

**LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y LA AUTONOMÍA DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

Oswaldo Saldías

Preparado para el Seminario
“La Libre Circulación de
Personas en los Procesos de
Integración Económica”
28-29 de Septiembre, 2011
Universidad Carlos III de Madrid

Introducción	2
La Integración Andina y las Libertades Fundamentales	4
Derechos y Libertades Fundamentales en la Integración Europea.....	8
La Politización de los Derechos y Libertades Fundamentales en CAN	10
La Autonomía Relativa del Derecho Andino.....	12
Conclusión	16

Introducción

“La región andina conoce variadas normas sobre la libre circulación de personas”. Esta aseveración, conlleva más preguntas que respuestas. El tema que me propongo a tratar, la libre circulación de personas en la Comunidad Andina, tiene una doble dimensión. Por un lado, la proliferación de legislación que caracteriza a la comunidad;¹ por otro lado, la escasa incorporación de esa legislación internacional dentro del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, no obstante que sus Estados miembros aparecen como los forjadores de variados instrumentos internacionales. El presente trabajo se pregunta: ¿cuáles pueden ser las causas de esta paradoja andina? ¿Cuáles son las implicaciones para el futuro de la Comunidad? ¿Qué implicancias tiene la trayectoria del Derecho andino para el futuro de las libertades fundamentales en la región?

Para el observador contemporáneo, resulta interesante la consagración de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.² Ella contiene un sofisticado catálogo de derechos y libertades esenciales para el ser humano. Fue promovida en el seno del Consejo Presidencial Andino, aunque lleva la firma de los Estado miembros en su capacidad de sujeto de Derecho internacional público. Las implicancias jurídicas de estos instrumentos en la región, especialmente la libre circulación de personas, no es el objetivo de mi contribución. Ese tema, probablemente será analizado en profundidad por el profesor Jorge Quindimil, en esta misma serie de contribuciones.³ Más bien, me propongo escrutar la paradoja andina expuesta en el párrafo anterior, y buscar sus causas en la historia de las instituciones andinas. Mi premisa reza que sólo podemos entender nuestro presente jurídico, si conocemos el pasado inmediato de nuestras instituciones jurídicas. Para ello, propongo un enfoque interdisciplinario, basado en las fortalezas que exhibe la corriente del institucionalismo histórico. No postulo esta perspectiva como la única posible. Por el contrario, mi objetivo es quebrar un patrón de la investigación jurídica latinoamericana, que tratándose del Derecho de la integración, se ha basado predominantemente en el análisis de los atributos institucionales de los sistemas jurídicos; un institucionalismo formal.

¹ Por ejemplo, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, es el tercer tribunal internacional más activo del mundo. Véase L. HELFER, K. ALTER y F. GUERZOVICH „Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community“, *American Journal of International Law*, Vol. 103, Nr. 1, 2009

² Firmada en Guayaquil, el 26 de Julio de 2002. Consúltese también los antecedentes de la Carta, el Acta de Carabobo, 24 de julio de 2001, y la Declaración de Machu Picchu, 29 de julio de 2001

³ Véase la contribucion de Jorge Quindimil sobre la libre circulación en la región andina, con foco en el Plan Andino de Migraciones.

La existencia de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, me sirve como punto de partida. La inclusión formal de libertades fundamentales es un hito que no debe ser entendido como una trivialidad en América del Sur;⁴ más aún, la consagración de derecho y libertades relacionadas con la circulación de personas, es especialmente relevante para esquemas de integración como la Comunidad Andina, pues el vínculo que la integración latinoamericana tiene con el Derecho de la Unión Europea es indiscutible. La pregunta en torno a los diferentes tratamientos de las libertades fundamentales, entonces, se torna inevitable. Así, la Carta Andina establece un deber explícito de protección de los derechos humanos de los migrantes y sus familias.⁵ A su vez, la Carta hace una expresa referencia a la libre circulación de los migrantes y al derecho comunitario, como también la acción conjunta de los países miembros para promover estas libertades.⁶

Estos antecedentes promueven la pregunta respecto a la concepción que tiene el Derecho comunitario respecto de las libertades fundamentales. ¿Está en condiciones el Derecho Andino de adoptar las libertades fundamentales, y en especial, la libre circulación de personas, tal como lo establece la Carta Andina y demás instrumentos internacionales? ¿Cuáles son los desafíos que enfrenta el Derecho comunitario andino? Estas son las preguntas que intentaré abordar en este trabajo, con el objetivo de explicar, más que informar.

⁴ Véase, entre otros, los arts. 2, 8, 9 y 20 de la Carta Andina

⁵ Art. 50, Carta Andina: “*Reiteran su compromiso de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en instrumentos internacionales que tienen como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los migrantes y sus familias; y afirman su propósito de continuar haciendo esfuerzos para que sus legislaciones nacionales hagan posible la adopción de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990), y examinarán como cuestión prioritaria la posibilidad de firmarla y ratificarla, o de adherirse a ella.*”

⁶ Art. 51: “*Prestarán atención a los siguientes temas prioritarios con miras a mejorar la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes y sus familias, en sus respectivas jurisdicciones y en el ámbito andino:*

1. El respeto del derecho a la migración, al trabajo, al libre tránsito y circulación de los migrantes y sus familias, y a la libertad de elegir libremente domicilio, con arreglo a las legislaciones nacionales y a la normativa comunitaria.

