



# EL DERECHO

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

## La Comunidad Andina de Naciones: una evaluación de sus instituciones a medio siglo de su gestación

por LEOPOLDO M. A. GODIO<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO. – II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. SITUACIÓN ACTUAL. II.A) EL ACUERDO DE CARTAGENA Y SUS OBJETIVOS. II.B) LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO DE LA CAN. – III. INSTITUCIONES Y ÓRGANOS. III.A) EL CONSEJO PRESIDENCIAL ANDINO. III.B) EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. III.C) LA COMISIÓN. III.D) LA SECRETARÍA GENERAL. III.E) EL PARLAMENTO ANDINO. III.F) EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO. III.G) OTROS ÓRGANOS E INSTANCIAS DE PARTICIPACIÓN. – IV. ACTUALIDAD Y DESAFÍOS (A MODO DE CONCLUSIÓN). – BIBLIOGRAFÍA.

### I Introducción y objetivo

La integración y cooperación regional entre los Estados de América Latina ha presentado, en más de seis décadas de experiencia, distintos resultados, como se observa en los casos del Mercosur, la Alianza del Pacífico, los países centroamericanos y del Caribe. En este sentido, el proceso de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante, CAN) ha presentado avances y retrocesos idénticos a los anteriores y amerita un análisis actualizado de sus órganos e instituciones de modo que permitan, en lo posible, comprender no solo su estructura y contexto, sino también su desarrollo y proyección al fracaso o una convergencia superadora.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Algo más que cooperación. El Convenio entre la comunidad y Mercosur profundiza la integración*, por MARIO A. R. MIDÓN, ED, 171-883; *Protección jurídica en el Mercado Común vía la aplicación del derecho comunitario por los jueces nacionales. Un estudio comparado entre el Mercosur y la Comunidad Europea*, por DANTE MARCELO RAMOS, ED, 177-995; *El medio ambiente y los procesos de integración regionales*, por OMAR ALBERTO BALBOA, ED, 181-1257; *Ensayo sobre el art. 124 de la Constitución Nacional. Tratados de Integración Regional en materia de desarrollo económico y social. Creación de órganos con facultades para el cumplimiento de aquellos fines. Convenios Internacionales Limitados*, por ALBERTO ANTONIO SPOTA, EDCO, 00/01-531; *Africanismo, cooperación e integración regional: el caso del ECOWAS*, por CLAUDIA GABRIELA GASOL VARELA, EDCO, 2006-422; *La Corte de Justicia del Mercosur como alternativa para consolidar el proceso de integración regional*, por ERIC SALUM PIRES, ED, 241-864; *La Alianza del Pacífico, una nueva alternativa de integración regional*, por MARTÍN LORENCEZ, EDCO, 2013-474. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

(\*) Abogado y magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Profesor UCA. Miembro titular de la AADI. Miembro del Instituto de Derecho Internacional del CARI, investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" y miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, entre otras instituciones. Las consideraciones realizadas en el presente trabajo son de exclusiva responsabilidad personal.

Para lograr el objetivo propuesto, se realizará una síntesis histórica de la CAN que nos permita advertir cómo fue su proceso de gestación, para luego continuar con un análisis de sus instituciones y órganos, de modo que nos habilite, finalmente, a realizar algunas consideraciones sobre sus desafíos actuales y futuros.

### II Evolución histórica de la Comunidad Andina de Naciones. Situación actual

El inicio de la Comunidad Andina se encuentra, si se quiere, en el espíritu de las ideas de Simón Bolívar para el establecimiento de su ansiada "Patria Grande", tal como lo atestiguan distintos documentos, como, por ejemplo, la carta de Jamaica del 6 de septiembre de 1815, que proclamara "Unir a los Pueblos Hispanoamericanos en una sola Nación, con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo", propuesta que logró materializarse un siglo y medio más tarde como consecuencia del impulso industrializador de la CEPAL<sup>(1)</sup>, dentro del marco jurídico de la ALALC (1960) y en un contexto de confrontación Este-Oeste signado por el ascenso del nacionalismo latinoamericano<sup>(2)</sup> que constituyó, en definitiva, las condiciones idóneas para la implementación de acuerdos subregionales entre dos o más de sus miembros, tal como ocurrió con la Declaración de Bogotá de 1966<sup>(3)</sup>, de cuyas negociaciones resultó el tratado que creó el Pacto Andino: el Acuerdo de Cartagena, el 26 de mayo de 1969<sup>(4)</sup>, suscripto por Bolivia,

(1) Comisión de Estudios para América Latina, un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC). MOLLARD señala, con acierto, que la CAN posee dos antecedentes inmediatos de integración subregional en América Latina: el Mercado Común Centroamericano y la Asociación de Libre Comercio del Caribe. Cfr. MOLLARD, MARTÍN, *La Comunidad Andina de Naciones, en Derecho de la Integración*, Sandra C. Negro (dir.), 2º ed. revisada, ampliada y actualizada, Buenos Aires, BdeF, 2014, págs. 142/144.

(2) Cfr. FERNÁNDEZ SAAVEDRA, GUSTAVO, *Notas sobre la Comunidad Andina, en Escenarios políticos en América Latina: cuadernos de gobernabilidad democrática 2*, Fernando Calderón (coord.), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008, pág. 307.

(3) El presidente de Colombia, Carlos Lleras, se reunió con sus pares de Chile y Venezuela, sumando a representantes de los mandatarios de Ecuador y Perú. El propósito central del documento era mejorar las condiciones de su participación en el sistema de libre comercio regional, cuyos primeros resultados aparecían beneficiosos solo para Argentina, Brasil y México. FERNÁNDEZ SAAVEDRA, GUSTAVO, *supra* nota 2, pág. 308.

(4) También denominado Grupo Andino o Acuerdo de Cartagena. Cfr. SOTO, ALFREDO M. - GONZÁLEZ, FLAVIO F., *Manual de derecho de la integración*, 2º ed. actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2016, pág. 203. En idéntico sentido, aunque aclarando que la denominación "Grupo Andino" culmina en agosto de 1997 con la entrada en vigor del protocolo de Trujillo, ver KAUNE ARTEAGA, WALTER, *La acción de incumplimien-*

Colombia, Chile, Ecuador y Perú (en vigor desde el 16 de octubre de 1969 y al cual el 13 de febrero 1973 adhirió Venezuela), con el propósito de establecer una unión aduanera en el plazo de diez años.

Respecto de su gestación, MOLLARD destaca que este proceso se originó por las limitaciones que presentaba la ALALC y se intentó fortalecer su comercio interregional a través del modelo de sustitución de importaciones que fomentara la industria local<sup>(5)</sup>. La esencia del acuerdo, que constituye un organismo subregional de carácter supranacional dotado de un ordenamiento jurídico comunitario<sup>(6)</sup>, fue impulsar la mejora de la vida de sus habitantes a través de la integración económica y social, tomando como referencia la experiencia que se desarrollaba en las Comunidades Europeas.

En efecto, la CAN atravesó distintas etapas, desde una concepción de integración cerrada hacia adentro –acorde con el modelo de sustitución de importaciones predominante durante su establecimiento fundacional– y su posterior reorientación hacia un regionalismo abierto desde 1989 en la reunión de Galápagos, en la que se aprobó el nuevo diseño del sistema integracionista y se eliminaron los aranceles intrazona<sup>(7)</sup>, generando un crecimiento comercial y laboral. Sus principales acontecimientos luego de la Declaración de Bogotá han sido:

- 1967: la aprobación, por parte de la ALALC, de las resoluciones 202 y 203 referidas al establecimiento de las bases para la constitución de acuerdos subregionales y su implementación.
- 1968: la creación de la Corporación Andina de Fomento, que será la institución financiera del sistema.
- 1969: la firma, el 26 de mayo, del Acuerdo de Cartagena (en vigor desde el 16 de octubre) y su compatibilidad con la ALALC.
- 1973: incorporación de Venezuela.
- 1976: Chile se retira del proceso.
- 1987: firma del Protocolo de Quito (en vigor al año siguiente).
- 1993: eliminación de los aranceles internos para constituir una zona de libre comercio, que se concretó, finalmente, en 2006 con la adecuación normativa por parte de Perú.
- 1996: firma del Protocolo de Trujillo y del Protocolo de Cochabamba (en vigor al año siguiente y 1999, respectivamente).

to ante los jueces nacionales en el contexto del derecho comunitario, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción, 2005, pág. 345.

(5) Cfr. MOLLARD, MARTÍN, *supra* nota 1, pág. 144.

(6) En la supranacionalidad aparece, nitidamente, una nueva entidad dotada de personalidad jurídica propia y de órganos que ejercen soberanía compartida, en razón de las competencias que le han sido transferidas. Cfr. KAUNE ARTEAGA, WALTER, *supra* nota 4. Este autor agrega, además, a los principios generales de derecho como fuente del derecho comunitario, que sirve para completar lagunas jurídicas que puedan presentarse, dada la peculiar estructura, características, finalidades y objetivos del proceso de integración. *Ibidem*, pág. 354.

(7) En efecto, fue determinante la decisión de los presidentes de emprender una profunda reorientación de los objetivos y estrategias de sus políticas económicas nacionales. Cfr. ALEGRETT, SEBASTIÁN, *La nueva institucionalidad andina*, AFESE, vol. 32, 1999, págs. 1/5.

### CONTENIDO

#### DOCTRINA

La Comunidad Andina de Naciones: una evaluación de sus instituciones a medio siglo de su gestación, por Leopoldo M. A. Godio ..... 1

#### JURISPRUDENCIA

##### PROVINCIA DE LA PAMPA

**Código Civil y Comercial:** Vigencia temporal: irretroactividad; situaciones pendientes. **Sentencia:** Ley aplicable: situaciones jurídicas no consolidadas; lesión de derechos; no configuración. **Divorcio:** Ley aplicable: ausencia de sentencia firme; eliminación del divorcio contencioso; finalidad. **Daño Moral:** Matrimonio: deber de fidelidad; incumplimiento; reparación; análisis de cada caso en particular (**CApel. en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería General Pico, diciembre 14-2016**) ..... 6

(Continuará en el próximo diario del 28 de abril de 2017)

• 1997: firma del Protocolo de Sucre (en vigor desde 2003).

• 2006: Venezuela decide retirarse de la CAN y, más tarde, Chile solicita su incorporación como Estado asociado.

Al respecto, SOTO y GONZÁLEZ observan que en sus inicios el proceso privilegió un esquema proteccionista destinado a impedir la expansión profunda del comercio intrazona y adoptó, desde 1989, un modelo de desarrollo abierto que priorizó el establecimiento de una zona de libre comercio, al que se llega en 1993 (y que Perú incorpora en 1997) para facilitar el comercio recíproco entre los miembros. Posteriormente, en 1995 se estableció un arancel externo común para las importaciones provenientes de terceros Estados y se alcanzó, gradualmente, las características de una unión aduanera<sup>(8)</sup>.

La Cumbre de Tarija, celebrada en 2007, sirvió para reimpulsar el proceso contemplando un acercamiento social, cultural, económico, político, ambiental y comercial. Actualmente, las acciones de la CAN y sus miembros se guían por los Principios Orientadores y la Agenda Estratégica, aprobada en el año 2010. Al año siguiente, se convocó la Cumbre de Lima y revisó la estructura institucional con el fin de fortalecer el sistema<sup>(9)</sup>.

#### II.a) El Acuerdo de Cartagena y sus objetivos

Originalmente redactado y ejecutado en 1969<sup>(10)</sup>, se trata del acuerdo constitutivo del sistema que enumera, entre sus objetivos y metas, la promoción de un desarrollo equilibrado, equitativo y armonioso de sus miembros a través del crecimiento, la creación de empleo, la integración y la cooperación económica para, de este modo, reducir las vulnerabilidades externas y mejorar las oportunidades que poseían en la economía internacional. Se trataba, sin dudas y a largo plazo, de un proyecto de fortalecimiento de la solidaridad subregional destinado a reducir las diferencias existentes entre los niveles de desarrollo de los Estados miembros, sin perder de vista la eventual y gradual creación de un mercado común latinoamericano<sup>(11)</sup>, de acuerdo a las disposiciones de la ALADI que prevén su convergencia con otros procesos de integración de la región. Por estas razones, se ha afirmado que la CAN se trata de un “proceso de integración en transición”<sup>(12)</sup>.

