que el incumplimiento puede derivar de actos, omisiones o prácticas legislativas, administrativas y también judiciales. Es menester señalar que, los particulares pueden ser sujetos provistos de legitimación pasiva, pero en este caso la acción debe llevarse ante los jueces nacionales.

La sentencia del TJCA, que declara el incumplimiento y provista de la autoridad de cosa juzgada, obliga al País Miembro infractor a adoptar las medidas necesarias para su ejecución en un plazo no mayor de noventa días luego de haber sido notificada. Asimismo el Tribunal puede establecer medidas cautelares que garanticen el cumplimiento.

En la CAN, se establece que la sentencia declarativa del incumplimiento es un título legal y suficiente para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios ante los tribunales nacionales competentes, ya que el ordenamiento jurídico comunitario andino crea derechos subjetivos para con los particulares, al lado de los derechos que crea el ordenamiento interno de cada País Miembro, y que corresponde al juez nacional declarar el monto de los perjuicios que se prueben dentro del proceso interno.

Por otro lado, la inejecución de una sentencia de incumplimiento, o su ejecución parcial o tardía, constituye también una violación de las obligaciones comunitarias, y da lugar a la apertura de un procedimiento sancionatorio por desacato. La sanción permanecerá hasta que el País Miembro demuestre que ha dado cumplimiento a las obligaciones previstas en la sentencia.

Por lo demás, las sentencias que se dictan en las causas por incumplimiento pueden ser recurridas en revisión, a instancia de parte, si el recurso se funda en algún hecho que hubiese podido influir decisivamente en el resultado de la controversia, siempre que tal hecho hubiese sido desconocido por el recurrente en la fecha de la expedición de la sentencia.

Este recurso de revisión deberá ser presentado dentro de los noventa días siguientes a la fecha del descubrimiento del hecho, o dentro del año siguiente a la fecha de pronunciamiento de la sentencia.

1.6.3. Acción de nulidad.²⁰

Esta acción, es un medio jurídico establecido por el ordenamiento comunitario para así garantizar la legalidad de los actos emitidos por los órganos de la Comunidad Andina, puede entenderse como una acción para el control de la legalidad normativa.

La acción busca la declaratoria de nulidad del acto emitido por algún órgano comunitario, por considerarse contrario a Derecho, en ella deben cumplirse los requisitos de legitimación, activa y pasiva, debe tratarse de un acto susceptible de ser demandado por vía de nulidad y que se haya configurado el motivo de la violación del orden comunitario andino. Esta acción se encuentra establecida en los artículos 17 al 22 del Tratado de Creación del Tribunal.

Según el artículo 17, esta acción puede interponerse contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, asimismo contra las Resoluciones de la Secretaría General y contra

²⁰ Moisés Troconis, Integración Y Jurisdicción En La Comunidad Andina, págs. 171 y siguientes.

los Convenios de Complementación Industrial u otros que adopten los Países Miembros entre sí; cuando hayan sido dictadas las Decisiones o Resoluciones, o celebrados los Convenios, con violación de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, incluso por desviación de poder.

Puede ejercer la acción cualquier País Miembro, siempre y cuando el acto cuya nulidad se demanda no haya sido aprobado con su voto afirmativo, la acción también puede ser ejercida por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General. Finalmente, la acción puede ser ejercida por personas naturales o jurídicas, siempre que el acto cuya nulidad se denuncia afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Esta acción tiene un plazo de caducidad, ya que debe ser ejercida dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia del acto en cuestión; sin embargo, si en un litigio ante un tribunal nacional se cuestiona, ya cumplido el plazo de caducidad, la validez de una Decisión, Resolución o Convenio relativo al citado litigio, y se solicita que tal norma o acto sea dejado sin aplicación, el juez deberá consultar sobre su legalidad al Tribunal de Justicia y suspender el proceso hasta que éste se pronuncie. En este caso, el Tribunal notificará la consulta a los Países Miembros, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión de la Comunidad Andina y a la Secretaría General, y éstos dispondrán de un plazo de treinta días para presentar alegatos u observaciones escritas, luego de lo cual el órgano jurisdiccional se pronunciará sobre la legalidad o ilegalidad de la norma o del acto en cuestión.

El procedimiento para tramitar la acción está establecido en el Estatuto del Tribunal. En el curso de dicho procedimiento, el TJCA, a petición de la parte actora en la demanda, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá dictar medidas

cautelares y, en particular, ordenar la suspensión provisional de la ejecución del acto cuya nulidad se denuncia. Si el acto es de efectos generales, bastará que el Tribunal considere *prima facie* la existencia del *fumus boni iuris*. Y si el acto es de efectos particulares, será necesario, además, que haya prueba de los perjuicios irreparables o de difícil reparación que la ejecución del acto cause o pudiera causar al actor (*periculum in mora*).

En la sentencia emitida por el TJCA se podrá declarar la nulidad total o parcial del acto demandado, asimismo se debe fijar los efectos en el tiempo y establecer un plazo para que el emisor del acto pueda adoptar las disposiciones de ejecución de sentencia que fueren necesarias. Una vez dictada la nulidad, el acto queda retirado del ordenamiento comunitario y la sentencia surtirá efectos *erga omnes*.

1.6.4. Recurso por omisión o inactividad.²¹

Este recurso tiene procedencia cuando lo que se denuncia es el incumplimiento de la obligación de dictar una determinada disposición por algún órgano comunitario.

Para el verdadero y completo control jurisdiccional de la legalidad de la conducta de los órganos, es necesario que existan las medidas necesarias para controlar sus omisiones contrarias al ordenamiento jurídico de la Comunidad. En este sentido el recurso por omisión o inactividad, tiene por finalidad poner el cese a la omisión de algún órgano del sistema cuando éste, deba obligatoriamente ejecutar una determinada actividad y no lo hiciera. De constatarse la omisión ilegal de la actividad, lo que corresponde es compeler al órgano para que la ejecute.

²¹ Moisés Troconis, Integración Y Jurisdicción En La Comunidad Andina, pág. 173.

Con este recurso los afectados que pueden ser los Países Miembros o los particulares, están facultados a demandar que algún órgano comunitario (Secretaría General, Comisión, etc.) cumpla con alguna función que no esta realizando y además no la realiza injustificadamente. La importancia de este recurso radica principalmente en otorgar garantías para que los órganos de la CAN cumplan efectiva y oportunamente sus actividades y deberes. El recurso podrá estar dirigido contra la falta de pronunciamiento de disposiciones de carácter general o de carácter particular.

En cuanto al procedimiento del recurso de acuerdo con los artículos 37 del Tratado de Creación del Tribunal²² y 131 del Estatuto, éste se encuentra supeditado al cumplimiento de un requisito de admisibilidad: Primero debe pedirse por escrito al órgano acusado de la omisión o inactividad, que cumpla con su obligación, es decir, la ejecución de la actividad omitida. No se indica plazo para formular el requerimiento, por lo que la oportunidad queda a discreción del interesado. Si dentro de los treinta días siguientes no se accede al requerimiento, el sujeto legitimado podrá ejercer el recurso ante el Tribunal de la Comunidad. El plazo deberá contarse desde la fecha en que el órgano reciba el requerimiento.

²² Artículo 37. “Cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas en las condiciones del Artículo 19 de este Tratado, podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones.

Si dentro de los treinta días siguientes no se accediere a dicha solicitud, el solicitante podrá acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que se pronuncie sobre el caso.

Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de admisión del recurso, el Tribunal emitirá la providencia correspondiente, con base en la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones del órgano objeto del recurso. Dicha providencia, que será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación.”

De acuerdo a los artículos 37 del Tratado y 133 y 134 del Estatuto, dentro de los treinta días siguientes a la admisión del recurso, el TJCA deberá dictar la providencia que corresponda. Si se declara la omisión o la inactividad, el TJCA deberá precisar la forma, modalidad así como el plazo para que se cumpla la obligación.

1.6.5. Acción laboral.²³

El artículo 40²⁴ del Tratado de Creación del TJCA establece esta acción. El Tribunal Andino tiene competencia para conocer de las controversias laborales que se susciten en el seno de los órganos e instituciones del SAI. Hay que tener muy en cuenta que esta competencia para conocer asuntos controvertidos laborales abarca sólo aquellas originadas en una relación de trabajo respecto a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable.

Los que están legitimados para ejercer la acción laboral y reclamar el cumplimiento de sus derechos laborales, son los funcionarios o empleados que tengan o hayan tenido relación laboral con cualquiera de los órganos e instituciones del SAI.

Para que la acción prospere se exige como requisito que el actor pruebe que haya formulado petición directa a su empleador sobre los mismos derechos laborales que reclama en sede judicial, y no haber obtenido respuesta dentro de los treinta días siguientes, o haber obtenido una que le fue total o parcialmente desfavorable. Se debe

²³ Moisés troconis, Integración Y Jurisdicción En La Comunidad Andina, pág. 174.

²⁴ Artículo 40. “El Tribunal es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.”

tomar en cuenta también que la acción prescribe a los tres años desde el hecho o acto causante de la reclamación.

Según el artículo 138 el TJCA puede estimar que los derechos envueltos en la controversia son susceptibles de transacción, y puede convocar a las partes a una audiencia de conciliación. También las partes podrán, en cualquier estado del proceso, ponerse de acuerdo y solicitar al Tribunal que convoque una audiencia de conciliación.

Para la emisión de sentencia, el Tribunal deberá aplicar los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo, así como los principios comunes a los Países Miembros.

1.6.6. Potestad arbitral.

En el artículo 38²⁵ del Tratado de Creación del TJCA se atribuye competencia al Tribunal para resolver, mediante arbitraje aquellas controversias que los particulares decidan someter a su conocimiento, siempre y cuando se refiera a la interpretación o aplicación de contratos de carácter privado pero que se encuentren regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

²⁵ Artículo 38. “El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden.

Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.”

Por otro lado el TJCA tiene competencia para resolver, por vía arbitral, las controversias que se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema, o entre éstos y terceros, a causa de la interpretación o aplicación de contratos, convenios o acuerdos que se celebren entre ellos, cuando las partes así lo acuerden.

El laudo podrá ser de derecho o de equidad, según lo acuerden las partes, será obligatorio e inapelable, además que constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución en cada País Miembro, de conformidad con las disposiciones de la ley interna aplicable.

Con el arbitraje se busca fortalecer la participación de los particulares en el sistema de solución de controversias, pero hasta ahora es una labor que no ha sido llevada a cabo ante el TJCA.

Sin embargo la competencia de arbitraje no es exclusiva del Tribunal Andino, más bien es una competencia compartida con la Secretaría General ya que esta institución también puede conocer del arbitraje según el artículo 39 del Tratado de Creación del TJCA²⁶; la diferencia sustancial es que el TJCA puede pronunciar sus laudos tanto en derecho como en equidad, dependiendo de las partes en conflicto, mientras que la Secretaría General sólo puede pronunciarse en equidad.

²⁶ Artículo 39. “La Secretaría General es competente para dirimir mediante arbitraje administrando las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

La Secretaría General emitirá su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su laudo será obligatorio e inapelable, salvo que las partes acordaran lo contrario y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.”

Sobre el tema del arbitraje en la CAN existe una investigación interesante por parte de Genaro Baldeón²⁷, donde considera que sería adecuado que el TJCA como la Secretaría General suscriban acuerdos con otras instituciones arbitrales para que sean ellos quienes lleven a cabo el proceso de arbitraje ya que no correspondería a los dos órganos comunitarios involucrados decidir dirimir directamente las controversias. Es decir pretende que el TJCA se dedique más a su función jurisdiccional y que simplemente sea un supervisor del arbitraje, excepto en ciertas circunstancias como ejemplo un conflicto entre órganos del sistema donde perfectamente puede proceder de arbitro.

Considera Baldeón que incluso se debería dar facultades a árbitros nacionales para que solucionen conflictos entre particulares de los Países Miembros. Como lineamiento central de su propuesta considera que lo mejor es, la posibilidad de que la prestación de los servicios de arbitraje sea ofrecida de una manera descentralizada por los centros de arbitraje con los cuales se suscriban acuerdos de cooperación y asociación, sin perjuicio de que tanto el Tribunal de Justicia y la Secretaría General puedan intervenir directamente.

Las decisiones serían adoptadas por árbitros que garanticen la debida neutralidad y conocimientos en la materia, y no por magistrados o por funcionarios de la Secretaría General. Ya que según Baldeón, los magistrados del Tribunal posiblemente se inclinarían por aplicar un criterio judicial, caracterizado por los formalismos que desvirtúan la esencia de la técnica arbitral; mientras que los funcionarios de la Secretaría General eventualmente podrían sobreponer el interés público-comunitario sobre las reales pretensiones de carácter privado de las partes.

²⁷ Ver Genaro Baldeón, *Propuesta De Instrumentación Del Arbitraje En La Comunidad Andina* en: <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-PAS-0001.pdf>.

La propuesta de Baldeón no deja de ser interesante, ya que con ésta pretende lograr una menor ingerencia del TJCA en temas arbitrales y a su vez una mayor participación de otras instituciones aplicando una competencia comunitaria, De lo que se puede leer entre líneas podría hablarse de otro tipo de cooperación entre el TJCA y otros entes. Sin embargo esto no ha pasado de ser una propuesta.

Particularmente, no considero que sea lo más adecuado que un órgano jurisdiccional como lo es en efecto el TJCA, tenga entre sus competencias asuntos de solución alternativa de conflictos.

1.7. Carácter permanente del Tribunal Andino.

Desde su creación y entrada en vigor, este órgano se ha mantenido con carácter permanente; esto ha sido sumamente importante, ya que la sola presencia de un órgano de esta naturaleza produce entre sus miembros seguridad y confianza. Los Países Miembros de la Comunidad Andina y los particulares como sujetos de Derecho en la comunidad, tienen la posibilidad de recurrir a la aplicación de justicia en caso de incumplimiento, violación o inobservancia de sus derechos, esto es importante en el sentido que tienen las garantías necesarias para llevar adelante el proceso de integración, sabiendo que es una integración basada en un orden jurídico de Derecho y con la seguridad que hay un órgano establecido para velar por la observancia del ordenamiento comunitario, razón que no acontecería de ser un órgano intermitente.

Para Jiménez y Paolillo, “la condición de permanente de un órgano jurisdiccional dentro de la comunidad de Estados, asegura la continuidad en el ejercicio de la función, y la unidad y coherencia de su jurisprudencia.”²⁸

Asimismo, la no permanencia de un órgano de estas características, sería razón suficiente para impedir la aplicación común en todos los Países Miembros, y la interpretación y armonización de la normativa quedaría en nada, igualmente aumentaría la retardación de justicia, y no existiría la celeridad que permite el TJCA permanente.