2. La prevención y eliminación de la discriminación a los migrantes andinos y sus familias en el acceso a los servicios públicos de educación y salud, vivienda y alojamiento, seguridad social y a fuentes de trabajo, así como la creación de centros de información y atención a los migrantes.

3. La dotación a los migrantes y sus familias de documentos de identificación, sin discriminación por su raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, orientación sexual y estatuto migratorio.

4. La reunificación en el país de destino de los migrantes y sus familias y la regularización de su situación migratoria por los medios legales y administrativos correspondientes.

5. La protección a los familiares de los migrantes, especialmente a los niños, niñas, adolescentes y adultos mayores que continúen viviendo en su país de origen y se hayan separado de miembros de su familia como consecuencia de la migración.

6. La acción conjunta de los Países de la Comunidad Andina para promover y proteger los derechos de los migrantes y sus familias ante otros países y grupos de países, así como en los foros internacionales y regionales.

La Integración Andina y las Libertades Fundamentales

¿Cuál es la forma más adecuada de analizar la libre circulación de personas en la Comunidad Andina? La pregunta puede tener tantas respuestas como autores que estén disponibles para escribir sobre el tema. Probablemente, ello no sea para nada negativo. La elección del enfoque teórico para entender situación socio-legales es de gran relevancia. El enfoque que se use para el análisis nos puede decir mucho acerca de las respuestas esperables. Por eso, la pluralidad de perspectivas no es algo indeseable; por el contrario, mientras más perspectivas se disponga para entender un fenómeno, más conscientes somos de las limitaciones heurísticas a las que estamos sometidos los seres humanos. En el mundo del Derecho, estamos frecuentemente influidos por nuestro sistema jurídico, por nuestra doctrina, o nuestra dogmática. El instrumental jurídico que usamos suele estar muy relacionado con la práctica forense, pues es parte del trabajo del abogado el aplicar las normas y hacer valer derechos y prerrogativas. Sin embargo, estas características de la disciplina suelen frecuentemente descontar la contribución de otras disciplinas, que bien podrían proporcionar algunas herramientas teóricas para *entender* los fenómenos jurídicos. Entender un fenómeno implica conocerlo; y conocerlo implica poder percibir el fenómeno como algo distintivo – es decir, sabemos lo que precisamente *no* es –y también a qué categorías heurísticas pertenece, es decir, cuáles son los atributos que lo vinculan con otros fenómeno.⁷ Estas herramientas cognitivas ganarán relevancia cuando nos propongamos *juzgar* procesos jurídicos de acuerdo con su relación con la realidad social o cultural.⁸ Homogeneidad epistémica, en cambio, nos lleva en la dirección opuesta. Si un grupo de observadores tomara la misma perspectiva para estudiar un fenómeno jurídico, las variaciones serán mínimas tal como también los beneficios cognitivos. Imagine el lector un grupo de turistas parados sobre el edificio *Empire State* en Nueva York. Sobre la cubierta del techo se encuentra un telescopio para observar la ciudad, y los turistas se turnan para mirar a través de él. Es probable que cada turista pueda comentar los distinto edificios que haya visto; puede que cada uno se haya concentrado en edificios distinto, y noten detalles particulares que los otros no hayan podido percibir. ¡Pero todos habrán usado la misma perspectiva! La perspectiva de los mismo edificios, en cambio, que haya podido recoger un transeúnte que camina por la acera, es necesariamente distinta.

Lo mismo ha sucedido en cuanto a la literatura sobre el Derecho de la Comunidad Andina. La perspectiva con la que ha sido tratada, es bastante homogénea. Una revisión de la

⁷ J. DIECKMANN “Einführung in die Systemtheorie”, Fink Verlag, München, 2005

⁸ Véase D. NELKEN, “Comparing Legal Cultures”, Socio-Legal Series, Dartmouth, 1996.

literatura sobre Derecho Andino sugiere que la perspectiva institucionalista formal del Derecho domina ampliamente.⁹ Enfoque que, por lo demás, ha influido en un notable número de analistas latinoamericanos.¹⁰ El estudio, entonces, se concentra en las instituciones Andinas y sus atributos. Quedan en el tintero variados enfoques para la comprensión de la integración regional. En este artículo propongo el análisis desde el institucionalismo histórico. De acuerdo con este enfoque, la evolución de las instituciones está determinada, en gran medida, por su historia. Los cambios violentos, las rupturas, son más bien excepcionales. Lo corriente es que tanto el diseño como también la articulación de procesos sean cadenas en las que los eslabones se van determinando unos a otros.

La génesis de la Comunidad Andina, no pudo haber estado más alejada del mundo jurídico. El punto de partida para su fundación a través del Acuerdo de Cartagena fue el esquema de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, ALALC. Ésta última, compuesto por casi la totalidad de países sudamericanos más México, mostraba una fuerte asimetría en el tamaño e influencia de sus miembros. Países más pequeños comenzaron a reprochar la desigual influencia de Brasil y Argentina en las decisiones comunes.¹¹ En 1967, los mandatarios de Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela firmaron la Declaración de los Presidentes de América, en la que se acordó un entendimiento para que países menos desarrollados pudiesen seguir una estrategia económica más agresiva que les permitiese conseguir mayor desarrollo económico, sin tener que depender de la decisión de los demás miembros de ALALC. El 26 de Mayo de 1969, dichos Estados andinos celebraron el Acuerdo de Integración Subregional, también denominado Acuerdo de Cartagena. El acuerdo tenía un carácter subsidiario al Tratado de Montevideo (ALALC), y en términos explícitos mantenía abierta la incorporación para los demás miembros ALALC.