Según PORRATA-DORIA JR., la viabilidad de la CAN es posible mediante objetivos industriales, comerciales, desarrollo económico, integración económica y política implementados a través de una extensa lista de programas, mecanismos y medidas que incluye, entre otras, la integración con otros bloques de integración económica de la región, la armonización de las políticas económicas y sociales, programas de liberalización del comercio, el establecimiento de un arancel externo común, políticas agrícolas, canalización de recursos financieros e inversiones, cooperación económica y social, así como la liberalización del comercio de servicios e integración física<sup>(13)</sup>.

El intento de establecimiento de un área de libre comercio fue arduo y lento debido a una falta de consenso entre los Estados miembros, signada por un contexto de dificultades económicas que recién comenzaron a superarse a finales de 1992<sup>(14)</sup>. Para lograr este avance fue determinante el Protocolo de Quito, en vigor desde el 25 de mayo de 1988, que flexibilizó los plazos para alcanzar la unión aduanera y postergó la adopción del arancel externo

(8) Cfr. SOTO, ALFREDO M. - GONZÁLEZ, FLAVIO F., *supra* nota 4, págs. 203/204.

(9) Cfr. AGUIRRE OCHOA, JEANINE - PEÑA MORALES, MARCO A., *La Comunidad Andina: un paradigma de integración económica en Latinoamérica*, REICE, vol. 2, N° 3, enero-junio 2014, pág. 7.

(10) Filosóficamente, trató de conciliar dos posturas frente al proceso de integración: la idea de que sus mecanismos se centraran en la liberalización comercial recíproca y que el esquema debía ser un desarrollo conjunto, en sentido amplio. Esto explica, en parte, el establecimiento de un fuerte aparato institucional, con una secretaría técnica (la Junta) que debía representar el interés comunitario y un órgano intergubernamental (la Comisión), que debía reunir la representatividad política necesaria para aprobar y aplicar las decisiones colectivas. Cfr. FERNÁNDEZ SAAVEDRA, GUSTAVO, *supra* nota 2, págs. 308/309.

(11) Cfr. PORRATA-DORIA JR., RAFAEL A., *Andean Community of Nations (CAN)*, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rüdiger Wolfrum (dir.), Oxford, 2012, parág. 6/7.

(12) Cfr. SOTO, ALFREDO M. - GONZÁLEZ, FLAVIO F., *supra* nota 4, pág. 204.

(13) En relación con estos programas y mecanismos, Bolivia y Ecuador, debido a su limitado desarrollo económico, contaban con un trato preferencial. La implementación de estos programas tuvo un éxito cuestionable, ya que diversos programas de inversión extranjera han fracasado. Cfr. PORRATA-DORIA JR., RAFAEL A., *supra* nota 11, parágs. 8/9.

(14) *Ibidem*, parág. 10.

común<sup>(15)</sup>. Por otra parte, el establecimiento de un arancel externo común ya había sido contemplado en el Acuerdo de Cartagena –que había fijado el 31 de diciembre de 1970 para su realización–, aunque el plazo no fue cumplido y sus negociaciones al respecto se paralizaron y se reanudaron veinte años después. El actual arancel externo común fue adoptado en 1995 por Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela (Perú no participó y recién se sumó en 2006), posee cuatro niveles arancelarios del 5 % al 20 % y contempla reglas especiales aplicables a Bolivia y Ecuador<sup>(16)</sup>. Se ha afirmado, con razón, que a partir de 1995 comenzó la *Belle Époque* de este proceso integracionista, toda vez que “asentadas las estructuras democráticas, la economía se tornó prioritaria. La apertura financiera y comercial, la privatización, la captación de inversión extranjera, la descentralización, se convirtieron en el eje de las políticas que después se conocerían como neoliberales. Perú estuvo a punto de retirarse del Grupo, porque entendía que los compromisos subregionales retrasaban su ritmo de modernización y apertura (...) Es la década estrella del proceso. Por dos razones principales: la expansión del comercio recíproco (...) [y] la expansión de las operaciones de la Corporación Andina de Fomento”<sup>(17)</sup>.

Al poco tiempo, los Estados miembros suscribieron el Protocolo de Trujillo (1996), que modificó sustancialmente el Acuerdo de Cartagena y entró en vigor el 3 de junio de 1997. Sus principales adiciones consistieron, además de la denominación “Comunidad Andina”, en la creación del Sistema Andino de Integración y la incorporación, como órganos de ese sistema, del Consejo Presidencial Andino y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. También transformó la Junta en la Secretaría General y dotó a la CAN de personalidad jurídica internacional<sup>(18)</sup>. De este modo, el Protocolo de Trujillo logró su objetivo de actualizar el Acuerdo de Cartagena a los desafíos del escenario internacional, estableciendo formalmente a la CAN como una zona de libre comercio, al tiempo que dinamizó el comercio intracomunitario<sup>(19)</sup>.

Dos años más tarde, el 25 de agosto de 1999, entró en vigor el Protocolo de Cochabamba (1996), que implementó cambios en el Tribunal de Justicia a fin de reforzar sus competencias y asignarle algunas nuevas en materia laboral, arbitral y recursiva por omisión, que analizaremos más adelante.

Por otra parte, el Protocolo de Sucre (1997, en vigor desde el 14 de abril de 2003) alteró el Acuerdo de Cartagena en el campo de las relaciones exteriores, comercio intrarregional de servicios y miembros asociados, incluyendo las condiciones transitorias para la incorporación de Perú a la zona andina de libre comercio iniciada en 1997 y que se completó recién en el año 2006<sup>(20)</sup>.

Con posterioridad, la integración andina priorizó los problemas de índole social que habían sido postergados, como la pobreza, la exclusión y la desigualdad, aplicando desde 2003 un Plan Integrado de Desarrollo Social. Ese mismo año se aprobó el Instrumento Andino de Migración Laboral destinado a establecer, de modo gradual y progresivo, la libre circulación y permanencia de sus nacionales con fines laborales en relación de dependencia. Actualmente, el proceso de la CAN desarrolla una Agenda Social<sup>(21)</sup>.

Actualmente, los Estados miembros de la CAN cuentan con una estructura que refleja las distintas fases de sus políticas arancelarias, caracterizada por una protección de sectores sensibles y una liberalización de materia prima,

(15) Además de establecer la incorporación del Parlamento Andino y del Tribunal de Justicia Andino como órganos. Cfr. MOLLARD, MARTÍN, *supra* nota 1, pág. 146.

(16) Al respecto, la CAN prevé una regulación que interviene en las economías nacionales de modo que propicie una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración y reconociendo la existencia de “distintas velocidades” en la aplicación de los mecanismos económico-arancelarios que propone el Acuerdo de Cartagena para sus miembros, otorgando por esta razón tratamiento especial y diferenciado para Bolivia y Ecuador. Cfr. AGUIRRE OCHOA, JEANINE - PEÑA MORALES, MARCO AURELIO, *supra* nota 9, pág. 4.

Por otra parte, desde que Venezuela abandonó la CAN, su estatus en el AEC 1995 permaneció en vigor hasta 2011, pero su situación futura a partir de entonces no es clara. Cfr. PORRATA-DORIA JR., RAFAEL A., *supra* nota 11, parágs. 12/13.

(17) Cfr. FERNÁNDEZ SAAVEDRA, GUSTAVO, *supra* nota 2, pág. 315.

(18) Cfr. MOLLARD, MARTÍN, *supra* nota 1, pág. 147.

(19) Cfr. AGUIRRE OCHOA, JEANINE - PEÑA MORALES, MARCO AURELIO, *supra* nota 9, pág. 1.

(20) Cfr. MOLLARD, MARTÍN, *supra* nota 1, págs. 147/148.

(21) Cfr. SOTO, ALFREDO M. - GONZÁLEZ, FLAVIO F., *supra* nota 4, pág. 204.

insumos y maquinaria. El esquema autoriza a los Estados miembros a negociar directa y unilateralmente con terceros, incluyendo la capacidad de dirigir sus políticas tarifarias hacia sus propias necesidades de importación<sup>(22)</sup>.

Sin embargo, es necesario señalar que la definición de las políticas públicas del sistema es aún adoptada de forma intergubernamental, según AGUIRRE OCHOA y PEÑA MORALES, ya que son los gobiernos en cabeza de sus Jefes de Estado quienes orientan su accionar en la forma instrumentada en el Acuerdo. Asimismo, se reconoce la influencia determinante del sector privado y la sociedad civil como un aliado sustancial de consulta y asesoría<sup>(23)</sup>.

Por último, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú son los únicos miembros actuales, ya que Chile se retiró del proceso en 1976 (aunque posee desde 2006 la condición de Miembro Asociado<sup>(24)</sup>, mediante decisión 645 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión) y Venezuela en 2006<sup>(25)</sup>.

#### II.b) Las fuentes del ordenamiento de la CAN

Además del Acuerdo de Cartagena, el ordenamiento jurídico de la CAN comprende como *fuentes primarias* sus protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y el Tratado de creación del Tribunal de Justicia, junto a sus protocolos modificatorios. Por otra parte, constituyen *fuentes derivadas* las normas dictadas por los órganos supranacionales del Sistema Andino de Integración en ejercicio de las competencias asignadas por los tratados constitutivos: decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y resoluciones de la Secretaría General, así como los convenios de complementación industrial y aquellos que se adopten entre los Estados miembros entre sí o en ocasión del proceso de integración subregional andina<sup>(26)</sup>. Al respecto, SOTO y GONZÁLEZ afirman que no existe norma expresa que establezca una jerarquía de fuentes entre ellas, aunque infieren que es posible establecer esta al distinguir el derecho originario como prevalencia del derivado<sup>(27)</sup>.

### III Instituciones y órganos

Según MOLLARD, la mayoría de los órganos e instituciones de la CAN fueron establecidos en los primeros diez años del proceso y su conjunto compone el actual Sistema Andino de Integración, cuyo fin es permitir una coordinación efectiva de los órganos e instituciones que lo conforman con el objeto de profundizar la integración subregio-

(22) Cfr. PORRATA-DORIA JR., RAFAEL A., *supra* nota 11, parágs. 14/15.

(23) Cfr. AGUIRRE OCHOA, JEANINE - PEÑA MORALES, MARCO A., *supra* nota 9, pág. 4.

(24) Sobre su regreso, se ha sostenido que Chile evalúa su reincorporación como Estado miembro. Cfr. BELTRÁN MORA, LUIS N., *Comunidad Andina y negocios internacionales: una visión desde su institucionalidad y supranacionalidad*, Escuela de Administración de Negocios EAN N° 75, julio-diciembre, 2003, pág. 72.

(25) El motivo de su decisión se debió a desavenencias con Perú y Colombia, en razón de la celebración de tratados de libre comercio con Estados Unidos. Posteriormente, Venezuela formalizó la denuncia al Acuerdo de Cartagena el 22 de abril de 2006 y el 9 de agosto suscribió con los miembros restantes un memorando de entendimiento en el que se acordó mantener la vigencia de las ventajas comerciales recibidas y otorgadas de conformidad con el programa de liberalización de la región. Cfr. AGUIRRE OCHOA, JEANINE - PEÑA MORALES, MARCO A., *supra* nota 9, pág. 7. Por su parte, BUSTAMANTE y SÁNCHEZ CHACÓN afirman: “El respeto de la normativa comunitaria se evidenció muy claramente en el momento del retiro de Venezuela del Acuerdo en el 2006, cuando las autoridades nacionales aduaneras no contaban con instrumentos alternativos nacionales para manejar los flujos de comercio con sus exsocios y en consecuencia, Venezuela siguió y sigue utilizando la Nomenclatura Arancelaria Común para los Países Andinos (NANDINA) y el arancel utilizado sigue siendo el andino”. Cfr. BUSTAMANTE, ANA M. - SÁNCHEZ CHACÓN, FRANCISCO, *Gobernabilidad de las instituciones de la Comunidad Andina. El papel del Tribunal de Justicia, en Gobernabilidad e instituciones en la integración regional*, Noemí B. Mellado (ed.), Córdoba, Lerner, 2010, pág. 118. Respecto de la salida de Venezuela, se ha considerado que este Estado “jugó a todo o nada”, apostando a cambiar la dirección y filosofía de la CAN, para establecer otra proyección política que, probablemente, podría haber resultado exitosa si Humala ganaba las elecciones en Perú y provocaba el aislamiento político de Colombia. Por otra parte, Bolivia permaneció en la CAN contra todas las expectativas políticas, ya que el mercado andino es un componente sustantivo de su desarrollo y Evo Morales, sin saberlo, evitó la crisis para terminar el proceso comunitario andino y ganar tiempo para su reconstrucción. Cfr. FERNÁNDEZ SAAVEDRA, GUSTAVO, *supra* nota 2, págs. 320/321.

