

Ricardo Vigil Toledo (Perú) *

La competencia arbitral del Tribunal de Justicia y de la Secretaría General de la Comunidad Andina

I

El 17 de septiembre de 1980, Irak, unilateralmente, declaró nulo el acuerdo fronterizo de 1975 que tenía celebrado con Irán, más conocido como *Acuerdo de Argel*. Mediante esta anulación Irak reclamaba la totalidad de la desembocadura del Shat el-Arab, que ocupó militarmente cinco días después. Si bien el objetivo formal era la reclamación de la totalidad de la desembocadura del Shat el-Arab, en realidad se buscaba el debilitamiento del régimen de Teherán, lo que desencadenó una feroz guerra entre ambos países que duró cerca de ocho años y que concluyó en el mes julio de 1987, cuando Irán aceptó los términos del alto el fuego de la resolución 598 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Durante todo el lapso que duró la guerra quedaron atrapados en el Shat el-Arab una gran cantidad de buques tanques petroleros. Los propietarios de la carga, por un lado, y los armadores, por otro, reclamaron a sus respectivos aseguradores la indemnización correspondiente por pérdida total constructiva o reputada —como se dice en español— de sus respectivos intereses. La cobertura de los armadores estaba incluida en una cláusula denominada *blocking and trapping*, que hasta el momento no había sido objeto de interpretación por los tribunales. Era una disputa entre los

* Magistrado del TJCA. Las opiniones vertidas son a título personal y no reflejan necesariamente la posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. <vigiltoledo@msn.com>

aseguradores del casco y los aseguradores de la responsabilidad civil de los armadores frente a los aseguradores de la carga.

Todos los intereses involucrados —había mas de 30 buques detenidos— acordaron someter el asunto a la decisión de un juez de primera instancia de la High Court (Comercial Court) de Londres, el magistrado Staughton, y aceptar como final su veredicto. En dicho caso,¹ el juez Staughton actuó como un verdadero árbitro de derecho, sin renunciar a su condición de juez de Su Majestad británica. Tuvo, es verdad, que solicitar el respectivo permiso al *lord chancellor*, nombre que recibe quien ejerce las funciones de presidente del Poder Judicial en el Reino Unido, y éste, por cierto, lo concedió de inmediato.

Lo que hicieron los armadores, cargadores y aseguradores para resolver el asunto fue convertir, de facto, a la Alta Corte Comercial de Inglaterra en un verdadero tribunal arbitral, conjugando de manera admirable el talento y la independencia de la renombrada Corte Comercial del Reino Unido con el pragmatismo y la seriedad de los hombres de negocios de la City de Londres.

He traído a colación el asunto con ocasión de explorar las posibilidades que ofrece el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Secretaría general de la Comunidad Andina para resolver, por la vía arbitral, ya sea en arbitrajes de derecho o en equidad (*ex aequo et bono*), las diferencias que puedan suscitarse entre los particulares de los países miembros, ya sean permanentes o asociados, por la aplicación o interpretación “de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, tal como lo señala el segundo párrafo del artículo 38 para el caso del Tribunal y el tercer párrafo para el caso de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Esta norma, que yo recuerde, no ha sido invocada jamás en los más de 25 años de existencia del Tribunal, y el asunto viene a colación en la actualidad motivado por varios hechos recientes, entre los que hay que destacar el retiro de la República Bolivariana de Venezuela de la Comunidad Andina, el retorno de la República de Chile —miembro fundador del acuerdo subregional— y, sobre todo, la necesidad de promover y reforzar las capacidades del Tribunal de Justicia y de la Secretaría General de la Comunidad Andina, puestas al servicio de la integración y del comercio subregional. También es mi opinión que el uso de este mecanismo de solución de controversias por la comunidad comercial contribuirá a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones.

Como es sabido, la salida intempestiva de la República Bolivariana de Venezuela del Acuerdo de Cartagena ocasionó una severa crisis, sobre todo institucional pero también financiera, toda vez que, junto con la República de Colombia y la República del Perú, era uno de los mayores contribuyentes al presupuesto tanto de la Secretaría General como del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹ *Lloyds Law Reports* [1982], vol. 1, “The Bamburi”, p. 312 ss.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135 del Acuerdo de Cartagena, cesaron para la República Bolivariana de Venezuela todos los derechos y obligaciones derivados de su condición de miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, que quedarían vigentes por un plazo de cinco años a partir de la denuncia, que se materializó el 23 de agosto de 2006.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante auto 145-AI-2005 definió los efectos de la denuncia del Tratado y puntualizó los dispositivos del Acuerdo de Cartagena que seguirían vigentes, por mandato del artículo 135 del mismo Acuerdo, en la relación futura entre la República Bolivariana de Venezuela y el resto de los países de la Comunidad, y señaló al respecto:

Que resulta evidente para este Tribunal que sin el concurso y la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 72, 73, 75, 76, 77 y 139 del Acuerdo de Cartagena resultaría imposible que se pudiera cumplir a cabalidad lo dispuesto en el artículo 135 del propio Tratado, aun cuando las diferencias y controversias que pudiesen suscitarse deberán, necesariamente, sustanciarse en otros foros distintos a los de este Tribunal y al de la Secretaría General de la Comunidad Andina, por lo que en eventuales Acuerdos de Complementación Económica u otros que al efecto celebre la República Bolivariana de Venezuela, bien con la Comunidad Andina en bloque, o bien por separado con cada uno de los Países Miembros que la componen, se incluya, entre otras, las normas de origen, cláusulas de salvaguarda y un mecanismo de Solución de Controversias;

Que conforme a lo anterior, es evidente que, igualmente, desde el momento de la denuncia del Tratado cesa la condición de País justiciable por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que de conformidad con la normativa que regula la actividad de este Órgano, éste no tiene competencia para resolver conflictos que se susciten entre los Países Miembros y un tercero, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal. En efecto, el artículo 5 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone que “el Tribunal ejerce su jurisdicción sobre la Comunidad Andina dentro del marco de competencias establecido en el ordenamiento jurídico comunitario”.

Posteriormente, la República Bolivariana de Venezuela ha confirmado estos asertos, ha ratificado que quedaría vigente el Programa de Liberación, sujeto a las limitaciones antes señaladas por el Tribunal de Justicia, y ha acordado, con los miembros restantes de la Comunidad Andina, pergeñar un mecanismo para la solución de controversias que pudieran suscitarse en la interpretación y la aplicación de los derechos y obligaciones residuales del Acuerdo de Cartagena, para que sean contenidos en un acuerdo tal como lo definió el Tribunal de Justicia.

Afortunadamente, con la salida de la República Bolivariana de Venezuela, casi simultáneamente, la República de Chile manifestó su voluntad de asociarse con la Comunidad Andina, lo que fue formalmente aceptado por el Consejo Andino de Cancilleres en sesión ampliada con los ministros de Comercio Exterior de la CAN, en la célebre sesión realizada, simbólicamente, en la sede de las Naciones Unidas el pasado

20 de setiembre. Arrojava así una nueva luz de esperanza en la consolidación de la Comunidad Andina, pero, además, contribuía a la construcción de la tan ansiada y siempre preterida Comunidad Sudamericana de Naciones.

Cumplido el requisito del artículo 136 del Acuerdo de Cartagena y habida cuenta de que existían acuerdos de complementación económica de libre comercio entre la República de Chile y los restantes países de la Comunidad Andina, se procedió de inmediato a la constitución de un Grupo de Trabajo para proponer al Consejo de Cancilleres y a la Comisión los órganos o instituciones, los mecanismos y medidas del Acuerdo de Cartagena en que el nuevo país asociado participará, así como la normativa que aplicará en sus relaciones con el resto de los países de la Comunidad Andina, de acuerdo con lo señalado en el artículo 137 del Acuerdo de Cartagena.

Existe ahora una gran expectativa en el trabajo de este grupo y en la ulterior decisión del Consejo de Cancilleres y de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, porque tendrán una repercusión directa en la Comunidad Andina y su futuro, así como en la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones.

II

En un reciente estudio sobre la *Estrategia regional de la Comunidad Andina 2006-2009*, publicado por el BID INT/ITD en agosto de 2006, se señala que parecería que la Comunidad Andina no seguiría el modelo europeo de profundización progresiva de la integración, y ello debido a que divergencias en los enfoques de política económica han impedido que se constituya una unión aduanera completa y que se elimine uno de los factores restrictivos del comercio, como lo son las reglas de origen. Se señala asimismo que la discusión sobre el arancel externo común es un elemento que ha desgastado la dinámica del proceso de integración y ha afectado la credibilidad internacional del grupo restándole capacidad de negociación frente a bloques comerciales, así como que “los países sólo aprovechan de manera esporádica el tener un sistema institucional más sofisticado del que existe en otros esquemas en la región y el contar con una secretaría técnica de calidad”.