Las premisas para el funcionamiento de los esquemas de integración en los años 60 y 70, estaban determinadas por corrientes de pensamiento económico cercanas a la Comisión de Estudio para América Latina y el Caribe (CEPAL). De acuerdo con observadores de la época,

⁹ O. SALDÍAS “Comparative Community Law. Latin American Scholarship on Regional Integration and the Perils of Legal Functionalism”. *UCLA Pacific Basin Law Journal*, Vol. 26: 6.

¹⁰ Véase la opinión al respecto de R. Ortiz, quien además propone el método histórico empírico para el estudio de los debates político-constitucionales. R. ORTIZ ORTIZ “Institutionelle Ansätze und die Präsidialismusdebatte in Lateinamerika – die Heidelberger Schule und der historisch-empirische Ansatz” *Lateinamerika Analysen* 7, 2004, 89-120

¹¹ R. MAREWEGE “Der Andengerichtshof. Das Rechtssystem des Andenpaktes mit vergleichenden Bezügen zum Recht der Europäischen Gemeinschaft. Berlin, Duncker Humblot, 1996, 22-23; G. HUFBAUER y B. KOTSCHWAR “The Future of Regional Trading Arrangements in the Western Hemisphere”, in *The US-Canada Free Trade Agreement*, Michigan State University 1998.

la intervención de juristas no estaba contemplada, ni era deseada tampoco, pues reinaba la impresión que el impulso técnico de los economistas se vería entorpecido y enturbiado si acaso la discusión derivaba hacia los abogados.¹² Esta es precisamente la razón por la que no se consideró la incorporación de un tribunal de justicia para la comunidad desde sus inicios.¹³ Por lo tanto, se asumía que la lógica que derivaba en el perfeccionamiento del mercado común consistía en el aumento de la actividad comercial, lo que a su vez producía economías de escala. Contrario a lo que ocurriría un década después, a fines de los años 60 no existía la convicción de que la Ley podía producir cambios sociales. Más bien reinaba la idea de que el Derecho debía procurar el marco mínimo para que las fuerzas económicas pudiese actuar. El marco jurídico del Acuerdo de Cartagena nace, entonces, impregnado de un fuerte tinte intergubernamental, dentro de un marco técnico-económico, y dominado por la tradición latinoamericana de solucionar conflictos de forma concertada, y en lo posible, a través de la diplomacia de las “altas cumbres”.¹⁴

Puede afirmarse, entonces, que hasta establecimiento del Tribunal de Justicia Andino, y a más tardar hasta la reforma hacia el Sistema de Integración Andina (SAI), el ordenamiento del Acuerdo de Cartagena obedecía los cánones tradicionales del derecho internacional público económico, por un lado; y por otro lado los matices latinoamericanos de toma de decisiones sobre la base del “Concertacionismo”.¹⁵ Esto implicaba, que el desarrollo del Derecho andino dependía fuertemente del impulso que le dieran los Estados miembros. Desde esta perspectiva no sorprende que la literatura latinoamericana sobre integración andina indique como causa del lento avance de la integración, una “falta de voluntad política”.¹⁶ Se desprende de esa visión, que si no hay involucramiento activo de los Estados miembros, no hay desarrollo inmanente del Derecho; y dado que la doctrina Andina, en general, ha coincidido con este enfoque, no se le atribuye un rol relevante en su desarrollo.

¹² F. ORREGO VICUÑA, “Contemporary International Law in the Economic integration of Latin America”, en Rideau, Joël (ed.) *Les aspect juridique de l’integration economique. Colloque de 1971*, Sijthoff, Leiden, 1973.

¹³ El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena fue establecido en 1979, por medio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y entró en vigor en 1983.

¹⁴ M. EMMES y M. MOLS, “Integration, Kooperation und Konzertation in Lateinamerika”, en *Regionalismos und Kooperation in Lateinamerika und Südostasien im Zusatz ein Politikwissenschaftlicher Vergleich*, Münster, 1993

¹⁵ L. TOMASINNI, “Nuevas formas de concertación regional en América Latina”, Buenos Aires, Grupo Editorial Latinoamérica, 1990.