(26) Cfr. KAUNE ARTEAGA, WALTER, *supra* nota 4, pág. 353.

(27) Cfr. SOTO, ALFREDO M. - GONZÁLEZ, FLAVIO F., *supra* nota 4, pág. 211.

nal andina, promover su proyección externa y consolidar las acciones relacionadas con el proceso<sup>(28)</sup>. Aun cuando no hay una clara distinción entre instituciones principales y auxiliares, BUSTAMANTE y SÁNCHEZ CHACÓN afirman que la relación y el trabajo de los órganos de integración andina y los Estados miembros “está determinada por las distintas funciones que cumplen”<sup>(29)</sup>.

El Acuerdo de Cartagena originó distintos órganos e instituciones; se destaca de entre ellos su órgano máximo: el Consejo Presidencial Andino. Asimismo, presenta órganos con funciones de la dirección y decisión, como el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión; un órgano ejecutivo y de apoyo técnico, rol que cumple la Secretaría General; un órgano deliberante desarrollado por el Parlamento Andino; y un órgano jurisdiccional: el Tribunal de Justicia de la CAN.

Por otra parte, el sistema prevé instituciones de naturaleza financiera, la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas; organismos especializados con fines sociales representados por el Organismo Andino de Salud y el Convenio Simón Rodríguez; instituciones consultivas, que ejercen el Consejo Consultivo Empresarial Andino y el Consejo Consultivo Laboral Andino; y una institución educativa: la Universidad Andina Simón Bolívar.

Finalmente, existen otros órganos menores, como el Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas, el Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales y la Mesa Andina para la Defensa de los Derechos del Consumidor que, por razones de extensión y la función secundaria que realizan, no serán abordados en detalle.

### III.a) El Consejo Presidencial Andino

Creado en 1990, constituye el órgano máximo del Sistema Andino de Integración. Está compuesto por los jefes de Estados parte y posee la función de conducir y evaluar la política de integración subregional y su proceso. Se manifiesta a través de directrices que son ejecutadas por otros órganos e instituciones de la CAN. Se reúne anualmente en el Estado sede de la presidencia del cuerpo –que es ejercida anual y rotativamente, en orden alfabético– y admite la convocatoria de reuniones extraordinarias. Al respecto, MOLLARD afirma que la figura del presidente de este órgano reviste particular importancia institucional, ya que ostenta la máxima representación política del esquema, al tiempo que convoca y preside las reuniones que en su ámbito se celebren<sup>(30)</sup>.

El art. 12 del Protocolo de Trujillo enumera sus atribuciones: 1) definir la política de integración del bloque; 2) orientar y fomentar acciones de interés; 3) coordinar los órganos e instituciones del sistema; 4) evaluar el desarrollo y resultado del proceso; 5) considerar y expedirse sobre los informes, iniciativas y recomendaciones presentados por los órganos e instituciones, y 6) examinar todas las cuestiones y asuntos referidos al desarrollo del proceso de la CAN y su proyección externa<sup>(31)</sup>.

### III.b) El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

Se encuentra integrado por los ministros de Relaciones Exteriores y, al igual que el Consejo Presidencial Andino, es una institución con funciones de índole política. La principal responsabilidad es la formulación de la política exterior de los Estados miembros respecto de los temas de interés subregional, la evaluación general de la política de integración subregional andina y la implementación de las directrices emitidas por el Consejo Presidencial. Este Consejo de expresa mediante declaraciones –que no poseen carácter vinculante– y decisiones, las que se adoptan por consenso y son vinculantes en forma directa desde su aprobación por el Consejo, a menos que la decisión disponga otra cosa.

El art. 16 del Protocolo de Trujillo formula sus atribuciones al disponer para este cuerpo: 1) la orientación y coordinación de la política exterior de los miembros en asuntos de interés subregional, incluyendo a los órganos e instituciones del sistema; 2) formular, ejecutar y evaluar, en coordinación con la Comisión, la política general de la

CAN; 3) cumplir con las directrices emanadas del Consejo Presidencial Andino y velar por el cumplimiento de aquellas dirigidas a otros órganos e instituciones del sistema; 4) suscribir convenios o acuerdos internacionales en materia de política exterior y cooperación; 5) coordinar la posición conjunta de los Estados miembros en foros y negociaciones internacionales, asumiendo, de ser necesaria, su representación en asuntos y actos de interés común en los ámbitos de su competencia; 6) recomendar o adoptar medidas que aseguren la consecución de los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Montevideo de 1980 y el Protocolo de Trujillo; 7) aprobar y modificar su propio reglamento, y 8) conocer y resolver todos lo demás asuntos de interés común<sup>(32)</sup>.

### III.c) La Comisión

Se trata del principal organismo normativo y operativo de la CAN. Está compuesta por un miembro titular y un suplente de cada Estado miembro. Su función es evaluar y concretar la política de integración subregional andina, adoptando todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los objetivos dispuestos en el Acuerdo de Cartagena, incluyendo la aprobación del presupuesto y el acatamiento de las directrices del Consejo Presidencial Andino. Expresa su voluntad mediante decisiones que, con contadas excepciones, deben ser aprobadas por mayoría agravada de los Estados miembros, poseen carácter vinculante y directamente aplicable desde su aprobación, a menos que disponga una fecha posterior.

El art. 22 del Protocolo de Trujillo señala, además, en sus atribuciones: 1) formular, ejecutar y evaluar la política de la CAN en material de comercio e inversiones y, cuando corresponda, en coordinación con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; 2) coordinar la posición de los miembros en foros y negociaciones internacionales, en el ámbito de su competencia; 3) velar por el cumplimiento armónico de la normativa comunitaria; 4) aprobar y modificar su propio reglamento; 5) resolver las propuestas enviadas por la Secretaría General y los miembros, individual o colectivamente; 6) propiciar la coordinación de programas y acciones comunes con otros órganos e instituciones de la CAN; 7) representar a la Comunidad en los asuntos y actos de su competencia; 8) aprobar los presupuestos y evaluar la ejecución presupuestaria de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia, así como fijar la contribución de cada Estado miembro, y 9) someter a consideración del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la propuesta de Reglamento de la Secretaría General.

### III.d) La Secretaría General

Es el órgano ejecutivo-administrativo que continuó la labor de la Junta y constituye, según BUSTAMANTE y SÁNCHEZ CHACÓN, el órgano técnico por excelencia a los intereses de la CAN<sup>(33)</sup>. Su función es desempeñada por un Secretario General, elegido conjuntamente mediante consenso por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión, quien se encarga de las tareas encomendadas por los órganos de la CAN. Su sede permanente se sitúa en Lima. La Secretaría posee capacidad de iniciativa, ya que puede formular propuestas al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión, asemejándose en este sentido, a la Comisión de la UE<sup>(34)</sup>.

Además de lo señalado, sus funciones están enumeradas en el Acuerdo de Cartagena y, puntualmente, en el art. 30 del Protocolo de Trujillo; se agregan: 1) velar por la aplicación y el cumplimiento del ordenamiento comunitario; 2) formular al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión las propuestas de decisión en asuntos de su competencias, así como proponer sugerencias al primero, destinadas a facilitar o acelerar el cumplimiento de sus objetivos; 3) realizar estudios y proponer las medidas necesarias para aplicar un efectivo trato especial a favor de Bolivia y Ecuador; 4) evaluar e informar, anualmente, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión, el logro de sus objetivos y proponer las medidas de corrección necesarias; 5) realizar estudios técnicos que le recomienden los órganos del sistema; 6)

(28) Cfr. MOLLARD, MARTÍN, *supra* nota 1, pág. 149.

(29) Cfr. BUSTAMANTE, ANA M. - SÁNCHEZ CHACÓN, FRANCISCO, *supra* nota 25, pág. 119.

(30) Cfr. MOLLARD, MARTÍN, *supra* nota 1, pág. 150.

(31) Cfr. SOTO, ALFREDO M. - GONZÁLEZ, FLAVIO F., *supra* nota 4, pág. 205.

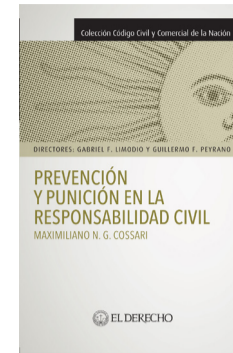
(32) *Ibidem*, págs. 205/207.

(33) Cfr. BUSTAMANTE, ANA M. - SÁNCHEZ CHACÓN, FRANCISCO, *supra* nota 25, pág. 119.

(34) Cfr. SOTO, ALFREDO M. - GONZÁLEZ, FLAVIO F., *supra* nota 4, pág. 208.

## FONDO EDITORIAL

### Novedades 2017



MAXIMILIANO N. G. COSSARI

COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL  
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Prevención y punición  
en la responsabilidad civil**

ISBN 978-987-3790-45-4  
241 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

mantener vínculos con los organismos naciones de integración; 7) elaborar su programa anual de labores; 8) promover reuniones periódicas con los organismos nacionales y regionales encargados de la planificación, formulación y ejecución de políticas económicas; 9) llevar la agenda de reuniones y las actas de las reuniones ampliadas del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión; 10) oficiar de depositario de actas y documentos de los órganos del sistema; 11) editar la Gaceta Oficial del sistema, y 12) ejercer la Secretaría de la Reunión de Representantes de las instituciones del sistema<sup>(35)</sup>.

### III.e) El Parlamento Andino

Fue creado en 1979, constituye el órgano deliberativo de la CAN y está compuesto por representantes elegidos en forma universal y directa por los ciudadanos. Su principal función, de carácter permanente en su sede de Bogotá, es la coordinación de las relaciones entre los parlamentos locales y la armonización de sus legislaciones internas, razón por la cual no se distingue al respecto de otros modelos de integración como el Mercosur, que “configura una institucionalidad parlamentaria formal con la intención de impulsar la integración y promover armonización normativa entre sus miembros”<sup>(36)</sup>.

El Parlamento aparece con funciones de recomendación, consejo y proposición a los demás órganos de la CAN, razón por la cual no posee carácter vinculante. Sin embargo, al igual que los Consejos Consultivos, posee la facultad de emitir opiniones por iniciativa propia o a solicitud de órganos con competencia para ello<sup>(37)</sup>. En 2014 Colombia propuso su eliminación por considerarlo inoperante e ineficaz, aunque su iniciativa no tuvo éxito.

### III.f) El Tribunal de Justicia Andino

Es el órgano jurisdiccional permanente de la CAN, con sede en Quito, y cumple la función de interpretar tanto el derecho comunitario originario como el derivado, así como de prestar jurisdicción obligatoria respecto de controversias entre los países miembros del sistema y todos aquellos legitimados en los procesos habilitados para conocimiento del Tribunal<sup>(38)</sup>. Está compuesto por un magistrado nacional de cada Estado miembro, quien actúa a título personal y exclusivo –es decir que no podrá desempeñar otra actividad profesional, excepto las de carácter docente–, y posee independencia en el ejercicio de sus funciones<sup>(39)</sup>.