Esta importante nota de alarma, por la seriedad de la fuente de donde emana, ha puesto de manifiesto, una vez más, la falta de difusión de las bondades que ofrece el sistema andino de integración y el relativo poco uso del mecanismo de solución de controversias. Si bien es cierto que éste es imperativo para los países miembros, a diferencia del sistema de solución de controversias de la Unión Europea, permite un mayor acceso a los particulares a las competencias ordinarias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en las acciones de nulidad y de incumplimiento. Pero, además, el sistema de solución de controversias andino abre la posibilidad para que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, en su caso, la Secretaría General de la Comunidad Andina actúen como tribunal arbitral, no sólo en las controversias que se susciten entre órganos del sistema andino de integración, sino también entre particulares

por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos privados y que se encuentren regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Esta última opción tiene muchas ventajas, y a veces pienso que el caso del juez Staughton del Reino Unido, convertido en árbitro por decisión del mercado asegurador de Londres, pasó al inconsciente colectivo de los legisladores que adoptaron el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y lo incluyeron expresamente como una de sus competencias; pero, además, con una riqueza de matiz, ya que, a diferencia del caso referido de la Alta Corte de Londres, el Tribunal y la Secretaría General tienen competencia constitucional para actuar como tribunal arbitral entre particulares y además pueden actuar como tribunal de derecho o de equidad (*ex aquo et bono*) a elección de las partes. En ambos casos el laudo será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada país miembro.

La competencia está definida y es exclusiva para las relaciones contractuales entre particulares, así como está definido que la controversia se vincule a la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos privados y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; pero esas limitaciones no afectan el amplio espectro de las relaciones en los diversos campos regidos por dicho ordenamiento, como son, entre otros, el derecho de la propiedad intelectual, el derecho de los seguros o el transporte multimodal, que están disciplinados en sendas decisiones adoptadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena y que, en consecuencia, gozan de las características de la norma comunitaria, es decir, del efecto directo y de la primacía frente a las legislaciones nacionales heredadas del derecho comunitario europeo y proclamadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los célebres casos *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963 (causa 26/62), y *Flaminio Costa*, de 15 de julio de 1964 (causa 6/64).

He escogido esos temas pues no son, aparentemente, difíciles de armonizar, y su aplicación, en el caso de los cuatro países miembros permanentes, ha sido materia de numerosas interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que han contribuido a establecer una verdadera cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y a la aplicación uniforme de la normativa comunitaria en todo ese importante espacio. Cuando llegue la oportunidad de revisar dichas decisiones, si fuere el caso para adaptarlas a los cambios en el comercio internacional, la existencia de esas normas aplicadas de manera uniforme establecería una cohesión de facto en los países que conforman la Comunidad Andina, que no sólo implicaría una garantía jurídica para los inversores y la comunidad comercial en pleno, sino que fortalecería el poder de negociación en la revisión de instrumentos internacionales donde se ventilan sus reformas en el ámbito internacional, como son la Organización Mundial de Comercio y los foros de las Naciones Unidas (por ejemplo, la Unctad y la Uncitral).

Estos temas podrían extenderse a otros campos para que la normativa que los sustenta pueda ser ampliada a un espacio sudamericano y otorgar competencia a un

Tribunal de Justicia Sudamericano que podría funcionar —siempre y cuando la normativa sea adoptada de manera vinculante por los respectivos mecanismos de cada uno de los restantes miembros asociados de la Comunidad Andina— con los actuales magistrados del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con las funciones que ya les otorga su tratado de constitución, más aquellos que eventualmente fueran designados por los restantes países del Mercosur —que en la actualidad ostentan la calidad de asociados de la CAN.

Un tribunal arbitral así constituido sería el embrión de un futuro Tribunal de la Comunidad Sudamericana de Naciones cuando se transfieran las competencias y se creen los organismos respectivos, pero ése es ya otro tema. Por ahora habría que explorar si es posible contar con una normativa común, por lo menos en materias seleccionadas como las sugeridas, y otorgar facultades al tribunal que se constituya, con los miembros permanentes y los asociados, como tribunal arbitral —en derecho o en equidad— y con capacidad para emitir interpretaciones prejudiciales —vinculantes— cuando los tribunales nacionales de cada uno de esos países tengan que aplicar en los procedimientos que se ventilan en sus respectivos fueros la normativa en estos dos importantes temas.