Uribe ha mencionado “tan sólo la presencia de un Tribunal permanente para dirimir conflictos que puede ejercer además el control de legalidad y asumir la indispensable interpretación uniforme de las normas comunitarias, puede garantizar razonablemente el respeto al derecho durante un proceso integracionista.”²⁹

1.8. El Sistema jurídico comunitario.

Hay autores que hablan del Poder judicial de la comunidad andina; en este sentido, Walter Kaune dice que el Tribunal Andino “constituye una parte importante del Poder Judicial Comunitario, que posee todo el respaldo jurídico y doctrinario para ostentar la calidad de cabeza de dicho poder”, para hacer este comentario el citado autor se basa en Guy Isaac, citado por Lotario Vilaboy Lois “el Tribunal de Justicia no es un simple órgano judicial, ni siquiera únicamente una Autoridad judicial, sino que se presenta como un auténtico poder judicial Comunitario, del que posee los medios para hacerlo, un título indiscutible y voluntad de comportarse como tal.”³⁰

²⁸ Jiménez Arechaga y Paolillo citado por Luna Ocampo, *Elementos Del Derecho Comunitario*, Bogota, ediciones judiciales, pág. 133.

²⁹ Fernando Uribe citado por Patricio Bueno en, *Integración Económica Y Derecho Comunitario*, Quito, Artes Graficas Señal, 1997, pág. 201.

³⁰ Lotario Vilaboy Lois y otros. *Derecho Procesal Comunitario*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, págs. 16 y 17.

Obviamente esto no ha sido consolidado aún, y al decir poder judicial de la CAN por ningún motivo debe venir a la mente la idea común que tenemos de un poder judicial tradicional y propio de cada Estado. En este caso se habla de un poder judicial sui generis que a la larga se pretende consolidar, sin necesidad de crear más tribunales o mas jueces, simplemente con el TJCA como el órgano medular y con los jueces nacionales, siendo estos últimos los que, cuando corresponda, deberán pronunciarse para dirimir el conflicto, el mismo que pasa a ser nacional, pero emanado del derecho común, en estos casos los jueces nacionales se constituyen en verdaderos ejecutores del Derecho Comunitario.

Lo cierto hoy en día, es que el TJCA como órgano jurisdiccional de la CAN, es quien aplica el Derecho Comunitario y dirime las controversias, no obstante que por la inteligencia del sistema comunitario, los jueces nacionales al aplicar su derecho nacional, aplican la norma comunitaria que por esta vertiente se constituye como norma interna y los jueces nacionales son los llamados también a aplicarla.

1.9. Jerarquía judicial en la Comunidad Andina.

El Tribunal Andino es el único órgano judicial competente para declarar e interpretar el Derecho Comunitario y, aunque se reconoce al Tribunal Andino como la única jurisdicción comunitaria, no es el único tribunal que aplica Derecho Comunitario³¹; pues de acuerdo al sistema jurisdiccional, se ha visto conveniente hacer que los jueces nacionales de los Países Miembros puedan pronunciarse en ciertas cuestiones del mismo, cumpliendo ciertas reglas y aplicando éste como derecho nacional, pero vertido de una fuente comunitaria, es decir, los tribunales nacionales pronuncian su fallo de acuerdo a su competencia, pero si esta competencia tiene relación directa con alguna

³¹ Walter Kaune, La Necesidad de la Integración....., pág. 77.

competencia de la CAN, entonces el juez nacional aplicará la normativa comunitaria, en estrecha relación con el TJCA.

En este sentido, tanto el TJCA como los jueces nacionales están en un mismo nivel, es decir, los magistrados del TJCA no están por encima de los jueces nacionales, ni es el TJCA una instancia ulterior a la de los jueces nacionales, ambos jueces trabajan en estrecha relación y cooperación buscando como objetivo la correcta administración de justicia en la aplicación del Derecho Comunitario con el objetivo de su uniformidad.

1.10. Jurisdicción comunitaria y jurisdicción nacional.

La jurisdicción nacional de cada Estado es una y la jurisdicción comunitaria es otra distinta ejercida por el TJCA, sin embargo, esto no impide que también la ejerzan los jueces nacionales dentro de una relación directa y práctica entre el TJCA y los tribunales nacionales, pues por las características especiales que tiene el Derecho Comunitario, el sistema ha visto por conveniente hacer que los jueces nacionales cooperen con el TJCA y que en ciertas circunstancias sean ellos los que se pronuncien y apliquen el ordenamiento comunitario.

Los jueces nacionales no ejercen plenamente la jurisdicción comunitaria, toda vez que el TJCA es el único que puede declarar e interpretar uniformemente las cuestiones jurídicas comunitarias, así como es el único que puede pronunciarse sobre otras cuestiones de fondo comunitarias, como las acciones de nulidad, o por omisión.

Sin embargo si se puede hablar de competencias repartidas entre ambas jurisdicciones, obviamente con limitaciones, porque el TJCA tiene competencias claramente establecidas que son las seis anteriormente mencionadas, mientras que los jueces nacionales tienen las competencias asignadas por su propia legislación nacional, y dentro de ellas implícitamente las derivadas del Derecho Comunitario; en tal sentido

si su competencia nacional tiene relación con la aplicación de alguna norma comunitaria, el juez nacional también adquiere competencia para pronunciarse en la cuestión controvertida comunitaria.

1.11. Relación entre los órganos jurisdiccionales internos nacionales con el Tribunal Andino.

La normativa comunitaria puede entenderse como una vertiente generadora de normas internas. Tradicionalmente estamos acostumbrados a que la emanación de normas provenga del Congreso de cada país, y en ciertas circunstancias del Poder Ejecutivo, sin embargo, con el Derecho Comunitario ha surgido el fenómeno sui generis de que las normas comunitarias sean vertiente de norma nacional, por cuanto una norma comunitaria una vez publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena pasa inmediatamente y en forma automática a formar parte del ordenamiento jurídico positivo interno de cada País Miembro, salvo que la misma norma contenga modalidades de aplicación posterior.

Este fenómeno permite que las Decisiones; Resoluciones y, demás normas originarias o derivadas del ordenamiento jurídico de la CAN sean parte interna del derecho positivo de los Países Miembros, lo que se explica por los principios de aplicación inmediata, efecto directo y supremacía.

Para ejemplificar mejor el asunto pongamos el caso de Bolivia³²; cuando el Congreso aprueba una ley, ésta pasa a formar parte del ordenamiento jurídico del Estado en el momento que es publicada en la Gaceta Oficial de la República; en el caso de un tratado internacional, éste adquiere la calidad de una ley de la República cuando es ratificado por el País y publicado en la Gaceta Oficial nacional. En cambio en el caso de

³² Situación similar acontece en los demás países que conforman la Comunidad Andina.

la norma comunitaria derivada, ésta se constituye en ley de la República desde el momento en que se publica en la Gaceta del Acuerdo de Cartagena sin necesidad de acto de recepción alguno, ni menos pasar por la ratificación interna.

Ante esta realidad, no se puede negar la relación existente entre los órganos que administran justicia, el TJCA como órgano medular del SAI y como órgano jurisdiccional de la CAN y los jueces nacionales llamados a aplicar el derecho interno de cada Estado, conformado también por la norma comunitaria.

Los jueces nacionales entonces, tienen relación con el TJCA en el sentido de brindarse apoyo mutuo, dentro de un trato de respeto y cooperación recíprocos, con sujeción a la ley y con el objetivo de dar cumplimiento a los objetivos de la integración supranacional.

La situación común es que ambos aplican el Derecho Comunitario, como ya vimos, el TJCA tiene seis competencias, por su lado, los jueces nacionales tienen las competencias otorgadas por su legislación interna, pero en cuestiones relacionadas con normas comunitarias, deben solicitar la interpretación prejudicial y en base a ella emitir su resolución al caso concreto; asimismo el juez nacional puede conocer la acción de incumplimiento y pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial, donde aplica y hace que se ejecute la norma comunitaria.

1.12. Consideraciones finales del primer capítulo.

En este capítulo se ha desarrollado las principales características del TJCA, sus competencias y principios, así como la relación de la aplicación de esas competencias con las competencias de los jueces nacionales; asimismo se observó el carácter de vertiente normativa del Derecho Comunitario respecto al derecho nacional y las relaciones que existen entre el TJCA y los tribunales nacionales.

En el siguiente capítulo se observará las disposiciones legales de cada País Miembro respecto al Derecho Comunitario como también las disposiciones referentes a los jueces y tribunales nacionales, para observar cuales son las regulaciones internas respecto a las labores del juez nacional aplicando Derecho Comunitario.

CAPÍTULO II

ORDENAMIENTO DE CADA PAÍS MIEMBRO DE LA COMUNIDAD ANDINA RESPECTO A NORMAS COMUNITARIAS Y A LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR EL JUEZ NACIONAL

2.1. Generalidades.

En este capítulo se hace un análisis de las disposiciones normativas internas de cada País Miembro de la CAN; estas disposiciones internas son aquellas referidas al orden constitucional y en el orden de las leyes orgánicas judiciales de cada Estado. Lo que se pretende al revisar la Constitución es determinar la existencia de normas relacionadas a la integración andina y principalmente revisar la normativa que estructura el Poder Judicial de cada Estado; para tratar de encontrar su relación con el Derecho Comunitario y ver de esta manera en que medida existen disposiciones normativas nacionales que garanticen el cumplimiento de la norma comunitaria.

Finalmente al revisar las leyes de organización judicial de cada Estado, se pretende encontrar si existe en ellas algún tipo de disposición que permita al juez nacional pronunciarse sobre temas vertidos del Derecho Comunitario o si en su defecto existen disposiciones que imposibiliten el actuar de jueces nacionales en temas comunitarios.

2.2. Caso de Bolivia.

2.2.1. Constitución Política de Bolivia y normas referentes al Derecho Comunitario.

La Constitución de la República de Bolivia no contempla disposiciones relacionadas al Derecho Comunitario, dentro de su texto constitucional sólo se encontró

disposiciones referentes a la aprobación de los tratados internacionales; en efecto el artículo 59 de la Carta Política de Bolivia, establece las atribuciones del Poder Legislativo y en el inciso 12 dispone como una de sus atribuciones la de aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales. Este artículo se encuentra relacionado con el artículo 96 numeral 2 de la misma normativa donde se señalan las atribuciones del presidente de la República y entre estas se encuentra la de Negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa ratificación del Congreso³³.

Respecto a pronunciamientos del Tribunal Constitucional de Bolivia, sobre el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, vemos que éste ha dicho:

La Constitución Política del Estado ha previsto el control de Tratados y Convenios Internacionales como una forma de control de constitucionalidad previo, mediante la denominada Consulta. En efecto, la consulta sobre la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales, constituye una acción jurisdiccional a través de la cual, la autoridad legitimada somete a conocimiento y consideración del Tribunal Constitucional, el texto de los mismos suscrito por el Ejecutivo, así como el proyecto de ley de su aprobación, para que se realice el control previo sobre si sus normas son o no compatibles con las previstas en la Ley Fundamental. La citada acción, conforme se tiene señalado, forma parte del sistema de control previo, por cuanto el juicio de constitucionalidad de las normas del tratado o convenio internacional se efectúa con carácter previo al perfeccionamiento del instrumento internacional, antes que se sancione la ley que aprueba tal tratado o convenio internacional. En Bolivia el control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales no es automático ni obligatorio, sino que debe ser siempre a instancia de la autoridad legitimada, que, conforme al art. 113 de la LTC, es únicamente el Presidente del Congreso Nacional.³⁴

Bolivia siguiendo este procedimiento ha suscrito el acuerdo de Cartagena y las posteriores normas originarias de la integración y, en consecuencia, ha aceptado la normativa andina y se somete a ella, muy a pesar que en su carta política no se haga mención específica de ello. El hecho que la Constitución no establezca normas relacionadas a la integración no ha sido impedimento para que Bolivia esté inmersa en el proceso comunitario andino como miembro activo; en este sentido han ayudado bastante los principios de efecto directo, aplicación inmediata y primacía.

³³ Para tener una idea más clara sobre los tratados internacionales y su incorporación al Derecho interno en Bolivia, recomiendo revisar el artículo publicado en <http://www.portalfio.org/cuadernos-2/articulos/BOLIVIA.pdf>.

³⁴ Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 0031/2006 de 10 de mayo de 2006.

Se espera que con la nueva carta política que surja tras la Asamblea Constituyente, la Constitución boliviana establezca disposiciones referentes a la integración comunitaria.

2.2.2. Constitución Política de Bolivia y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.

En el artículo 116 de la Constitución de Bolivia se encuentra establecido el ejercicio del Poder Judicial, en este artículo se dispone:

I. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito, los tribunales y jueces de Instancia y demás tribunales y juzgados que establece la ley. La ley determina la organización y atribuciones de los tribunales y juzgados de la República. El Consejo de la Judicatura forma parte del Poder Judicial.

III. La facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contencioso – administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional.

Cabe hacer notar que la ley no establece la ejecución de justicia por jueces comunitarios, ni establece que los jueces nacionales puedan conocer cuestiones comunitarias. La Constitución se remite a que las leyes determinen el actuar de la justicia así como las respectivas competencias de cada juez.

Sin embargo, en la práctica y en temas referentes a la propiedad industrial, la Corte Suprema ha aplicado la normativa vertida por el Derecho Comunitario, quedando ahí demostrada la aplicación del Derecho Comunitario por el juez nacional.

2.2.3. Ley de Organización Judicial y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.

Esta ley regula la organización y la administración de justicia en Bolivia. En el Art.1.12, se establece el principio de competencia, y dispone: “Toda causa debe ser conocida por juez competente, que es el designado con arreglo a la Constitución y a las leyes. No pueden establecerse tribunales o juzgados de excepción”.

En el caso de la aplicación del Derecho Comunitario por juez nacional, no se ha previsto normativamente este cometido, es decir que no existe una disposición normativa que manifieste textualmente que el juez nacional, tiene competencia para aplicar cuestiones vertidas del Derecho Comunitario.

En cuanto a los órganos de la administración de justicia, el artículo 2 señala: “La justicia en materias civil-comercial, penal, sustancias controladas, de familia, del menor, del trabajo y seguridad social, de minería y administrativa, de contravenciones y de mínima cuantía, será ejercida por los tribunales y juzgados establecidos y por establecerse, de acuerdo a la Constitución Política del Estado y las leyes.”

En este artículo no se dice nada sobre aplicar justicia recurriendo al Derecho Comunitario, pero tampoco hay algo que contradiga su aplicación, es decir que si esta inmersa alguna cuestión comunitaria, el juez competente nacional, debe pronunciarse siguiendo el procedimiento de aplicar el derecho nacional, pero tomando en cuenta la norma comunitaria.

Respecto a los jueces y su jerarquía, el artículo 3 manifiesta: “Por su orden jerárquico los jueces de superior a inferior se clasifican en: Ministros de la Corte Suprema de Justicia, vocales de las Cortes de Distrito, jueces de partido, de instrucción, de contravenciones y de mínima cuantía.”