(35) *Ibidem*, págs. 208/210.

(36) Cfr. ARTIEDA LÓPEZ, ANA M., *Parlamentos y regionalismo: revisión de la participación de los parlamentos en los procesos de regionalismo en América del Sur*, Estado & comunes, Revista de Políticas y Problemas Públicos, N° 4, enero 2017, pág. 172.

(37) Cfr. BUSTAMANTE, ANA M. - SÁNCHEZ CHACÓN, FRANCISCO, *supra* nota 25, pág. 120.

(38) KLEIN VIEIRA recuerda, con acierto, que el Acuerdo de Cartagena no contempló la creación de un tribunal comunitario y que su constitución obedeció a la evolución del proceso de integración y la manifestación de su necesidad. Cfr. KLEIN VIEIRA, LUCIANE, *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración. Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*, Buenos Aires, BdeF, 2011, pág. 51, nota 2.

(39) Para un estudio de su historia, evolución y reformas se sugiere ver NAVARRETE BARRERO, OLGA I., *Solución jurisdiccional de las controversias en la Comunidad Andina*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción, 2005, págs. 371/403.

A la fecha, el Tribunal ha conocido casi cuatro mil acciones de interpretaciones prejudiciales solicitadas por las autoridades administrativas y jurisdiccionales nacionales, más de un centenar de acciones de incumplimiento en contra de los países miembros, más de sesenta acciones de nulidad, casi dos docenas de procesos laborales y siete recursos por omisión o inactividad de los órganos comunitarios. Cuantitativamente, se trata del tercer tribunal internacional más activo del mundo, después de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>(40)</sup>.

La relación entre el Tribunal de Justicia de la CAN y los tribunales locales es de cooperación, no de jerarquía, aunque sus sentencias son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales y estos tienen la obligación de someter la consulta al Tribunal de Justicia –vía interpretación prejudicial–, cuando sus decisiones no sean susceptibles de recurso ulterior<sup>(41)</sup>. Por eso se ha afirmado con razón que su naturaleza y funcionamiento se han inspirado en la experiencia del proceso europeo por su efecto directo y su primacía frente a las legislaciones nacionales<sup>(42)</sup>, tal como se observa en sus competencias, enumeradas a continuación:

1) Acción de nulidad: prevista para controlar la legalidad de los actos emanados de los órganos de la Comunidad, incluyendo los supuestos de desviación de poder<sup>(43)</sup>. La legitimación activa para iniciar esta acción la poseen los Estados miembros, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General y las personas físicas o jurídicas en las condiciones que prevé el Tratado de creación del Tribunal. La acción prescribe a los dos años aunque, vencido el plazo, es posible cuestionar la norma mediante una excepción de inaplicabilidad<sup>(44)</sup>.

Respecto de la acción de nulidad, NAVARRETE BARRERO afirma que los motivos de nulidad cubren todos los supuestos de ilegalidad, exigiendo para su procedencia que el acto recurrible revista carácter obligatorio para el afectado y que sea, en principio, “definitivo y no preparatorio”, es decir, que exteriorice la voluntad definitiva del órgano que la emite<sup>(45)</sup>. En este procedimiento, la legitimación para su acceso es más amplio que en la versión europea, en la que el acceso de los justiciables particulares es sumamente restringido<sup>(46)</sup>, ya que la CAN autoriza su ejercicio siempre que el acto afecte sus intereses legítimos o sus derechos subjetivos<sup>(47)</sup>.

El Tribunal podrá declarar la nulidad total o parcial del acto en cuestión, fijando los criterios y plazos para que el órgano emisor adopte las disposiciones de la sentencia

(40) Fuente: <http://www.tribunalandino.org.ec> (consulta el 2-4-17).

(41) Cfr. VIGIL TOLEDO, RICARDO, *La cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la consulta prejudicial*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción, 2005, pág. 338.

(42) Este criterio ha sido asentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el célebre caso “Van Gend & Loos” del 5-2-63, al afirmarse que las disposiciones comunitarias imponen a los Estados miembros una obligación precisa que no requiere la adopción de ninguna otra medida por parte de las instituciones de la comunidad o de los Estados miembros y que no deja a estos ninguna facultad de apreciación en relación con su ejecución. La construcción jurisprudencial que definió la naturaleza jurídica de las normas comunitarias se completa con el asunto que involucró a la Administración Tributaria neerlandesa en el caso de Flaminio Costa por el *Judice Conciliatore* de Milán y el de Fancovich, por la Pretura de Vicenza. El caso “Van Gend & Loos” y sus efectos son analizados en NEGRO, SANDRA C., *La integración regional 50 años después de la sentencia Van Gend & Loos. Reflexiones desde el Mercosur*, en CEDEP, *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2013, págs. 735/746. Para un análisis la influencia del TJCE en el TJCA y la posibilidad de una inspiración inversa, ver ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, Córdoba, Advocatus, 2008, págs. 70/93. El autor señala que el ordenamiento jurídico aplicable para la CAN está compuesto por las normas comunes en las legislaciones nacionales de los Estados miembros, que no son otros que la correcta aplicación de los principios fundamentales del derecho comunitario construido, por los jueces, con las sentencias expedidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Ibidem*, pág. 70.

(43) Cfr. art. 17 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

(44) Cfr. SOTO, ALFREDO M. - GONZÁLEZ, FLAVIO F., *supra* nota 4, pág. 213.

(45) Cfr. NAVARRETE BARRERO, OLGA I., *supra* nota 39, pág. 399.

(46) Cfr. VIGIL TOLEDO, RICARDO, *supra* nota 41, pág. 334.

(47) Su explicación se encuentra en las reformas que presentó el Protocolo de Cochabamba y que dotó al Tribunal de Justicia de nuevas funciones, introduciendo entre ellas las acciones directas por los particulares. Para un estudio detallado, ver CHAHÍN LIZCANO, GUILLERMO, *Acceso directo de los particulares al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones*, Themis, N° 42, 2001, págs. 145/153.

que se fijen como necesarias. El acto anulado no podrá ser reiterado posteriormente por quien lo dictó, excepto que luego de la sentencia hayan desaparecido las causales de la nulidad.

2) Recurso por omisión o inactividad: constituye un supuesto al revés que el anterior, ya que no denuncia la ilegalidad del acto del órgano comunitario, sino su inacción o incumplimiento con la intención de obligar al órgano responsable a adoptar las medidas necesarias para obtener el dictado del acto faltante. Poseen legitimación los mismos autorizados para la acción de nulidad<sup>(48)</sup>.

Se ha sostenido que el control jurisdiccional de la legalidad de los órganos del sistema comunitario andino sería incompleto si no existiese un control de la legalidad de las omisiones expresamente contrarias a su ordenamiento jurídico<sup>(49)</sup>. No obstante, NAVARRETE BARRERO señala con acierto que “el ejercicio del recurso está supeditado al cumplimiento de un requisito de admisibilidad: que primero se requiera del órgano, por escrito, el cumplimiento de la 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 (...) Dentro de los treinta días siguientes a la admisión del recurso, el Tribunal, sobre la base de los antecedentes del caso, de la documentación técnica existente y de las explicaciones del órgano imputado, dictará la providencia correspondiente. Si en ella declara la omisión o la inactividad, el Tribunal deberá precisar la forma, modalidad y plazo del cumplimiento de la obligación...”<sup>(50)</sup>.

3) Acción de incumplimiento: está dirigida al cumplimiento de obligaciones emanadas de normas o convenios comunitarios en cabeza de los Estados miembros. Se inicia ante una observación de la Secretaría General que, de no mediar una respuesta satisfactoria o vencido el plazo para esta, continúa con un dictamen motivado del caso que solicite al Tribunal su pronunciamiento. Los Estados y particulares afectados por el incumplimiento solo pueden accionar ante el Tribunal una vez agotada la instancia ante la Secretaría General<sup>(51)</sup>.

Se trata de una especial herramienta para los particulares en el ejercicio de sus derechos, incluso ante tribunal comunitario y ante sus jueces nacionales, invocando el trámite administrativo ante la Secretaría General de la Comunidad Andina. La jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia de la CAN advirtió: “Es uno de los mecanismos jurisdiccionales que posibilita el control del cumplimiento por parte de los países miembros de las obligaciones y compromisos que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (...) a través de ella se persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los países miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena...”<sup>(52)</sup>.

4) Interpretación prejudicial: destinada a obtener del Tribunal la interpretación o determinación de validez de una norma o un acto comunitario. La solicitud es efectuada directamente por jueces locales que entiendan en una controversia que cuestione el ordenamiento jurídico de la CAN. La interpretación del Tribunal debe limitarse a precisar el contenido y alcance de la norma comunitaria para el caso concreto, sin considerar los hechos de la causa a menos que sea indispensable respecto de la interpretación solicitada. El juez local que solicite la interpretación deberá adoptarla al sentenciar la causa<sup>(53)</sup>.

En efecto, se ha afirmado que este proceso constituye la pieza “clave” del sistema jurisdiccional de la CAN por

(48) Cfr. arts. 37 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 129 a 131 del Estatuto.

(49) Cfr. NAVARRETE BARRERO, OLGA I., *supra* nota 39, págs. 401/402.

(50) *Ibidem*.

(51) Cfr. arts. 23 a 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y arts. 107 a 120 de su Estatuto. Para un análisis detallado de este procedimiento, ver KAUNE ARTEAGA, WALTER, *supra* nota 4, págs. 343/370.

(52) Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del 31-3-04. Caso “Arancel Externo Común, Secretaría General c. República Bolivariana de Venezuela s/incumplimiento de sentencia (Proceso 49-AI-2002)”, disponible en <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1392.pdf> (consulta el 1-4-17).

(53) Cfr. arts. 33 y 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

cuanto asegura la aplicación e interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino<sup>(54)</sup> y convierte automáticamente a los jueces locales en comunitarios, lo que se traduce en una cooperación horizontal con los órganos jurisdiccionales nacionales en los que ambos ordenamientos –nacional y comunitario– no se pueden distinguir. Sin embargo, VIGIL Toledo afirma que el juez nacional no puede realizar la interpretación prejudicial, aun cuando la norma de derecho interno sea comunitaria, ya que esta función le corresponde al Tribunal de Justicia de la CAN<sup>(55)</sup>. En palabras del propio Tribunal de Justicia: “La función del tribunal comunitario en estos casos, es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia. No obstante, el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos, cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada”<sup>(56)</sup>.

Al respecto, KLEIN VIEIRA señala que el fin del mecanismo es asegurar la aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del derecho comunitario por los jueces nacionales, aunque aclara que no se trata de “unificar las legislaciones internas de los países miembros”, sino su interpretación y percepción respecto de la intención del legislador andino<sup>(57)</sup>.

Por último, el Tratado de Creación del Tribunal en su art. 33 contempla dos casos de interpretación prejudicial: la consulta facultativa y la consulta obligatoria, en los arts. 121 y 122 del Estatuto, respectivamente. El primero de ellos dispone que los jueces nacionales “podrán” solicitar directamente, mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en el derecho interno, mientras que la obligatoria corresponde, de oficio o a petición de parte, en los procesos de única o última instancia, que no sean susceptibles de recurso y que controviertan normas comunitarias al obligar al juez a ordenar la suspensión del proceso y solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia<sup>(58)</sup>.

5) Competencia laboral: resuelve litigios laborales del personal que se desempeña en los órganos del sistema respecto de diferendos originados en relación de trabajo, de conformidad con el convenio de sede aplicable al órgano o institución a la que pertenezca –o haya tenido relación laboral– el funcionario o empleado<sup>(59)</sup>.

No obstante, la legitimación requiere el cumplimiento de una petición directa previa a su empleador respecto del reclamo y no haber obtenido respuesta totalmente afirmativa a su pedido o haber transcurrido treinta días sin resolución alguna. La acción prescribe a los tres años del hecho<sup>(60)</sup>. En su decisión, el Tribunal deberá aplicar los principios generales del derecho laboral reconocidos por la OIT y los principios del trabajo comunes a los Estados miembros.