¹⁶ M. EMMES y M. MOLS 1993; J.M. SOBRINO “Derecho de la Integración, Marco Conceptual y Experiencia de la Unión Europea”, en *Integración y Supranacionalidad: Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*, Lima SG. CAN, 2001, DA CRUZ VILACA Y SOBRINO “Del Pacto a la Comunidad Andina: El Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996 ¿simple reforma institucional o profundización en la integración subregional?”, *Gaceta Jurídica de la CEE* 26: 83-138, 1996

Cabe entonces preguntar cuál ha sido el rol de la jurisprudencia Andina al respecto. Como nueva fuente del Derecho, la jurisprudencia andina aparece con su primera sentencia recién en 1987. Literatura reciente sobre el rol del Tribunal Andino, ha comenzado a destacar su rol como articulador de intereses contrapuestos de los Estado miembros, en desmedro de una activa dedicación a la formulación de conceptos dogmáticos andinos. Es necesario destacar, eso sí, que desde su creación, esa corte ha navegado un contexto político muy complejo. Desde el retiro de un miembro pleno (Venezuela), pasando por el conflicto bélico entre otros dos (Guerra del Cénepa) hasta la presión comercial de los Estado Unidos en el conflicto sobre el uso de segundas patentes comerciales, los remezones diplomáticos han impedido que el Tribunal opere dentro de un marco de estabilidad que, paradójicamente, el Sistema Andino de Integración está llamado a concretizar. Con todo, no se puede afirmar que Tribunal Andino no haya influido en el desarrollo conceptual del Derecho Andino. Una parte del contenido doctrinario del Derecho comunitario andino, fue incorporado en su génesis mediante la recepción de las doctrinas de supremacía y efecto directo, ambos provenientes del derecho de la Comunidad Europea. Estas doctrinas fueron confirmadas mediante la jurisprudencia andina ya en su primer año de funcionamiento.¹⁷ Adicionalmente, el Tribunal estableció algunas doctrinas que le dieron orden a la interacción entre Derecho comunitario y Derecho nacional.¹⁸ Finalmente, y flanqueando la creciente jurisprudencia andina, el Tribunal nunca cesó de incorporar el Derecho comunitario europeo, como fuente informal. Hasta la fecha, el Tribunal no ha zanjado la relación entre ambos derechos comunitarios, andino y europeo.¹⁹

Como consecuencia, el espacio para el desarrollo del Derecho andino es, en la práctica, estrecho. El ordenamiento comunitario está muy cerca de la concepción que le acuñara el Acuerdo de Cartagena (1969) más la reforma del protocolo de Trujillo, que introdujo el Sistema Andino de Integración en 1996. La visión histórica del establecimiento del Acuerdo de Cartagena nos provee las razones de por qué el Derecho tiene una posición tan secundaria en la integración. Los forjadores de la integración eran eminentemente economistas que desconfiaban de la injerencia de los juristas de la época. El Derecho no era visto como un instrumento capaz de realizar visiones y sueños. Las crónicas de la época sugieren que más bien se consideraba la Ley como un mal necesario, cuya intervención había que retrasar hasta el momento en que la Economía y los mercados hubiesen cumplido ya su objetivo.

¹⁷ Procesos 1-IP-88, 3-IP-88, 3-IP-89

¹⁸ Véase, por ejemplo, la doctrina del Complemento Indispensable.

¹⁹ Véase la crítica al respecto O. SALDIAS 2011.

El Derecho Andino no logra escapar de esta visión sectorial, ni aún con las reformas de 1996 hacia una mayor supranacionalidad, ni los sugerentes llamados del Tribunal andino por dotar al Derecho comunitario de repertorio de derechos y libertades fundamentales. Como se sugiere en la secciones siguientes, estas características empíricas del derecho comunitario andino son parte de las razones por las que no se hayan incluido o desarrollado los aspectos relacionados con los derecho y libertades fundamentales de la comunidad. La trayectoria histórica de la integración Europa y la concretización de los derechos fundamentales en el nivel supranacional nos enseña mucho al respecto.

Derechos y Libertades Fundamentales en la Integración Europea.

Sostener que la Corte de Justicia Europea (CJE) protegió los derechos y libertades fundamentales desde el inicio de la integración europea, es un error. El proceder inicial de la Corte fue tímido, y se ha sostenido que su objetivo se orientaba hacia la preservación del naciente Derecho comunitario europeo.²⁰ En el caso *Stork*,²¹ la Corte desechó la posibilidad de asegurar la protección de derechos establecidos en el orden doméstico, ni aún si fuesen de orden constitucional. Semejante interpretación se encuentran en las sentencias *Geitling*²² y *Sgarlata*.²³

Sin embargo, las constantes fricciones entre el Derecho nacional y comunitario proporcionaron los escenarios que le permitieron a la Corte erigirse como tribunal con atribuciones constitucionales y preparar el camino para la constitucionalización del Tratado de Roma.²⁴ En la medida que sus sentencias iba requiriendo la subordinación del Derecho nacional al Derecho comunitario, incluidas las constituciones nacionales, quedaban irresueltas sendas cuestiones referentes a la protección de los derechos humanos y los derechos fundamentales, pues las constituciones nacional no se entendían derogadas, pero tampoco prevalecían frente al Derecho comunitario. Tal predicamento era especialmente delicado en la Europa de la posguerra, pues era precisamente en las constituciones nacionales donde los

²⁰ R. DEHOUSSE “The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration”, Macmillan, New York 1998: 62

²¹ Sentencia *Stork* 1/58 [1959] ECR 17

²² *Geitling* 36, 37, 38, y 40/59 [1960] ECR 423

²³ *Sgarlata* 40/64 [1965] ECR 215

²⁴ M. MADURO “We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution” Oxford, Hart, 2002; F. MANCINI AND D. KNEELING “From CILFIT to ERTA: The Constitutional Challenge Facing the European Court”, *Yearbook of European Law* 11: 1.13, 1992,

derechos fundamentales encontraban asidero mediante catálogos generales.²⁵ La visión dominante en la Europa de la segunda mitad del s. XX veía en los derechos fundamentales una forma de proteger a los individuos de abusos provenientes del Estado.