Cualquiera de estos jueces, cuando corresponda un proceso relacionado a alguna norma comunitaria, tiene la facultad y la obligación de seguir la causa del proceso, pudiendo aplicar normativa comunitaria, aunque en esta ley no se reconozca la competencia para actuar aplicando el Derecho Comunitario, esta competencia emerge del Derecho Comunitario mismo, de sus disposiciones y principios así como de la jurisprudencia y modo de operar.

Respecto a la competencia, esta ley en su artículo 27 dispone “La competencia de un tribunal o juez para conocer un asunto, se determina por razón del territorio, de la naturaleza, materia o cuantía de aquél y de la calidad de las personas que litigan.”

Interpretando este artículo, se puede entender que la competencia de aplicar Derecho Comunitario por algún juez nacional boliviano deviene por la naturaleza del proceso, es decir, si en el proceso hay que aplicar norma comunitaria, el proceso sigue siendo un proceso nacional pero el origen de la normativa es comunitario, y en este sentido, el juez nacional, tiene perfecta competencia para pronunciarse al respecto; es decir pronunciar su fallo en la misma medida que un proceso nacional, pero tomando en cuenta la normativa comunitaria, y cuando es el caso incluso teniendo primacía de ésta.

2.3. Caso de Colombia

2.3.1. Constitución Política de Colombia y normas referentes al Derecho Comunitario.

En el caso de Colombia la aprobación de tratados internacionales corresponde al Congreso; las normas originarias de la CAN devienen de tratados internacionales, así en el numeral 16 del artículo 150 de la Constitución colombiana prevé entre las funciones ejercidas por el Congreso mediante leyes la función de:

“Aprobar o inaprobar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.”

Colombia es un País comprometido plenamente con el Derecho Comunitario, y ha tomado el cuidado de introducir en su carta política disposiciones sobre el tema, así el artículo 227 dispone:

“El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y, especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que, sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos

supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.”

2.3.2. Constitución Política de Colombia y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.

El Artículo 116° se refiere a la composición de los administradores de justicia, y dispone: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.”

En este artículo no se hace ninguna mención a la administración de justicia comunitaria, sin embargo ésta, debe ser administrada por los mismos jueces nacionales, aplicando sus competencias internas, y en caso de existir alguna norma comunitaria, aplicarla.

Así, por ejemplo, en la práctica se da que, el Consejo de Estado juzga determinados temas como la propiedad industrial, aplicando las normas vertidas del Derecho Comunitario. Sin embargo, cuando se menciona las atribuciones del Consejo de Estado o de cualquier otro órgano, no se menciona la atribución que tienen de conocer cuestiones comunitarias.

2.3.3. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.

Esta ley en su artículo 11 dispone que la rama Judicial del Poder Público está constituida por:

1. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones
 - a. De la Jurisdicción Ordinaria:
 1. Corte Suprema de Justicia
 2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial
 3. Juzgados civiles, laborales, penales, agrarios, de familia y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley
 - b. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:
 1. Consejo de Estado
 2. Tribunales Administrativos
 3. Juzgados Administrativos
 - c. De la Jurisdicción Constitucional:
 1. Corte Constitucional
 - d. De la Jurisdicción de Paz: Jueces de Paz.
 - e. De la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas: Autoridades de los territorios indígenas.
 2. La Fiscalía General de la Nación.
 3. El Consejo Superior de la Judicatura.

Este artículo 11, menciona en forma clara los componentes de la rama jurisdiccional, hay que tener en cuenta que todos los mencionados pueden aplicar Derecho Comunitario cuando en su jurisdicción y competencia esté involucrada alguna norma comunitaria. Esto debe hacerse inexcusablemente y no se puede argüir que en las disposiciones de administración de justicia no se manifiesta expresamente este cometido, ya que esta facultad viene establecida con la misma aplicación del Derecho Comunitario, con su doctrina, jurisprudencia y sus principios.

2.4. Caso del Ecuador.

2.4.1. Constitución Política del Ecuador y normas referentes al Derecho Comunitario.

En el caso ecuatoriano, la aprobación de los Tratados Internacionales corresponde al Congreso, así, los artículos 161, 162 y 163 de su carta política, disponen:

Art. 161.- El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales:

1. Los que se refieran a materia territorial o de límites.
2. Los que establezcan alianzas políticas o militares.
3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración.
4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley.
5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos.
6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Art. 162.- La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso.

Previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución.

La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma.

Art. 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

Respecto a estos artículos y sobre la temática de los tratados internacionales, el

Tribunal Constitucional del Ecuador ha dicho:

Que, conforme lo prevé el artículo 276 número 5 de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional es competente para: “Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional”; Que, el artículo 161 número 6 de la Constitución Política consigna que el Congreso Nacional aprobará o improbará los Tratados y Convenios internacionales “que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley”; Que, el artículo 162 de la Carta Política, en su inciso segundo dispone: “Previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución”; Que, el artículo 163 de la Carta Suprema, dice: “Jerarquía de los instrumentos internacionales.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.”³⁵

Sobre el artículo 163, y refiriéndose a la situación del Derecho Internacional y al Derecho de la Integración en relación al ordenamiento interno ecuatoriano, Cesar Montaña dice “ El DI vive en el sistema jurídico nacional por debajo de la Constitución, pero sobre el resto del ordenamiento jurídico; en cambio, las normas de la integración

³⁵ Tribunal Constitucional del Ecuador, CASO Nro. 0008-2002-CI.

por su especificidad gozan de otro posicionamiento y *modus operandi*, lo que hace que estos ordenamientos –nacional, internacional y supranacional- convivan en aparente armonía.³⁶,

Respecto a las disposiciones sobre temas comunitarios, el artículo 4 prevé que “El Ecuador en sus relaciones con la comunidad internacional propugna la integración, de manera especial la andina y latinoamericana”, en tanto que según su artículo 5 “El Ecuador podrá formar asociaciones con uno o más Estados, para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios.”

Es evidente que el Ecuador se encuentra comprometido con la integración, y participa como miembro activo en ella. Además es importante tomar en cuenta que jurisprudencialmente el Ecuador ha reconocido al Derecho Comunitario como un ente autónomo así como dotado de los principios de aplicación inmediata, efecto directo y supremacía, en este sentido, existe un fallo de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil y Mercantil que dice:

“El Derecho Comunitario es un Derecho autónomo, independiente de características propias y singulares cuyos principios fundamentales lo distinguen del ordenamiento jurídico del Derecho Internacional, criterio recogido por la primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, fallo publicado en la Gaceta Judicial serie XVI, No.15 de 13 de mayo de 1999.”³⁷

A su vez existe otro fallo de la Corte Suprema que textualmente dispone:

“Está claro, por tanto, que es obligación del Juez nacional que conozca de un proceso en el que ‘deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina’ (Art. 33 del Tratado Modificatorio), consultar al Tribunal Andino su interpretación, siendo facultativa la consulta cuando’ la sentencia sea susceptible de

³⁶ Cesar Montaña Galarza, Constitución del Ecuador e Integración Andina, en: *Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano*, CIEDLA; Fundación Konrad Adenauer. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 2004, pág. 8.

³⁷ Texto encontrado en:

http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=sentencia+tribunal+constitucional+comunitario+andino&meta=lr%3Dlang_es

recursos en el derecho interno' y es obligatoria cuando 'la sentencia no fuere susceptible de recurso en el derecho interno'. Cabe anotar que en el Art. 33 del Tratado Modificatorio se incluye el término 'controvierta', modificando así el Art. 29 del Tratado original de Creación del Tribunal de Justicia Andino, que sólo establecía la consulta para procesos 'en que deba aplicarse alguna de las normas del derecho comunitario andino, mas no cuando se controvierta alguna de tales normas. Por tanto, tanto, en el presente caso era obligatoria la consulta prejudicial por parte del Tribunal de segunda instancia, que le fue solicitada por la parte demandada oportunamente, y al no hacerlo incumplió con el Art. 29 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Art. 33 del Tratado Modificatorio, al haber interpretado erróneamente dichas disposiciones."³⁸

2.4.2. Constitución Política de Ecuador y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.

El artículo 198 de la Constitución ecuatoriana estructura los órganos de la función judicial, ahí establece que serán órganos de la Función Judicial: 1. La Corte Suprema de Justicia. 2. Las cortes, tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y la ley. 3. El Consejo Nacional de la Judicatura. La ley determinará su estructura, jurisdicción y competencia.

Todos estos órganos administradores de justicia, aunque no se lo diga expresamente, tienen la facultad de administrar justicia comunitaria; en este caso aplican justicia siguiendo su mismo rol de juez nacional, pero aplicando la norma vertida como comunitaria. Así por ejemplo como se da en la práctica respecto a las normas de propiedad industrial, la Corte Suprema administra justicia aplicando normas emanadas de la vertiente comunitaria.

2.4.3. Ley Orgánica de la Función Judicial y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.

Respecto a su ley orgánica judicial en ella se ve que el artículo 1 dispone que:

“La justicia se administra por los Tribunales y Juzgados establecidos por la Constitución y las Leyes.”

³⁸ Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Tercera Sala de lo Civil, Sentencia del 5 de octubre de 1999. encontrado en: http://www.uexternado.edu.co/noticias/cipe_anuarios/oasis/eric_tremolada.pdf

La Constitución y las leyes no se refieren a la aplicación del Derecho Comunitario, pero se refiere a las competencias de los jueces internos, y cuando ellos tengan que aplicar justicia vertida de alguna norma comunitaria, lo harán por razones doctrinales, jurisprudenciales, así como apoyados en los principios comunitarios.

Asimismo la ley orgánica judicial en su Art. 3 establece que “Los jueces son: de jurisdicción legal y de jurisdicción convencional; y, los primeros: jueces ordinarios y jueces especiales.”

Esta Ley, establece atribuciones para la Corte Suprema, Cortes de Distrito, jueces penales, civiles, familiares, de trabajo, inquilinatos. Empero en ninguna de ellas se refiere a la atribución de los jueces de aplicar normativa vertida del Derecho Comunitario, aunque esto no impide que deban hacerlo.

2.5. Caso de Perú

2.5.1. Constitución Política de Perú y normas referentes al Derecho Comunitario.

La República de Perú al igual que Bolivia Ecuador y Colombia, prevé que los tratados internacionales sean aprobados por el Congreso, así el Artículo 56 de su carta política, establece: “Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: (..) 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.

Respecto a temas relacionados a la integración, Perú no hace mucho hincapié, pero si manifiesta algo importante en su artículo 44, donde establece que, (..) “es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.”

Pese a ser limitado, de cierta manera Perú también da importancia a la integración, y también es un miembro pleno de la integración Andina.

2.5.2. Constitución Política de Perú y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.

Respecto a los administradores de justicia, el Artículo 138 señala que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

En la CPE y las leyes, no se habla específicamente de la aplicación de normas comunitarias, pero los jueces nacionales, deben conocer estas cuestiones, al momento de conocer alguna norma vertida del Derecho Comunitario, relacionada a su competencia nacional. Así por ejemplo y como se ha dado la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en cuestiones referentes a la Propiedad Industrial, con sus normas de origen comunitario.

El artículo 143 establece los integrantes del poder judicial y dispone: “El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.”

Todos estos órganos, son susceptibles de conocer alguna norma comunitaria, así por ejemplo si un juez civil ordinario conoce alguna causa donde este inmersa alguna cuestión comunitaria, este debe pronunciarse sobre la cuestión civil de su competencia,

y también debe aplicar la norma comunitaria que se encuentre en relación, y en el caso concreto.

2.5.3. Ley Orgánica Judicial de Perú y normas referentes a la administración de justicia relacionadas con el Derecho Comunitario.

Respecto a su ley orgánica del Poder Judicial sobre la dirección e impulso procesal, ésta establece en su Artículo 5 que:

“Los Magistrados, cualquiera sea su rango, especialidad o denominación ejercen la dirección de los procesos de su competencia y están obligados a impulsarlos de oficio, salvo reserva procesal expresa.

Con este objeto tienen autoridad sobre todos los intervinientes en los procesos judiciales de su competencia, quienes les deben el respeto y las consideraciones inherentes a su función.”

Este artículo es muy importante, pues dispone que los jueces ejercen la dirección de los procesos de su competencia, en ninguna norma, se habla de la competencia de los jueces de aplicar el Derecho de origen comunitario, pero ésta es una competencia implícita que tienen los jueces, vertida del mismo Derecho Comunitario y, no puede ser causa de excusa de un juez su desconocimiento, ya que estas normas gozan del efecto directo y aplicación inmediata, entonces; corresponde al juez nacional conocer asuntos de origen comunitario.

Según el artículo 26 los órganos Jurisdiccionales son: 1. La Corte Suprema de Justicia de la República; 2. Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos Distritos Judiciales; 3. Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las Provincias respectivas; 4. Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede; y 5. Los Juzgados de Paz.

Como se dijo anteriormente todos estos órganos podrían conocer alguna cuestión vertida del derecho comunitario, en ese caso sólo les quedaría aplicar la norma nacional y la norma comunitaria en relación a su competencia.

2.6. Consideraciones sobre los Tribunales Constitucionales de los Países Miembros.

Es muy importante referirse a los Tribunales Constitucionales (en Colombia Corte Constitucional) porque son estos órganos los encargados del control de constitucionalidad de las leyes internas de sus países, asimismo que se encargan de controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales, y no debe olvidarse que las normas comunitarias al ser dictadas se convierten en normas internas, así mismo que las normas comunitarias originarias, fueron suscritas como tratados internacionales.

En la incorporación de las normas comunitarias primarias al ordenamiento interno de cada Estado a la fecha no se han presentado grandes problemas, ya que todos los Países Miembros han incorporado plenamente la normativa originaria andina a su ordenamiento jurídico interno; de igual manera con la normativa derivada, que además goza del efecto directo de la aplicación inmediata y de la primacía.

Es importante que en el proceso de integración no se entre en tipo de problemas de jerarquía o de primacía, ambas jurisdicciones deben tratar de permanecer en amplia armonía y, si es el caso, ambas deben ceder para beneficio de la integración que a la vez busca beneficiar a los Estados.