III

El ingreso de Chile en este panorama ofrece interesantes posibilidades en la medida en que acuerde participar, aunque de manera restringida, en los mecanismos de solución de controversias previstos en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de los límites acordes con la extensión con que este último país quisiera participar como miembro asociado. Uno de ellos es, ciertamente, la normativa que se aplicará en sus relaciones con los demás países miembros. Para ello una alternativa interesante sería que participara, aunque con algunas limitaciones, en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

No habría inconveniente legal para que accediera a dicho órgano comunitario, y en la decisión que lo aceptase como tal se establecerían las condiciones de su participación. En tal circunstancia el número de magistrados del Tribunal podría quedar ampliado, con la concurrencia de un magistrado designado por la República de Chile, en aquellos asuntos en que su país resultara justiciable con relación al Tratado de Libre Comercio que surge del Acuerdo de Complementación Económica y, eventualmente, en la absolución de interpretaciones prejudiciales o *consultas prejudiciales* en la aplicación de normativa comunitaria que haya sido adoptada por el nuevo país asociado.

Esta participación podría implementarse mediante la incorporación de un juez designado por la República de Chile para que integre el Tribunal en aquellas causas en que sea justiciable dicho país. En tal caso el Tribunal, constituido por los cuatro magistrados permanentes más el magistrado ad-hoc designado por la República

de Chile, podría abocarse al conocimiento de una causa suscitada bien por los países miembros permanentes o bien por particulares en la jurisdicción ordinaria del Tribunal, de acuerdo con las reglas generales de la acción de incumplimiento, o en la jurisdicción arbitral, en derecho o equidad, exclusivamente para particulares, en contratos de carácter privado sujetos a la normativa comunitaria.

Resulta obvio que al magistrado ad hoc designado por la República de Chile o, en su caso, por cualquier otro país asociado, no le sería de aplicación el segundo párrafo del artículo 6 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la parte que exige “dedicación exclusiva” al cargo, ya que este extremo es sólo de aplicación para el caso de los magistrados de los países miembros permanentes, mas no así para los países miembros asociados, cuya participación en el Tribunal es esporádica y sólo cuando esté referida a una acción entre el país miembro asociado y cualquiera de los países miembros permanentes.

El ingreso en el Tribunal de Justicia de un quinto magistrado —que en lo sucesivo podría ampliarse con otros países asociados— ayudaría además a resolver los casos en que resulte empate o discordia en las causas que actualmente se ventilan con la sola concurrencia de los cuatro magistrados de los países miembros permanentes.

Posteriormente se podría incorporar a este magistrado para que interviniera en los procedimientos de interpretación prejudicial cuando la materia controvertida se refiera a la aplicación de una normativa comunitaria a la cual haya querido adherirse el país miembro asociado, como sucede en el campo de la propiedad intelectual y el transporte multimodal, a los que me he referido y que resultan aparentes para esta convergencia que bien podría extenderse al resto de los países asociados a la Comunidad Andina.

Así, el regreso de la República de Chile al Acuerdo Subregional Andino no sólo fortalecería el proceso, sino que ayudaría a resolver la *impasse* que se produciría en casos de empate o discordias en las causas que se ventilan actualmente en el Tribunal. Además, sentaría las bases para la ampliación del Tribunal, a fin de convertirlo, eventualmente, en un Tribunal de Justicia de la Comunidad Sudamericana de Naciones, sin renunciar a las tareas y competencias obligatorias que le acuerdan sus normas constitucionales: el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

IV

Con la implementación de la competencia arbitral, tanto del Tribunal de Justicia como de la Secretaría General de la Comunidad Andina, se ampliaría el acceso de los particulares a la justicia comunitaria —que es ya bastante liberal y generosa, a diferencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas—, al permitir la solución de conflictos por vía arbitral utilizando directamente el Tribunal o, en casos de arbitrajes de equidad, la propia Secretaría General de la Comunidad Andina, cuando se trate

de la interpretación o aplicación de una norma comunitaria. Tendrían así los particulares —en estos casos— una alternativa: a) en la jurisdicción ordinaria, mediante la acción ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales, en su oportunidad, tendrían que efectuar un reenvío al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que efectúe la consulta prejudicial respecto de la norma comunitaria en la que se sustenta su acción, y b) directamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como tribunal arbitral. En este último caso podría emitir su laudo en derecho o en equidad, y en ambos casos aquél será obligatorio, inapelable y constituirá título suficiente para solicitar su ejecución de acuerdo con las normas internas del país miembro respectivo.