Las disputas relacionadas con la conformación del mercado común caen explícitamente dentro de la jurisdicción de la CJE. Sin embargo, si tales disputas se extienden a materias de derechos fundamentales, la colisión se torna inevitable. Esto fue exactamente lo que ocurrió en el caso *Stauder*, en la que la corte declaró que los derechos humanos fundamentales eran parte de los principios generales del Derecho comunitario protegido por la corte. Por lo demás, darle consideración a la pluralidad de sistemas de derechos fundamentales terminaría por minar la uniformidad jurídica necesaria para la consagración del mercado común, según declaró la Corte en *Internacional Handelsgesellschaft*.²⁶ En consecuencia, la forma de mantener la protección a los derechos fundamentales en el espacio europeo sin atentar contra la uniformidad, sería confiar la tutela de los mismos a la CJE.²⁷ Como no existía a la sazón un catálogo determinado al cual la Corte pudiese recurrir, la protección debía inspirarse tanto en las tradiciones nacionales constitucionales comunes, como también en tratados internacionales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales, como también la Carta Social Europea.²⁸ Al respecto, algunos autores han sostenido que la CJE ha desarrollado su propio método de interpretación de derechos fundamentales.²⁹

El hecho de ejercer el control sobre la tutela de los derechos fundamentales, tuvo un gran significado en relación con la consecución del mercado común, pues conforme la legislación comunitaria se expandía, también lo hacían las tareas de la Corte. Este aumento de tareas, a su vez, conllevaba una creciente prerrogativa para tutelar derechos fundamentales.³⁰

²⁵ Dada la enorme dificultad para definir universal y unívocamente los derechos y libertades fundamentales, un catálogo satisfactorio necesariamente incluirían el derecho a defensa judicial, a ser oído en un tribunal, el derecho a certeza jurídica, igualdad y proporcionalidad, entre otros. M. CAPPELLETTI “The Judicial Process in Comparative Perspective”, Oxford, Clarendon Press, 1989.

²⁶ Proceso 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft GmbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle* [1970] ECR 1161.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Véase sentencia Nold; P. CRAIGH y G. DE BÚRCA “EU Law. Text, Cases, and Materials (4ª ed.) New York, Oxford University Press, 2008: 383-5; R. KUPER “The Politics of the European Court of Justice”, London, Kogan, 1998: 10

²⁹ H.W. RENGELING “Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft”, München, C.H. Beck 1992: 229; B. BEUTLER “Grundrechtsschutz”, in Groeben, Thiesing, Ehlermann (eds) *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, Lutzeyer, 1991: N.32, 108; R. STREINZ “Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht: die Überprüfung grundrechtsbeschränkender deutscher Begründungs- und Vollzugsakte von Europäischem Gemeinschaftsrecht durch das Bundesverfassungsgericht, 1. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 1989: 399

³⁰ RENGELING 1992: 4

En cuanto al concepto de libertades fundamentales, éstos están estrechamente relacionadas con los derechos fundamentales pues exhiben atributos similares. Por eso, se justifica un tratamiento conjunto. Sin embargo, no hay que ignorar algunas diferencias considerables. A nivel constitucional nacional, es función de los derechos fundamentales proteger al individuo en contra de la acción del Estado.³¹ En el mismo sentido, y a nivel europeo, los derechos fundamentales se dirigen en contra de los órganos comunitarios con el objeto de proteger al individuo. Sin embargo, en el mismo orden comunitario, las libertades fundamentales del individuo están dirigidas en contra del Estado, pero impuestos y tutelados por la CJE.³² Como derechos y libertades fundamentales se han puesto al servicio de la conformación del mercado común, su objetivo es constreñir la acción entorpecedora de los Estados miembros.³³

La Politización de los Derechos y Libertades Fundamentales en CAN

La cuestión relativa a los derechos fundamentales y también las libertades fundamentales en el orden jurídica de la Comunidad Andina tuvo una breve, pero decisiva trayectoria. En sus inicios, el sustrato teleológico del Acuerdo de Cartagena era absolutamente sectorial, enfocado a la formación de un mercado común y una unión aduanera, pues como ya he explicado, las políticas económicas eran consideradas una herramienta para producir una eventual unión política. Con las reformas introducidas en 1996, en el marco del Sistema Andino de Integración, el orden andino comenzó a experimentar un cambio conceptual, incluyendo ahora la idea de las libertades fundamentales vinculadas a la integración regional. Los cambios tuvieron una vertiente legislativa, a través de modificación al Acuerdo de Cartagena mediante el Protocolo de Trujillo. El gran objetivo de esta reforma era darle un mayor cariz supranacional a la comunidad, que de ahora en adelante se llamará Comunidad Andina. La otra vertiente para el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales, es la jurisprudencia. Sin embargo, y a pesar de que el orden andino incorporó la idea de las libertades fundamentales, no han jugado un papel esencial en el ordenamiento andino hasta el día de hoy.

³¹ M. GONZALEZ PASCUAL, “El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos”. Thomson Reuters, Civitas, p. 37 ss.

³² I. PERNICE “Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979; STREINZ 1989: 73.