Cabe mencionar la actitud positiva de Colombia, que está plenamente comprometido con el Derecho Comunitario ya que la Corte Constitucional de este País no ha puesto reparo alguno en solicitar la interpretación prejudicial del TJCA cuando ha tenido que hacerlo, Así tenemos el paradigma del proceso No.1-IP-96 resuelto por el TJCA, en esa ocasión, la Corte Constitucional de Colombia solicita al TJCA la

interpretación prejudicial sobre la factibilidad de ratificar en su Derecho interno el artículo 1° numeral 3° del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial orientada a establecer si se oponía a las disposiciones comunitarias. Al hacer esta consulta la República de Colombia quería evitarse una posible contravención al ordenamiento andino aceptando normas posiblemente contradictorias, paradigma verdaderamente digno de respetar por los demás países con el compromiso asumido con el Derecho Comunitario.³⁹

Siguiendo el ejemplo colombiano, se me ocurre, que la mejor solución es el ceder en caso de existir conflictos de jerarquía y contradicción entre la norma constitucional nacional y la norma comunitaria, pero este ceder debe ser de ambas partes, considero que antes de dictarse una disposición comunitaria por algún órgano facultado de la CAN, éste debe estudiar a profundidad los posibles efectos que puedan causar en el orden constitucional interno, y así a la hora de dictarlos, buscar no tener un conflicto violando el orden constitucional, salvo que estrictamente fuere necesario dictar una disposición de otro nivel; a su vez, considero que los tribunales constitucionales deben seguir el ejemplo de Colombia y no poner obstaculizaciones de ningún tipo, tratando de armonizar la normativa nacional con la expedida por el Derecho Comunitario que al final no es más que la misma norma interna.

2.7. Consideraciones finales del segundo capítulo.

Al analizar los cuatro Pases Miembros de la CAN se observa que todos ellos al suscribir tratados internacionales remiten su aprobación a su Congreso Nacional, las normas originarias de la CAN como el Acuerdo de Cartagena o el Tratado de Creación

³⁹ Tribunal Andino de Justicia, Proceso 1-IP-96.

del TJCA han sido introducidas como tratados internacionales previa ratificación por el orden interno de los países y previo análisis de constitucionalidad.

En otro aspecto, sólo Bolivia no hace hincapié en relación a la integración de la CAN o Sudamericana, los otros países sí se refieren explícitamente al interés de intervenir en un proceso de integración, pero pese a que no está escrito en la Constitución de Bolivia, este país al igual que los otros tres, se comporta como un Estado que es participe activo de la integración.

En cuanto a las normas constitucionales de los Países Miembros de la CAN relacionadas a su administración de justicia, se ve que, ninguna Constitución establece la posibilidad de que los jueces nacionales conozcan cuestiones vertidas del Derecho Comunitario, sin embargo, ninguna Constitución lo prohíbe, lo mismo acontece en sus leyes nacionales de administración judicial, en ellas establecen todos los órganos y competencias para administrar justicia, pero en ningún caso se remiten a la posibilidad de administrar justicia comunitaria por parte de sus jueces nacionales.

Pese a no existir estas disposiciones, en la realidad, por el mismo desarrollo del Derecho Comunitario, se ve que los jueces nacionales participan como verdaderos ejecutores del mismo, y aunque las leyes de los Países Miembros no contemplen esta realidad, los hechos llevan a que el juez nacional deba conocer normas comunitarias y pronunciarse sobre ellas.

El hecho que no haya disposiciones claras y expresas sobre este acontecer, no imposibilita su realización, ni lo hace ilegal o nulo, es una cuestión de forma que se establezca en las leyes nacionales la participación de sus jueces nacionales, ya que en el fondo, la competencia de que los jueces apliquen la norma común, deviene del mismo Derecho Comunitario, que por la naturaleza misma del sistema ha visto que sea conveniente que su aplicación se lleve de esta manera, y por sus normas, doctrina,

jurisprudencia y sus principios, han hecho perfectamente viable que el juez nacional se pronuncie en la sustanciación del Derecho Comunitario.

En el siguiente capítulo se analizará detalladamente la aplicabilidad del Derecho Comunitario por el juez nacional.

CAPÍTULO III

JUECES NACIONALES COMO JUECES QUE APLICAN EL DERECHO COMUNITARIO

3.1. Generalidades.

En este capítulo se describe la participación del juez nacional, como ejecutor del Derecho Comunitario; el objetivo es lograr demostrar al lector la importante función del juez nacional, respecto a la aplicación del Derecho Comunitario, así como hacer comprender que el juez nacional es el que tiene el rol fundamental en la ejecución de éste.

Asimismo se hace especial énfasis en describir como recíprocamente coopera el juez nacional con el TJCA, a través de la interpretación prejudicial, también se describe la acción de incumplimiento y la responsabilidad patrimonial generando indemnización de daños y perjuicios, directamente ante el juez nacional.

3.2. Normativa que dispone la aplicación del Derecho Comunitario por los jueces nacionales competentes.

La aplicación del Derecho Comunitario por los jueces nacionales, deviene de la doctrina y de la jurisprudencia llevada a cabo en la Unión Europea, “la posibilidad de los ciudadanos de invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales el Derecho Comunitario fue proclamada por el TJCE por vez primera y en relación con el Tratado constitutivo del mismo de la CEE, en el asunto Van Gend & Loos, 5 de febrero de 1963.”⁴⁰

⁴⁰ Ricardo Alonso García, *El Juez Español Y El Derecho Comunitario*, Valencia, TIRANT LO BLANCH, 2003, pág. 131.

Posteriormente en la CAN se siguió con este sistema, recurriendo también a la doctrina, a la jurisprudencia del TJCA, y a la normativa comunitaria que expresamente dispone la factibilidad de recurrir ante el juez nacional.

Los artículos donde están inmersas estas disposiciones son por un lado el artículo 30 del Tratado de Creación del TJCA donde se establece que “la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos por el artículo 25⁴¹, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.”

Éste es un artículo muy importante en el que se establece la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros, al facultar a cualquier particular, que haya sido parte en una acción de incumplimiento sustanciada ante el Tribunal Comunitario, vía Secretaría General, afectado en sus derechos subjetivos a demandar ante su juez nacional la reparación de estos daños; la demanda la debe incoar en contra de su Estado y es deber del juez nacional competente pronunciarse sobre la existencia o no de los daños y perjuicios causados.

Respecto al artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, “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.”

⁴¹ 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.”

Respecto al artículo 4 del TCT⁴², éste se refiere a las obligaciones de los Estados en adoptar o no medidas para dar cumplimiento al Derecho Comunitario; estas medidas son obligaciones de hacer y de no hacer; sin embargo se observa que este artículo presenta una omisión importante, ya que no se pronuncia en relación a los particulares, es decir no dice nada respecto a la adopción de medidas para cumplir el Derecho Comunitario por parte de las personas naturales o jurídicas. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de suplir esta omisión estableciendo que los particulares también deben cumplir la normativa comunitaria.

Volviendo a la cuestión de la normativa referente a la aplicación del Derecho Comunitario por el juez nacional, en el mismo Tratado de Creación del Tribunal se establecen disposiciones importantes en los artículos 33, 34, 35 y 36.⁴³ En estos artículos se hace referencia a la interpretación prejudicial, a la obligación del juez

⁴² 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. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

⁴³ Artículo 33. Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

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

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

Artículo 35.-El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.”

Artículo 36. “Los Países Miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección.”

nacional de solicitarla, y a la obligación del juez nacional de aplicar dicha interpretación en su derecho interno.

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia en los artículos mencionados, establece de forma clara la factibilidad de aplicar el Derecho Comunitario por parte del juez nacional, en cuestiones referidas a la interpretación prejudicial y a la acción de incumplimiento, pero más allá de eso establece la participación del juez nacional, para pronunciarse sobre demandas por responsabilidad patrimonial contra el Estado por incumplir las normas comunitarias.

3.3. Los jueces nacionales y sus roles.

Son jueces nacionales los funcionarios públicos de un Estado que ejercen la función jurisdiccional de juzgar, en relación a determinadas competencias que les han sido atribuidas; son jueces nacionales todos los jueces y/o tribunales que aplican el Derecho en su país, dentro de una determinada jurisdicción y competencia; la jurisdicción entendida como la potestad del Estado de administrar justicia así como el lugar donde aplica el Derecho; y la competencia es la aplicación de esa jurisdicción, es decir, lo que puede juzgar en virtud de territorio, materia, cuantía, etc.

Todos los jueces nacionales además de sus competencias originales atribuidas por sus leyes nacionales, tienen la facultad de aplicar el ordenamiento comunitario; siempre y cuando el proceso que conozcan tenga alguna relación con alguna cuestión y norma comunitaria.

Como se vio anteriormente, ningún País Miembro prevé en su normativa nacional en forma expresa que sus jueces nacionales puedan aplicar el Derecho Comunitario, sin embargo está implícita dicha facultad, amén de eso no está prohibido, ni es ilegal que los jueces nacionales apliquen el Derecho Comunitario; el rol de todo

juez es aplicar el Derecho y administrar justicia, en el caso concreto de estudio, recurriendo a las normas, a la jurisprudencia, a la costumbre y hasta el sentido común. A la hora de recurrir a las normas estas pueden ser de la vertiente legislativa común, es decir la generada por el Congreso, o también pueden provenir del Ejecutivo, pero en su caso también pueden aplicar normativa vertida del Derecho Comunitario. En este último supuesto, el rol del juez al determinar si en el caso concreto se encuentra inmersa alguna norma comunitaria, es elevar la consulta prejudicial ante el TJCA; una vez recibida la interpretación; su misión es dar el veredicto que ponga fin al litigio, aplicando la normativa comunitaria prevista en el pronunciamiento de Interpretación Prejudicial. Finalmente, una vez ejecutada su sentencia debe enviar una copia de dicha sentencia al TJCA, el no acatamiento de la interpretación del TJCA podría constituirse en causal para demandar al Estado del juez nacional infractor por incumplimiento comunitario. Aunque considero un hecho innecesario que el juez nacional tenga que enviar una copia de su sentencia al TJCA, ya que con este reenvió el TJCA no puede hacer nada, ya que por más que el juez no esté acatando la interpretación prejudicial, el TJCA no puede de oficio demandar el incumplimiento.

3.3.1. Límites a la aplicación del Derecho Comunitario por los jueces nacionales.

Los jueces nacionales no pueden aplicar en forma generalizada el Derecho Comunitario, sólo pueden aplicar la norma comunitaria relacionada a una de sus competencias, si en éstas se encuentra inmersa alguna norma que ha sido emitida por la CAN, en ese caso, sí puede aplicar la norma comunitaria al caso concreto y siempre que esta norma tenga un rol fundamental en la causa que está conociendo.

Otra limitante para el juez nacional es que, por razones obvias, no puede pronunciarse en cuestiones ajenas a su país, ya que los jueces nacionales cuando aplican el Derecho Comunitario lo hacen sólo en su Estado, así por ejemplo si un particular en Ecuador quiere demandar al Estado ecuatoriano puede hacerlo ante su juez nacional, pero si quiere demandar a otro País Miembro, debe hacerlo ante el TJCA. Misma situación para los particulares cuando demandan a otro particular, por ejemplo una persona natural o jurídica en Colombia sólo puede demandar ante su juez nacional a otra persona natural o jurídica en Colombia.

Finalmente, la otra limitante que tienen los jueces nacionales a la hora de aplicar la norma comunitaria es que, siempre y obligatoriamente deben solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, no puede aplicar la norma comunitaria sin ello, ya que si hay una norma comunitaria inmersa en una disputa, ésta debe ser resuelta por el juez nacional, pero previa interpretación prejudicial del TJCA.

3.4. El sistema comunitario que convierte a los jueces nacionales en jueces comunitarios.

Ésta es una posición aceptada por muchos tratadistas, considera que los jueces nacionales se convierten en jueces comunitarios, y por el hecho de aplicar Derecho Comunitario, pasan a ser jueces comunitarios, adquiriendo la jurisdicción y la competencia comunitaria; en este sentido Uribe Restrepo manifiesta; “el mecanismo de interpretación prejudicial parte de la base de que el juez nacional es el verdadero juez comunitario, en uso de una jurisdicción común, al paso de que el Tribunal tiene tan sólo la competencia adventicia, impuesta por la necesidad de lograr uniformidad jurídica en los distintos países de la subregión.”⁴⁴

⁴⁴ Uribe Restrepo, *La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino*, pág. 46.

En su momento también el ex presidente del Tribunal Europeo Lecourt ha dicho: “Cualquier juez nacional es también juez comunitario. Y lo es incluso más, en cierto sentido, que el Tribunal, cuya competencia es únicamente de atribución.”⁴⁵

Siguiendo esta línea el Magistrado y actual Presidente del TJCA Ricardo Vigil Toledo ha dicho: “El juez nacional, cuando tiene que aplicar una norma comunitaria, actúa como juez comunitario y es el procedimiento de interpretación prejudicial donde se produce la conexión entre ambas jurisdicciones.”⁴⁶

3.5. Jueces nacionales como jueces que aplican el Derecho Comunitario.

Ésta posición considera que el juez nacional no se convierte en juez comunitario, sino que sigue siendo un juez nacional, pero que, por el fenómeno y por el mismo modo de proceder del Derecho Comunitario, adquiere la capacidad para conocer y pronunciarse en asuntos devenidos del mismo.

Laso, menciona:

El ejercicio de una función comunitaria por parte de los órganos jurisdiccionales internos no permite considerar que el título bajo el que actúan se derive directamente del ordenamiento comunitario y que las normas procedimentales se definan por el ordenamiento comunitario. La inmediatez normativa que corresponde a las disposiciones del ordenamiento comunitario en los ordenamientos jurídicos internos, se debe compatibilizar con el principio de autonomía institucional y procedimental. La situación de los órganos jurisdiccionales dentro de la estructura organizativa interna impide afirmar que actúan en virtud de un título comunitario, aunque el ordenamiento comunitario supla las eventuales lagunas en los recursos existentes en los ordenamientos internos y los órganos jurisdiccionales desempeñen una función comunitaria.⁴⁷

⁴⁵ Lecourt citado por Uribe, *La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino*, pág. 46.

⁴⁶ Ricardo Vigil Toledo, *Seminario sobre la Consulta Prejudicial*, Granada Nicaragua 9 y 10 de octubre de 2006, encontrado en: http://72.14.209.104/search?q=cache:-LhOQa1jMcJ:www.cj.org.ni/CCJsite/press/seminarios/granada-oct-06/La%2520coop%2520organos%2520jurisdiccionales%2520nacionales%2520y%2520el%2520Tribunal%2520de%2520Just%2520de%2520la%2520Com%2520Andina.pdf+sentencia+tribunal+constitucional+comunitario+andino&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=ec&lr=lang_es

⁴⁷ Javier Laso Pérez, *La Cooperación Leal En El Ordenamiento Comunitario*, Madrid, COLEX, 2000, pág. 302.

Sobre lo que afirma Laso, considero que en la CAN, la aplicabilidad de normas comunitarias por jueces internos si deviene del ordenamiento comunitario, porque a través de las normas y los principios del Derecho Comunitario se ha extendido la aplicación del ordenamiento comunitario hasta los jueces nacionales, sin embargo, ninguna norma interna de los Países Miembros se pronuncia expresamente al respecto, aunque, bien es cierto que cuando un juez nacional actúa, éste se guía según su competencia nacional y según los procedimientos internos, ya que no se debe olvidar que la norma comunitaria penetra en el derecho interno y se convierte en norma nacional.