6) Competencia arbitral: permite al Tribunal resolver controversias acordadas para someter a su conocimiento y que se originen en la interpretación o aplicación de contratos de carácter privado regidos por el ordenamiento de la CAN. Asimismo, posee competencia en diferendos suscitados entre los órganos e instituciones del sistema o entre estos y terceros cuando así lo acuerden. El laudo podrá fundarse en derecho o equidad, a solicitud y en acuerdo de las partes, y tendrá carácter obligatorio e inapelable<sup>(61)</sup>.

### III.g) Otros órganos e instancias de participación

La CAN también ha creado, a lo largo de su existencia, una serie de órganos especializados entre los que se

(54) Al respecto, KLEIN VIEIRA afirma: “El control judicial de la aplicación del Derecho Comunitario es la misión que reviste mayor importancia en el escenario integracionista, pues, a partir de él, es posible velar por la intangibilidad del ordenamiento jurídico andino, asegurar su cumplimiento y aplicación uniforme”. Cfr. KLEIN VIEIRA, LUCIANE, *supra* nota 38, pág. 53.

(55) Cfr. VIGIL TOLEDO, RICARDO, *supra* nota 41, pág. 332.

(56) Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 3-9-99. Caso “DENIM (Proceso 30-IP-99)”. Fuente: SECRETARÍA DEL MERCOSUR - FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, *Tercer informe sobre la aplicación del Derecho del Mercosur por los tribunales nacionales (2005)*, Montevideo, Secretaría del Mercosur, 2007, pág. 99.

(57) Cfr. KLEIN VIEIRA, LUCIANE, *supra* nota 38, pág. 54.

(58) Cfr. VIGIL TOLEDO, RICARDO, *supra* nota 41, págs. 339/342.

(59) Cfr. art. 140 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y art. 136 de su Estatuto.

(60) Cfr. art. 139 del Estatuto.

(61) Cfr. art. 38 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

incluyen la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas, la Universidad Andina Simón Bolívar, el Cuerpo Andino de Salud-Convención Hipólito Unanue y la Convención Simón Rodríguez.

1) La Corporación Andina de Fomento es una institución financiera multilateral cuyos accionistas son los Estados miembros y bancos privados regionales. Su función es suministrar productos y servicios a sus clientes, entre quienes se encuentran los gobiernos de los países accionistas, instituciones financieras y empresas privadas radicadas en los Estados miembros. Ha contribuido sustancialmente al financiamiento de la región mediante recursos no reembolsables y apoyo en la estructuración técnica y financiera de proyectos de los sectores públicos y privados.

2) El Fondo Latinoamericano de Reservas es una institución financiera creada en 1970 y con sede en Bogotá, destinado a otorgar estabilidad en la posición externa de los miembros y fortalecer la solidaridad regional, dedicado a impulsar el desarrollo sostenible y la integración subregional mediante auxilios a la balanza de pagos a los Estados miembros de la CAN a través de créditos o garantizando préstamos a terceros. Asimismo, colabora en las tareas de armonización de políticas cambiaria, monetaria y financiera al tiempo que promueve políticas y mejoras de las condiciones para las inversiones extranjeras.

3) La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica establecida en 1985, dedicada a la investigación, enseñanza y promoción de la cooperación regional. Posee una función de coordinación entre las universidades de la subregión.

4) El Organismo Andino de Salud se incorpora a la CAN en 1998 y establece su sede en Lima mediante el Convenio Hipólito Unanue, con el objeto de coordinar y apoyar acciones dirigidas a mejorar los niveles de salud en los Estados miembros, priorizando los mecanismos que desarrollen la salud pública regional.

5) El Convenio Simón Rodríguez pretende ser un foro en la CAN para el debate, la participación y coordinación de cuestiones sociales y laborales. Esta convención, modificada en 2001, se encuentra a la espera de su vigor.

Por otra parte, la CAN comprende en su sistema instancias de participación de la sociedad civil a través del Consejo Consultivo Empresarial (que busca promover una mayor participación empresarial en el proceso subregional), el Consejo Consultivo Laboral (cuya función es emitir opiniones ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General), el Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas (dedicado a la promoción de la participación de estos pueblos en el proceso andino de integración), el Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales (orientado a impulsar a las ciudades y gobiernos locales como actores de la integración regional), la Mesa Andina para la Defensa de los Derechos del Consumidor (como instancia dedicada a la defensa de los derechos del consumidor en los Estados miembros y promover la participación de las instituciones vinculadas a esta) y la Mesa del Pueblo Afrodescendiente de la Comunidad Andina (dedicada a la participación de las organizaciones representativas de los pueblos afrodescendientes).

#### IV Actualidad y desafíos (a modo de conclusión)

Sin dudas, desde su establecimiento en 1969, la CAN ha cumplido en términos generales con sus objetivos y propósitos de constituirse como motor del desarrollo industrial y económico, incrementando las exportaciones de la región, así como del comercio intrarregional a través de un programa de liberalización comercial. En ese sentido, parece razonable destacar que la CAN logró fomentar y regular, mediante una evolución perfeccionista orientada a la eficiencia económica, el desarrollo del comercio entre Estados que poseían limitadas relaciones comerciales y grandes disparidades de desarrollo, riqueza y población. Sin embargo, también se ha apreciado que el Acuerdo de Cartagena no tuvo verdaderamente éxito, ya que el aumento del comercio no fue acompañado de un genuino desarrollo político, económico y social que ameritó varias de sus reformas para, según FERNÁNDEZ SAAVEDRA, adaptarse a la coyuntura política y económica regional<sup>(62)</sup>.

(62) Cfr. FERNÁNDEZ SAAVEDRA, GUSTAVO, *supra* nota 2, pág. 307. Otras evaluaciones crítico-analíticas consideran al proceso como inviable, debido al comportamiento de sus miembros y las recurrentes

Respecto de su relacionamiento externo, cuyas ambiciones datan desde 1998, no ha logrado resultados concretos hasta el momento<sup>(63)</sup>, aunque lo más destacable de la CAN fue la realización de un acuerdo de libre comercio con el Mercosur que se materializó en el ACE 59 y permitió a los Estados fundadores de este último bloque obtener el estatus de Miembros Asociados a la CAN<sup>(64)</sup> y, a su vez, los miembros de la CAN son miembros asociados del Mercosur. Su complementación total es aún un desafío que parece lejano de concretarse<sup>(65)</sup>. Asimismo, posee dos países observadores: México y Panamá.

Por otra parte, las negociaciones en la CAN como bloque y la UE, iniciadas mediante un acuerdo firmado el 15 de diciembre de 2003, no han alcanzado un acuerdo de libre comercio, al punto que Colombia y Perú han negociado de manera independiente (firmas en 2012 y vigor en 2013), y luego se sumó Ecuador<sup>(66)</sup>, mientras que Bolivia mantuvo su desacuerdo ante sus socios andinos y la propia UE. El intercambio comercial de la CAN con la UE asciende el 13 % del total (con un saldo favorable al primero, aunque consiste principalmente en materias primas o productos de baja elaboración), mientras que el comercio con los Estados Unidos representa un 30 %<sup>(67)</sup>.

Una posible explicación de esta actualidad de la CAN se encuentra en la crisis económica posterior a la gran recesión mundial de 2008, que impactó en la caída de los volúmenes de exportación a los Estados Unidos y la UE, así como el acercamiento a acciones complementarias de fortalecimiento político a través de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). A pesar de no lograr los máximos resultados esperados, es necesario destacar que la CAN aún intenta consolidarse a futuro como un mercado común regional y puede enfrentar, con optimismo, los desafíos actuales.

Por otra parte, la CAN sobrevivió a la salida de Venezuela en 2006 y, como afirma FERNÁNDEZ SAAVEDRA, “ganó en profundidad lo que perdió en extensión”, al tiempo que acentuó su vocación económica y comercial abierta a todas las regiones, principalmente a Estados Unidos

crisis que transitan, llegando a afirmar que la CAN constituye un grupo subregional menor que se comporta como uno grande, además de considerar al sistema como “una estructura frágil en la medida en que las reglas y arreglos de elección colectiva se encuentran seriamente mermados porque tienen como común denominador la falta o la imposibilidad de llegar a materializar compromisos concretos, y esto obedece a (...) las consideraciones especiales de las cuales son objeto Ecuador y Bolivia...”. Cfr. CASAS CASAS, ANDRÉS - CORREA, MARÍA E., *¿Qué pasa con la Comunidad Andina de Naciones - CAN?*, Papel Político, vol. 12, N° 2, julio-diciembre 2007, pág. 629.

(63) Cfr. AGUIRRE OCHOA, JEANINE - PEÑA MORALES, MARCO AURELIO, *supra* nota 9, pág. 7.

(64) Firmado el 16-12-03. Cfr. decisión N° 613 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión. Las naciones del Mercosur ostentan calidad de Miembros Asociados desde el 7-7-05. Cabe señalar que el ACE 59 se encuentra actualmente paralizado en su funcionamiento y actualmente es objeto de negociación entre los Estados fundadores del Mercosur y Colombia, quienes mantienen interés en realizarle una modificación, de acuerdo a lo previsto en el art. 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

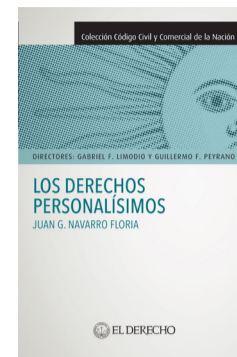
(65) Sin embargo, existen tesis que alientan a la obtención de un híbrido superador. Ver *Convergencia CAN-MERCOSUR: la hora de las definiciones*, Alberto Adrianzén M. (ed.), Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2014.

(66) El acuerdo, caracterizado por el diálogo político y la cooperación, previó la posibilidad de acuerdos bilaterales en ámbitos específicos de interés común. Desde 2007 se realizaron numerosas reuniones para la consecución de un tratado birregional en Tarija (2007), Bogotá (2007), Bruselas (2007) y Quito (2008). En mayo de 2008, durante la V Cumbre América Latina y Caribe-UE, la Comunidad Andina y la UE llegaron a un “acuerdo marco flexible” para la asociación de ambos bloques. El acuerdo consta de tres aspectos: comercial, político y de cooperación. En virtud de ello, cada uno de los países de la CAN podrán elegir si entran o no a cada uno de los aspectos del referido acuerdo según sus posibilidades, intensidades, plazos y velocidades. Por ello, Colombia, Ecuador y Perú se reunieron en Bruselas con la UE para avanzar en las negociaciones de un acuerdo comercial que, luego de sucesivas reuniones entre 2009 y 2010, determinó la conclusión de las negociaciones con un tratado entre Colombia y Perú con la UE, cuya suscripción se realizó en Bruselas, Bélgica, el 26-6-12. Al inicio del 2013 Ecuador decidió restablecer formalmente las negociaciones del acuerdo con la UE. El 17-7-14, luego de cuatro rondas de negociaciones, las partes concluyeron el tratado que permite a Ecuador unirse al Acuerdo Comercial Multipartes suscrito por Colombia y Perú con la UE. Ecuador se sumó al Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia y Perú el 11-11-16, entrando en vigor el 1° de enero de 2017. Fuente: <http://www.sice.oas.org/TPD/AND-EU.s.ASP> (consulta el 3-4-17). Para un análisis concreto, ver BROWN DEL RIVERO, ALFONSO - TORRES CASTILLO, PAMELA, *La relación comercial Comunidad Andina-Unión Europea y la postura de Ecuador*, Latinoamérica, N° 55, diciembre 2012, págs. 75/99.

(67) Cfr. AGUIRRE OCHOA, JEANINE - PEÑA MORALES, MARCO A., *supra* nota 9, págs. 21/22.

## FONDO EDITORIAL

### Novedades



JUAN G. NAVARRO FLORIA  
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL  
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Los derechos  
personalísimos**

ISBN 978-987-3790-44-7  
229 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

y al Pacífico<sup>(68)</sup>. En este punto, puede resultar de interés considerar como variable de relevancia la suscripción del *Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico*, el 6 de junio de 2012, por parte de dos miembros de la CAN (Colombia y Perú) junto a Chile y México, con el objeto de formar un “área de integración profunda” que asegure plena libertad para la circulación de personas, bienes, servicios y capitales que impulse, además, un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de sus economías para proyectarlas en el mundo y particularmente en Asia<sup>(69)</sup>.