³³ RENGELING 1992: 172; BEUTLER 1991, n. 42

La posición del Tribunal Andino, puede observarse a través de ciertos casos en los que las libertades fundamentales son sugeridas tímidamente, como una idea asociada a los procesos de integración regional, pero en ningún caso como pilares fundamentales para la consolidación del mercado común. Fundamental en cambio, sería el cumplimiento de las obligaciones que se han impuesto los Estados en los programas de liberación del comercio intra-regional. En otras palabras, la observancia por parte de los países miembros de las obligaciones que ellos mismos han contraído. Recién en 1996, cuando las doctrinas de supremacía y efecto directo habían sido recogidas ya, el Tribunal estima que “es el momento oportuno para que la jurisprudencia comunitaria y la doctrina desarrollen la libertad esencial de circulación de mercancías como paradigma para el avance de la integración a nivel andino y latinoamericano.”³⁴ Un año después, el mismo Tribunal reitera que habría llegado el momento de desarrollar “una doctrina sólida y consistente que desarrolle el principio de la libre circulación como un instrumento orientador para la interpretación y aplicación del derecho comunitario”.³⁵ De haber concebido la libertad de circulación como un derecho que el individuo tiene para protegerse contra su propio Estado, no lo hubiese llamado un principio, ni menos hubiese llamado a desarrollarlo mediante una doctrina. De acuerdo con la perspectiva histórica institucionalista, la concepción de las libertades fundamentales como un paradigma – y no como un factor o una función – de un ordenamiento jurídico avanzado, era la única posibilidad para la Corte para actuar sin romper su trayectoria. Su propia jurisprudencia rechazó asumir el principio de prevención del derecho comunitario para los casos en que hubiese una colisión entre legislaciones nacionales y comunitarias, constituyendo un modelo descentralizado de autoridad regulatoria.³⁶ De esta forma tan respetuosa de la autonomía regulatoria nacional, es razonable pensar que la Corte ya no gozaba de mucho espacio para introducir ni derechos, ni tampoco libertades fundamentales que pudiese constreñir a los Estados miembros.

Cuando la judicatura enarbola derechos y libertades fundamentales, los resultados pueden ser considerables en cuanto a la participación cívico-legal. Algunos autores centrados en la integración europea han sugerido que la expansión de las competencias judiciales están estrechamente vinculados con la cuestión de la protección de los derechos y libertades

³⁴ Proceso 2-AI-96, G.O. N° 289, 27 Agosto 1997.

³⁵ Proceso 3-AI-97

³⁶ O. SALDIAS, “Supranational Courts as Agents of Disintegration. The Case of the Andean Court of Justice”. *Berliner Arbeitspapiere in Europäischer Integration* N° 5,

fundamentales.³⁷ Esto es especialmente cierto si se considera que la litigación en torno a derechos y libertades fundamentales gira en torno a la posición del individuo frente a la autoridad; un asunto con un fuerte potencial político, pues abre una arena para re-barajar algunas atribuciones del Estado. Considérese además, que este tipo de derechos surgen de situaciones en las que el texto constitucional suele ser amplio y general; algunos autores lo denominan el problema de “contratación incompleta”, que proporciona un amplio margen de creatividad judicial.³⁸ En el caso específico de las libertades fundamentales en un proceso de integración regional, al involucrarse los litigantes para hacer valer sus argumentos en contra de uno de los Estado miembros, surge una triada, un triangulo de intereses, en la que la autoridad se ve cuestionada y fragmentada en lo que duran los procesos judiciales.³⁹ En la medida que la jurisprudencia reordena el rol de los derechos fundamentales e incrementa la protección del individuo frente a los Estados miembros, también surge una narrativa constitucional. Tal como lo ha demostrado el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), constitucionalización ha avanzado de la mano de la judicialización de los derechos fundamentales y el control judicial.⁴⁰

La Autonomía Relativa del Derecho Andino

Como he sostenido reiteradamente, el enfoque del institucionalismo histórico permite trazar las trayectorias de las instituciones y elaborar explicaciones sobre sus contenidos y resultados. En el caso del ordenamiento andino, una mirada retrospectiva aclara en gran medida por qué las libertades fundamentales en general, y la libre circulación de personas y mercancías no son un elemento constitutivo esencial. Éstos, existen en el Derecho Andino solamente como una idea normativa a la que hay que llegar algún día. No es un instrumento funcional por el cual los Estados son despojados de parte de sus competencias, ni tampoco son un fin en si mismo, como lo pudiesen ser desde la perspectiva de la CEDH. El Tribunal Andino aclara en gran medida el contenido de los derechos y libertades fundamentales: es un paradigma de un orden jurídico avanzado. Probablemente sean los Estados miembros los que plasmen las

³⁷ A. STONE SWEET “Governing with Judges” *Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000; R. CICHOWSKI “Courts, rights, and Democratic Participation”, *Comparative Political Studies* 39 (1): 50-75, 2006

³⁸ U. EVERLING “Der Gerichtshof als Entscheidungsinstanz”, en *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, Schwarze Ed. 1983: 155.