De lo que se puede leer entre líneas, Laso se refiere a que el juez nacional puede perfectamente aplicar Derecho Comunitario, pero, sin dejar de ser juez nacional y sin pasar a denominarse juez comunitario, simplemente actuando como un juez nacional que tiene la facultad legal de aplicar la normativa comunitaria al caso concreto estrechamente ligada a su competencia nacional.

Trátase de jueces nacionales convertidos en jueces comunitarios, o de jueces nacionales que aplican el Derecho Comunitario, lo relevante es que acudir al juez nacional directamente resulta ser eficiente y eficaz; eficiente en el sentido de llegar hasta los particulares para que ellos directamente ante sus jueces nacionales reclamen la violación causada en una cuestión comunitaria, y eficaz porque al aplicar el Derecho Comunitario, el juez nacional esta garantizando que las violaciones comunitarias disminuyan o en su defecto que cuando ocurran sean objeto de oportunas sanciones.⁴⁸

⁴⁸ Existe un texto importante escrito por Walter Kaune donde se refiere a la eficiencia y eficacia de acudir directamente ante los jueces nacionales, para mayor información ver “Memorias XI Encuentro de la jurisdicción Contencioso Administrativa. publicado por el Consejo de Estado de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, págs. 67 y siguientes.

3.6. Desconocimiento de competencias de los jueces nacionales sobre el Derecho Comunitario.

Este es uno de los mayores problemas actuales para la poca aplicabilidad del Derecho Comunitario a través de los jueces nacionales, es decir, existen dos situaciones contradictorias; por un lado la interpretación prejudicial que ha tenido aceptación y aplicabilidad y por otro lado la acción de incumplimiento que es un tema desconocido para los jueces nacionales.

En este sentido es una constante que países como Colombia y últimamente Perú soliciten, cada vez más interpretaciones perjudiciales, Ecuador en menor medida las solicita, la única excepción es Bolivia que sólo lo hace esporádicamente.

Sobre la acción de incumplimiento, incoada directamente ante el juez nacional, es algo desconocido para los cuatro Países Miembros, ya que hasta la fecha ninguna persona ha demandado a su Estado ante su mismo juez nacional, sólo existe un caso de una demanda entre particulares que posteriormente será desarrollada.

Respecto a demanda de responsabilidad patrimonial y consiguiente indemnización de daños y perjuicios, se desconoce precedentes, toda vez que no ha llegado al TJCA ninguna solicitud de Interpretación Prejudicial al respecto.

La causa de esta falta de aplicabilidad de las referidas acciones previstas por el Derecho Comunitario ante el juez nacional parece encontrarse en el desconocimiento de su normativa y su aplicabilidad; este desconocimiento es generalizado, es decir, existe desconocimiento de los particulares, de los abogados y de los mismos jueces nacionales.

Los jueces nacionales no tienen excusas para desconocer esta competencia, ya que no es algo facultativo, sino obligatorio para ellos, pero claro está que no se puede echar solamente la culpa al juez de no pronunciarse cuando no hay particulares ni hay abogados generales que soliciten o demanden la violación de sus derechos

comunitarios⁴⁹; esto debe revertirse ya que es de suma importancia para el desarrollo de la integración que los particulares conozcan el cómo, cuándo y por qué pueden solicitar la reclamación de sus derechos comunitarios vulnerados.

Asimismo los jueces deben tener la suficiente preparación y conocimiento tanto de su normativa nacional, como de la norma comunitaria, para aplicarla cuando así se lo requiera.

3.7. Conflicto de leyes que se presente ante el juez nacional al aplicar la norma interna o la comunitaria.

En caso hipotético de existir conflicto de leyes, es decir que la norma comunitaria sea contraria a las disposiciones normativas del ordenamiento jurídico interno o viceversa; las normas comunitarias tienen preeminencia, de acuerdo al principio de primacía, por el cual la norma comunitaria es considerada preferente a la norma interna y en este sentido, si el juez nacional se encontrara ante un conflicto de normas tendría que optar por la aplicación de la norma comunitaria y dejar de lado la norma nacional, sin que empero ello signifique derogar la norma nacional, sino simplemente inaplicarla, tomando en cuenta que ésta es para el caso concreto.

Esto podría parecer contradictorio ya que en todos los Países Miembros de la CAN, su ordenamiento jurídico dispone que su Constitución prevalece sobre cualquier ley, sin embargo con el fenómeno del Derecho Comunitario y sus principios consolidados, se establece que la norma comunitaria tiene preeminencia sobre la nacional, así que, en caso de conflicto de leyes, el juez nacional, debe aplicar con preferencia la norma comunitaria, el no hacerlo puede originar una acción de incumplimiento contra el país del juez infractor .

⁴⁹ Existe una disposición clara en el derecho civil interno de los Estados, que dice, “nadie puede alegar el desconocimiento de la Ley.”

3.8. Razones para la inexistencia de más jueces o tribunales comunitarios.

Podía haberse dado el caso que en cada Estado se creen tribunales especiales que conozcan las cuestiones comunitarias, sin embargo la inteligencia del sistema comunitario ha considerado inadecuado llevar tal propósito y ha visto por conveniente hacer que la aplicación del Derecho Comunitario sea llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales de los mismos Estados, ya que aquel no es más que la emanación de normas comunes para aplicarse en forma uniforme a los Países Miembros, es así que se ha dispuesto que los jueces nacionales cumplan dichas labores y de esta manera vean ampliadas sus competencias cuando exista alguna norma comunitaria en conflicto relacionada a su competencia nacional, y en consecuencia sea este mismo quien la resuelva. Las principales razones que se han tenido en cuenta para no crear más tribunales comunitarios han sido las siguientes:

- El tema de la burocracia que originaría tener demasiados tribunales comunitarios.
- El tema de la descoordinación y falta de uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario; si existiría más jueces habría tantos fallos como jueces hubiesen y la armonización del Derecho Comunitario sería imposible; cada juez interpretaría y dictaría su fallo según su propio criterio y quizás en muchas ocasiones en contradicción con los demás jueces, lo que ocasionaría una inadecuada jurisprudencia y un caos en la administración de justicia comunitaria.

3.9. Tribunales nacionales aptos para ejercer funciones de Derecho Comunitario.

Pese a no ser formalmente reconocidos como tribunal comunitario, los jueces nacionales realizan una labor sumamente importante dentro el ámbito de la administración de justicia andina, quizás el más importante, ya que ellos efectivizan el Derecho Comunitario, en este sentido José Manuel Sobrino ha dicho “el órgano

nacional es, hay que tenerlo bien presente, el juez principal para la aplicación del Derecho Comunitario. Es el garante del efecto directo y de la primacía del Derecho Comunitario.”⁵⁰

También se han referido otros autores a que el TJCA tiene competencias limitadas, pero que son los jueces nacionales los verdaderos encargados de llevar adelante el Derecho Comunitario con su actuación y poniendo en determinados casos las sanciones correspondientes, en este sentido Uribe Restrepo ha dicho “el juez nacional es el verdadero juez comunitario, en uso de una jurisdicción común, al paso que el Tribunal tiene tan sólo una competencia adventicia, impuesta por la necesidad de lograr uniformidad jurídica en los diversos países de la subregión.” Y luego de afirmar esto se remite a Lecourt, que dice “cualquier juez nacional es también juez comunitario. Y lo es incluso más, en cierto sentido, que el Tribunal cuya competencia es únicamente de atribución.”⁵¹

Como se ve son los jueces nacionales, en gran medida, los llamados a llevar la aplicación del Derecho Andino. Además, como ha señalado Ricardo Alonso García “la mayor parte del derecho Comunitario es desarrollado y ejecutado en régimen de descentralización por las autoridades nacionales, incluidos los órganos jurisdiccionales, encargados de velar por su correcta aplicación.”⁵²

Al dictar sentencia los jueces nacionales garantizan el proceso de integración y obligan a los afectados por la sentencia a cumplir con el Derecho Comunitario; asimismo ellos garantizan la ejecución de sanciones de tipo patrimoniales, determinando los daños y perjuicios en los que se ha podido incurrir.

⁵⁰ José Manuel Sobrino, *MEMORIAS*, Seminario Internacional “La Integración Derecho Y Los Tribunales Comunitarios” NOPLU S.A, Quito, 1996, pág. 38.

⁵¹ Fernando Uribe, *El Derecho De La Integración En El Grupo Andino*, Artes graficas Señal, Ecuador, 1990 pág. 156.

⁵² Ricardo Alonso, *El Juez Español Y.....*, Pág. 217.

Considero que, los jueces nacionales son los más importantes en la aplicación de la normativa comunitaria y consiguiente administración de justicia comunitaria, porque ellos tienen los medios, la posibilidad y obligación de efectivizarla directamente en el territorio nacional de su jurisdicción.

3.10. Aplicación práctica del Derecho Comunitario por el juez nacional.

En la práctica el juez nacional tiene las siguientes vías de aplicar el Derecho Comunitario: Primero, mediante la interpretación prejudicial, en cuyo caso tiene la obligación de plantear la consulta al TJCA, y posteriormente aplicar la normativa interpretada. Es el juez nacional quien aplica una determinada norma, que tiene la característica de haberse dictado por la vertiente del Derecho Comunitario.

En la práctica hay muchas normas comunitarias que han desplazado a las normas nacionales, así por ejemplo las normas de propiedad industrial, en este caso y cuando acontece algún conflicto judicial, se lo resuelve por el juez nacional, quien dirime el conflicto con la colaboración del TJCA; es un método sui generis pero práctico que consolida el sistema comunitario y soluciona los conflictos.

La otra posibilidad de la intervención de los jueces nacionales es en la acción de incumplimiento y consiguiente responsabilidad patrimonial por haber infringido normas comunitarias, esta acción esta ligada en ocasiones a la sentencia que dicta el Tribunal Comunitario en acciones de incumplimiento siendo un título legal y suficiente para la reclamación; y en ocasiones es independiente de esta acción.

Esta facultad que tiene el particular de demandar ante el juez nacional, la indemnización por los daños y por los perjuicios sufridos por la infracción del Derecho Comunitario, está prevista en el artículo 30 relacionada con los artículos 31, 25 y 4 del Tratado de Creación del TJCA. Es de hacer notar que esta acción sólo puede

demandarse por los particulares ante el juez nacional del País Miembro donde se produjo la infracción; en ningún caso puede plantearse la demanda ante otro Estado y ni siquiera ante el mismo TJCA; la demanda puede ir contra el Estado o contra otro particular. Sin embargo, el juez nacional no puede participar en las otras cuatro competencias exclusivas del TJCA.

3.11. Juez nacional y acción de incumplimiento.

En el primer capítulo se ha visto la aplicación de la acción de incumplimiento a través de la primera vía de opción, que es ante la Secretaria General y posteriormente del TJCA. En esta parte se verá la acción de incumplimiento ejercida directamente ante el juez nacional.

Antes, es menester señalar que de acuerdo al artículo 25⁵³ del Tratado de Creación del TJCA, si una persona ha optado por seguir la segunda vía de acción, no puede al mismo tiempo seguir con la primera, es decir, si un particular sigue la acción ante su juez nacional, al mismo tiempo no puede seguir la acción ante el TJCA.

⁵³ 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.

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.”

3.11.1. Planteamiento de la acción de incumplimiento ante el juez nacional.

Los particulares pueden presentarse ante el juez nacional competente para demandar el incumplimiento y solicitar la responsabilidad patrimonial de un País Miembro o de otro particular, por infracción de alguna norma comunitaria que le atribuye derechos subjetivos; esta contradicción al cumplimiento de norma común puede ser a través de una acción o de una omisión.

En este caso, el particular que presenta la acción, debe asegurarse de dirigirse ante el juez competente, cumpliendo con todos los requisitos exigidos al efecto en derecho interno; después de presentada la acción, el juez tramitará la causa como un proceso normal de derecho nacional, la única diferencia es que, antes de emitir su fallo, debe solicitar la interpretación prejudicial al TJCA y, a la hora de dar el veredicto, aplicar los criterios de la consulta. En caso de determinarse el incumplimiento y consiguiente responsabilidad patrimonial del País Miembro, el juez nacional deberá determinar el monto económico de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Este proceso se tramitará cumpliendo, además las formas y requisitos que se exige para un proceso de carácter nacional, y es susceptible de las apelaciones que determine el derecho interno.

3.11.2. Incumplimiento entre particulares.

Aunque pareciera que inicialmente el incumplimiento de obligaciones comunitarias fuera atribuida exclusivamente a los Países Miembros, que serían los únicos que podían incumplir el ordenamiento jurídico andino, sin embargo en atención que las normas comunitarias son disposiciones para ser acatadas por los países y

también por los particulares, como consecuencia del efecto directo horizontal⁵⁴, hoy no cabe dudas que las personas naturales o jurídicas también pueden ser infractores del Derecho Comunitario.

Este incumplimiento se produce cuando una persona natural o jurídica inobserva la norma comunitaria y realiza actos contrarios a su mandato contrario a las obligaciones de hacer o no hacer.

El incumplimiento entre particulares aun es un tema poco conocido en la CAN, pues hasta la fecha sólo se ha producido un caso que es el proceso 16-IP-2005 del TJCA⁵⁵; donde la sociedad Expreso Internacional Ormeño S.A., demanda a un particular que es una Compañía de Seguros, ante un juez civil de Bogota Colombia, y ese juzgado tramitó el proceso aplicando la norma comunitaria, sobre el seguro andino. Para dictar su fallo el juez nacional, conforme a la normativa comunitaria solicitó la interpretación prejudicial del TJCA y con el pronunciamiento de éste emitió su fallo, aplicando el derecho interno pero de una normativa emanada por la vertiente comunitaria.⁵⁶

Este caso representa importante jurisprudencia en sentido que, las personas naturales y jurídicas son sujetos activos y pasivos, es decir demandantes o demandados en procesos de incumplimiento por infracción de normas comunitarias.

3.11.3. Responsabilidad patrimonial y la acción de incumplimiento.

En la sentencia, si ha lugar a la demanda, el juez nacional determinará la responsabilidad patrimonial e impondrá la indemnización de los daños y perjuicios; ésta es una valoración que le corresponde exclusivamente al juez nacional, conforme a las

⁵⁴ Para mayor información sobre el efecto directo horizontal, revisar Araceli Mangas, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, págs. 400 y siguientes.

⁵⁵ Para mayor información ver el proceso 16-IP-2005 del TJCA.

⁵⁶ Tribunal Andino, Proceso 16-IP-2005.

disposiciones de su derecho interno y las condiciones exigidas al efecto, estimando el daño emergente y el lucro cesante, en lo que corresponda.

