

PROYECTO DE REFORMAS AL TRATADO DEL TRIBUNAL

Roberto Salazar Manrique

Antecedentes

Una de las circunstancias que han rodeado siempre el funcionamiento del tribunal es la de que éste nació con diez años de retraso frente a la organización del Pacto Subregional Andino y que, durante ese período de tiempo, se acumularon centenares de incumplimientos que no pudieron ser corregidos judicialmente de manera oportuna, por la ausencia de un órgano competente. Una vez iniciado el Tribunal en 1984 como un paso fundamental para la consolidación jurídica del Acuerdo, los Presidentes, con ocasión de la firma del Tratado Constitutivo, manifestaban cómo "la creación de la función jurisdiccional... representa la más clara manifestación de la voluntad indeclinable de nuestros gobiernos, de respetar y cumplir las obligaciones y responsabilidades soberanamente asumidas en el Acuerdo de Cartagena, así como la irreversibilidad de la integración subregional". Se tuvo para esta época el convencimiento de que, al aprobarse el protocolo del Tribunal, se entraría por el camino de la vigencia de la legalidad amparada por un Tribunal al cual se acudiría en la acción de incumplimiento. Sin embargo, paradójicamente, para aquella época se había producido un acuerdo de facto entre Estados para no demandarse entre ellos, con el criterio de facilitar entendimientos mutuos para procurar la rectificación de las infracciones de Estado.

Lo cierto es que, una vez constituido el Tribunal, los procedimientos de facto, que venían operando en la relaciones intracomunitarias, superaron la realidad jurídica. Al parecer esa práctica inventariada de no demandarse formalmente entre países quedó protocolizada por un precepto del Tratado de Creación del Tribunal, que, al consagrar la acción de incumplimiento un grado de flexibilidad al procedimiento, como se verá más adelante por cuanto quedó al arbitrio de la Junta, la posibilidad de acudir o no al pronunciamiento del Tribunal¹ y en la práctica la Junta no ha hecho uso de esta facultad.

¹ El artículo 2s del Tratado de creación del Tribunal otorga a la Junta del Acuerdo de Cartagena la facultad de examinar, de oficio, una posible conducta de incumplimiento de un país, y formularle observaciones sobre el incumplimiento, por escrito, que deberán ser contestadas dentro de los dos meses siguientes, al cabo de los cuales la Junta emitirá un dictamen motivado. Si éste fuere de incumplimiento y el país respectivo persistiere en él, queda al arbitrio de la Junta la posibilidad de acudir o no al pronunciamiento del Tribunal.

El tema de los incumplimientos ha sido recurrente y así, a pesar de no haber sido aprobada la propuesta del Tribunal, de 1986, los presidentes de los países andinos, mediante el Acta de la Paz, encomendaron al Consejo de Ministros y a la Comisión del Acuerdo de Cartagena, elaborar una propuesta destinada a eliminar los incumplimientos y, si fuere el caso, trazar los elementos para las reformas al Tratado del Tribunal.

El interés en el tema por parte de los presidentes andinos ha quedado de manifiesto en diversos pronunciamientos del Consejo Presidencial Andino. En el Acta de Caracas, de marzo de 1991, decidieron encomendar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que revisara el Tratado del Tribunal teniendo en cuenta las sugerencias de modificación presentadas por algunos países, por la Comisión de Alto Nivel creada para el efecto por el propio Tribunal ².

En el Acta de Barahona, de diciembre de 1991, los presidentes se volvieron a ocupar del tema e instruyeron al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, para que tomando en cuenta las sugerencias presentadas, convocaran a una reunión de Plenipotenciarios con miras a estudiar las reformas necesarias al Tratado del Tribunal.

El Tribunal, consciente de la necesidad de introducir ajustes oportunos al organismo, para reforzar su eficacia y normalizar sus actividades con la meta de asegurar el ejercicio pleno de sus competencias (hasta ese momento nulas) y el consiguiente cumplimiento de la garantía de legalidad del Acuerdo subregional, desde 1986, preparó y presentó a consideración de los cinco países un proyecto de reformas que recogía su propia experiencia vivida en los dos primeros años de existencia. Se refería en aquella oportunidad, el Tribunal, a la Declaración de los Presidentes formulada desde 1978 con motivo de la creación del organismo, para señalar cómo, a pesar de que desde los albores de su organización se estimó de "impostergable necesidad" su establecimiento para controlar "la legalidad de las normas emanadas de la Comisión de la Junta", para dirimir "las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los países miembros" e interpretar "los principios que configuran la estructura jurídica del Acuerdo", no había sido utilizada hasta ese momento en ninguna de sus competencias.