Los futuros desarrollos pueden presentarse en distintos niveles y sectores, aunque en los últimos se ha analizado la estrategia de una descentralización<sup>(70)</sup> como respuesta a las crecientes demandas de la sociedad civil local y regional que exigen, incluso, la participación ciudadana directa. La implementación de estas estrategias en sistemas como la CAN depende no solo de los gobiernos en el ámbito externo, sino de su capacidad de concertación y posterior adecuación normativa interna que puede exigir, llegado el caso, reformas constitucionales, tal como lo ha implementado la República Argentina en relación con las facultades de sus provincias para la celebración de convenios internacionales, previstos en el art. 124 de su CN<sup>(71)</sup>. Sin dudas, este tipo de herramientas contribuye al fortalecimiento de los procesos de integración a través de la autonomía ensamblada en los países de la región andina, permitiendo el fenómeno de la “paradiplomacia”<sup>(72)</sup>, aportando, además, valores y prácticas participativas de espíritu democrático.

En definitiva, ya sea que nos preocupemos por el desarrollo de la CAN y su consolidación, en cualquiera de sus aspectos, resulta indiscutible que sus progresos no solo pueden explicarse en su crecimiento comercial, su proximidad o su trato diferenciado para los “socios menores”, sino que el factor más determinante es la trascendencia y solidez de su crecimiento institucional, especialmente en el Tribunal de Justicia y, en menor medida, la Secretaría General, ya que aun un funcionamiento supranacional parcial en construcción constituye, sin dudas, una importante cuota de confianza de gobernabilidad.

#### Bibliografía

ADRIANZÉN M., ALBERTO (ed.), *Convergencia CAN-MERCOSUR: la hora de las definiciones*, Quito, Univer-

(68) Cfr. FERNÁNDEZ SAAVEDRA, GUSTAVO, *supra* nota 2, págs. 334/336.

(69) Jurídicamente, se trata de un mecanismo flexible, abierto y pragmático que va mucho más allá de un acuerdo comercial tradicional, ya que incluye temas de cooperación en innovación, emprendimiento, cultura, deporte e infraestructura, entre otros. Fuente: <https://alianzapacifico.net/> (consulta el 4-4-17).

(70) Para un detallado estudio de la descentralización institucional en la CAN y la descentralización local en sus Estados miembros, ver CARRIÓN MENA, FERNANDO, *Procesos de descentralización en la Comunidad Andina*, Quito, FLACSO, 2003.

(71) Cfr. GODIO, LEOPOLDO M. A., *El Congreso Nacional y los Convenios Internacionales celebrados por las Provincias. Reflexiones a 20 años de la reforma constitucional*, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, número especial titulado: *A 20 años de la reforma constitucional: logros y desafíos pendientes*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, año VIII, N° 13, 2015, págs. 95/110.

(72) Para un análisis de “paradiplomacia” y su concepto ver, entre otros, ZERAQUI, ZIDANE, *Regionalización y paradiplomacia. La política internacional de las regiones*, México, Montiel y Soriana Editores, 2009; del mismo autor, *Para entender la paradiplomacia*, Desafíos, vol. 28, N° 1, enero-junio 2016, págs. 15/34.

sidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2014.

AGUIRRE OCHOA, JEANINE - PEÑA MORALES, MARCO A., *La Comunidad Andina: un paradigma de integración económica en Latinoamérica*, REICE, vol. 2, N° 3, enero-junio 2014.

ALEGRETT, SEBASTIÁN, *La nueva institucionalidad andina*, AFESE, vol. 32, 1999.

ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, Córdoba, Advocatus, 2008.

ARTIEDA LÓPEZ, ANA M., *Parlamentos y regionalismo: revisión de la participación de los parlamentos en los procesos de regionalismo en América del Sur*, Estado & comunes, Revista de Políticas y Problemas Públicos, N° 4, enero 2017.

BELTRÁN MORA, LUIS N., *Comunidad Andina y negocios internacionales: una visión desde su institucionalidad y supranacionalidad*, Escuela de Administración de Negocios - EAN, N° 75, julio-diciembre 2003.

BROWN DEL RIVERO, ALFONSO - TORRES CASTILLO, PAMELA, *La relación comercial Comunidad Andina. Unión Europea y la postura de Ecuador*, Latinoamérica, N° 55, diciembre 2012.

BUSTAMANTE, ANA M., *Evolución institucional de la Comunidad Andina*, Aldea Mundo, Año 8, N° 16, noviembre-abril 2004.

BUSTAMANTE, ANA M. - SÁNCHEZ CHACÓN, FRANCISCO, *Gobernabilidad de las instituciones de la Comunidad Andina. El papel del Tribunal de Justicia*, en *Gobernabilidad e instituciones en la integración regional*, Noemí B. Mellado (ed.), Córdoba, Lerner, 2010.

CARRIÓN MENA, FERNANDO, *Procesos de descentralización en la Comunidad Andina*, Quito, FLACSO, 2003.

CASAS CASAS, ANDRÉS - CORREA, MARÍA E., *¿Qué pasa con la Comunidad Andina de Naciones - CAN?*, Papel Político, vol. 12, N° 2, julio-diciembre 2007.

CHAHÍN LIZCANO, GUILLERMO, *Acceso directo de los particulares al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones*, Themis, N° 42, 2001.

ESPÍNDOLA SCARPETTA, CARLOS A. - HERRERA RODRÍGUEZ, DIANA L., *El sistema jurídico andino: ¿Utopía o realidad jurídica?*, Criterio Jurídico, vol. 8, N° 1, 2008.

FERNÁNDEZ SAAVEDRA, GUSTAVO, *Notas sobre la Comunidad Andina*, en *Escenarios políticos en América Latina: cuadernos de gobernabilidad democrática 2*, Fernando Calderón (coord.), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008.

FUENTES FERNÁNDEZ, ALFREDO, *Contexto histórico y avances de la integración en la Comunidad Andina*, Oasis, N° 13, 2007-2008.

GODIO, LEOPOLDO M. A., *El Congreso Nacional y los Convenios Internacionales celebrados por las Provincias. Reflexiones a 20 años de la reforma constitucional*, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Número especial titulado: "A 20 años de la reforma constitucional: logros y desafíos pendientes", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Año VIII, N° 13, 2015.

GÓMEZ JUTINICO, ÁNGELA, *Institucionalidad y problemáticas de la Comunidad Andina de Naciones*, Poliantea, vol. 6, N° 10, 2010.

GONZALES BUSTOS, JUAN P., *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en *Direito da Integração Regional. Diálogo entre Jurisdições na América Latina*, Valério de Oliveira Mazzuoli y Eduardo Biacchi Gomes (orgs.), São Paulo, Saraiva, 2015.

- *Las competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en *Direito da Integração Regional. Diálogo entre Jurisdições na América Latina*, Valério de Oliveira Mazzuoli y Eduardo Biacchi Gomes (orgs.), São Paulo, Saraiva, 2015.

INSIGNARES CERA, SILVANA, *Las elecciones directas en el Parlamento Andino, un camino para fortalecer su papel como institución promotora de la integración*, Revista de Derecho, N° 32, 2009.

KAUNE ARTEAGA, WALTER, *La acción de incumplimiento ante los jueces nacionales en el contexto del derecho comunitario*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción, 2005.

KLEIN VIEIRA, LUCIANE, *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración. Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*, Buenos Aires, BdeF, 2011.

LEAL BUITRAGO, FRANCISCO, *Una mirada a la seguridad en la Región Andina*, en *América Latina: ¿integración o fragmentación?*, Ricardo Lagos (comp.), Buenos Aires, Edhasa, 2008.

MALAMUD, CARLOS, *La salida venezolana de la Comunidad Andina de Naciones y sus repercusiones sobre la integración regional (1ª parte)*, Boletín Elcano, N° 81, 2006.

MARTÍNEZ CASTILLO, ALBERTO, *De la Comunidad Andina de Naciones al Mercado Común del Sur: nueva estrategia de integración de Venezuela*, Colombia Internacional, N° 83, enero-abril 2015.

MOLLARD, MARTÍN, *La Comunidad Andina de Naciones*, en *Derecho de la integración*, Sandra C. Negro (dir.), 2ª ed. revisada, ampliada y actualizada, Buenos Aires, BdeF, 2014.

NAVARRETE BARRERO, OLGA I., *Solución jurisdiccional de las controversias en la Comunidad Andina*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción, 2005.

NEGRO, SANDRA C., *La integración regional 50 años después de la sentencia Van Gend & Loos. Reflexiones desde el Mercosur*, en CEDEP, *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2013.

OLMOS GIUPPONI, MARÍA B., *La Carta Andina para la Promoción y Protección de Derechos Humanos: Un instrumento de derechos humanos para la integración andina*, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LV, 2003.

PEÑA, FÉLIX, *América Latina en un mundo incierto y turbulento: ¿Es factible una cooperación económica regional que sea eficaz y sustentable?*, en Newsletter sobre relaciones comerciales internacionales, febrero 2017, disponible en [www.felixpena.com.ar](http://www.felixpena.com.ar) (consulta el 31-3-17).

PEROTTI, ALEJANDRO D., *Los tribunales comunitarios en los procesos de integración. El caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, revista Dikaion, N° 8, julio 1999.

PORRATA-DORIA JR., RAFAEL A., *Andean Community of Nations (CAN)*, en Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012, disponible en <http://opil.ouplaw.com> (consulta el 31-3-17).

RODRÍGUEZ AGUILERA, CAROLINA L., *La autonomía del derecho comunitario andino y su relación con el derecho internacional*, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Año 4, N° 8, agosto 2016.

SÁNCHEZ AVENDAÑO, GABRIEL, *Treinta años de integración andina*, Nueva Sociedad, julio-agosto 1999.

SARTORI, MARTA S., *Instancias jurisdiccionales en distintos procesos de integración en América Latina y Caribe*, en REY CARO, ERNESTO J., *Realidad y perspectivas de los procesos de integración*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010.

SECRETARÍA DEL MERCOSUR-FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, *Tercer informe sobre la aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales (2005)*, Montevideo, Secretaría del Mercosur, 2007.

SOTO, ALFREDO M. - GONZÁLEZ, FLAVIO F., *Manual de derecho de la integración*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2016.

TREMOLADA ÁLVAREZ, ERIC, *El derecho andino: una sistematización jurídica para la supervivencia de la Comunidad Andina de Naciones*, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 57, 2010.

VIGIL TOLEDO, RICARDO, *La cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la consulta prejudicial*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción, 2005.

ZERAOU, ZIDANE, *Regionalización y paradiplomacia. La política internacional de las regiones*, México, Montiel y Soriana Editores, 2009.

- *Para entender la paradiplomacia*, Desafíos, vol. 28, N° 1, enero-junio 2016.

Páginas web:

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

[www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)

**VOCES:** DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - TRATADOS Y CONVENIOS - CONVENIOS INTERNACIONALES - ESTADO - MERCOSUR - ECONOMÍA - COMERCIO E INDUSTRIA - TRIBUNALES INTERNACIONALES

## JURISPRUDENCIA

### Código Civil y Comercial:

Vigencia temporal: irretroactividad; situaciones pendientes. **Sentencia:** Ley aplicable: situaciones jurídicas no consolidadas; lesión de derechos; no configuración. **Divorcio:** Ley aplicable: ausencia de sentencia firme; eliminación del divorcio contencioso; finalidad. **Daño Moral:** Matrimonio: deber de fidelidad; incumplimiento; reparación; análisis de cada caso en particular.