En la CAN, se establece que la sentencia declarativa del incumplimiento constituye título legal y suficiente para que el particular pueda reclamar indemnización de daños y perjuicios ante los tribunales nacionales, bajo la premisa de que el ordenamiento jurídico comunitario andino crea derechos subjetivos en la esfera de los particulares, al lado de los derechos que crea el ordenamiento interno de cada País Miembro, y que corresponde al juez nacional otorgar "*efecto útil*" a los mismos declarando en concreto el monto de los perjuicios que se prueben dentro del proceso interno, obviamente si se dan los supuestos de la relación causal entre la declaratoria de incumplimiento de la normativa comunitaria y el daño que el particular reclama como sufrido por tal incumplimiento, y dado que no se encuentra prevista un recurso mediante el cual en forma directa el particular pueda solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el reconocimiento de los perjuicios que en concreto reclama por la infracción de la normativa comunitaria andina que imputa a un País Miembro.⁵⁷

En los últimos años ha surgido en Europa la posibilidad de interponer demandas de responsabilidad patrimonial contra los Países Miembros cuando sus órganos cometen alguna infracción del Derecho Comunitario; ésta posibilidad también está prevista en la comunidad andina. Empero en Europa se guarda silencio sobre la facultad que los particulares puedan ser demandados por infracción del ordenamiento jurídico comunitario y condenados a resarcir daños y perjuicios, mientras que en la CAN se ha avanzado más en ese sentido ya que se ha sentado jurisprudencia en el proceso mencionado anteriormente; es de hacer notar que la CAN cuenta con normativa expresa y clara respecto a la responsabilidad patrimonial y consiguiente indemnización de daños y perjuicios en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal relacionado con el artículo 31 del mismo cuerpo legal.

La interposición de la acción de incumplimiento por un particular, ante su juez nacional, sea que el particular demanda a su Estado o a otro particular, puede conllevar la consiguiente indemnización de daños y perjuicios originados por la infracción ocasionada a la norma comunitaria. Pero es muy importante señalar que para demandar

⁵⁷ Moisés Troconis, Integración Y Jurisdicción En La Comunidad Andina, pág. 170.

la indemnización por daños y perjuicios no es necesaria la existencia previa de una sentencia por incumplimiento. En efecto:

El hecho de que el principio de responsabilidad patrimonial tenga como objetivo reforzar la tutela efectiva de los derechos subjetivos que los particulares deriven del ordenamiento comunitario supondrá que la acción de indemnización no se vea condicionada a la previa existencia de una sentencia del Tribunal de justicia declarando que el estado a incumplido con las obligaciones que derivan de los tratados.⁵⁸

Sobre esta materia se ha avanzado mucho en el Derecho Comunitario Europeo, donde es normal que se interpongan este tipo de acciones para obtener la indemnización de daños y perjuicios. En cambio, en la Comunidad Andina aún no se ha puesto en práctica esta facultad por distintas razones, entre ellas el desconocimiento normativo y doctrinal del Derecho Comunitario, No obstante, en la CAN esta plenamente reconocida la facultad de que los particulares puedan acudir a los jueces nacionales y demandar la indemnización de daños y perjuicios como una acción totalmente independiente de la acción de incumplimiento, aunque en el procedimiento previsto en el Art. 31 del TCT, el juez al declarar con lugar la responsabilidad patrimonial del Estado y consiguiente indemnización de daños y perjuicios, implícitamente está declarando el incumplimiento por infracción de norma clara, precisa e incondicionada, que atribuye derechos al particular, pero ello no presupone dos procesos, es decir, la responsabilidad patrimonial del Estado conlleva implícitamente la ponderación del incumplimiento.

En el caso europeo, el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados Miembros, no fue recogido por los tratados de las Comunidades Europeas, sino que es producto jurisprudencial a través de una interpretación teleológica de la prevista para las instituciones comunitarias por parte del Tribunal Europeo, de donde resulta que éste principio se lo impone vía pretoriana, toda vez que no surgió con la norma misma, en igual medida que aconteció con los principios de aplicación inmediata, efecto directo y primacía.

⁵⁸ Joan David Janer Torrens, *La Responsabilidad Patrimonial*..... pág. 158.

En este sentido “Si bien es un principio que no esta recogido expresamente en los tratados, se configura como un principio enraizado en los Tratados constitutivos y que se desprende del mismo ordenamiento comunitario. Ello implicara otorgar al principio de responsabilidad patrimonial la categoría de principio general de derecho comunitario.”⁵⁹

El fundamento de la reparación o indemnizar los daños y perjuicios radica en el principio de primacía del Derecho Comunitario “pues la preeminencia del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales implicará establecer las modalidades de protección jurisdiccional de los derechos subjetivos atribuidos por las disposiciones comunitarias, así como determinar las condiciones que informarán el derecho al resarcimiento.”⁶⁰

El principio de responsabilidad patrimonial surge para garantizar efectivamente la tutela de los particulares y para buscar que estos puedan aplicar efectivamente sus derechos subjetivos conferidos por la norma comunitaria cuando los vean violados de forma clara, precisa e incondicionada, ya que el Derecho Comunitario es generador de derechos autónomos para los particulares. En este sentido, Olga Navarrete dice “los particulares tienen derecho a una indemnización cuando hayan sido lesionados en virtud de una acción o de una omisión que infrinja el derecho comunitario andino.”⁶¹

Los particulares, poseen un conjunto de vías, entre ellas la indirecta a través de la cual pueden perseguir se declare un incumplimiento, como por ejemplo la denuncia ante la Secretaria y posterior demanda ante el TJCA,; pero sólo se garantiza el ejercicio directo de los derechos subjetivos cuando se logra del juez nacional el reestablecimiento

⁵⁹ Joan David Janer Torrens, *La Responsabilidad Patrimonial.....*, pág. 132.

⁶⁰ Joan David Janer Torrens, *La Responsabilidad Patrimonial.....*, pág. 128.

⁶¹ Olga Inés Navarrete, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PAISES MIEMBROS POR INFRACCIÓN AL DERECHO COMUNITARIO, en *Memorias XI Encuentro de la jurisdicción Contencioso Administrativa*, publicado por el Consejo de Estado de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, pág. 88.

de los daños y perjuicios ocasionados a raíz de la violación del Derecho Comunitario, lo que se consigue en forma directa haciendo uso de la acción prevista en el artículo 31 del Tratado ya referido.

La responsabilidad patrimonial adquiere relevancia en Europa el 19 de noviembre de 1991, en esa ocasión el Tribunal de Justicia dictó la sentencia Francovich I, oportunidad donde se condenó a autoridades del Gobierno italiano a pagar los daños y perjuicios por incumplir la falta de transportación de una directiva que pretendía beneficiar a los trabajadores, en esta ocasión el Tribunal reconoció expresamente el principio de responsabilidad patrimonial, pero este principio sólo fue consolidado años después con un conjunto de sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia.⁶²

Si bien en principio, se recurría al propio Tribunal de Justicia Europeo para pedir los daños y perjuicios, esto fue cambiando al transcurrir del tiempo, donde se fue determinando que la solicitud de daños y perjuicios por infracción del Derecho Comunitario, debía ser planteada directamente ante los jueces nacionales ya que las jurisdicciones nacionales tienen inmersa la cláusula de lealtad comunitaria, la cual se refiere tanto a la salvaguardia de la integridad ordenamiento comunitario, como a la tutela de los derechos subjetivos de los particulares.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido que este principio tiene un triple fundamento: 1. La plena eficacia del ordenamiento comunitario. 2. La protección efectiva del derecho de los particulares. 3. El principio de lealtad comunitaria.⁶³

⁶² Joan David Janer Torrens, *La Responsabilidad Patrimonial...*, pág. 55.

⁶³ Joan David Janer Torrens, *La Responsabilidad Patrimonial...*, pág. 130.

La plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del derecho comunitario imputable a un Estado miembro, así como la obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en que los Estados deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario, y entre ellas está el eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del derecho comunitario.⁶⁴

Para que se genere la responsabilidad patrimonial en el Derecho Comunitario Europeo, se requiere se cumplan 3 requisitos:

- 1.- Infracción del orden comunitario, imputable al Estado o a un particular que viole derechos subjetivos contenidos en una norma comunitaria clara, precisa e incondicionada que atribuye derechos a los particulares.
- 2.- Violación suficientemente caracterizada.
- 3.- Nexo de causalidad entre la conducta que ocasiona el perjuicio y el daño producido, debiendo haber una consecuencia directa, inmediata y cierta.

En el caso de los Países Miembros de la CAN, considero que los requisitos indicados precedentemente deben aplicarse cuando un particular demande la acción de incumplimiento y consiguiente responsabilidad patrimonial solicitando la indemnización de daños y perjuicios por infracción del Derecho Comunitario, en tal sentido debe incoar la misma ante su juez nacional competente, quien previa interpretación prejudicial del TJCA decidirá lo que corresponda en Derecho.

3.11.4. Legitimados ante el juez nacional en la acción de incumplimiento.

Los legitimados para demandar a un País Miembro o aun particular ante el juez nacional son exclusivamente los particulares, sean personas naturales o jurídicas, no así los Estados, ya que estos sólo pueden demandar por incumplimiento a otro Estado ante el TJCA.

⁶⁴ Joan David Janer Torrens , *La Responsabilidad Patrimonial...* págs. 130 y 131.

En cuando a la legitimidad pasiva, si se presenta una demanda ante un juez nacional, el demandado puede ser tanto el País Miembro como el particular, pues el Derecho Comunitario genera derechos subjetivos para habitantes de los países miembros de la CAN, los mismos que son susceptibles de ser violados.

3.11.5. Ventajas y desventajas de demandar ante el juez nacional el incumplimiento.

Una de las ventajas es la agilidad del proceso, ya que en muchas situaciones se ganaría tiempo y se obtendría una resolución al litigio antes que en la primera vía. Otra ventaja es consolidar el sistema comunitario, ya que en muchas ocasiones los estudiosos del Derecho Comunitario han manifestado que el verdadero ejecutor del mismo es el juez nacional.

Finalmente las otras ventajas radican en que es un proceso directo eficiente y eficaz.

Uribe ha mencionado:

Para una persona natural o jurídica resulta mas fácil y desde todo punto de vista mas conveniente acudir en todo caso ante un juez nacional, que es su propio juez, que hacerlo directamente ante un Tribunal Comunitario, Puede aspirar así a una reparación mas completa y expedida del injusto agravio que cree sufrir a causa de incumplimientos de obligaciones comunitarias, mientras que la cooperación incidental que corresponde al tribunal en el proceso asegura que la decisión tenga fuerza y alcance supranacionales.⁶⁵

Entre las desventajas, Podría darse esporádicamente el caso de haber parcialización, es decir, si un particular demanda a su Estado puede que el juez al ser parte integrante del Estado pueda tener algún tipo de presiones o miramientos con su Estado, esto es discutible porque normalmente no debería darse, sin embargo si el particular considera que tiene desventajas demandado ante su mismo juez nacional,

⁶⁵ Uribe, *El Derecho De La Integración En El grupo Andino*, pág. 156.

puede perfectamente optar por la otra vía y hacerlo ante el TJCA previo paso por la Secretaria General de la CAN.

1.11.6. Interpretación Prejudicial en la acción de incumplimiento.

El juez nacional que conozca la acción de incumplimiento, antes de emitir su fallo (siendo juez de última instancia) obligatoriamente debe pedir la interpretación prejudicial y en base a ella dar el veredicto; hay que aclarar que la interpretación se refiere a la norma comunitaria, y no así la interpretación de norma nacional y valoración de los hechos que corresponde exclusivamente al criterio del juez nacional.

3.12. Juez nacional e interpretación prejudicial y el principio de cooperación.

Procede solicitar la interpretación prejudicial, cuando un juez nacional esté conociendo una causa donde se controvierta alguna norma vertida por el Derecho Comunitario, y siempre que esa norma sea importante en la resolución del proceso judicial. No existe un tiempo procesal determinado para la solicitud de interpretación, pero debe hacerse antes de emitir la sentencia.

En virtud de este ingenioso mecanismo de colaboración judicial, trabajan conjuntamente el juez comunitario y el juez nacional; el primero mediante una sentencia únicamente interpretativa, pero que se dicta teniendo muy presentes los hechos concretos del proceso, y el segundo mediante una sentencia aplicativa o final en la cual se califican por primera vez los hechos a fin de aplicarles la norma común con el sentido y los alcances que previamente haya señalado el juez comunitario, necesariamente.⁶⁶

Según el ex magistrado Guillermo Chahín, la interpretación cumple tres etapas:

La primera constituida por la reflexión que hace el juez nacional sobre la obligación que le señala el tratado, de formular la cuestión prejudicial al tribunal; la segunda, consiste en el examen que debe hacer este sobre la cuestión planteada y su pronunciamiento jurisprudencial de obligatorio aplicación por el juez nacional; y, la tercera, plasmada en el fallo del juez nacional mediante el cual resuelve el litigio, recogiendo las orientaciones proporcionadas por el Tribunal Comunitario.⁶⁷

⁶⁶ Uribe, *La Interpretación Prejudicial En El Derecho Andino*, pág. 62.

⁶⁷ Guillermo Chahín, *El Derecho Comunitario en el Constitucionalismo Andino en Integración Política Y Constitución*, Corporación editora nacional, Quito, 2004, pág. 195.

La petición de interpretación por parte del tribunal nacional se basa en un sistema de cooperación entre ambas jurisdicciones, en este sentido el ex magistrado del TJCA Patricio Bueno ha dicho que este procedimiento es “un sistema de cooperación y colaboración entre la justicia comunitaria y las justicias nacionales, sin que ello implique una jerarquización entre una y otra, sino más bien la distribución coordinada y sistemática de las dos jurisdicciones: La Comunitaria para interpretar, y la nacional para aplicar la norma comunitaria al caso planteado.”⁶⁸

En este sentido considero muy importante lo que dice Cesar Montaña “el juez nacional es el que decide y aplica el derecho de la comunidad, mientras que el juez comunitario inteligencia la interpretación y aplicación del derecho de la integración, así, el juez nacional es al mismo tiempo juez comunitario.”⁶⁹

Es muy importante señalar y recalcar que esta cooperación, aunque es un principio de Derecho Comunitario⁷⁰, sin embargo, al mismo tiempo constituye una obligación, ya que el no cumplir con ésta podría dar lugar a un incumplimiento por parte del juez nacional.

La cooperación leal entre la Comunidad y los Países Miembros tiene un significado finalista, busca a la consecución de los objetivos de la comunidad. En el caso europeo y como ha señalado Laso, El principio de colaboración obliga a los órganos jurisdiccionales internos, a asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento comunitario concede a los particulares.⁷¹

Asimismo, Laso agrega “el principio de colaboración obliga a los órganos jurisdiccionales internos, según ha declarado el TJCE de forma constante, a asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento comunitario concede a los

⁶⁸ Patricio Bueno, *MEMORIAS*, Seminario Internacional” La Integración Derecho Y Los Tribunales Comunitarios, pág. 94.

⁶⁹ Cesar Montaña Galarza, *Constitución Del Ecuador E Integración Andina*, pág. 20.