Desde aquella oportunidad, el Tribunal atribuía la inactividad judicial en el proceso andino al hecho de que sólo se otorgó legitimidad activa para demandar en acción de incumplimiento, a los países miembros, a la Comisión y a la Junta. Advertía el Tribunal, la conveniencia de que, dentro de una concepción moderna del derecho internacional, basada en el derecho internacional convencional y con mayor razón en el Derecho Comunitario, debería permitirse el acceso de los particulares al

2 Citar aquí las fuentes

Tribunal, como sujetos activos para defender sus derechos y hacer respetar la legalidad andina.

La situación de los incumplimientos en las obligaciones derivadas del Acuerdo ha sido el motivo permanente aducido tanto por el Tribunal y por los propios países miembros para insistir en la conveniencia de la modificación del Tratado.

Para el año de 1991, al tiempo que el Tribunal presentaba a consideración de los plenipotenciarios un proyecto de protocolo modificadorio sobre lineamientos similares al de 1986, indicaba que la sola existencia de un órgano controlador de la legalidad no era suficiente, si no se producía una utilización efectiva y generalizada de la jurisdicción comunitaria.

El proyecto de 1991 fue considerado, entre otros documentos, primero por una Comisión de Alto Nivel que, en desarrollo del mandato de los Presidentes, insistió en la necesidad de fortalecer los mecanismos previstos en las normas existentes para asegurar la efectiva utilización del Tribunal a fin de facilitar y perfeccionar el cumplimiento de los compromisos comunitarios y evitar el deterioro en la credibilidad del proceso.

Para 1992 el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador convocó a una reunión de Plenipotenciarios de los países miembros, con el objeto de avanzar en el estudio de las reformas sugeridas hasta esa fecha. Los plenipotenciarios, representados por juristas de más alto nivel, de los países miembros, con la participación activa del Tribunal, aprobaron, en marzo de 1992, un documento conocido como el "Acta de la I Reunión de Plenipotenciarios" en el que, después de hacer un análisis detallado de las propuestas de modificación presentadas por los países miembros^s y por el Tribunal⁴, avanzó en el estudio del tema, particularmente en lo relativo a la organización y composición del Tribunal, a la acción de nulidad, a su caducidad, a su naturaleza objetiva y a la participación de los particulares; a la acción de incumplimiento con, miras a efectivizarla y a otorgar legitimación activa a los particulares, y, finalmente, a la recomendación de asignar nuevas competencias al Tribunal. En el texto preliminar del articulado, apenas se alcanzaron a contemplar las distintas alternativas de enmienda presentadas por los países miembros y por el Tribunal, sin que se hubiere llegado a una redacción definitiva. Los Plenipotenciarios convinieron en profundizar en el estudio de las enmiendas en una posterior reunión que no ha llegado a realizarse.

Ante la proximidad de que se restablezcan las reuniones del Consejo Presidencial Andino en momentos en que se debate la conveniencia de revisar la organi-

s Aludir a los documentos.

4 Aludir al proyecto.

zación institucional de los órganos principales del Acuerdo de Cartagena, el Tribunal ha decidido actualizar las reformas propuestas con el mismo espíritu que orientó **los dos** proyectos iniciales (de 1986 y de 1991). Ha presentado a consideración de los países miembros y de los plenipotenciarios un proyecto de modificaciones al Tratado, que se describe más adelante.

La necesidad de una reforma

En opinión del que habla, no basta con legislar sobre instrumentos correctivos de los incumplimientos, en un protocolo de enmiendas al Tratado del Tribunal, aún no están sentadas las bases para la aprobación de una reforma integral de la institucionalidad andina. Sus lineamientos dependerán de lo que pueda ocurrir con los desarrollos del proceso de integración andino, frente a los movimientos paralelos de integración subregional y continental que se están produciendo simultáneamente en toda América.