1 – Las sentencias que se dicten a partir de agosto de 2015 no pueden contener declaraciones de inocencia ni culpabilidad, aunque el juicio haya comenzado antes de esa fecha, desde que la culpa o la inocencia no constituyen la relación; son efectos o consecuencias y, por eso, la nueva ley es de aplicación inmediata. En definitiva, todos los divorcios contenciosos sin sentencia, iniciados antes o después de la entrada en vigencia, se resolverán como divorcios sin expresión de causa, aun cuando exista decisión de primera instancia apelada. Dicho de otro modo, el Código Civil y Comercial tiene aplicación a todo juicio sin sentencia firme.

2 – La sentencia de divorcio tiene carácter constitutivo, ya que es en sí misma necesaria para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, por ello debe ser decretada aplicando la ley vigente al momento de su dictado.

3 – La declaración de culpabilidad o inocencia es una consecuencia del divorcio y, como tal, está alcanzada por la nueva ley (art. 7º, cód. civil y comercial); por eso, si el ordenamiento vigente al momento de la sentencia no recepta la calificación, la sentencia tampoco puede acogerla.

4 – Tratándose de un juicio de divorcio, mientras no exista sentencia firme, la situación jurídica no se encuentra agotada, por lo que la nueva ley rige en forma inmediata, aun cuando algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior, por lo cual, ante la eliminación del divorcio contencioso por el ordenamiento jurídico vigente, el juez deberá decretarlo, pero sin calificación de inocencia o culpabilidad.

5 – El art. 1717 del cód. civil y comercial dispone que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada, mientras que –a contrario de lo dicho– el antiguo art. 1066 del derogado cód. civil de Vélez exigía previamente una transgresión a la ley, a las ordenanzas o reglamentos para configurar una violación al ordenamiento jurídico, diciéndolo de manera sintética y exegética, ya que la doctrina y la jurisprudencia habían morigerado esta interpretación en cuanto a que, por ejemplo, durante la vigencia del viejo ordenamiento podía generarse un daño de un obrar lícito que resultara injusto y la víctima tenía derecho a una reparación. El nuevo precepto estipula que cualquier acción u omisión que genere un daño es antijurídica, salvo, por supuesto, que esté justificada, por lo cual se protegen intereses que sean dignos de tutela jurídica, aunque en algunos casos no tengan cabida en las normas expresas. Es claro que el propio art. 19 de la CN estipula que se puede actuar libremente en la medida en que no se dañe a terceros.

6 – El deber moral de fidelidad ha sido volcado en el art. 431 del cód. civil y comercial, ya que, si se interpretara que es una cuestión ajena al ordenamiento jurídico, evidentemente no se hubiere introducido en un texto legal regulador de conductas, y la finalidad de la norma es velar por que cada proyecto de vida de las personas o familiar se desarrolle sin que el Estado o los particulares lo perturbe, por lo cual en ciertas circunstancias la infidelidad en el seno del matrimonio puede socavar ese proyecto de vida y generar un daño (art. 1738, cód. civil y comercial).

7 – Conforme el art. 1737 del cód. civil y comercial, hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico y la fidelidad no es un interés reprobado por el derecho. Además, el art. 1738 del cód. civil y comercial considera incluidas en la indemnización las consecuencias de la interferencia en su proyecto de vida y es innegable que la víctima de la infidelidad tiene razones importantes para aducir que el otro cónyuge ha interferido en el proyecto de vida matrimonial.

- 8 – El comportamiento merecedor de sanción no está dado por el hecho del divorcio, sino por el obrar nocivo para el otro cónyuge, ya que hay un factor subjetivo de responsabilidad que debe ser claramente acreditado.
- 9 – Se debe tener en claro que el resarcimiento por las consecuencias no patrimoniales del daño no es un principio general que deba darse en todo caso de divorcio o ruptura de la convivencia; por el contrario, es la excepción. A modo de ejemplo, el desamor puede ser el motivo de la separación y no por ello puede generar daños de índole resarcible. Tratándose del rubro indemnizatorio, el comportamiento merecedor de una sanción por el concepto referido no está dado por el solo hecho del divorcio o ruptura de la convivencia, sino por el obrar desidioso o malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge, el cual únicamente puede ser analizado a través de la evaluación concreta de los hechos que lo ocasionaron y el caso concreto. Siendo que en la hipótesis bajo tratamiento el factor de atribución en juego es el subjetivo (culpa o dolo), parece inexorable que la calificación de la conducta del cónyuge, conviviente o pareja que a la postre se analice debe implicar medianamente culpa grave o dolo.
- 10 – El simple hecho de la infidelidad por sí sola no genera in re ipsa un daño moral ni tampoco se lo presume, sino que el interés lesionado debe configurarse de manera relevante para poder indemnizar, por lo cual el daño debe verificarse a través de las pruebas producidas.
- 11 – Teniendo en cuenta que del informe psicológico surge la existencia de un daño concreto derivado de la infidelidad padecida –diagnosticado como Trastorno Depresivo Mayor recidivante en remisión parcial, con síntomas melancólicos, con recuperación interepisódica clasificado en el DSMIV con el código F 33.4–, y que surge, asimismo, del informe del médico psiquiatra que incluso llegó a protagonizar un intento de suicidio, corresponde concluir que es evidente que el hecho de la infidelidad de su esposa ha ocasionado en el reclamante un menoscabo merecedor de daño moral, ya que se afectó un interés relevante para el ordenamiento jurídico, tal como lo indica el art. 1738 del cód. civil y comercial. Súmese a ello que las repercusiones que el hecho ha tenido en el medio periodístico son una prueba más de la aflicción ocasionada, al ser inclusive una consecuencia que expandió más el daño.
- 12 – Dos son los principios que orientan la solución de los conflictos de leyes en el tiempo: el primero, la casi absoluta irretroactividad de la ley, que solo reconoce como excepciones aquellas hipótesis en que el legislador, de manera expresa, ha considerado necesario dar efecto retroactivo a la nueva norma, y el segundo, la necesidad de que la nueva ley tenga inmediata aplicación a partir de su entrada en vigencia. Estos principios, rectamente entendidos, no se contradicen sino que se complementan, pues la aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro y con posterioridad de su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas o a efectos producidos. Las relaciones o situaciones ya agotadas son regidas por la ley que estaba vigente en aquella época. Los problemas se originan con respecto a “situaciones pendientes” al momento en que se produce el cambio de legislación (del voto en disidencia parcial del doctor COSTANTINO).
- 13 – La aplicación inmediata de una ley que modifica la situación jurídica de quien ha esgrimido una pretensión en los tribunales no implica afectación de la garantía de igualdad ni conculca derechos constitucionales. Las diferencias existentes entre las situaciones anteriores y posteriores a la sanción de un nuevo régimen legal no importan agravio a la garantía de igualdad ante la ley, porque, de lo contrario, toda modificación legislativa implicaría desconocerla, ya que nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad (del voto en disidencia parcial del doctor COSTANTINO).
- 14 – Las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos, en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (del voto en disidencia parcial del doctor COSTANTINO).
- 15 – El art. 7º del cód. civil y comercial, que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015, dispone la aplicación de la nueva ley “a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, lo que implica el efecto inmediato de la ley; es decir, toma la relación o situación jurídica en el estado en que se encuentra e inmediatamente pasa a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Por lo tanto, si en medio de un proceso judicial sin sentencia firme –por ende, sin haber derechos adquiridos– se debe aplicar la nueva ley, es entonces imposible que el juez decreta el divorcio por culpa de uno o ambos cónyuges, por lo que debe readaptar el proceso en el estadio en que se encuentre a las reglas que prevé el Código en materia de divorcio, que, como recepta un único sistema, lo será al de divorcio incausado. Esta misma interpretación cabe para aquellos casos que al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código se encontraban a estudio en la Alzada, pues al tratarse de una sentencia sujeta a revisión, ergo, no firme, tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y, por ende, debe aplicarse la nueva normativa (del voto en disidencia parcial del doctor COSTANTINO).
- 16 – Al suprimir las causales subjetivas y objetivas, el nuevo Código Civil y Comercial simplifica el proceso de divorcio a un pedido unilateral o bilateral que impide al juez indagar acerca de los motivos que precipitaron el interés de poner fin al proyecto de vida en común. En los fundamentos del Anteproyecto se dice que “la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso”; por ello, pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial (del voto en disidencia parcial del doctor COSTANTINO).
- 17 – Si bien la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial tornaría inoficioso cualquier pronunciamiento sobre los agravios referidos a las causales invocadas por cada uno de los apelantes para atribuir al otro la culpa del divorcio, por lo que la cuestión de culpabilidad e inocencia deviene abstracta, en el caso no es exigible la presentación de la propuesta de regulación de los efectos del divorcio que requiere el nuevo ordenamiento, a pesar de que constituye hoy un requisito de admisibilidad, pues tanto la actora en su escrito inicial como el demandado en su reconvencción solicitaron que se decreta el divorcio vincular (del voto en disidencia parcial del doctor COSTANTINO).
- 18 – Si bien suele sostenerse que, al receptarse un régimen incausado de divorcio, el incumplimiento de los deberes conyugales no genera consecuencias jurídicas, habría que distinguir entre los daños que se pueden generar contra cualquier persona (por ejemplo, malos tratos o humillaciones) de aquellos que se enlazan con un vínculo conyugal y que generan la alteración del plan de vida, la pérdida de la felicidad o, incluso, la propia causal de adulterio. De ahí, pues, que derivada de la atávica frase acuñada por latinos maestros –alterum non lædere–; receptada, luego, en el art. 1109 del proscrito Código velezano y consolidada, incluso, por el texto que integra el art. 1716 del bisoño cuerpo normativo unificado, al regularse que la violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado, se podría afirmar que, por el solo hecho de contraer matrimonio o de integrar una unión convivencial, de ser hijo o de ser padre, nadie pierde o resigna sus derechos personalísimos como resultarían ser, entre otros, la preservación de la salud, el honor o la intimidad. Incluso, no podemos preterir ensamblar o adicionar a lo predicho, y a fin de admitir su procedencia, lo pautado por su gemelado art. 1737 del actual cuerpo legal al especificar o ponderar que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva” (del voto en disidencia parcial del doctor COSTANTINO).
- 19 – Cuando media reclamación por daños entre cónyuges, estos no son llevados al juicio como tales, sino en su condición de afrentado y de victimario; todo ello sin importar si medió –o no– una sentencia de disolución conyugal (del voto en disidencia parcial del doctor COSTANTINO).
- 20 – A pesar de que el Código Civil y Comercial de la Nación ha receptado el régimen incausado de divorcio, el daño moral ocasionado por la conducta del cónyuge que no respeta los principios en los que se basa el matrimonio debe repararse (del voto en disidencia parcial del doctor COSTANTINO).
- 21 – En el caso hay sobrados elementos de juicio para tener por acreditada la infidelidad con el hecho que protagonizaron los cónyuges a la salida de un hotel alojamiento. Por lo tanto, la violación del deber moral de fidelidad y las circunstancias por las que se hizo público el incidente ya referido –el hecho fue motivo de comentarios en diarios y medios digitales– permite presumir que el cónyuge sufrió un daño moral que debe ser razonablemente reparado, ya que el menoscabo de las legítimas afecciones del reclamante queda en este caso fuera de toda duda (del voto en disidencia parcial del doctor COSTANTINO). M.M.F.L.

**59.456 – CApel. en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería General Pico, diciembre 14-2016. – T. c. C. s/divorcio vincular.**

En la ciudad de General Pico, provincia de La Pampa, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para resolver el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados “T. c/ C. s/ Divorcio vincular” (expte. N° 5701/15 r.C.A.), venidos del Juzgado de la Familia y del Menor N° 1 de esta Circunscripción.

El Dr. Horacio A. Costantino, sorteado para emitir el primer voto, dijo:

T. promovió juicio de divorcio vincular contra C., por la causal de injurias graves, y pidió costas. Dijo que contrajeron matrimonio el día 14 de febrero de 1986 y tuvieron tres hijos: M., M. E. y M. A. Manifestó que su esposo la hizo blanco de todo tipo de calumnias e injurias, imputándole la calidad de infiel y haciendo comentarios agresivos tanto en público como ante el grupo familiar. Encuadró la conducta del demandado en lo previsto por el derogado art. 202 inc. 4 del Cód. Civil (fs. 9/11 v.).