⁷⁰ Para mayor información ver Javier Laso, *La Cooperación En El.....*, págs. 213 y siguientes.

⁷¹ Javier Laso, *La Cooperación En El.....*, pág. 29.

particulares. La función que desarrollan les convierte en los jueces de Derecho común del ordenamiento comunitario, encargados de forma natural de la garantía de la aplicación de la totalidad del ordenamiento comunitario.”⁷²

Esta claro entonces que cuando hablamos de una colaboración, si bien es cierto la hay, no es menos cierto que se usa ese término para evitar posibles susceptibilidades entre juez nacional y TJCA; en el fondo estamos hablando de una obligación de cooperar entre ambas jurisdicciones.

3.12.1. Órgano interpretador del Derecho Andino.

El órgano interpretador del Derecho Comunitario por excelencia es el TJCA, es el único competente y facultado para esta labor, la razón para este cometido es que si se dejaría la interpretación a los Países Miembros, no existiría armonización en cuanto a las determinaciones y existiría una diversidad de criterios respecto a la resolución de conflictos comunitarios, llegando a una inevitable debacle normativa y jurisprudencial, ya que no existirían bases ni criterios comunes para efectivizar un completo Derecho Común.

El TJCA es el encargado de establecer las pautas y criterios comunes que deben observar los Países Miembros para velar por el correcto y uniforme desenvolvimiento del Derecho Comunitario, y la normativa debe ser aplicada de forma común, a través del dialogo entre los jueces nacionales y el TJCA, pero tomando a este último como el órgano regulador de la aplicación uniforme en todos los Países miembros.⁷³

Según Catalano, refiriéndose al caso Europeo manifiesta que:

⁷² Javier Laso, *La Cooperación En El.....*, pág. 297.

⁷³ Ricardo Alonso García, El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en *Integración Política y Constitución*, pág. 220.

Habría sido peligroso admitir en los Estados Miembros interpretaciones diversas por parte de las jurisdicciones nacionales, el derecho comunitario se desdoblaría inmediatamente en tantos sistemas diferentes cuantos derechos nacionales existen. Este riesgo, que es manifiesto, y que hubiese liquidado pronto las pretensiones de unidad de regulación propias de un mercado común supranacional, es lo que se ha intentado excluir con la regulación de la técnica prejudicial.⁷⁴

3.12.2. Interpretación prejudicial a petición de parte y finalidad de la misma.

El único facultado para solicitar la interpretación prejudicial es el Tribunal nacional que este llevando el proceso donde este involucrada la normativa comunitaria, sin embargo, en dicho proceso, alguna de las partes en litigio puede solicitar al juez nacional que realice la consulta prejudicial al TJCA cuando éste no lo este haciendo y tenga la obligación de hacerla.

En términos Uribe Restrepo, la interpretación prejudicial viene a tener una finalidad concreta específica y es que “el juez nacional pueda resolver un proceso mediante la aplicación de una norma común, contando previamente con la única interpretación autorizada de dicha norma; ésta, como se ha visto, debe provenir necesariamente del Tribunal Comunitario.”

3.12.3. Solicitud facultativa y obligatoria de Interpretación Prejudicial.

La solicitud de interpretación prejudicial es facultativa cuando participan los órganos jurisdiccionales nacionales cuyos fallos son susceptibles de ulteriores recursos en el Derecho interno, estos jueces tienen la potestad de elegir si plantean o no la consulta prejudicial, en el caso de plantearla, la interpretación prejudicial enviada por el TJCA será definitiva, es decir, que el juez ulterior al solicitante, ya no deberá pedir una nueva interpretación al TJCA, simplemente aplicará la enviada al juez inferior solicitante. La no petición de interpretación prejudicial por un juez no obligado no genera ningún efecto, y esa omisión no podrá ser tachada de incumplimiento.

⁷⁴ Catalano citado por Mariano Bacigalupo, *LA JUSTICIA COMUNITARIA. ESTUDIO SISTEMÁTICO Y TEXTOS NORMATIVOS BÁSICOS*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, 1995.

La consulta prejudicial es obligatoria en los casos del juez nacional cuya decisión no vaya a ser susceptible de ulterior recurso, en este caso el juez está obligado a solicitar la interpretación prejudicial y también está obligado a acatar lo que en ella se dispone, siendo su omisión susceptible de ser demandada por incumplimiento o desacato. En este sentido, el TJCA ha señalado:

Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno —o si sólo fueran procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria— están obligados, en todos los procesos en que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la cuestión debatida.⁷⁵

3.12.4. Obligación del juez nacional de solicitar la interpretación prejudicial y acatar el pronunciamiento del TJCA.

En la interpretación prejudicial, los jueces o tribunales nacionales de última instancia que conozcan un proceso en el que tenga que aplicarse alguna norma del ordenamiento jurídico comunitario, deben obligatoriamente solicitar la interpretación al TJCA, respecto del contenido y alcance de dicha norma, y con base a esta interpretación, apreciar los hechos y decidir la controversia en cuestión. Como se menciono anteriormente, el objetivo es asegurar la aplicación uniforme de las normas andinas en el territorio de todos los Países Miembros, constituyendo un mecanismo de cooperación entre el Juez nacional y el comunitario, en el que el TJCA interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y el juez nacional aplica el derecho al caso concreto.

Para Ricardo Vigil la “consulta prejudicial es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina por cuanto mediante dicho mecanismo el Tribunal asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el Ordenamiento

⁷⁵ Tribunal Andino, Proceso 07-IP-89 de 24 de noviembre de 1989.

Jurídico Andino y convierte automáticamente en jueces comunitarios a los jueces nacionales.”⁷⁶

En este sentido, la labor del TJCA es interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar su significado o sentido para precisar su alcance; labor diferente a aplicar la norma a los hechos, tarea que le corresponde únicamente al tribunal o juez nacional dentro sus competencias. Sin embargo, el TJCA podría referirse a los hechos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

La obligación de pedir la interpretación prejudicial; corresponde al juez nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del mismo sobre la materia en cuestión o sobre casos parecidos, ya que “la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida en un proceso ulterior, no exime al Juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de interpretación.”⁷⁷

Respecto al proceso nacional, con la interpretación prejudicial obligatoria se produce la suspensión del proceso interno, hasta que exista pronunciamiento del TJCA. De esta manera se constituye en un presupuesto procesal de la sentencia y en una solemnidad inexcusable e indispensable que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo, cuya inobservancia puede derivar en sanciones como acciones de incumplimiento y vicios procesales.

⁷⁶ Ricardo Vigil Toledo, en: <http://www.ccej.org.ni/CCJsite/press/seminarios/granada-oct-06/La%20coop%20organos%20jurisdiccionales%20nacionales%20y%20el%20Tribunal%20de%20Just%20de%20la%20Com%20Andina.pdf>.

⁷⁷ Alejandro Daniel Perotti, Buenos Aires, 5 de marzo de 2001 en: <http://scholar.google.com/scholar?hl=es&lr=&q=tribunal+constitucional+derecho+comunitario+can&lr=>.

Con relación a la solicitud del juez nacional de interpretación prejudicial, ésta debe motivarse de manera sucinta, pero completa, de modo que permita al TJCA lograr una comprensión absoluta del caso consultado; “de cualquier manera la consulta del juez nacional no debe ser abstracta o hipotética, ni aún general o ficticia, sino referirse a normas andinas que sean susceptibles de ser aplicadas en el caso concreto en el cual se encuentra interviniendo.”⁷⁸

La solicitud puede presentarse en cualquier tiempo siempre que sea antes de dictar sentencia, “aunque a efectos de que la respuesta del Tribunal de Justicia resulte útil, la solicitud debería plantearse después de haber oído a las partes, para que así el juez nacional tenga los elementos de juicio necesarios para delimitar el marco fáctico y jurídico del litigio.”⁷⁹

Una vez notificada la interpretación prejudicial al juez nacional, éste continuará la tramitación del proceso interno y en su sentencia deberá adoptar el pronunciamiento el Tribunal Comunitario, en este sentido, “la obligación del juez nacional de adoptar la interpretación a la que arribe el Tribunal Andino, además de haber sido confirmada por la jurisprudencia, resulta de los artículos. 35 y 36 del Tratado de Creación.”⁸⁰ Además, el juez nacional remitirá al Tribunal de Justicia la sentencia dictada en los casos objeto de dicha interpretación, pues el TJCA exige que cuando la interpretación es notificada al juez nacional, éste debe continuar con el proceso interno y, en su sentencia, adoptar el pronunciamiento del Tribunal Comunitario, y luego, remitir a éste la sentencia que dicte en cada uno de los casos que haya sido objeto de interpretación.⁸¹

⁷⁸ Alejandro Daniel Perotti, Buenos Aires, 5 de marzo de 2001 en <http://scholar.google.com/scholar?hl=es&lr=&q=tribunal+constitucional+derecho+comunitario+can&lr=>

⁷⁹ Tribunal Andino de Justicia, Proceso 16-IP-2005.

⁸⁰ Alejandro Daniel Perotti, Buenos Aires, 5 de marzo de 2001 encontrado en <http://scholar.google.com/scholar?hl=es&lr=&q=tribunal+constitucional+derecho+comunitario+can&lr=>

⁸¹ Tribunal Andino de Justicia, procesos 97-IP-2002 y 144-IP-2003.

Respecto a la omisión del juez de efectuar la consulta cuando está obligado a hacerla o si luego de recibir el pronunciamiento del Tribunal no acoge la interpretación remitida, tanto los Países Miembros o la Secretaría General, como cualquier particular afectado en su derecho subjetivo por el fallo que así profiera el juez interno, pueden iniciar una acción de incumplimiento contra el País Miembro al que el juez pertenezca, y además con la sentencia se puede exigir los daños y perjuicios correspondientes.

En este sentido el TJCA ha dicho:

Dictada la providencia interpretativa y transmitida al órgano jurisdiccional consultante, éste deberá acogerla en la sentencia que pronuncie, toda vez que se trata de una obligación prevista en un tratado integrante del ordenamiento jurídico fundamental de la Comunidad Andina, cual es el Tratado de Creación de su Tribunal de Justicia. Y puesto que los órganos jurisdiccionales nacionales constituyen parte orgánica y funcional de los Estados Miembros, el incumplimiento de la obligación citada constituiría una infracción del ordenamiento comunitario imputable al respectivo Estado Miembro.⁸²

Por otro lado, el TJCA se ha manifestado en el sentido que el juez nacional no puede apartarse de los criterios que le señale esa interpretación en cuanto a lo que debe ser el correcto entendimiento de las normas comunitarias, en este sentido el artículo 35 del Tratado dispone: "El Juez que conozca del proceso deberá adoptar la decisión del Tribunal", sin que ello exima al primero de elevar nuevas consultas en casos similares, pues la interpretación sólo rige para el caso concreto para el cual se hizo la solicitud, descartándose en consecuencia la teoría del acto claro y del acto aclarado.

Finalmente y en síntesis se aprecia que la interpretación prejudicial no es simplemente una facultad sino que se constituye en una obligación que tienen los jueces de los Países Miembros. Los jueces nacionales cuando aplican alguna norma comunitaria deben suspender el proceso y solicitar al Tribunal Comunitario que defina en qué sentido y alcance debe interpretarse la norma comunitaria objeto de dicha solicitud, la misma que se constituye de obligatorio cumplimiento y aplicación para los

⁸² Tribunal Andino, Proceso 141-IP-2003, de 4 de febrero de 2004.

jueces nacionales, en el objetivo fundamental de unificar la aplicación del Derecho Comunitario en toda la región; con este mecanismo de interpretación uniforme se preserva ese espíritu común del ordenamiento jurídico de la CAN.⁸³

3.12.5. Interpretación prejudicial para el caso concreto.

Hay que tomar en cuenta que la interpretación prejudicial no tiene efectos *erga omnes*, es sólo aplicable al caso concreto, en este sentido se ha pronunciado el TJCA estableciendo que “debe tenerse en cuenta que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos.”⁸⁴

El TJCA reitera lo afirmado diciendo “la interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto por lo que la teoría del acto claro no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino. Las sentencias han de recoger las peticiones formuladas por el juez nacional a fin de que este pueda aplicar la norma comunitaria según las circunstancias o los hechos y los fundamentos de derecho que rodean al proceso, considerado como una individualidad jurídica.”⁸⁵

3.12.6. Comportamiento del juez nacional respecto a la interpretación.

El juez nacional debe incluir en la sentencia que ponga fin al conflicto, la interpretación realizada por el TJCA, en cumplimiento tanto del Derecho nacional como del comunitario, a fin de que se consiga con la armonización en la aplicación normativa.

⁸³ <http://www.aladi.org/nsfaladi/reuniones.nsf/cd544c514a1c2a0c03256bf0006bc6c4/83e786add820a4c103256bf0006aed58?OpenDocument>.

⁸⁴ Proceso 1-IP-87 citado en Testimonio Comunitario pág. 314.

⁸⁵ Proceso 4-IP-94 citado en Testimonio Comunitario pág. 315.

El juez nacional debe asumir el importante rol y responsabilidad que tiene respecto a la integración, en ese sentido considero relevante lo que dice Dámaso Ruiz-Jarabo, sobre el éxito de la interpretación prejudicial que, “depende de que los jueces nacionales sean concientes del papel eminente que les corresponde representar”. Asimismo, agrega que “el juez interno tiene que asumir, junto con el Tribunal de Justicia y en estrecha colaboración con él, la responsabilidad de la aplicación del derecho comunitario.”⁸⁶

Para Uribe Restrepo el juez nacional al pedir la interpretación no debe sentirse menor en jerarquía, en este sentido ha dicho que se debe entender que “no es un problema de jerarquías que tenga porque incomodar a los jueces nacionales celosos de sus atribuciones, sino que se trata de un simple mecanismo de colaboración judicial indispensable, para llegar a un resultado final que sigue correspondiendo, en su mayor parte, al juez nacional, con tan sólo la mínima limitación posible en beneficio de la comunidad.”⁸⁷ Asimismo, dicho autor menciona que las competencias de los jueces nacionales no han sido reducidas en absoluto con este mecanismo, ya que ellos nunca han tenido la facultad de interpretar tratados internacionales y que al contrario con este mecanismo ven aumentadas sus funciones ya hasta el campo comunitario.⁸⁸

Considero que si bien es cierto lo que menciona Uribe, respecto a la jerarquización, a la ampliación de competencias y a la colaboración; empero, no es menos cierto que más que una colaboración es una obligación de conectar las dos jurisdicciones en beneficio de la integración.

⁸⁶ Dámaso Ruiz-Jarabo, Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario, Modelo: Europeos y Americanos, págs. 169 y siguientes.

⁸⁷ Fernando Uribe, *El Derecho de la Integración En El Pacto Andino*, pág. 175.

⁸⁸ Fernando Uribe, *El Derecho de la Integración En El Pacto Andino*, pág. 176.