³⁹ PERNICE 1990: 2410; CICHOWSKI 2006: 12

⁴⁰ M. SHAPIRO “The success in judicial review and democracy”, en Shapiro y Stone Sweet (eds.) *On law, politics and judicialization*, Oxford, Oxford University Press 2002: 155

libertades fundamentales cuando consideren que sea el momento adecuado. Por de pronto, la profusa legislación internacional sobre los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades fundamentales que tienen validez formal en la región, ha surgido fuera del ordenamiento andino; de forma intergubernamental y multilateral.

¿Que implicancias tiene que el ordenamiento jurídico andino no incorpore derechos ni libertades fundamentales en su ordenamiento jurídico? ¿Significa que la Comunidad Andina desconoce los grandes avances hechos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? No; no necesariamente. Muchos ordenes jurídicos descartan incorporar esta dimensión en sus textos, y no por eso se vuelven antidemocráticos o violatorios de los derechos más esenciales de la humanidad. Sin embargo, tanto el Acuerdo de Cartagena, como la jurisprudencia del Tribunal Andino han dejado en evidencia que los objetivos de formar un común, una unión aduanera, y un orden supranacional como se lo propone la Comunidad Andina necesariamente se vinculan a la protección activa de los derechos y libertades fundamentales; una integración política como se lo ha propuesto la Comunidad Andina, no puede esquivar la pregunta acerca de la tutela de derecho que hasta ahora estaban dentro de la esfera de protección de las constituciones nacionales. Si se supone que las normas supranacionales deban primar efectivamente sobre las legislaciones nacionales, y esto con la uniformidad que requiere la integración política que se persigue, entonces la colisión entre las constituciones nacionales y el derecho comunitario no debiese demorar en aparecer.

¿Cómo se explica en el caso del derecho Andino, un eventual conflicto alrededor de los derechos y libertades fundamentales no se haya extrapolado a un cambio del tipo constitucional? La explicación está en la evidencia entregada anteriormente: el decisivo respeto a las soberanías nacionales, en conformidad con el Derecho internacional público.⁴¹ El derecho andino es un ordenamiento marcadamente abierto a los fundamentos del Derecho internacional,⁴² y en consecuencia no es un orden plenamente autónomo. No debe pensarse que un orden dependiente, o semi-autónomo carece de vigencia o de legitimidad. La autonomía se refiere esencialmente a la obtención de las fuentes para sus normas, y no a la mayor o menor legitimidad o validez. En comparación, la autonomía del Derecho comunitario ha sido enarbolada en más de una ocasión por la CJE. Ya en la sentencia *Costa/ENEL*⁴³ la Corte hacía referencia a la división que separaba al Derecho de la CE, del Derecho

⁴¹ O. SALDIAS “Supranational Courts as Engines of Disintegration. The Case of the Andean Court of Justice” *Berliner Arbeitspapiere zur Europäischen Integration*, Nr. 5, 2007

⁴² Un segundo aspecto que marca la trayectoria proto-constitucional de la jurisprudencia andina es la dependencia epistémica con respecto al derecho comunitario europeo; véase O. SALDIAS (2011)

⁴³ Sentencia *Costa v. E.N.E.L* [1964] ECR 585

internacional. Requerida en el caso *Kadi*, la Corte vuelve a tratar el concepto de la autonomía al afirmar la desvinculación respecto del Derecho internacional.⁴⁴ Al respecto, Bruno de Witte distingue dos connotaciones para el concepto “Autonomía”. Una connotación débil se refiere a la autonomía que ostenta un orden jurídico delegado, un subsistema que se ha desprendido de otro, y desarrolla sus propios principios. Una connotación fuerte implica la creación de un nuevo orden, no por delegación, sino por evocación constitucional.⁴⁵

La distinción es útil para apreciar la relación del ordenamiento andino con otros sistemas jurídicos, y extrapolarlo a la situación de los derechos y libertades fundamentales. Se torna plausible la explicación, que el contenido de los derechos fundamentales, queda entregado al Derecho internacional público, en especial, al derecho que emerge de tratados multilaterales y las altas cumbres. Ya habíamos visto que en América Latina, este recurso es usual y generalmente aceptado por los gobiernos. El llamado que hace el Tribunal Andino en sus sentencias 2-AI-96 y 03-AI-97 a “desarrollar una doctrina” de las libertades fundamentales para la Comunidad, se interpretan entonces, como un llamado al Derecho internacional público (latinoamericano) para proceder en este sentido. Adicionalmente, se torna plausible el hecho de que en esos mismos años comenzaran los jefes de Estado andinos a trabajar en un amplio catálogo de derechos humanos y libertades fundamentales. Sin embargo, la pronta respuesta, y la notable extensión de la legislación protectora de este tipo de derechos se ve inhibida por la tradición latinoamericana de la Concertación, modelo diplomático que dificulta la coerción para el caso de violaciones e incumplimientos. Recuérdese, que tanto los catálogos de derechos como también las costumbres legislativas son parte del Derecho internacional.⁴⁶

La semi-autonomía del Derecho andino – o si se prefiere, su apertura al Derecho internacional público – le ha prestado importantes servicios a la Comunidad Andina. La estabilidad de la Corte, como también la notable legitimidad de sus disposiciones contrasta con las tormentosas relaciones diplomáticas que han conducido sus Estados miembros. CAN ha subsistido institucionalmente y ha perseverado en sus objetivos a pesar de conflictos bélicos entre Estados miembros, renunciadas, golpes de Estado, y derrocamientos. Pareciera,

⁴⁴ Sentencia C-402 & 415/05P, *Kadi y Al Barakaat Int'l Found. v. Council & Comm'n*, 2008 E.C.R I-6351. Para una visión crítica de estas sentencias, véase G. DE BURCA “The European Court of Justice and the International legal Order after *Kadi*”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, Nr. 1, 2010.