C. contestó la demanda, pidió su rechazo y articuló reconvencción. Reconoció la existencia del matrimonio y que tuvieron tres hijos, que la relación se fue deteriorando y que inició tratamiento psicológico y psiquiátrico. Negó haber hostigado a la actora con escenas de celos, agresiones verbales, persecuciones, haberla amenazado o puesto en peligro su vida. Manifestó que hacia fines del 2010, T. comenzó a estar alterada y con baches anímicos preocupantes. Esto también fue advertido por sus hijos y padres. Tenía sospechas de que su esposa le era infiel y lo confirmó el día 6 de junio de 2011 cuando la vio saliendo de un hotel alojamiento con otro hombre. Solicitó que se declare el divorcio por culpa de la actora por las causales de adulterio, tentativa contra su vida, injurias graves y abandono voluntario y malicioso de parte de su esposa, en los términos de los derogados arts. 214 inc. 1º y 202, incs. 1º, 2º, 4º y 5º del Código Civil, y reclamó la reparación del daño moral, con expresa imposición de costas (fs. 44/62).

A fs. 100/119 la accionante pidió que se rechace la reconvencción y se haga lugar a la demanda, con costas.

Fracasados los intentos conciliatorios se celebró la audiencia preliminar, en cuyo transcurso la causa se abrió a prueba y se proveyó la ofrecida (fs. 145/146). Se produjo la certificada a fs. 471/471 v. y 475, y a fs. 478 se clausuró el período probatorio. Luego alegaron la actora y la demandada.

El Fiscal adjunto dictaminó a fs. 512.

La sentencia de fs. 514/525 rechazó las causales de divorcio denunciadas en la demanda y la reconvencción, decretó el divorcio vincular por la causal contemplada por el art. 214 inc. 2º del Código Civil sin culpa de las partes, e impuso las costas en el orden causado. También decretó la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda y rechazó el reclamo por daño moral del reconviniente, con costas.

Apelaron el demandado reconviniente (expresión de agravios de fs. 560/573 v., contestado a fs. 580/583) y la actora (memorial de fs. 587/589, contestado a fs. 592/592 v.).

A fs. 612/612 v. este tribunal admitió el hecho nuevo articulado a fs. 558/558 v. y ordenó agregar la sentencia penal absolutoria dictada a favor del demandado respecto de los delitos de amenazas simples en concurso real con



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1  
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

amenazas agravadas por el uso de arma, cuya copia luce a fs. 542/557.

El demandado reconviniente sostiene que la jueza: a) falló *extra petita* en tanto critica el régimen del anterior Código Civil sin hacer mérito de los respectivos intentos de acreditar las causales de divorcio; b) valoró erróneamente la prueba respecto de la atribución de la culpabilidad; y c) rechazó sin fundamentos el reclamo del daño moral.

La actora se agravia porque la jueza: a) no consideró acreditadas las injurias que atribuyó a C.; y b) se autolimitó amparándose en un criterio restrictivo para analizar la prueba de las causales y en la pronta derogación del sistema de culpas en ese entonces imperante.

Ambas partes se quejan porque la sentenciante alude a las reformas legislativas de fondo en la materia que en ese momento aún no estaban vigentes.

El presente expediente ingresó a este tribunal cuando ya estaba vigente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley Nº 26.994 que derogó las causales objetivas y subjetivas del divorcio, aspecto que constituye el contenido de la totalidad de los agravios de ambos apelantes.

Moisset de Espanés enseña que “dos son los principios que orientan la solución de los conflictos de leyes en el tiempo. El primero, la casi absoluta irretroactividad de la ley, que sólo reconoce como excepciones aquellas hipótesis en que el legislador, de manera expresa, ha considerado necesario dar efecto retroactivo a la nueva norma. El segundo, la necesidad de que la nueva ley tenga inmediata aplicación, a partir de su entrada en vigencia. Estos principios, rectamente entendidos, no se contradicen, sino que se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad de su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos producidos (...) Las relaciones o situaciones ya agotadas, son regidas por la ley que estaba vigente en aquella época. Los problemas se originan con respecto a ‘situaciones pendientes’ al momento en que se produce el cambio de legislación” (Luis Moisset de Espanés, “Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3, Código Civil Derecho Transitorio”, ps. 16/17; Universidad Nacional de Córdoba, año 1976).

Recientemente, en un proceso de divorcio, nuestro máximo tribunal federal reiteró que “las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión (...) y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión (...) deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir” (conf. fallo CSJN, 29.3.16, “Terren, Marcela María Delia y otros c/ Campili, Eduardo Antonio s/divorcio”, que a su vez cita, en igual sentido, los siguientes fallos: 306:1160, 318:2438, 325:28 y 2275; 327:2476, 331:2628, 333:1474, 335:905, causa CSJ 118/2013 [49-V]/CS1 “V., C. G. c/ I.A.P.O.S. y otros sobre amparo”, sentencia del 27 de mayo de 2014).

En el mismo fallo declaró que “la ausencia de una sentencia firme sobre el fondo del asunto obsta a que se tenga por configurada una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones” (conf. fallo citado: CSJN, 29.3.16, “T., M. M. D. y otros c/ C., E. A. s/divorcio”).

El art. 7 CCyC, que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015, dispone la aplicación de la nueva ley “a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, lo que implica el efecto inmediato de la ley. Es decir, toma la relación o situación jurídica en el estado en que se encuentra, e inmediatamente pasa a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos (conf. Molina

de Juan, Mariel F., “El Código Civil y Comercial y los procesos familiares en trámite”, La Ley 16/09/2015, AR/DOC/3137/2015, con cita de Borda, Llambías y Kemelmajer de Carlucci).

“Por lo tanto, si en medio de un proceso judicial sin sentencia firme –por ende, sin haber derechos adquiridos– se debe aplicar la nueva ley, es entonces imposible que el juez decreta el divorcio por culpa de uno o ambos cónyuges, debiendo readaptar el proceso en el estadio en que se encuentre a las reglas que prevé el Cód. en materia de divorcio, que como recepta un único sistema lo será al de divorcio incausado. Esta misma interpretación cabe para aquellos casos que al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código se encontraban a estudio en la Alzada. Al tratarse de una sentencia sujeta a revisión, ergo, no siendo firme, tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y, por ende, debe aplicarse la nueva normativa” (Ricardo Lorenzetti, Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 734; en el mismo sentido: Aída Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2015, p. 29 y ccds.).

“Las sentencias que se dicten a partir de agosto de 2015 no pueden contener declaraciones de inocencia ni culpabilidad, aunque el juicio haya comenzado antes de esa fecha, desde que la culpa o la inocencia no constituyen la relación; son efectos o consecuencias y, por eso, la nueva ley es de aplicación inmediata. En definitiva, todos los divorcios contenciosos sin sentencia, iniciados antes o después de la entrada en vigencia, se resolverán como divorcios sin expresión de causa, aun cuando exista decisión de primera instancia apelada. Dicho de otro modo, el CCyC tiene aplicación a todo juicio sin sentencia firme” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 136).

De conformidad a lo expuesto, la nueva ley debe ser aplicada a los procesos en trámite, cualquiera sea la etapa en que se encuentren.

En consecuencia, todas las cuestiones atinentes a la disolución del vínculo matrimonial (procedencia, modo, forma y efectos) se regulan en los arts. 435 y siguientes del Cód. Civ. y Com (T. M. c/C., E. s/divorcio, CSJN).

La aplicación inmediata de una ley que modifica la situación jurídica de quien ha esgrimido una pretensión en los tribunales, no implica afectación de la garantía de igualdad ni conculca derechos constitucionales. Así lo sostuvo la CSJN el 28/4/1992 en el fallo “L., C. M. I. c/D., C. A.”, en el que explicó que las diferencias existentes entre las situaciones anteriores y posteriores a la sanción de un nuevo régimen legal no importan agravio a la garantía de igualdad ante la ley, porque de lo contrario toda modificación legislativa implicaría desconocerla (Fallos: 295:694), ya que nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad (Fallos: 275:130, 283:360, 299:93, conf. Molina de Juan, Mariel, artículo citado).

De acuerdo a dicho criterio, la aplicación de la nueva ley al caso concreto que nos ocupa no afecta el principio de congruencia, pues al fallarse conforme a sus preceptos no se modifica la pretensión esencial de ambas partes que es lograr el divorcio.

Como los jueces tienen el deber de fallar conforme a las circunstancias existentes al momento del dictado de la sentencia, se registran precedentes en los que se observa una morigeración de la congruencia fáctica, sin que ello implique vulnerar el debido proceso o el derecho de defensa (conf. Molina de Juan, Mariel, artículo citado, y De los Santos, Mabel, “Principio de congruencia” en “Principios procesales”, Director Jorge Peyrano, T. I, ps. 219, 223 y 227 a 231, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2011).

En los procesos de familia los principios procesales se flexibilizan. La intervención de la justicia debe perseguir pacificar al grupo y restablecer el equilibrio familiar

## COLUMNA LEGISLATIVA

### Legislación Nacional

Resolución 463 de abril 11 de 2017 (STrab.) – **Derecho del Trabajo**. Accidentes del Trabajo. Accidentes y Enfermedades Inculpables. Casos de los reclamos iniciados que tengan por objeto accidentes laborales y/o enfermedades profesionales. Continuación de trámite normal y habitual tanto para el cierre de la instancia como para los eventuales acuerdos. Establecimiento (B.O. 20-4-17).

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

impactado por la conflictiva o al menos lograr un nuevo equilibrio, lo que se aleja totalmente de la antinomia “vencedor-vencido” (Kemelmajer de Carlucci, Aída en “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, segunda parte, pág. 109, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2016).

La traba de la litis no siempre agota la relación sustancial, porque aunque se haya producido en los términos de un divorcio culpable (en este caso culpas recíprocas) la pretensión puede reconducirse dentro del cauce de la nueva ley cuyos fundamentos emanan del propio sistema constitucional convencional. De este modo no se afectan las garantías constitucionales.

Al suprimir las causales subjetivas y objetivas, el nuevo CCyC simplifica el proceso de divorcio a un pedido unilateral o bilateral que impide al juez indagar acerca de los motivos que precipitaron el interés de poner fin al proyecto de vida en común. En los fundamentos del Anteproyecto se dice que “la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso”. Por ello, pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial (Krasnov, Adriana N., “Tratado de Derecho de familiar”, T. II, p. 389, Editorial La Ley, año 2015).

En virtud de lo expuesto, la aplicación del nuevo CCyC tornaría inoficioso cualquier pronunciamiento sobre los agravios referidos a las causales invocadas por cada uno de los apelantes para atribuir al otro la culpa del divorcio.

De tal forma, la cuestión de culpabilidad e inocencia deviene abstracta por la aplicación del nuevo ordenamiento normativo. En el caso no es exigible la presentación de la propuesta de regulación de los efectos del divorcio que requiere el nuevo ordenamiento, a pesar de que constituye hoy un requisito de admisibilidad, pues tanto la actora en su escrito inicial como el demandado en su reconvencción solicitaron que se decreta el divorcio vincular (Cám. Nac. Apel. en lo Civil, Votantes: Molteni-Picasso, S. E. S. c/M. A. P. s/divorcio, 5.11.15, MJ-JU-M-96329-AR).

(Continuará en el próximo diario del 28 de abril de 2017)



## EL DERECHO

La editorial EL DERECHO y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina tienen el agrado de invitar a usted a la presentación del libro

### MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA de María Elisa Petrelli (coord.)

El panel de la presentación estará formado por MARÍA ELISA PETRELLI, CECILIA CABRERA DE GARIBOLDI, MARÍA CRISTINA DIEZ, URSULA BASSET Y DANIEL HERRERA y coordinado por el Dr. AGUSTÍN SOJO.

Se realizará en la Sala “Adolfo Bioy Casares” del pabellón Blanco de la 43ª Feria Internacional del Libro, el martes 2 de mayo de 2017, a las 14:30 h.