3.12.7. Beneficios y perjuicios en la interpretación prejudicial.

El principal beneficio de contar con el mecanismo de la interpretación prejudicial es garantizar que, el proceso comunitario en cuanto a la aplicación normativa, se lleve con armonía e igualdad en todos los Países Miembros, procurando su ejecución en forma uniforme en beneficio del desarrollo de la integración andina.

Pese a la existencia de algunos beneficios, existe un aparente perjuicio que sería que los jueces nacionales se sientan jerárquicamente inferiores al TJCA o que en su caso vean amenazada su soberanía nacional. Motivos que a mi criterio no deben considerarse.

3.13. Consideraciones finales del tercer capítulo.

En este capítulo se ha analizado la participación del juez nacional como juez que tiene la potestad y la obligación de aplicar Derecho Comunitario, con facultad y competencia de conocer la acción de incumplimiento y consiguiente responsabilidad patrimonial del Estado e indemnización de daños y perjuicios, así como su rol en la interpretación prejudicial observando que el juez nacional tiene participación directa y vital en la aplicación del Derecho Comunitario.

El objetivo de este capítulo fue demostrar la importancia que tienen los jueces nacionales como jueces de Derecho Comunitario y su rol fundamental en la consolidación del proceso de integración.

CONCLUSIONES

1.- Conclusión respecto a la pregunta de investigación.

La pregunta que motivo la presenta investigación es:

¿Son los jueces nacionales los ejecutores principales del Derecho Comunitario, teniendo en sus manos la materialización y el desarrollo jurisdiccional de este proceso de integración supranacional y sienta su participación fundamental para la CAN?

La conclusión a la que se llegó a través del análisis de los distintos capítulos y diversos temas abordados es que efectivamente, son los jueces nacionales los ejecutores principales del Derecho Comunitario, teniendo en sus manos la materialización y el desarrollo jurisdiccional de este proceso de integración supranacional y sienta su participación fundamental para la CAN.

El fundamento de esta afirmación radica en que el TJCA no cuenta con los recursos humanos y materiales para hacer efectivo el cumplimiento total del Derecho Comunitario, siendo precisamente los jueces nacionales este medio, que tiene la finalidad de fortalecer la jurisdiccionalidad de la CAN y consiguientemente el proceso de integración, beneficiando no sólo a los Países Miembros, sino principalmente a las personas naturales o jurídicas, asegurándoles su calidad de sujetos de derechos comunitarios.

Sin la participación material de los jueces nacionales como ejecutores del Derecho Comunitario, éste quedaría sumido en su impotencia y en gran medida atado de manos para desplegar su plena efectividad del derecho común.

2. Conclusiones del Marco Teórico.

- Las normas de origen de la CAN emitidas por cualquiera de sus órganos competentes, penetran en el derecho interno de cada País Miembro y se convierte en derecho positivo de estos a través de la aplicación de los principios del Derecho Comunitario: aplicación inmediata, efecto directo y primacía. Convierte a los habitantes en sujetos comunitarios y faculta a los jueces nacionales a intervenir en la aplicación del Derecho Comunitario, esto sin necesidad de constituirse en juez comunitario, sino que siendo un juez nacional, tiene la potestad de administrar justicia aplicando el Derecho Comunitario.

El juez nacional, tiene la competencia para actuar aplicando norma comunitaria, misma que no emana de la Constitución ni de alguna ley nacional especial, sino directamente de la norma comunitaria, que por sus características especiales, y por la aplicación de sus principios faculta al juez nacional pronunciarse sobre un hecho concreto aplicando alguna norma comunitaria.

Obviamente el juez nacional encargado de aplicar la norma comunitaria debe ser un juez competente, las competencias para este tema no son definidas expresa ni claramente, pero cada País Miembro tiene determinados jueces que conocen temas relacionados al Derecho Comunitario; cada juez nacional que conozca alguna cuestión cuya competencia normativa sea de la CAN debe en su país aplicar el derecho común. Previa interpretación prejudicial.

Los jueces nacionales tienen competencia para pedir la interpretación prejudicial, y para conocer demandas de incumplimiento, las demandas de incumplimiento pueden darse por una diversidad de razones, siempre que se trate de un incumplimiento sobre una norma emitida por algún órgano de la CAN. Asimismo, pueden conocer demandas de responsabilidad patrimonial

solicitando la indemnización de los daños y perjuicios por incumplimiento del Derecho Comunitario.

Los jueces nacionales no tienen competencia para conocer demandas de nulidad, acciones laborales, ni arbitraje ni acciones por omisión o inactividad, estas demandas corresponden imponer exclusivamente ante el TJCA.

- El hecho que la CAN cuente con un órgano jurisdiccional de carácter supranacional y comunitario como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano instituido para declarar el Derecho Comunitario y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en los Países Miembros, constituye un importantísimo y decisivo aporte para la consolidación institucional del Derecho Comunitario, pero, esta consolidación al menos en el plano jurisdiccional no podría llevarse sólo a través del TJCA sin la participación de los tribunales nacionales, es finalmente la dinámica de cooperación entre el TJCA y los jueces nacionales lo que consolidará y fortalecerá el sistema jurisdiccional andino.
- Pese a que ninguno de los cuatro Países Miembros de la CAN prevé normas internas respecto a que sus jueces o tribunales nacionales actúen como jueces de Derecho Comunitario, esta facultad es totalmente efectiva ya que la aplicación y ejecución del Derecho Comunitario por juez nacional deviene de disposiciones comunitarias que, por el efecto directo, la aplicación inmediata y la primacía, pasan a formar parte de la norma interna de los Estados, es así que legalmente los jueces nacionales están no sólo facultados a ejercer la aplicación de este Derecho, sino que están obligados a hacerlo.

- Según la doctrina, la jurisprudencia y los artículos 30, 31, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal, el juez nacional debe aplicar el Derecho Comunitario, aunque en la práctica todavía no lo ha hecho; pese a que existe el caso mencionado de la demanda de incumplimiento entre particulares, no ha existido hasta la fecha ninguna demanda de incumplimiento hecha directamente por un particular contra su Estado ante un juez nacional.

Considero trascendental tener en cuenta esta opción de acudir directamente ante el juez nacional, porque además de la celeridad, se lograría consolidar mejor el proceso de integración, ya que efectivamente habría una participación de particulares y jueces y entrarían de lleno en el plano comunitario, no sólo eso, sino que la posibilidad de acudir directamente ante el juez nacional beneficiaría al demandante a la posibilidad de obtener los daños y perjuicios en los que ha sido perjudicado. En esta medida el Derecho Comunitario actuaría como norma nacional, para garantizar no sólo el cumplimiento de normas comunitarias, sino para garantizar los derechos subjetivos de los particulares.

- El Derecho Comunitario obtiene la mayor parte de su eficacia al ser aplicado por los jueces nacionales. En el caso Europeo los jueces nacionales han tenido un papel preponderante ya que ellos son los que resuelven los casos casi en su totalidad; en el caso de la CAN, aun la participación de los jueces nacionales es mínima, y esto es una gran falencia porque la consolidación jurídica de este proceso de integración requiere que los jueces nacionales participen activamente en él; ya que ellos son los llamados a ejecutar y a garantizar el cumplimiento

normativo comunitario; en la medida que aumente la participación de jueces nacionales, va a crecer el interés por el Derecho Comunitario y será mayor el cumplimiento de los derechos comunitarios.

- Es importante tener presente que, cuando un juez o tribunal nacional conoce algún litigio donde esté inmerso el Derecho Comunitario, este litigio pasa a tener naturaleza comunitaria, es decir, que el juez nacional debe tomar en cuenta a la hora de resolver el conflicto la naturaleza comunitaria y no sólo las disposiciones del derecho interno.
- Las personas naturales y jurídicas son sujetos de Derecho Comunitario ya que las disposiciones comunitarias no sólo llegan a los órganos públicos del Estado sino que involucran a todos los ciudadanos de los Países Miembros, por tanto, los particulares son titulares de derechos subjetivos que cuando los ven quebrantados pueden pedir su tutela ante el TJCA, pero también y de modo directo, eficiente y eficaz ante sus propios tribunales nacionales como si se tratara de derechos que provienen de la normativa interna y, aun mejor porque se tiene la primacía del Derecho Comunitario. y, por ende los derechos afectados deben ser tutelados para obtener la cesación de la violación abriéndose la posibilidad de la reparación de los daños y perjuicios consiguientes.
- La responsabilidad patrimonial se configura como un principio autónomo cuyos objetivos son por un lado obtener la tutela de los derechos que han sido vulnerados y por otro lado la indemnización de daños y perjuicios por la infracción de normas comunitarias e incumplimiento de las obligaciones comunitarias por los Países Miembros y en su caso por los particulares. Ya que

la amenaza de tener que responder con el pago de una determinada cantidad pecuniaria se configura como un instrumento disuasivo o de fuerza cuyo objeto radica en garantizar la correcta observancia de las disposiciones comunitarias.

RECOMENDACIONES

- Difusión permanente y a gran escala tanto del Derecho Comunitario en general como de las competencias que tienen los jueces nacionales en materia comunitaria en particular; a través de todos medios, tales como cursos de especialización, seminarios, conferencias y otros; no sólo para concienciar a los jueces nacionales, sino a toda la población comunitaria, entre ellos empresarios, abogados y otros sectores sobre la necesidad y beneficio que tiene la aplicabilidad del Derecho Comunitario por el juez nacional. Asimismo, se debe procurar que los jueces nacionales se sientan parte del proceso de integración y sean ellos los que con su participación activa contribuyan a consolidar la integración comunitaria supranacional, dándoles el sitio que les corresponde como verdaderos ejecutores del Derecho Comunitario.
- Compilación de competencias, ya que actualmente la CAN tiene un sinnúmero de normas originarias y derivadas, las cuales deberían estar debidamente compiladas y ordenadas por materia, con el objeto de brindar mayor organización y mejor conocimiento a las personas, abogados y jueces.
- Es de desear que exista disposiciones nacionales claras respecto a la aplicación del Derecho Comunitario por los jueces nacionales, es así que debería introducirse en las leyes de organización judicial de cada País Miembro, las facultades que tiene el juez nacional de pronunciarse sobre temas vertidos por el Derecho Comunitario, cuando esté relacionado con su competencia interna.

BIBLIOGRAFÍA

Kaune Walter y otros, *Testimonio Comunitario*, Quito, Artes Graficas Señal, 2004.

Isaac Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, Editorial Ariel S.A, 1985.

Janer Torrens Joan David, *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos Nacionales Por Infracción del Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

Andueza José, *El Tribunal Del Pacto Andino*, Quito, Artes Graficas Señal, 1986.

Uribe Restrepo Fernando, *La Interpretación Prejudicial En El Derecho Andino*, Quito, Artes Graficas Señal, 1993.

Luna Ocampo, *Elementos Del Derecho Comunitario*, Bogota, Ediciones Judiciales.

Bueno Patricio y otros, *Integración Económica Y Derecho Comunitario*, Quito, Artes Graficas Señal, 1997.

Montaño Galarza César y otros, *Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano*, CIEDLA; Fundación Konrad Adenauer. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 2004.

Alonso García Ricardo, *El Juez Español Y El Derecho Comunitario*, Valencia, TIRANT LO BLANCH, 2003.

Laso Pérez Javier, *La Cooperación Leal En El Ordenamiento Comunitario*, Madrid, COLEX, 2000.

Navarrete Olga y otros, *Memorias XI Encuentro de la jurisdicción Contencioso Administrativa*. Publicado por el Consejo de Estado de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, Imprenta Nacional de Colombia, 2006.

Manuel Sobrino José y otros, *MEMORIAS*, Seminario Internacional: “La Integración Derecho Y Los Tribunales Comunitarios” NOPLU S.A, Quito, 1996.

Uribe Fernando, *El Derecho De La Integración En El Grupo Andino*, Quito, Artes graficas Señal, 1990.

Mangas Araceli, *INSTITUCIONES Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.

Chahín Guillermo y otros, *Integración Política Y Constitución*, Quito, Corporación editora nacional, 2004.

Bacigalupo Mariano, *LA JUSTICIA COMUNITARIA. ESTUDIO SISTEMÁTICO Y TEXTOS NORMATIVOS BÁSICO*". Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A, 1995.

Dámaso Ruiz-Jarobo y otros, *Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario, Modelos Europeos y Americanos*.

Tangarife Torres Marcel, *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*, Medellín, Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda, 2002.

Pizzolo Calogero, *GLOBALIZACION E INTEGRACION*, Argentina, Ediar, 2002.

Zelada Castedo Alberto, *Solución de controversias en el Derecho Internacional Económico y en el Derecho de la Integración Económica Regional*, Sucre, Universidad Andina Simón Bolívar, 1996.

Vigil Toledo Ricardo y otros, *DERECHO COMUNITARIO ANDINO*, Lima, Pontifica Universidad Católica del Perú, 2003.

Ekmekdjian Miguel Ángel, *INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMUNITARIO LATINOAMERICANO*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996.

Vilaboy Lotario Lois y otros. *Derecho Procesal Comunitario*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

Páginas Web consultadas:

<http://www.comunidadandina.org>

<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/>

<http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/>

<http://scholar.google.com/scholar?hl=es&lr=&q=tribunal+constitucional+derecho+comunitario+can&lr>

<http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-PAS-0001.pdf>

<http://www.portalfio.org/cuadernos-2/articulos/BOLIVIA.pdf>.

http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=sentencia+tribunal+constitucional+comunitario+andino&meta=lr%3Dlang_es

http://www.uexternado.edu.co/noticias/cipe_anuarios/oasis/eric_tremolada.pdf

http://72.14.209.104/search?q=cache:-LhOQa1jMcJ:www.ccj.org.ni/CCJsite/press/seminarios/granada-oct-6/La%20coop%20organos%20jurisdiccionales%20nacionales%20y%20el%20Tribunal%20de%20Just%20de%20la%20Com%20Andina.pdf+sentencia+tribunal+constitucional+comunitario+andino&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=ec&lr=lang_es

<http://www.ccj.org.ni/CCJsite/press/seminarios/granada-oct-06/La%20coop%20organos%20jurisdiccionales%20nacionales%20y%20el%20Tribunal%20de%20Just%20de%20la%20Com%20Andina.pdf>

<http://scholar.google.com/scholar?hl=es&lr=&q=tribunal+constitucional+derecho+comunitario+can&lr=>

<http://www.aladi.org/nsfaladi/reuniones.nsf/cd544c514a1c2a0c03256bf0006bc6c4/83e786add820a4c103256bf0006aed58?OpenDocument>

Normativa Consultada:

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

Constitución Política de la República de Bolivia.

Constitución Política de la República de Colombia.

Constitución Política de la Republica de Ecuador.

Constitución Política de la República de Perú.

Ley de Organización Judicial de la República de Bolivia.

Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la República de Colombia.

Ley Orgánica de la Función Judicial de la República de Ecuador.

Ley Orgánica Judicial de la República de Perú.