En cuanto se refiere al Tribunal, están dadas las circunstancias para pensar en su fortalecimiento institucional. Ya hay un camino recorrido con realizaciones importantes del Tribunal, que, aun cuando parciales y fragmentarias en cuanto a la materia y a los países que cubre, se han traducido en acopio jurisprudencial interesante, generado principalmente en la interpretación prejudicial.

Las estadísticas de utilización de la competencia prejudicial, tanto en la Comunidad Europea como en el derecho andino, son elocuentes por sí mismas sobre la eficacia del instrumento en la configuración del derecho comunitario y en la aplicación uniforme y equitativa de la ley. Sin embargo, ha de reconocerse que deberá avanzarse sustancialmente para incorporar a todos los países y a sus ciudadanos, que son agentes actuantes o potenciales participantes, a fin de maximizar la utilización de los instrumentos jurídicos del Tratado.

De las modificaciones posibles, una de las más importantes y que, a mi juicio, ofrece mayor interés al individuo o al particular es la de trazar normas muy claras para permitir el acceso directo de los particulares a la acción de incumplimiento, a fin de hacer efectiva la utilización del instrumento y facilitar al ciudadano los mecanismos necesarios para vigilar el cumplimiento de las obligaciones y derechos pactados. Esta opinión es coincidente con la expresada hasta ahora por el grupo de expertos de alto nivel, que ha estudiado y deliberado sobre el mayor grado de utilización del Tribunal.

Creemos que, previo a la aprobación de una reforma, deberán corregirse las imprecisiones en los sistemas jurídicos internos con respecto a las relaciones entre el derecho nacional y el comunitario, en aquellos países en los que sus constituciones no regulen **el tema o lo regulan de manera incompleta.**

Decimos lo anterior porque, a pesar de constituir una verdad axiomática la de ser condición necesaria para la plena operación de la integración, la existencia de regímenes jurídicos internos compatibles con la aplicación de los tratados constitucionales, no siempre se ha dado dicha condición, bien porque la estructura constitucional de los países no lo admite o porque la jurisprudencia interna se resiste a reconocer los principios básicos del ordenamiento comunitario, como el de su preeminencia sobre la ley interna y el de aplicación directa de la norma comunitaria en los países que se integran.

El deber ser de este aspecto jurídico de la integración apunta a considerar como zozobra reconocida por los doctrinantes, que cuando un Estado participa del sistema comunitario, al adherirse, debe resolver los problemas de orden constitucional que se le planteen, a fin de evitar que el ordenamiento común se torne ineficaz o pierda su aptitud de asimilar los principios básicos que deben regir las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno⁵. En la Comunidad Europea existe evidencia de que una buena parte de los países lo han hecho previa o posteriormente a su incorporación a la Comunidad, como los Países Bajos, Irlanda, Portugal, Gran Bretaña, España y Grecia. Contrasta esta situación con lo sucedido en los países andinos, salvo Colombia, en los que no se produjo adaptación de la estructura constitucional, previa a la suscripción de los tratados constitutivos y protocolos modificatorios de la Comunidad Andina.

En efecto, una de las grandes dificultades para la plena operación del sistema jurídico en el proceso de integración andino reside en la estructura constitucional, legal y jurisprudencial de los países miembros, caracterizada unas veces porque no se contemplan normas básicas suficientemente sólidas que respalden jurídicamente el proceso de integración (Bolivia), otras por una posición legislativa contraria a la aceptación de los principios básicos del derecho comunitario (doctrina dualista en el caso de Venezuela), y porque, a pesar de existir un tratamiento constitucional sólido frente a la integración, no ha habido mayores desarrollos jurisprudenciales (Perú), o no ha existido interés manifiesto de la justicia por someterse a las reglas respectivas (Bolivia, Perú y Venezuela).

En el caso colombiano se está generando una participación cada vez más activa en el empleo de los instrumentos jurídicos comunitarios, como la nulidad y la interpretación prejudicial, aun cuando no todos los tribunales⁶ de única o última

5 PESCATORE, Pierre "Aspectos Jurídicos del Acervo Comunitario", Revista de Instituciones Europeas, Madrid, 1981, págs. s48 y s49 por Andueza, Guillermo. Tribunal del Pacto Andino, Publicaciones del Tribunal, Quito, 1986.