⁴⁵ B. DE WITTE, “European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, Vol. 65, Nr. 1, 141-155. De Witte usa este marco conceptual para sugerir que la CJE ha usado el concepto para tutelar su propia influencia, pues según el autor, el Derecho internacional público nunca ha abandonado por completo el Derecho de la UE.

⁴⁶ Puede disitnguirse el contenido de jus cogens de otras normas del Derecho internacional. El ordenamiento andino, sin embargo, no recurre a esta distinción, por lo que excede nuestro enfoque.

que el fuerte respeto hacia la soberanía nacional ha favorecido la ductilidad de CAN en tiempos azarosos. Sin embargo, la semi-autonomía tiene también sus costos. El establecimiento de libertades fundamentales en general, y la libre circulación de personas en especial, se reducen a normas programáticas, entregadas a la actividad de los gobiernos. A mayor abundamiento, la tutela judicial de las libertades queda entregada a los jueces nacionales. Pero como he sostenido ya, la semi-autonomía de un orden jurídico no es necesariamente un estado indeseable. Existe la posibilidad de que esos ordenamientos hagan suyos fundamentos de otros sistemas prestigiosos. Es lo que la CJE hizo en sus inicios, al declarar que el ordenamiento de la CE se basaba tanto en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como también en el Convenio Europea para la Protección de los Derechos Humanos. Pero debe notarse, que esta referencia debe ser explícita y unívoca para ser efectiva. Si la referencia a determinados instrumentos internacionales queda al arbitrio de las instituciones regionales andinas, la protección es ilusoria. La protección del individuo depende de que la autoridad se someta permanente y unívocamente al respeto de los derechos fundamentales.

En la Comunidad Andina, este paso está aún incompleto. Incompleto si se consideran los ambiciosos objetivos políticos que se impuso la comunidad. Si las libertades fundamentales han de incorporarse al ordenamiento jurídico andino plenamente, y no como meras ideas paradigmáticas, quedan abiertos dos caminos. Primera alternativa: un momento constitucional, en el que los Estado miembros, o el Tribunal, funden un orden nuevo y diferente al actual. Un orden autónomo, con principios propios, y con la responsabilidad cierta de tutelar los derechos fundamentales y libertades esenciales que corresponden a una unión política que la Comunidad Andina persigue ser. Esta opción no parece ser demasiado realista. Especialmente el enfoque institucionalista-histórico tendría problemas para justificar la ocurrencia de un momento constitucional como este. Segunda opción, confrontar su apertura o semi-autonomía, y delegar la tutela de las libertades fundamentales en los mecanismos existentes en Latinoamérica. Las opciones para esta alternativa son varias, y no son mutuamente excluyentes. Piénsese en una adopción formal o subordinación a la Carta Interamericana, o la inclusión de las provisiones esenciales de un bloque de constitucionalidad en Latinoamérica.⁴⁷ El principio fundamental que debiese regir la integración regional, es que la protección efectiva de los derechos fundamentales es supuesto previo para el desarrollo económico, y no al revés. Para aquéllos esquemas sectoriales que no pretendan refundar un nuevo orden – el momento constitucional al que se refería De Witte –,

⁴⁷ M. GÓNGORA MERA. 2011

queda la opción de adoptar y someterse a los instrumentos que se ha forjado en Latinoamérica en respuesta a oscuras experiencias con la violación de los derechos individuales por parte del Estado.

Seguir apelando a la diplomacia de cumbres, sin embargo, no parece promisorio.

Conclusión

El objetivo de este trabajo consistía en proveer una visión interpretativa de la situación de las libertades fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. La paradoja que hemos enfrentado, es que la libertades fundamentales en general, y la libre circulación de personas, está presente en la región andina, pero ausente del Derecho de la Comunidad Andina; al menos en cuanto a una concretización. La prolífica legislación sobre la protección a los derechos humanos, los derechos fundamentales y las libertades esenciales, ha sido producto de la acción intergubernamental y tratados multilaterales. Los países miembros de la Comunidad Andina también han hecho lo suyo. La Carta Andina de Derechos Humanos es la constatación de que la idea de los derechos está presente en la región. Sin embargo, desde el punto de vista sistemático, queda sin resolver cuál es la relación que estos instrumentos tienen con el Derecho de la integración andina. Específicamente, queda abierta la pregunta sobre la relación que debe haber entre derechos fundamentales del individuo, y el comercio y desarrollo regional.

La pregunta de la autonomía del Derecho de la Comunidad Andina tampoco ha sido asumida por órganos supranacionales. En el presente trabajo hemos dad respuesta a la situación actual: el Derecho andino es un Derecho semi-autónomo en virtud de su apertura hacia los principios del Derecho internacional público, como también su dependencia epistémica del Derecho de la UE. Sin embargo, más importante que esta constatación, es la respuesta que puedan proveer los actores comunitarios, en especial, los Estado miembros y el Tribunal, con relación a rol que les cabrá en adelante a los derechos y libertades fundamentales.