Voy a referirme para ilustrar esta posibilidad a un caso que se resolvió en primera instancia en el 34 Juzgado Civil del Circuito de Bogotá D. C., que involucraba a una empresa de transporte terrestre denominada Expreso Internacional Ormeño S. A. con la Previsora S. A., compañía de seguros.²

La empresa demandante, Expreso Internacional Ormeño, era propietaria del vehículo ómnibus de servicio público internacional marca Volvo de placa de rodaje UO3482, y el 30 de agosto de 2000, en su ruta de transporte por carretera, debidamente habilitado por el Ministerio de Transporte colombiano, se trasladaba de la ciudad de Caracas (Venezuela) a la ciudad de Lima, cuando fue interceptado por un grupo de hombres armados que decían pertenecer al Ejército de Liberación Nacional de Colombia (ELN). Los asaltantes hicieron bajar a los ocupantes del ómnibus, rociaron de gasolina el vehículo y le prendieron fuego, con lo que causaron su destrucción total. Los hechos fueron denunciados ante el cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía del municipio de Piéndamo, que era la jurisdicción que correspondía para sentar la denuncia y el reclamo.

El Gobierno de la República de Colombia, para atender las reclamaciones e indemnizaciones por actos terroristas en las carreteras colombianas, había tomado, a través del Ministerio de Hacienda, una póliza de seguros de automóviles, a fin de cubrir los daños causados por acciones de grupos terroristas o subversivos causados en vehículos dentro del territorio de la República de Colombia. El representante del transportista formalizó la denuncia y dio aviso al asegurador, a través de su corredor, la sociedad Promoseguros Ltda. El asegurador, Previsora S. A., rechazó el reclamo alegando que el vehículo siniestrado no tenía el seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT). El asegurado replicó alegando que el vehículo siniestrado estaba asegurado por la compañía de seguros El Pacífico, mediante la póliza andina de responsabilidad civil de automóviles, que cubre los perjuicios por daños materiales y/o personales ocasionados a terceros y cuenta con coberturas mas amplias que las exigidas por el SOAT, de acuerdo con lo dispuesto en la decisión 290 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

² Sentencia del 18 de mayo del 2005 recaída en el proceso 16-IP-2005, a partir de la solicitud presentada por el 34 Juzgado Civil del Circuito de Bogotá. Actor: Expreso Internacional Ormeño.

El demandante acudió al 34 Juzgado Civil del Circuito de Bogotá D. C. demandando la indemnización correspondiente y el juez remitió el asunto al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para recabar la correspondiente consulta prejudicial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sobre el alcance y la interpretación de los artículos 1, 2 y 3 de la decisión 290 y de los artículos 2, 3, 4, 5, primer párrafo, 21, 22, 32, 50, literal *d*, y 51, literal *d*, de la decisión 398 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

El Tribunal, en la absolución de la consulta, se refirió, entre otros, a la supremacía del ordenamiento jurídico comunitario sobre las normas de derecho interno, a la póliza andina de seguro de responsabilidad civil y a los principios fundamentales y del ámbito de aplicación del transporte internacional de pasajeros por carretera, y concluyó que, por una parte, “las Decisiones 290 y 398 prevalecen sobre toda regulación nacional anterior o posterior a ella, en cuanto resulte incompatible con dichas Decisiones, conforme a los principios de aplicación inmediata y primacía de la norma comunitaria” y, por otra, que “la Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad Civil deberá ser emitida por una empresa aseguradora establecida en cualquiera de los Países Miembros [...] Los Países Miembros no pueden exigir seguro adicional que cubra los riesgos previstos en la Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad Civil, ya que al estar amparado por una norma de Derecho Comunitario tiene prevalencia frente a cualquier otro requerimiento de orden interno de los Países Miembros”.

He citado el caso para ilustrar la alternativa que ofrece el foro arbitral del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Aquí se trataba de un reclamo entre particulares, por un contrato privado de seguros donde era de aplicación una normativa comunitaria. El asegurado optó por recurrir al juez de primera instancia y éste tuvo el buen tino de enviar una consulta prejudicial que, en su caso, era sólo facultativa, ya que la consulta obligatoria es para aquellos jueces de instancia única o de última instancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 132 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Así, el sistema andino de integración en la solución de controversias resulta más favorable y liberal que su contraparte europea, toda vez que los particulares tienen acceso directo a las acciones de nulidad cuando los asista un legítimo interés, requisito que el Tribunal ha interpretado de manera liberal, y en las de incumplimiento, cuando vean afectados sus derechos subjetivos. Además, pueden someter sus diferencias, siempre y cuando se traten entre particulares, con ocasión de contratos de carácter privado cuya materia esté regida por el derecho comunitario.