6 Aquellos distintos de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y los Tribunales, salvo el Contencioso Administrativo de Cúcuta.

instancia acatan esta obligación. Ecuador ha comenzado a utilizar el Tribunal desde comienzos de 19947.

De la experiencia descrita podemos deducir que, independientemente de las consideraciones válidas sobre adaptación de la estructura institucional del Pacto Andino a la realidad actual y perspectivas del proceso de integración latinoamericano, una de las razones fundamentales que apuntan hacia la necesidad de la reforma reside en la importancia de que ésta se constituya en oportunidad para que los países que deseen acometerla puedan reflexionar sobre su estructura jurídica interna a fin de efectuar los ajustes o adaptaciones necesarias para asimilar el derecho comunitario y hacer totalmente operativa su participación jurídica en el proceso de integración andino. Mientras tanto, no podrá hablarse de la existencia de un verdadero derecho comunitario en el área.

Otras razones para una reforma.

Además de las anteriores consideraciones, cabe referirse a la oportunidad que ofrece la reforma para estimular el análisis auto-reflexivo de los países miembros, sobre sus estructuras jurídicas internas. Además, en la actualidad andina se hace necesario impulsar en los siguientes aspectos principales:

a) Adaptación de los órganos de acuerdo a una filosofía de la integración abierta, que haga posible la convergencia con otros procesos de integración americanos.

b) La reiteración de los principios de aplicación directa y de preeminencia del derecho comunitario.

c) La participación de los particulares en la acción de incumplimiento y su fortalecimiento en la acción de nulidad.

d) El mantenimiento de la acción de interpretación prejudicial.

e) El fortalecimiento de los instrumentos existentes relativos al control de la legalidad, (recurso de omisión).

f) La incorporación de la función arbitral y la adición de acciones laborales y administrativas.

⁷ Consúltense las Sentencias de Interpretación Prejudicial del Tribunal Andino de Justicia, No. 2 1P-94, s-1P-94 y 6-IP-94, en Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena No. 162, 16s y 170 de 1994.

La Acción de Incumplimiento. Es importante la necesidad de preservar el carácter mixto de la acción de incumplimiento, con una etapa prejudicial, administrativa o gubernativa que garantice, tanto a los particulares como a los Estados miembros, medios ágiles de solución de conflictos antes de trabarse en una situación litigiosa que pueda colocar a un país en condición de "demandado" no deseada ni necesaria.

El sistema de mediación administrativa permite a los Estados, bien justificar su conducta o dar cumplimiento rápido y ágil a sus obligaciones, lo cual hace innecesario y muchas veces inconveniente para ellos involucrarse en una contención judicial. Al respecto, el Tribunal de Luxemburgo ha declarado que "la posibilidad de un Estado de presentar sus observaciones constituye, aunque considere que no debe utilizarla, una garantía esencial querida por el tratado, y su observancia es un requisito sustancial de la regularidad del procedimiento de incumplimiento de un Estado miembro".

Argumento en favor del acceso a los particulares:

a) Mayor posibilidad de utilización del Tribunal y garantía procesal de acudir a un tribunal supranacional cuando, como consecuencia del incumplimiento de un país miembro, vean afectados sus derechos.

b) Por su naturaleza de actores directos en el proceso de integración, deben gozar de un mecanismo supranacional que ampare sus derechos.

c) Para el particular extranjero frente a un país que incumple, no resulta garantía suficiente de sus derechos el acceso a una justicia externa que le es extraña y no resulta objetiva.

d) De otra parte, los fallos de la justicia nacional no pueden generar responsabilidades en el orden internacional como para sancionar a un Estado en cuanto a los beneficios del Acuerdo de Cartagena.

De darse posibilidades de acceso de los particulares al Tribunal, éstas no deberían ser directas, sino por la vía administrativa, del dictamen previo de la Junta. En este caso, deberán reducirse los plazos previstos en los incisos 2o. y 3o. del Art. 27 del Tratado y establecerse, en el art. 23 del mismo instrumento, la obligación para la Junta de acudir al Tribunal en caso de que el país miembro persista en el incumplimiento.

El fallo de incumplimiento que profiera el tribunal comunitario deberá producir mérito ejecutivo para que el particular pueda hacerlo cumplir ante sus tribunales nacionales.

La acción prevista en el art. 27 del Tratado sobre acción de incumplimiento por los particulares ante sus jueces nacionales, que puede generar sólo responsabilidad estatal interna, deberá conservarse; pero como garantía procesal alternativa y no concurrente con la acción ante el Tribunal, vía la Junta, a fin de evitar la presencia de posibles fallos contradictorios sobre un mismo caso.

Enmiendas a la Acción de Nulidad. En la acción contenciosa subjetiva, el titular es la persona que se sienta lesionada en su derecho individual, reconocido por la norma superior del ordenamiento jurídico que se considera violado. El interés jurídico que se pretende tutelar no es el de la comunidad en general, ni en la controversia está envuelto el orden público. Se trata más bien de la protección de un derecho civil o administrativo en cabeza del particular.

De lo anterior se explica la exigencia de la legitimación en la causa por el particular que pretende entablar la acción de nulidad: pues, con ella, el particular pretende demostrar un perjuicio y obtener una reparación.

Como está redactado el actual artículo 19, la demostración "a priori" del perjuicio, por el particular, resulta ser una exigencia que hace imposible su legitimación al iniciarse el proceso. Cuando el perjuicio es, precisamente, el objeto de definición en la sentencia. Hasta ahora la acción de nulidad por los particulares no ha surtido efectos en la práctica. El Tribunal había venido interpretando que la acción de nulidad en cabeza de los particulares se asemeja a la legitimación para "recurrir a los recursos internos de corte jus privatista, que existe en los países andinos.

Para corregir esta rigidez del Tratado, una reforma ha de establecer como único requisito el de que quien demanda acredite su interés legítimo frente a la forma acusada, con lo cual se evita el abuso en la utilización de esta acción y se precaven sus consecuencias desfavorables para la estabilidad jurídica de la comunidad.

Para definir el tratamiento que deba darse a la acción de nulidad, en cuanto al plazo de caducidad y a sus efectos, deberán evaluarse cuidadosamente los objetivos que persigue la acción. Esto es, si pretende tutelar el orden jurídico comunitario y la legalidad abstracta u objetiva contenida en sus estatutos superiores, en interés del orden público comunitario, la acción de nulidad debería revestir características de acción popular, en beneficio de la guarda de la integridad del ordenamiento jurídico comunitario.

Si, por el contrario, tan sólo se trata de amparar el interés de los particulares con la acción de nulidad, entonces sí se justifica señalar un plazo de caducidad para interponer la acción, a fin de que la estabilidad de la integración y de sus órganos no se vea afectada porque a pesar del tiempo transcurrido, el particular negligentemente no acudió oportunamente a ejercer su derecho. **El Tribunal ha optado por esta alternativa.**

Ante esta posición, y en aras de la seguridad jurídica, no es conveniente que la norma comunitaria, no obstante sus vicios intrínsecos, pueda quedar purgada de legalidad por el mero efecto de la caducidad de la acción. De ahí que la propuesta del Tribunal contempla la posibilidad de que las partes en el litigio interno en el que se cuestione una decisión o resolución comunitaria, "puedan acudir al Tribunal, alegando la inaplicabilidad de dicho ordenamiento, en caso de considerarse violatorio de normas superiores".

El proyecto del Tribunal prevé, como se anota atrás, el establecimiento de acciones adicionales como el recurso por omisión, como garantía adicional del control de la legalidad a las fallas omitivas de la Junta.

La incorporación de la función arbitral hace posible que el Tribunal abra sus competencias para que, en jurisdicción voluntaria, mediante cláusulas compromisorias en contratos y negocios que celebren personas naturales o jurídicas de la subregión pueda avocar arbitrajes de corte comercial, siempre que el asunto por resolver esté comprendido en el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, exclusivamente.

Como enmienda de orden menor, se ha previsto en el proyecto de reformas las acciones laborales y administrativas en cabeza del Tribunal. Dada la inmunidad de jurisdicción y los privilegios de que gozan irrenunciablemente los organismos internacionales en los países que les sirven de sede, se han venido estableciendo jurisdicciones propias para solucionar diferencias laborales o administrativas que se susciten con sus colaboradores. Ante la ausencia de una institución de esta naturaleza en los órganos principales del Acuerdo de Cartagena y demás instituciones del sistema andino de integración, se propone en artículo específico, otorgar competencia al Tribunal para conocer de estos asuntos.