VI

Lo que no puede hacerse es someter a ningún tribunal arbitral —ni aun al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su competencia arbitral— controversias entre países miembros que surjan con motivo de la aplicación de normas que conforman

el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, tal como lo dispone, de manera tajante, el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Esta provisión, inspirada en un dispositivo semejante del que rige para la Unión Europea, confirma así el monopolio de la solución de controversias por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al menos para las controversias de los países miembros entre sí y las de los organismos del Sistema Andino de Integración entre sí y con los países miembros; pero deja abierta la posibilidad para que, tanto los países miembros como las instituciones del sistema andino de integración, en sus relaciones con terceros países, puedan someterse voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal; situación ésta que hasta la fecha no se ha presentado.

Para auscultar la razón de haber elegido la opción de un Tribunal Permanente de Justicia para la solución de las controversias, a diferencia de un sistema de arbitraje como el que rige en la OMC, en Aladi, en el Nafta y en el Mercosur, habría que remitirse a las motivaciones políticas que, desde el inicio, llevaron a los países andinos a concebir la formación de una comunidad, más que como un acuerdo de libre comercio, como una verdadera integración que apuntara a una unión mucho más profunda. Existía entonces y persiste dicho ideal, el mismo que está plasmado en el preámbulo del propio Acuerdo de Cartagena —carta fundamental y verdadera constitución del Sistema Andino de Integración— con esta bella invocación que es el fundamento mismo de la integración andina: “CONSCIENTES que la integración constituye un mandato histórico, político, económico, social y cultural de sus países a fin de preservar su soberanía e independencia”.

Un incumplimiento del ordenamiento jurídico por cualquiera de los países miembros es un hecho grave que atenta contra el proceso mismo de la integración y es por lo tanto un agravio hecho a todos los países miembros, que automáticamente se convierten en partes agraviadas en una acción de incumplimiento. En caso de desacato de la sentencia del Tribunal, todos los países miembros pueden imponer sanciones al país remiso. Este aspecto en la solución de controversias entre los países miembros va a la raíz, a la esencia misma del proceso de integración que los países miembros libremente decidieron adoptar.

Esto no es óbice, sin embargo, para los procedimientos que pudieran suscitarse entre los países miembros entre sí y los de los organismos del Sistema Andino de Integración, que se ventilan, en la fase precontenciosa de investigación, ante la Secretaría General, y que eventualmente llevarían a la emisión de un dictamen de incumplimiento. Si bien ésta constituye una opinión sólida, no es, sin embargo, vinculante, ya que, en palabras del Tribunal de Justicia:

[...] resulta claro para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que los dictámenes emitidos por la Secretaría General no son susceptibles de acciones de nulidad tendiente a que el juez comunitario defina acerca de su legalidad, toda vez que tanto por su naturaleza como por los objetivos que persigue dicho instituto

jurídico, deben ser apreciados por la instancia judicial únicamente dentro del correspondiente juicio derivado de la acción de incumplimiento que ante ella se ventile. El País Miembro afectado por el dictamen de incumplimiento, o en su caso el particular interesado, tienen siempre la oportunidad procesal de discutir, cuestionar y oponerse al dictamen de incumplimiento emitido por la Secretaría General, alegando ante el Tribunal dentro del proceso que se adelante con ocasión de la acción de incumplimiento tanto inconformidades por razones de forma como por motivos materiales o de fondo. Igualmente es obligación del Tribunal cuando quiera que deba apreciar un dictamen de incumplimiento realizar, con base en las reglas de la sana crítica y de los poderes del juez, un análisis profundo del mismo, para determinar si lo acoge o lo desestima.³

Sin embargo, ni el Tribunal ni el Estatuto descartan la posibilidad de ejercer un mecanismo prejudicial de consultas o buenos oficios por parte del secretario general de la CAN con los representantes diplomáticos de los países miembros concernidos, a fin de evitar el procesamiento de casos de incumplimiento, sobre todo los que resultan obvios desde la misma emisión del dictamen y aun antes, desde el inicio de la investigación.

³ Sentencia del 2 de febrero de 2000, recaída en el proceso 24-AN-99, en la acción de nulidad interpuesta por la compañía New Yorker, S. A., en contra de las resoluciones n.ºs 171 y 210, del 17 de diciembre de 1998 y del 31 de marzo de 1999, expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina.